

Jerzy Kranz*

STANDARDY PRZYPISANIA W KONTEKŚCIE MIĘDZYNARODOWOPRAWNEJ ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA UŻYCIĘ SIŁY ZBROJNEJ

1. Uwagi wstępne

1.1. Użycie siły zbrojnej¹ i skutki jej użycia łączą się z zagadnieniem odpowiedzialności państwa. Kwestia ta nabiera aktualności również w kontekście operacji wojskowych w ramach lub pod egidą organizacji międzynarodowych². Co do naruszanych norm chodzi przede wszystkim o zakaz użycia siły oraz zakaz interwencji w sprawy wewnętrzne (znajdujące swe odzwierciedlenie przede wszystkim w Karcie NZ), normy międzynarodowego prawa humanitarnego (*international humanitarian law* – IHL) oraz chronione międzynarodowo prawa człowieka (*human rights law* – HRL). W sytuacjach konfliktowych mamy więc do czynienia z odpowiedzialnością w kontekście *ius ad bellum* oraz *ius in bello*.

* Dr hab. Jerzy Kranz – Profesor Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie.

¹ Ch. Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford-New York 2008; K. Chainoglou, *Reconceptualising the Law of Self-defence*, Athens-Bruxelles 2008; O. Corten, *Le droit contre la guerre. L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris 2008; Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, Cambridge 2005; T.M. Franck, *Recourse to Force. State Action against Threats and Armed Attacks*, Cambridge 2002. W książkach tych omówiono szerzej przypadki użycia siły, o których mowa w niniejszym tekście.

² International Law Commission (ILC). *Responsibility of International Organizations* (prace nie zostały jeszcze ukończone).

Poza ustaleniem normy prawa materialnego, ustanawiającej obowiązek określonego działania lub zaniechania, trzeba stwierdzić (udowodnić) jej naruszenie, przypisać to naruszenie określonemu podmiotowi, a następnie przypisać odpowiedzialność. Jeśli fakty zostały ustalone i skonfrontowane z treścią normy, to nie oznacza to automatycznie odpowiedzialności, trzeba bowiem uwzględnić przyczyny wyłączające bezprawność³. Odrębnym problemem jest utrzymujący się immunitet państwa przed obcymi sądami krajowymi w sprawach wytoczonych przez osoby fizyczne lub prawne z tytułu aktów *de iure imperii* naruszających prawo międzynarodowe⁴, a także międzynarodowoprawna odpowiedzialność karna jednostek.

Kryteria naruszenia prawa oraz standardy przypisania danemu podmiotowi określonego działania oraz odpowiedzialności przewidziane są w konkretnych normach materialnych albo w zasadach ogólnych sformułowanych przez Komisję Prawa Międzynarodowego w Artykułach o odpowiedzialności państw za czyny międzynarodowoprawnie niedozwolone (2001)⁵, a rozwija je orzecznictwo sądów międzynarodowych i krajowych. Nie istnieje jednak jednolita i wiążąca wszystkie lub większość państw międzynarodowoprawna regulacja tych kwestii – możemy co najwyżej mówić o ukształtowanym w pewnym zakresie prawie zwyczajowym.

Zgodnie z Artykułami KPM, przypisane państwu działanie lub zaniechanie sprzeczne z jego międzynarodowoprawnymi obowiązkami pociąga za sobą międzynarodowoprawną odpowiedzialność⁶. Państwa i organizacje mię-

³ ILC. *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (2001; dalej ILC. *Articles on Responsibility*): zgoda innego państwa na dany akt (art. 20), samoobrona zgodna z Kartą NZ (art. 21), kontrśrodki (art. 22 – *countermeasures*), siła wyższa (art. 23 – *force majeure*), stan wyższej konieczności (art. 24 – *distress*) czy też stan konieczności (art. 25 – *necessity*).

⁴ ILC. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* (2004); R.J. Bettauer, *Germany Sues Italy at the International Court of Justice on Foreign Sovereign Immunity – Legal Underpinnings and Implications for U.S. Law*, „ASIL Insight”, November 19, 2009.

⁵ ILC. *Articles on Responsibility*; w literaturze polskiej M. Frankowska, *Artykuły Komisji Prawa Międzynarodowego dotyczące odpowiedzialności państw – nowa forma kodyfikacji prawa międzynarodowego?*, (w:) *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania. Księga pamiątkowa profesor Renaty Sonnenfeld-Tomporek*, Warszawa 2006, s. 167-193; R. Sonnenfeld (red.), *Odpowiedzialność państwa w prawie międzynarodowym*, Warszawa 1980.

⁶ ILC. *Articles on Responsibility* – „Art. 1: Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State”; „Art. 2: There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) Is attributable to the State under international law; and (b) Constitutes a breach of an international obligation of the State”.

dzynarodowe (jako podmioty prawa międzynarodowego) mają zdolność do ponoszenia tej odpowiedzialności za działania własne na swym terytorium lub poza nim. Ustalenie naruszenia prawa przez organy *de iure* państwa oraz przypisanie mu odpowiedzialności jest – co do zasady – mniej skomplikowane niż w przypadku aktorów niepaństwowych. Odpowiedzialność za akty tych ostatnich staje się jednak coraz bardziej aktualna. Pojawiają się jednakże często trudności z przypisaniem danego aktu (ustaleniem i udowodnieniem faktów, zwłaszcza w związku z działaniami z ukrycia), co utrudnia ocenę prawną. Ponadto, jurysdykcja organów międzynarodowych rozstrzygających o naruszeniu prawa ograniczona jest wolą stron (np. MTS) albo też ustalenia tych organów nie są prawnie wiążące (np. Komitet Praw Człowieka). Tak więc naruszenia zakazu użycia siły oraz norm prawa humanitarnego rzadko są przedmiotem orzeczeń niezależnych organów⁷. Inaczej rzecz się ma w ramach regionalnych traktatów o ochronie praw człowieka, ponieważ jurysdykcja sądów regionalnych ma dla państw stron charakter obligatoryjny. Ponadto odpowiedzialność za naruszenie zakazu użycia siły zbrojnej lub za naruszenia IHL/HRL przybiera często postać sankcji politycznej (jednostronnej lub wielostronnej).

W niniejszych rozważaniach koncentrujemy się na standardach (testach) przypisania państwu odpowiedzialności za działanie własne lub cudze poza własnym terytorium, przy czym główny problem sporny dotyczy odpowiedzialności państwa za akty podmiotów niepaństwowych. Analiza nasza dotyczy standardów przypisania stosowanych przez sądy w związku z zakazem użycia siły oraz normami IHL (punkt 2), w związku z naruszeniami praw człowieka w sytuacjach konfliktów i napięć międzynarodowych (punkt 3), a wreszcie na tle operacji wojskowych organizacji międzynarodowych i przestrzegania przez nie IHL/HRL (punkt 4).

1.2. Konkretnie zasady odpowiedzialności uregulowane są w szczegółowych normach materialnych prawa międzynarodowego⁸, regulujących postępowania

⁷ Przykładowo, MTS nie miał nigdy okazji orzekać w sprawach dotyczących dwóch stałych członków Rady Bezpieczeństwa Chin i Rosji. Pierwszą przyjętą sprawą dotyczącą Rosji jest pozew przeciwko niej sformułowany przez Gruzję w 2008 r. Można to uznać za wypadek przy pracy dyplomacji sowieckiej, która nie złożyła w odpowiednim czasie zastrzeżenia wyłączającego jurysdykcję MTS.

⁸ ILC. *Articles on Responsibility*: „Art. 55 – *Lex specialis*. These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law”.

nie państw, czyli w tzw. normach pierwotnych (*primary rules*). Normy te mogą zawierać odniesienia do winy, odpowiedzialności obiektywnej lub braku należytej staranności – elementów pominiętych w modelu KPM⁹.

Artykuły KPM ustanawiają ogólny model odpowiedzialności za naruszenia norm materialnych i konsekwencji prawnych tego naruszenia, czyli są tzw. normami wtórnymi (*secondary rules*). Zbliżają się one, choć tylko pozornie, do modelu odpowiedzialności określanej mianem obiektywnej (*strict liability*), opierającej się na stwierdzeniu naruszenia prawa bez potrzeby uwzględniania innych okoliczności, a zwłaszcza zamiaru lub winy. System Artykułów KPM jest jednak nie tyle obiektywny, co raczej neutralny¹⁰. Artykuły KPM są ważnym narzędziem w interpretacji prawa, trudno je jednak uznać w całości za wyraz powszechnego prawa zwyczajowego.

W normach pierwotnych sformułowane są różne elementy dotyczące przypisania aktu i odpowiedzialności. Wyrażają się one w świadomym zamiarze naruszenia prawa (*intention*), wiedzy o możliwości tego naruszenia i cichego godzenia się na nie (*knowledge*), lekkomyślności polegającej na wiedzy o ryzyku (możliwości) naruszenia prawa, ale bezpodstawnym (błędnym) przypuszczeniu, że do niego nie dojdzie (*recklessness*), a wreszcie niedbalstwie, polegającym (w związku z naruszeniem prawa) na braku rozsądnej staranności w przewidywaniu (*negligence*). Widać tu przeplatające się podstawowe aspekty: przewidywanie (aspekt poznawczy) i godzenie się na popełnienie czynu i jego skutki (aspekt wolicjonalny). W dwóch pierwszych

⁹ Zob. J. Crawford, *Revising the Draft Articles on State Responsibility*, „European Journal of International Law” (EJIL) 1999, vol. 10/2, s. 438: „The essential point is this, that different primary rules of international law impose different standards, ranging from ‘due diligence’ to strict liability, and that all of those standards are capable of giving rise to responsibility in the event of a breach. [...] [I]t depends on the interpretation of that rule in the light of its object or purpose. [...] [I]t is a serious error to think that it is possible to eliminate the significance of fault from the Draft Articles”.

¹⁰ ILC. *Articles on Responsibility*: komentarz do art. 2: „3. Whether there has been a breach of a rule may depend on the intention or knowledge of relevant State organs or agents and in that sense may be ‘subjective’. [...] In other cases, the standard for the breach of an obligation may be ‘objective’, in the sense that the advertence or otherwise of relevant State organs or agents may be irrelevant. Whether responsibility is ‘objective’ or ‘subjective’ in this sense depends on the circumstances, including the content of the primary obligation in question. [...] The same is true of other standards, whether they involve some degree of fault, culpability, negligence or want of due diligence. Such standards vary from one context to another for reasons which essentially relate to the object and purpose of the treaty provisions or other rule giving rise to the primary obligation. [...] Establishing these is a matter for the interpretation and application of the primary rules engaged in the given case”.

wariantach sprawca godzi się na dany czyn (umyślność), w dwóch ostatnich zgody tej brak (nieumyślność). We wszystkich występuje natomiast element przewidywania, choć w zróżnicowanym stopniu (aż do braku rozsądnego przewidywania). Te warianty zachowań prowadzą do oceny prawnej w postaci ustalenia winy, czyli określenia, w jakim stopniu dane zachowanie odbiega od prawnie wymaganego. Jako pojęcie normatywne wina jest stopniowalna i stanowi często prawną miarę ustalenia odpowiedzialności. Sąd może niekiedy – opierając się na faktach oraz na własnej kwalifikacji oceny działań sprawcy – przypisać sprawcy różne formy odpowiedzialności. Możliwe jest jednak również wyłączenie odpowiedzialności na podstawie odpowiednich norm.

Inny model oceny normatywnej naruszenia prawa opiera się na braku należytej staranności¹¹, czyli na konstrukcji zaniechania. Obowiązek należytej staranności musi mieć odpowiednią podstawę w normach prawnych (wyróżnioną lub dorozumianą). Treść tego standardu jest konkretyzowana *ad casum*, nie ma bowiem jednolitej miary należytej staranności (podobnie jak w przypadku kryteriów roztropności/*reasonableness*, konieczności lub proporcjonalności). Należyta staranność jest obowiązkiem działania i przewidywania w celu zapobieżenia naruszeniom prawa. Obowiązek ten, zależnie od regulacji w prawie materialnym, dotyczyć może z jednej strony staranności w działaniu (np. przeprowadzenia lub przygotowania transakcji handlowej lub giełdowej, czynności notarialnej), z drugiej zaś staranności w osiągnięciu określonego skutku. Prawo może przewidywać, iż nie wystarczy zwykła staranność, lecz konieczna jest najwyższa staranność (*beyond reasonable doubt*), która dopiero zwalnia od odpowiedzialności. Obowiązek należytej staranności nie rozpoczyna się w momencie naruszenia prawa, a usprawiedliwieniem dla braku działań nie może być przypuszczenie nieskuteczności przeciwdziałania.

2. Odpowiedzialność za użycie siły

W praktyce państw oraz w orzecznictwie sądów pojawiają się istotne kwestie dotyczące legalności użycia siły oraz jej skutków, a także sposobu

¹¹ R.P. Barnidge, Jr., *Non-State Actors and Terrorism: Applying the Law of State Responsibility and the Due Diligence Principle*, The Hague 2008; J. A. Hessbruegge, *The historical development of the doctrines of attribution and due diligence in international law*, „New York University Journal of International Law and Policy” 2004, vol. 36/2–3, s. 265–306; R. Pisillo-Mazzechi, *Due Diligence and the International Responsibility of States*, „German Yearbook of International Law” 1992, vol. 35, s. 9–51.

reakcji na jej użycie. W pierwszej kolejności chodzi o stwierdzenie naruszenia prawa, w drugiej zaś należy się odnieść do kwestii przypisania danego działania lub zaniechania konkretnemu podmiotowi, co prowadzi do określenia międzynarodowoprawnej odpowiedzialności. Ta ostatnia jawi się szczególnie skomplikowana w przypadku aktorów niepaństwowych, którzy coraz częściej uciekają się do siły, a jednocześnie nie są – co do zasady – zdolni do ponoszenia wspomnianej odpowiedzialności.

Ujmując rzecz schematycznie: jeżeli oddziały państwa A wkroczą bezprawnie na terytorium państwa B, to dokonują – co do zasady – napaści zbrojnej (naruszając ewentualnie IHL/HRL). Często jednak państwo A powołuje się na samoobronę, twierdząc, że jego reakcja jest odpowiedzią na zbrojną napaść ze strony państwa B lub zbrojną napaść oddziałów nieregularnych z terytorium B wspomaganych przez to państwo. Państwo B stwierdzi z reguły, że nie są to jego oddziały oficjalne lub nie działają one w jego imieniu albo że udziela im tylko wsparcia ideowego. Państwo A podejmie z kolei próbę przypisania państwu B odpowiedzialności za te akty. W odpowiedzi państwo B zarzuci państwu A naruszenia prawa humanitarnego. Tego rodzaju łamigłówki stają się coraz częstsze, co nie znaczy, iż są tym samym łatwiejsze do rozwiązania. Odnieść można wrażenie, że prawo międzynarodowe nie zawsze nadąża za ewolucją międzynarodowej rzeczywistości.

2.1. Naruszenie prawa – problem zbrojnej napaści i reakcji w samoobronie

Pierwsza kwestia dotyczy legalności użycia siły – zagadnienia te koncentrują się wokół pojęcia zbrojnej napaści oraz legalności reakcji na zbrojną napaść (niezależnie od innych traktatów zwłaszcza art. 2 i 51 Karty NZ)¹². Reakcja ta łączy się z pojęciem samoobrony oraz odpowiedzialności państwa, które jako pierwsze użyło siły.

¹² Art. 2 Karty NZ: „4. Wszyscy członkowie powstrzymają się w swych stosunkach międzynarodowych od groźby użycia siły lub użycia jej przeciwko integralności terytorialnej lub niezawisłości politycznej któregośkolwiek państwa bądź w jakikolwiek inny sposób niezgodny z celami Organizacji Narodów Zjednoczonych. (...) 7. Żadne postanowienie niniejszej Karty nie upoważnia Narodów Zjednoczonych do ingerencji w sprawy, które z istoty swej należą do kompetencji wewnętrznej któregośkolwiek państwa”; art. 51: „Żadne postanowienie niniejszej Karty nie narusza naturalnego prawa każdego członka Organizacji Narodów Zjednoczonych, przeciwko któremu dokonano zbrojnej napaści, do indywidualnej lub zbiorowej samoobrony”; M. Kowalski, *Napaść zbrojna w prawie międzynarodowym – w poszukiwaniu współczesnej definicji*, „Studia Prawnicze” 2008, zeszyt 3 (177), s. 59–82.

W wyroku w sprawie personelu dyplomatycznego i konsularnego USA w Teheranie (1980) MTS stwierdził, iż zajęcie ambasady USA i wzięcie jej personelu jako zakładników przez tzw. studentów irańskich stanowiło naruszenie prawa w formie zbrojnej napaści¹³. Miała ona miejsce na terytorium Iranu, jednak jej przedmiotem była oficjalna instytucja USA.

W wyroku w sprawie *Nikaragui v. USA* (1986) MTS wprowadził rozróżnienie między użyciem siły zbrojnej, interwencją i zbrojną napaścią. Według MTS, Stany Zjednoczone naruszyły własnymi działaniami zakaz użycia siły i suwerenność Nikaragui oraz dopuściły się interwencji w jej sprawę wewnętrzne¹⁴. Zdaniem Trybunału, o ile samoobrona dozwolona jest tylko w przypadku zbrojnej napaści, o tyle nie wszystkie przypadki użycia siły zbrojnej równoznaczne są ze zbrojną napaścią. Tym samym, według MTS, samoobrona nie jest możliwa w reakcji na każde użycie siły zbrojnej. Jeśli zatem w konflikcie Nikaragui z jej niektórymi sąsiadami nie doszło do zbrojnej napaści, to nie przysługuje prawo do samoobrony zbiorowej (USA jako sprzymierzeńca Salwadoru) przeciwko Nikaragui¹⁵. Wyjaśniwszy przesłanki

¹³ International Court of Justice (ICJ), *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America v. Iran)*, wyrok z 24.5.1980 r.: „[T]he armed attack on the United States Embassy by militants on 4 November 1979, the overrunning of its premises, the seizure of its inmates as hostages, the appropriation of its property and archives” (§ 57).

¹⁴ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, wyrok z 27.6.1986 r., § 292, zob. też §§ 239–249.

¹⁵ *Ibidem* – „In the case of individual self-defence, the exercise of this right is subject to the State concerned having been the victim of an armed attack. Reliance on collective self-defence of course does not remove the need for this. [...] But the Court does not believe that the concept of ‘armed attack’ includes [...] also assistance to rebels in the form of the provision of weapons or logistical or other support. Such assistance may be regarded as a threat or use of force, or amount to intervention in the internal or external affairs of other States” (§ 195). „For one State to use force against another, on the ground that that State has committed a wrongful act of force against a third State, is regarded as lawful, by way of exception, only when the wrongful act provoking the response was an armed attack. Thus the lawfulness of the use of force by a State in response to a wrongful act of which it has not itself been the victim is not admitted when this wrongful act is not an armed attack. In the view of the Court, under international law in force today – whether customary international law or that of the United Nations system – States do not have a right of ‘collective’ armed response to acts which do not constitute an ‘armed attack’” (§ 211). „While an armed attack would give rise to an entitlement to collective self-defence, a use of force of a lesser degree of gravity cannot [...] produce any entitlement to take collective counter-measures involving the use of force. The acts of which Nicaragua is accused, even assuming them to have been established and imputable to that State, could only have justified proportionate counter-measures on the part of the State which had been the victim of these acts, namely El Salvador, Honduras or Costa Rica. They could not justify counter-measures taken by a third State, the United States, and particularly could not justify intervention involving the use of force” (§ 249).

samoobrony, MTS uchylił się od odpowiedzi na pytanie, czy państwo, wobec którego naruszony został zakaz interwencji w sprawy wewnętrzne (poniżej progu zbrojnej napaści), byłoby uprawnione do reakcji z użyciem siły zbrojnej¹⁶. Trybunał zajął podobne stanowisko w kwestii definicji zbrojnej napaści oraz samoobrony w swym wyroku w sprawie platform naftowych (*Iran v. USA*, 2003)¹⁷.

MTS podtrzymał linię swego rozumowania w wyroku w sprawie *Kongo v. Uganda* (2005), uznając operację zbrojną Ugandy na terytorium Konga (w odpowiedzi na ataki przeprowadzone z tego terytorium) za naruszenie zakazu użycia siły oraz zakazu interwencji¹⁸. Stwierdzając brak możliwości przypisania Kongu działań grup nieregularnych, MTS uchylił się od odpowiedzi na pytanie, czy ataki przeprowadzone przez oddziały nieregularne z terytorium jednego państwa na terytorium drugiego państwa traktować można jako zbrojną napaść, upoważniającą do samoobrony¹⁹. Zdaniem Trybunału, brak

¹⁶ Ibidem – „[I]f one State acts towards another State in breach of the principle of non-intervention, may a third State lawfully take such action by way of counter-measures against the first State as would otherwise constitute an intervention in its internal affairs? A right to act in this way in the case of intervention would be analogous to the right of collective self-defence in the case of an armed attack, but both the act which gives rise to the reaction, and that reaction itself, would in principle be less grave. Since the Court is here dealing with a dispute in which a wrongful use of force is alleged, it has primarily to consider whether a State has a right to respond to intervention with intervention going so far as to justify a use of force in reaction to measures which do not constitute an armed attack but may nevertheless involve a use of force. [...] However, [...] it is not for the Court here to determine what direct reactions are lawfully open to a State which considers itself the victim of another State's acts of intervention, possibly involving the use of force. Hence it has not to determine whether, in the event of Nicaragua's having committed any such acts against El Salvador, the latter was lawfully entitled to take any particular counter-measure” (§ 210).

¹⁷ ICJ, *Oil Platforms (Iran v. United States)*, wyrok z 6.11.2003 r.: „The Court does not exclude the possibility that the mining of a single military vessel might be sufficient to bring into play the ‘inherent right of self-defence’” (§ 72); „The Court is not sufficiently convinced that the evidence available supports the contentions of the United States as to the significance of the military presence and activity on the Reshadat oil platforms. [...] However, even accepting those contentions [...] the Court is unable to hold that the attacks made on the platforms could have been justified as acts of self-defence. [...] The Court would also observe that [...] the United States forces attacked the R-4 platform as a ‘target of opportunity’, not one previously identified as an appropriate military target” (§ 76).

¹⁸ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, wyrok z 19.12.2005 r., §§ 161, 165, 345 (1).

¹⁹ Ibidem – „[T]he Court finds that the legal and factual circumstances for the exercise of a right of self-defence by Uganda against the DRC were not present. Accordingly, the Court has no need to respond to the contentions of the Parties as to whether and under what conditions contemporary international law provides for a right of self-defence against large-scale attacks by

odpowiedniej reakcji Konga wobec działających z jego terytorium grup nieregularnych (między innymi ze względu na ograniczone możliwości oraz trudną konfigurację terenu) nie oznacza przyzwolenia lub tolerowania ich działalności²⁰. MTS słusznie napiętnował zbrodnie wojsk Ugandy, jednak akcję zbrojną jej wojsk można było uznać za samoobronę w odpowiedzi na zbrojną napaść grup nieregularnych co najmniej tolerowanych przez Kongo/Zair (naruszenia praw człowieka i prawa humanitarnego stanowią osobną przyczynę prawną odpowiedzialności).

W opinii doradczej (2004) w sprawie budowy muru na okupowanym terytorium palestyńskim MTS stwierdził, że budowa ta nie spełnia przesłanek samoobrony, ponieważ Izrael nie jest przedmiotem ataków obcego państwa (Hezbollah nie jest państwem), co więcej – ataki dokonywane są z obszarów okupowanych przez Izrael, na których sprawuje on kontrolę²¹ (MTS nie sprecyzował jednak w swej opinii pojęcia kontroli). MTS wykluczył tym samym możliwość powołania się przez Izrael na art. 51 Karty NZ.

Stanowisko to wydaje się wątpliwe, ponieważ zastosowania samoobrony nie należy w tym przypadku wykluczać²², a Karta NZ oraz rezolucje 1368 i 1373²³ RB z całą pewnością nie wymagają, by napaść zbrojna była dziełem

irregular forces. Equally, since the preconditions for the exercise of self-defence do not exist in the circumstances of the present case, the Court has no need to enquire whether such an entitlement to self-defence was in fact exercised in circumstances of necessity and in a manner that was proportionate" (§ 147).

²⁰ Ibidem – „The Court [...] cannot conclude that the absence of action by Zaire's Government against the rebel groups in the border area is tantamount to 'tolerating' or 'acquiescing' in their activities" (§ 301).

²¹ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinia doradcza z 9.7.2004 r.: „Israel does not claim that the attacks against it are imputable to a foreign State. The Court also notes that Israel exercises control in the Occupied Palestinian Territory and that, as Israel itself states, the threat which it regards as justifying the construction of the wall originates within, and not outside, that territory. The situation is thus different from that contemplated by Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001), and therefore Israel could not in any event invoke those resolutions in support of its claim to be exercising a right of self-defence. Consequently, the Court concludes that Article 51 of the Charter has no relevance in this case" (§ 139).

²² Ibidem – separate opinion sędzi Higgins: „This is formalism of an unevenhanded sort" (§ 34). W tym sensie również separate opinion sędziego Kooijmansa (§ 35), oświadczenie sędziego Buergenthala (§ 6).

²³ SC Res. 1368 RB: „Determined to combat by all means [in accordance with the Charter of the United Nations – dodane w SC Res. 1373, J.K.] threats to international peace and security caused by terrorist acts; Recognizing the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter" (preambuła), „1. Unequivocally condemns in the strongest terms the horrifying terrorist attacks which took place on 11 September 2001 in New York, Washing-

państwa²⁴. Ponadto status Palestyny nie jest bynajmniej jednoznaczny, podobnie jak sporny jest charakter prawny konfliktu izraelsko-palestyńskiego²⁵. Opinię MTS można ponadto uznać za jednostronną, gdyż Trybunał, piętnując naruszenia prawa międzynarodowego przez Izrael, nie ustosunkował się do złamania tego prawa przez stronę palestyńską, a tylko oba czynniki łącznie pozwalają na rozsądną ocenę²⁶.

Przypomnijmy, że już w latach 90. Strefa Gazy została otoczona przez Izrael specjalną barierą²⁷, a podobne zabezpieczenie istnieje też między Strefą Gazy a Egiptem, który rozbudowuje ten rodzaj instalacji, aby zapobiec przedostawaniu się terrorystów ze strefy Gazy. Dodatkowe zabezpieczenia po stronie egipskiej polegają na umieszczeniu w ziemi stalowych płyt do głębokości 30 metrów, aby przeszkodzić wykopywaniu setek podziemnych tuneli²⁸. Dodajmy

ton, D.C. and Pennsylvania and regards such acts, like any act of international terrorism, as a threat to international peace and security”.

²⁴ Nie wydaje się też, by kryterium zewnętrzności ataku (w tym kierunku zmierzała opinia NATO we wrześniu 2001 r.) miało charakter rozstrzygający. Atak z 11.9.2001 r. był – w decydującej, ostatniej fazie – przeprowadzony z terytorium USA (podobnie w Madrycie w 2004 r.), jednak sprawcy przybyli wcześniej z zewnątrz oraz byli sterowani i wspierani przez siły zewnętrzne. Nieco inaczej rzecz się miała w przypadku zamachów terrorystycznych w Londynie w 2005 r., dokonanych przez obywateli brytyjskich, od dawna lub wręcz od urodzenia zamieszkałych w Wielkiej Brytanii; nie jest jednak do końca jasne, czy i w jakim stopniu wspomagani oni byli z zewnątrz.

²⁵ Zob. Y. Shany, *Faraway, so Close: The Legal Status of Gaza After Israel's Disengagement*, „International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty – Research Paper” No. 12-06 (August 2006); tenże, *The Law Applicable to Non-occupied Gaza: A Comment on Bassiouni v. Prime Minister of Israel*, „International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty – Research Paper” No. 13-09 (February 2009).

²⁶ Ch.F. Martel, *Give Peace a Chance: How Considering Peace Process Obligations Would Have Improved the Rulings of the International Court of Justice and the Israeli Supreme Court on the Israeli Security Barrier*, „Duke Journal of Comparative and International Law” 2007, vol. 17, s. 305–359; Ch.J. Tams, *Light Treatment of a Complex Problem: The Law of Self-Defence in the Wall Case*, EJIL 2005, vol. 16/5, s. 963–978; D. Murphy, *Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An Ipse Dixit from the ICJ?*, „American Journal of International Law” (AJIL) 2005, vol. 99, s. 62–75.

²⁷ Agreement on the Gaza Strip and the Jericho Area, May 4, 1994: „Article XXIII (4): The Parties agree that, as long as this Agreement is in force, the security fence erected by Israel around the Gaza Strip shall remain in place”.

²⁸ *Gaza, Hundreds Protest Against Egyptian Wall*, December 21, 2009 – <http://www.ansamed.info/en/news/ME03.XAM20095.html>; *Mubarak Resists Calls at Home, in Region to Admit Palestinians Fleeing Violence*, „The Washington Post” z 10 stycznia 2009 roku (A01); *Egypt Builds a Wall*, „The Weekly Standard” z 28 kwietnia 2008 roku; *Egypt builds new wall along Gaza*, CNN, 6 March 2008 – <http://us.cnn.com/2008/WORLD/meast/03/06/egypt.gaza.ap/index.html>. Broniąc się przed napływem ludności ze strefy Gazy, Egipt toleruje jednak nielegalny przemyt broni i towarów do Gazy przez sieć podziemnych tuneli, zob. M. Zawadzki, *Egipcjanie budują*

też, iż w czasie konfliktu zbrojnego między Hamasem a Izraelem (na przełomie lat 2008/2009) Egipt nie zezwolił na otwarcie przejść granicznych ze strefy Gazy. W styczniu 2010 r. Izrael ogłosił zamiar budowy specjalnych zabezpieczeń na całej granicy izraelsko-egipskiej na Synaju²⁹.

2.2. Standardy przypisania

– całkowita zależność, pełna kontrola i ogólna kontrola

Poza stwierdzeniem naruszenia danej normy, istotną kwestią jest przypisanie tego naruszenia danemu podmiotowi oraz przypisanie międzynarodowoprawnej odpowiedzialności, zwłaszcza w kontekście aktów podmiotów niepaństwowych.

Zgodnie z Artykułami KPM, za akt państwa mogą być uznane działania podmiotów niebędących jego organami *de iure* (art. 8), działania na jego terytorium, gdy władza oficjalna nie istnieje lub nie jest sprawowana (art. 9), działania ruchów powstańczych (art. 10)³⁰. Artykuły KPM odnoszą się też do

Palestyńczykom mur zdrady, „Gazeta Wyborcza” z 23.12.2009, s. 9; tenże, *Izrael walczy z tunełami*, „Gazeta Wyborcza” z 9.1.2009 roku; tenże, *Strefa 1000 tuneli*, „Gazeta Wyborcza” (Duży Format) z 17.12.2008 roku.

²⁹ *PM Netanyahu Decides to Close Israel's Southern Border to Infiltrators and Terrorists*, 10 January 2010 – <http://www.pmo.gov.il/PMOEng/Communication/Spokesman/2010/01/spoke-gvul100110.htm>

³⁰ ILC. *Articles on Responsibility*: Art. 8: „The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct”. Commentary: „(2) [...] Most commonly cases of this kind will arise where State organs supplement their own action by recruiting or instigating private persons or groups who act as ‘auxiliaries’ while remaining outside the official structure of the State. These include, for example, individuals or groups of private individuals who, though not specifically commissioned by the State and not forming part of its police or armed forces, are employed as auxiliaries or are sent as ‘volunteers’ to neighbouring countries, or who are instructed to carry out particular missions abroad. [...] (7) It is clear then that a State may, either by specific directions or by exercising control over a group, in effect assume responsibility for their conduct. Each case will depend on its own facts, in particular those concerning the relationship between the instructions given or the direction or control exercised and the specific conduct complained of. In the text of article 8, the three terms ‘instructions’, ‘direction’ and ‘control’ are disjunctive; it is sufficient to establish any one of them. At the same time it is made clear that the instructions, direction or control must relate to the conduct which is said to have amounted to an internationally wrongful act”; Art. 9: „The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact exercising elements of the governmental authority in the absence or default of the official authorities and in circumstances such as to call for the exercise of those elements of authority”. Commentary: „(4) [...] The cases

odpowiedzialności za niedozwolone działanie własne państwa w przypadku udzielania wsparcia i pomocy innemu państwu (art. 16) oraz odpowiedzialności za działanie jednego państwa kontrolowane lub kierowane przez drugie państwo (art. 17)³¹.

Dla przypisania państwu sprzecznych z prawem międzynarodowym działań lub zaniechań innego podmiotu stosuje się w praktyce specyficzne standardy (testy). Istotną rolę odgrywa tu orzecznictwo sądów międzynarodowych, przy czym standardy stosowane przez MTS oraz te, które figurują w Artykułach KPM, są zbieżne.

envisaged by article 9 presuppose the existence of a government in office and of State machinery whose place is taken by irregulars or whose action is supplemented in certain cases. This may happen on part of the territory of a State which is for the time being out of control, or in other specific circumstances. [...] (5) The phrase 'in the absence or default of' is intended to cover both the situation of a total collapse of the State apparatus as well as cases where the official authorities are not exercising their functions in some specific respect, for instance, in the case of a partial collapse of the State or its loss of control over a certain locality. (6) [...] The term 'called for' conveys the idea that some exercise of governmental functions was called for, though not necessarily the conduct in question. In other words, the circumstances surrounding the exercise of elements of the governmental authority by private persons must have justified the attempt to exercise police or other functions in the absence of any constituted authority. There is thus a normative element in the form of agency entailed by article 9, and this distinguishes these situations from the normal principle that conduct of private parties, including insurrectionary forces, is not attributable to the State"; Art. 10: „1. The conduct of an insurrectional movement which becomes the new government of a State shall be considered an act of that State under international law. 2. The conduct of a movement, insurrectional or other, which succeeds in establishing a new State in part of the territory of a pre-existing State or in a territory under its administration shall be considered an act of the new State under international law. 3. This article is without prejudice to the attribution to a State of any conduct, however related to that of the movement concerned, which is to be considered an act of that State by virtue of articles 4 to 9”.

³¹ Ibidem – Art. 16: „A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if: (a) That State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act, (b) The act would be internationally wrongful if committed by that State”. Commentary: „(1) [...] Under article 16, aid or assistance by the assisting State is not to be confused with the responsibility of the acting State. In such a case, the assisting State will only be responsible to the extent that its own conduct has caused or contributed to the internationally wrongful act. [...] (3) Article 16 limits the scope of responsibility for aid or assistance in three ways. First, the relevant State organ or agency providing aid or assistance must be aware of the circumstances making the conduct of the assisted State internationally wrongful; secondly, the aid or assistance must be given with a view to facilitating the commission of that act, and must actually do so; and thirdly, the completed act must be such that it would have been wrongful had it been committed by the assisting State itself. [...] (8) The obligation not to use force may also be breached by an assisting State through permitting the use of its territory by another State to carry out an armed attack against a third State. [...] (10) In accordance with article 16, the assisting State is respon-

W wyroku w sprawie personelu dyplomatycznego i konsularnego USA w Teheranie (1980) MTS uznał, iż odpowiedzialność państwa irańskiego za naruszenie prawa międzynarodowego w postaci zbrojnej napaści na ambasadę USA przez tzw. studentów miała podwójny charakter. Po pierwsze, MTS stwierdził, że w początkowej fazie zajęcie ambasady i wzięcie zakładników nie było działaniem przeprowadzonym w imieniu państwa irańskiego. Iran nie ponosił więc odpowiedzialności za ten akt, a jedynie za akt własny, polegający na naruszeniu obowiązku należytej staranności, przewidzianego w Konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych (1961)³². Po drugie, w wyniku późniejszej, oficjalnej i wyraźnej aprobaty władz irańskich dla tego czynu MTS przypisał Iranowi działanie sprawców stwierdzając, że od pewnego momentu działali oni jako organ *de facto* państwa³³.

W sprawie *Nikaragua v. USA* (1986) MTS stwierdził, że działaniami swych organów Stany Zjednoczone naruszyły zakaz użycia siły i dopuściły się interwencji w sprawy wewnętrzne Nikaragui³⁴ jednakże aktów zbrojnych *contras* (zwłaszcza naruszeń prawa humanitarnego) nie można przypisać USA, ponieważ oddziały te nie znajdowały się w sytuacji całkowitej zależności (*complete dependence*) od Stanów Zjednoczonych (tym samym nie były organem

sible for its own act in deliberately assisting another State to breach an international obligation by which they are both bound. It is not responsible, as such, for the act of the assisted State"; Art. 17: „A State which directs and controls another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for that act if: (a) That State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act and (b) The act would be internationally wrongful if committed by that State”. Commentary: „(1) [...] Under article 16 a State providing aid or assistance with a view to the commission of an internationally wrongful act incurs international responsibility only to the extent of the aid or assistance given. By contrast, a State which directs and controls another in the commission of an internationally wrongful act is responsible for the act itself, since it controlled and directed the act in its entirety. [...] (7) In the formulation of article 17, the term ‘controls’ refers to cases of domination over the commission of wrongful conduct and not simply the exercise of oversight, still less mere influence or concern. Similarly, the word ‘directs’ does not encompass mere incitement or suggestion but rather connotes actual direction of an operative kind. Both direction and control must be exercised over the wrongful conduct in order for a dominant State to incur responsibility. The choice of the expression, common in English, ‘direction and control’, raised some problems in other languages, owing in particular to the ambiguity of the term ‘direction’ which may imply, as is the case in French, complete power, whereas it does not have this implication in English”.

³² ICJ, *United States of America v. Iran*, wyrok z 24.5.1980 r., § 63. Zob. wyrok w sprawie *Kenneth P. Yeager v. Islamic Republic of Iran*, „Iran-U.S. Claims Tribunal Reports” 1987, vol. IV, s. 92.

³³ ICJ, *United States of America v. Iran*, wyrok z 24.5.1980 r., § 74.

³⁴ ICJ, *Nicaragua v. United States*, wyrok z 27.6.1986 r., §§ 75-92.

de facto USA³⁵), ani też USA nie sprawowały pełnej kontroli nad ich konkretnymi operacjami (*effective control*)³⁶.

W wyroku w sprawie platform naftowych (2003) MTS nie zdołał przypisać Iranowi aktów, które Stany Zjednoczone uznały za zbrojną napaść i tym samym sprawa odpowiedzialności Iranu pozostała nierozstrzygnięta³⁷.

W wyroku w sprawie *Kongo v. Uganda* (2005) MTS oznajmił, że Kongo nie można przypisać powtarzających się ataków na Ugandę dokonanych przez oddziały nieregularne z jego terytorium, ponieważ kraj ten ani ich nie wysłał we własnym imieniu, ani nie kontrolował ich działań; podobny pogląd wyraził MTS co do roli Ugandy w odniesieniu do oddziałów nieregularnych działających z jej terytorium³⁸. Trybunał nie odniósł się jednak do prawnych konsekwencji tolerowania lub wspierania oddziałów nieregularnych przez Kongo/Zair (czyli odpowiedzialności Konga za brak działań własnych). Ponadto, MTS stwierdził tylko ograniczony zakres kontroli Ugandy nad grupami nieregularnymi rabującymi zasoby naturalne Konga³⁹.

Izba Apelacyjna Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (MTKJ), a także orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) wychodzą poza standard sformułowany przez MTS. W sprawie *Tadić* (1999) MTKJ stwierdził (podobnie jak MTS), iż dla przypisania pań-

³⁵ Ibidem – „What the Court has to determine at this point is whether or not the relationship of the *contras* to the United States Government was so much one of dependence on the one side and control on the other that it would be right to equate the *contras*, for legal purposes, with an organ of the United States Government, or as acting on behalf of that Government. [...] Yet despite the heavy subsidies and other support provided to them by the United States, there is no clear evidence of the United States having actually exercised such a degree of control in all fields as to justify treating the *contras* as acting on its behalf” (§ 109).

³⁶ Ibidem – „United States participation, even if preponderant or decisive in the financing, organizing, training, supplying and equipping of the *contras*, the selection of its military or paramilitary targets, and the planning of the whole of its operation, is still insufficient in itself [...] for the purpose of attributing to the United States the acts committed by the *contras* in the course of their military or paramilitary operations in Nicaragua. All the forms of United States participation mentioned above, and even the general control by the respondent State over a force with a high degree of dependency on it, would not in themselves mean, without further evidence, that the United States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant State. Such acts could well be committed by members of the *contras* without the control of the United States. For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed” (§ 115).

³⁷ Zob. ICJ, *Oil Platforms (Iran v. United States)*, wyrok z 6.11.2003 r.

³⁸ ICJ, *Congo v. Uganda*, wyrok z 19.12.2005 r., §§ 146, 160.

³⁹ Ibidem, §§ 247–249.

stwu odpowiedzialności za akty zorganizowanych grup nieregularnych nie wystarczy tylko szkolenie lub finansowanie przez nie tych grup czy też dostawy broni dla nich, konieczna jest bowiem jeszcze organizująca, koordynująca lub planująca rola państwa w odniesieniu do aktywności tych grup. Nie jest natomiast – zdaniem Izby – niezbędne (jak tego żąda MTS), by państwo kierowało tymi oddziałami lub udzielało im instrukcji (poleceń) w prowadzeniu konkretnych operacji, czyli tzw. pełna kontrola⁴⁰.

Izba dokonała zatem rozróżnienia między kontrolą ogólną (*overall control*) a pełną kontrolą (*effective control*). Dodajmy jednak, iż MTKJ nie rozstrzygał o odpowiedzialności międzynarodowoprawnej państwa, a konstrukcję kontroli rozwinął dla celów ustalenia międzynarodowego charakteru konfliktu w Bośni-Hercegowinie, dzięki czemu można było zastosować szersze spektrum norm prawa humanitarnego⁴¹. MTKJ inspirował się orzecznictwem ETPC⁴². Pogląd MTKJ potwierdzony został w podobnym kontekście przez Międzynarodowy Trybunał Karny w sprawie *Lubanga* (2007)⁴³, na krótko zresztą

⁴⁰ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). *Prosecutor v. Tadić* (No. IT-94-1-A), Appeals Chamber, wyrok z 15.7.1999 r.: „137. Where the question at issue is whether a single private individual or a group that is not militarily organised has acted as a *de facto* State organ when performing a specific act, it is necessary to ascertain whether specific instructions concerning the commission of that particular act had been issued by that State to the individual or group in question; alternatively, it must be established whether the unlawful act had been publicly endorsed or approved *ex post facto* by the State at issue. By contrast, control by a State over subordinate armed forces or militias or paramilitary units may be of an overall character (and must comprise more than the mere provision of financial assistance or military equipment or training). This requirement, however, does not go so far as to include the issuing of specific orders by the State, or its direction of each individual operation. [...] The control required by international law may be deemed to exist when a State (or, in the context of an armed conflict, the Party to the conflict) has a role in organising, coordinating or planning the military actions of the military group, in addition to financing, training and equipping or providing operational support to that group. Acts performed by the group or members thereof may be regarded as acts of *de facto* State organs regardless of any specific instruction by the controlling State concerning the commission of each of those acts”. Zob. też ICTY. *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski* (No. IT-95-14/1-A), Appeals Chamber, wyrok z 24.3.2000 r., §§ 145, 146; ICTY. *Prosecutor v. Naletilić and Martinović* (No. IT-98-34-T), Trial Chamber, wyrok z 31.3.2003 r., §§ 198–202.

⁴¹ ICTY. *Prosecutor v. Tadić* (No. IT-94-1-A), Appeals Chamber, wyrok z 15.7.1999 r., § 104; M. Sassoli, *State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross” 2002, vol. 84, nr 846, s. 408; zob. także V. Azarov, *Internationalisation and Attribution: The Tadić Analysis in the Genocide in Bosnia Case*, „The Westminster International Law and Theory Centre Online Working Papers” 2009, nr 2.

⁴² Zob. niżej pkt 3.

⁴³ Cour pénale internationale. *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06), La Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, 29.1.2007 r.: „211. La Chambre est d’avis que lorsqu’un État n’est pas directement intervenu sur le territoire d’un autre État en

przed wyrokiem MTS w sprawie stosowania Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa.

W kontekście niniejszych rozważań na szczególną uwagę zasługuje wyrok MTS z 2007 r. w sprawie stosowania Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa (*Bośnia-Hercegowina v. Serbia i Czarnogóra*). Trybunał określił wprawdzie masakrę w Srebrenicy jako akt ludobójstwa (w rozumieniu Konwencji z 1948 r.)⁴⁴, ale uznał, że zbrodni tej nie można przypisać Serbii i Czarnogórze (byłej Federalnej Republice Jugosławii, FRJ), a także – z braku wystarczających dowodów – nie uznał odpowiedzialności FRJ za różne formy udziału w naruszeniu prawa, takie jak współsprawstwo (*conspiracy, l'entente*), podżeganie (*incitement, incitation*) lub pomocnictwo (*complicity, complicité*). MTS stwierdził natomiast międzynarodowoprawną odpowiedzialność FRJ za naruszenie własnego obowiązku w postaci braku należytej staranności w zapobieżeniu zbrodni ludobójstwa.

Po pierwsze, MTS stanął na stanowisku, że oddziały bośniackich Serbów, które dokonały ludobójstwa w Srebrenicy nie były organami *de iure* FRJ. Czy zbrodni tej nie można było uznać za działanie organów *de facto* FRJ? Kto finansował, uzbrajał i popierał politycznie te oddziały? Z treści wyroku wynika, że w przeważającym stopniu czyniła to FRJ⁴⁵. Trybunał nie był jednak w stanie zebrać przekonujących dowodów, pozwalających stwierdzić całkowitą zależność oddziałów bośniackich Serbów od FRJ⁴⁶. Nawiązując do Artykułów KPM (art. 8) oraz swego wcześniejszego orzecznictwa MTS stanął na stanowisku, iż odpowiedzialność państwa dotyczy przede wszystkim działań jego organów, a za działania aktorów niepaństwowych (np. grup/struktur nieregularnych) państwo odpowiadać może tylko w sytuacji ich całkowitej zależności od niego albo tzw. pełnej kontroli nad ich konkretnymi działaniami – w obu zatem przypadkach jako jego organ *de facto*. W pierwszym przy-

utilisant ses propres troupes, le critère du contrôle global [*overall control*] s'applique afin de déterminer si des forces armées agissent au nom du premier État. C'est le cas lorsque cet État joue un rôle dans l'organisation, la coordination et la planification des actions militaires du groupe militaire, en plus du financement, de l'entraînement, de l'équipement ou du soutien opérationnel qu'il lui apporte”.

⁴⁴ O zbrodni ludobójstwa zob. W.A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*, Cambridge 2009; J.B. Quigley, *The Genocide Convention: An International Law Analysis*, Hampshire 2006.

⁴⁵ ICJ, *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, wyrok z 26.2.2007 r., § 388.

⁴⁶ *Ibidem*, §§ 392–395.

padku FRJ odpowiadałaby za wszystkie akty bośniackich Serbów, w drugim natomiast tylko za ich konkretne akty naruszające prawo i tylko wtedy, gdy udowodniona zostanie pełna kontrola FRJ nad tymi konkretnymi czynami, czyli zbrodnia musiałaby mieć miejsce z polecenia (*instruction*) FRJ lub pod jej kierownictwem (*under the direction*)⁴⁷. W swym wyroku MTS zaprzeczył wyraźnie koncepcji tzw. kontroli ogólnej, sformułowanej przez MTKJ⁴⁸.

Po drugie, MTS odrzucił odpowiedzialność FRJ za pomocnictwo w ludobójstwie. Trybunał uznał, iż brak przekonujących dowodów, aby niekwestionowanemu wsparciu FRJ dla oddziałów bośniackich Serbów towarzyszyła wiedza, iż udziela ona pomocy w celu popełnienia ludobójstwa podzielając jednocześnie charakterystyczny dla tej zbrodni zamiar (*dolus specialis*) zniszczenia w całości lub części grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej, jako takiej. Ten specjalny, dodatkowy zamiar jest specyficzną cechą definicji ludobójstwa sformułowaną w normie materialnej. Według MTS, brak zwłaszcza przekonujących dowodów, że FRJ wspierała nieprzerwanie bośniackich Serbów w kontekście planowanej zbrodni⁴⁹. Argument ten wydaje się wątpliwy,

⁴⁷ Ibidem, §§ 413, 415.

⁴⁸ Ibidem – „The Court [...] finds itself unable to subscribe to the Chamber’s view” (§ 403) [ICTY. *Tadić...*, op.cit.]. „It should first be observed that logic does not require the same test to be adopted in resolving the two issues, which are very different in nature: the degree and nature of a State’s involvement in an armed conflict on another State’s territory which is required for the conflict to be characterized as international, can very well, and without logical inconsistency, differ from the degree and nature of involvement required to give rise to that State’s responsibility for a specific act committed in the course of the conflict” (§ 405). „It must next be noted that the ‘overall control’ test has the major drawback of broadening the scope of State responsibility well beyond the fundamental principle governing the law of international responsibility: a State is responsible only for its own conduct, that is to say the conduct of persons acting, on whatever basis, on its behalf. That is true of acts carried out by its official organs, and also by persons or entities which are not formally recognized as official organs under internal law but which must nevertheless be equated with State organs because they are in a relationship of complete dependence on the State. Apart from these cases, a State’s responsibility can be incurred for acts committed by persons or groups of persons – neither State organs nor to be equated with such organs – only if, assuming those acts to be internationally wrongful, they are attributable to it under the rule of customary international law reflected in Article 8 cited above (paragraph 398). This is so where an organ of the State gave the instructions or provided the direction pursuant to which the perpetrators of the wrongful act acted or where it exercised effective control over the action during which the wrong was committed. In this regard the ‘overall control’ test is unsuitable, for it stretches too far, almost to breaking point, the connection which must exist between the conduct of a State’s organs and its international responsibility” (§ 406).

⁴⁹ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, wyrok z 26.2.2007 r.: „[I]t is not established beyond any doubt in the argument between the Parties whether the authorities of the FRY supplied – and continued to supply – the VRS leaders who decided upon and carried

ponieważ wyposażenie oddziałów serbskich w broń miało charakter stały i trwało od dawna (piętnowały to między innymi rezolucje RB – 713, 757, 781, 816, 819, 836 – ustanawiające embargo na dostawy broni oraz tzw. *no-fly zones* w Bośni i Hercegowinie). Takie rozumowanie MTS zakłada, iż sprzęt i amunicja użyte do masakry w Srebrenicy musiałyby być specjalnie znakowane (?).

Po trzecie, MTS uznał międzynarodowoprawną odpowiedzialność FRJ za brak należytej staranności (*due diligence*) w zapobieganiu ludobójstwu w Srebrenicy, czyli odpowiedzialność za własną postawę, a nie za działanie innego podmiotu. Taki obowiązek zapobiegania wynika wprost z art. 1 Konwencji z 1948 r. Przypomnijmy, że już w latach 1991–1992 RB ustanowiła embargo na dostawy broni do Jugosławii i żądała od FRJ zaprzestania interwencji w Bośni i Hercegowinie oraz wycofania stamtąd jej oddziałów wojskowych⁵⁰. Stosując w 1993 roku środki tymczasowe, MTS wyraźnie domagał się od FRJ, aby zapobiegła ona ludobójstwu, podżeganiu do niego lub pomocnictwu w ludobójstwie w odniesieniu do oddziałów kierowanych lub wspieranych przez nią oraz organizacji lub osób, znajdujących się pod jej kontrolą, kierownictwem lub wpływem⁵¹. Według MTS, dla naruszenia przez państwo obowiązku należytej staranności nie jest konieczna pewność co do zamiaru popełnienia zbrodni przez sprawcę, wystarczające jest natomiast, że podmiot mogący zapobiec zbrodni dysponuje odpowiednimi środkami i ich nie używa⁵². MTS słusznie zaprzeczył tezie, iż obowiązek zapobiegania rozpoczyna

out those acts of genocide with their aid and assistance, at a time when those authorities were clearly aware that genocide was about to take place or was under way; in other words that not only were massacres about to be carried out or already under way, but that their perpetrators had the specific intent characterizing genocide, namely, the intent to destroy, in whole or in part, a human group, as such" (§ 422); „The Court concludes from the above that the international responsibility of the Respondent is not engaged for acts of complicity in genocide [...] under Article III as a whole" (§ 424).

⁵⁰ SC Res. 713 (1991), 757 (1992), 819 (1993).

⁵¹ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, wyrok z 26.2.2007 r.: „In particular, in its Order of 8 April 1993, the Court stated, *inter alia*, that [...] the FRY was required to ensure: ‘that any military, paramilitary or irregular armed units which may be directed or supported by it, as well as any organizations and persons which may be subject to its control, direction or influence, do not commit any acts of genocide, of conspiracy to commit genocide, of direct and public incitement to commit genocide, or of complicity in genocide’ [...]. The Court’s use, in the above passage, of the term ‘influence’ is particularly revealing of the fact that the Order concerned not only the persons or entities whose conduct was attributable to the FRY, but also all those with whom the Respondent maintained close links and on which it could exert a certain influence” (§ 435).

⁵² *Ibidem* – „[A]n accomplice must have given support in perpetrating the genocide with full knowledge of the facts. By contrast, a State may be found to have violated its obligation to

się w momencie popełnienia zbrodni albo że usprawiedliwieniem dla braku działań prewencyjnych może być przypuszczenie nieskuteczności takiego przeciwdziałania⁵³.

W przeciwieństwie do swych niektórych innych wyroków, stwierdzając odpowiedzialność FRJ za brak należytej staranności MTS orzekł tylko o udzieleniu tzw. satysfakcji oraz zobowiązał jej władze do pełnej współpracy z MTKJ⁵⁴. MTS w zadziwiający sposób wyeliminował natomiast kwestię ewentualnych reparacji⁵⁵. Uznał również, że nawet przy dołożeniu niezbędnej staranności FRJ nie byłaby w stanie zapobiec ludobójstwu w Srebrenicy(!), zaprzeczając niechcący własnej tezie o odpowiedzialności FRJ za brak należytej staranności⁵⁶. Stanowisko to wydaje się co najmniej niezrozumiałe⁵⁷, a jego przyczyny nie wydają się być natury prawnej⁵⁸. Tym samym MTS zredukował do minimum odpowiedzialność FRJ.

2.3. Między całkowitą zależnością a należyłą starannością

Orzecznictwo MTS z jednej strony ogranicza międzynarodowoprawną odpowiedzialność za użycie siły, z drugiej zaś kwestionuje niektóre

prevent even though it had no certainty, at the time when it should have acted, but failed to do so, that genocide was about to be committed or was under way; for it to incur responsibility on this basis it is enough that the State was aware, or should normally have been aware, of the serious danger that acts of genocide would be committed" (§ 432). „[F]or a State to be held responsible for breaching its obligation of prevention, it does not need to be proven that the State concerned definitely had the power to prevent the genocide; it is sufficient that it had the means to do so and that it manifestly refrained from using them" (§ 438).

⁵³ Ibidem, § 431.

⁵⁴ Perypetie ze schwytaniem i skazaniem dwóch największych zbrodniarzy (Radovan Karadžić i Ratko Mladić) pokazują jak krętymi drogami biegnie wymiar międzynarodowej sprawiedliwości. O manipulacji mocarstw zob. C. Del Ponte, *La Caccia: Io e i criminali di guerra*, Milan 2008 (*The Hunt: Me and War Criminals*); M.A. Newton, M.P. Scharf, *Enemy of the State: The Trial and Execution of Saddam Hussein*, New York 2008.

⁵⁵ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, wyrok z 26.2.2007 r., § 471. Charakterystyczne jednak, że w innych wyrokach MTS orzekł o przyznaniu reparacji, np. ICJ, *Nicaragua v. United States*, wyrok z 27.6.1986 r., § 292; ICJ, *Congo v. Uganda*, wyrok z 19.12.2005 r., § 345/5. Tak samo ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinia doradcza z 9.7.2004 r., § 163.

⁵⁶ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, wyrok z 26.2.2007 r., § 462.

⁵⁷ Szerzej M. Milanović, *State Responsibility for Genocide: A Follow-Up*, EJIL 2007, vol. 18/4, s. 688–692.

⁵⁸ F. Hartmann, *Paix et châtimeut. Les guerres secrètes de la politique et de la justice internationale*, Paris 2007; Zob. również teże, *Vital genocide documents concealed*, 21.1.2008 r. – http://www.bosnia.org.uk/news/news_body.cfm?newsid=2341

formy reakcji na jej użycie. Krytyka tego stanu rzeczy wydaje się pod pewnymi względami uzasadniona.

2.3.1. Główna kontrowersja dotycząca przypisania aktu polega na tym, że w przypadku aktorów niepaństwowych spełnienie standardu całkowitej zależności lub pełnej kontroli wydaje się mało realistyczne z dwóch powodów: po pierwsze, standardy te ustawione są bardzo wysoko, a po drugie, są trudne do udowodnienia.

Wymowny jest tu przykład wyroku MTS w sprawie Bośni-Hercegowiny. Sprawcą ludobójstwa w Srebrenicy były oddziały bośniackich Serbów, których zbrodnia stanowiła działanie przemyślane i zamierzone. Gdyby uznać zbrodnie bośniackich Serbów za akty organów *de iure* lub organów *de facto* FRJ (standard całkowitej zależności), to jej odpowiedzialność nie ulegałaby wątpliwości. W wariantcie pełnej kontroli przypisać by można FRJ odpowiedzialność tylko za konkretną zbrodnię w Srebrenicy. O ile – przyjmując punkt widzenia MTS – tak nie było, to pojawia się pytanie, w jakim stopniu w grę wchodzić mogła odpowiedzialność międzynarodowoprawna FRJ i na jakiej podstawie?

Stwierdzając odpowiedzialność FRJ za brak należytej staranności MTS uznał tym samym pewien stopień jej wpływu na strukturę władzy bośniackich Serbów. Przy założeniu braku takiej kontroli trudno sobie wyobrazić, by FRJ miała ponosić odpowiedzialności za brak staranności w działaniu zapobiegawczym. Interesujące jest też, iż MTS nie wypowiada się co do braku należytej staranności po stronie ONZ, która wiedziała o zagrożeniu, miała na miejscu swe oddziały i dysponowała pewnymi możliwościami wpływu (Srebrenica została ogłoszona przez ONZ strefą chronioną, a po jej zdobyciu przez bośniackich Serbów ludność cywilna została wydana ich oddziałom).

W świetle art. 1 Konwencji z 1948 r. oraz decyzji Rady Bezpieczeństwa i MTS istniał obowiązek prawny FRJ dołożenia należytej staranności zapobiegawczej. Również specjalny wysłannik Komisji Praw Człowieka⁵⁹ ostrzegał przed powtarzającymi się zbrodniami oddziałów bośniackich Serbów. Istniały też inne, ryzykowne elementy, np. wzmocniona konfliktem nienawiść narodowa, kryminalny skład niektórych oddziałów oraz wiele popełnionych od początku konfliktu i znanych zbrodni wojennych. Zdaniem MTS, FRJ musiała

⁵⁹ Zob. *Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the Situation of Human Rights in Bosnia and Herzegovina, the Republic of Croatia and the Federal Republic of Yugoslavia* (Periodic Reports of Tadeusz Mazowiecki) – <http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/FramePage/formerYugoslavia%20En?OpenDocument&Start=2.17&ExpandView>

być świadoma poważnego ryzyka, że oddziały serbskie w Bośni mogą dokonać ludobójstwa w Srebrenicy⁶⁰. FRJ mogła podjąć działania zapobiegawcze bez poważnego narażania się samej np. na reakcję zbrojną. Ówczesny Belgrad mając wiedzę o poprzednich zbrodniach nie potępiał ich oficjalnie, musiał więc przewidywać i godzić się z następnymi. Nie są znane dowody, by FRJ podjęła istotne przeciwdziałania, mimo że dysponowała wpływem na bośniackich Serbów oraz odpowiednimi środkami, których nie użyła.

W omawianym przypadku dochodzi jednak jeszcze inny aspekt. Otóż niezależnie od braku staranności w działaniach zapobiegawczych, FRJ wspomagala wszechstronnie (politycznie, organizacyjnie, wojskowo, finansowo i kadrowo) działania zbrojne bośniackich Serbów. Oddziały te nie ukrywały się w lesie dokonując od czasu do czasu partyzanckich wypadów – była to dobrze uzbrojona i jawnie działająca armia. Konieczne były zatem w dużej skali organizacja, koordynacja i planowanie z FRJ zarówno na poziomie dostaw broni, jak i innych płaszczyznach. Trafny wydaje się pogląd MTKJ, że różnice między oddziałami bośniackich Serbów a armią FRJ były tylko pozorne i służyły maskowaniu polityki Belgradu⁶¹. Tak więc, odpowiedzialność FRJ za akty bośniackich Serbów wynika nie tylko z braku staranności we własnych działaniach prewencyjnych, lecz z nie pozostawiającego wątpliwości czynnego ułatwienia i umożliwienia zbrodni. Tym samym pojawia się problem odpowiedzialności FRJ za udział w zbrodni (uwzględniając różne możliwe warianty tego ogólnego pojęcia przewidziane w Konwencji z 1948 r.)⁶². Nie moż-

⁶⁰ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, wyrok z 26.2.2007 r.: „[T]he Court recalls that although it has not found that the information available to the Belgrade authorities indicated, as a matter of certainty, that genocide was imminent (which is why complicity in genocide was not upheld above: paragraph 424), they could hardly have been unaware of the serious risk of it once the VRS forces had decided to occupy the Srebrenica enclave” (§ 436).

⁶¹ ICTY. *Prosecutor v. Tadić* (No. IT-94-1-A), Appeals Chamber, wyrok z 15.7.1999 r., §§ 151-152. M. Milanović, *State Responsibility for Genocide*, EJIL 2006, vol. 17/3, s. 599; „My view is that complete control probably existed initially, almost certainly in 1992, but that it lessened over time, and that by 1995 Serbia did not have the kind of influence over the RS as it had before. This is, however, completely open to debate” (s. 600).

⁶² Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948): „Art. 2. In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: (a) Killing members of the group; (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) Imposing measures intended to prevent births within the group; (e) Forcibly transferring children of the group to another group. Article 3. The following acts shall be punishable: (a) Genocide; (b) Conspiracy to commit genocide; (c) Direct and public incitement to commit genocide; (d) Attempt to commit genocide; (e) Complicity in genocide”;

na wykluczyć ewentualności współsprawstwa (*conspiracy*), polegającego na porozumieniu między FRJ a dowództwem bośniackich Serbów w planowaniu, organizowaniu i kierowaniu zbrodnią, jednak fakt taki trudno udowodnić. Podobne trudności dowodowe dotyczą podżegania (*incitement*).

Wobec powyższego można obciążyć FRJ odpowiedzialnością za pomocnictwo (*complicity*), które nie wymaga kontroli pomocnika nad sprawcą (FRJ nad oddziałami bośniackich Serbów). Pomocnictwo może mieć charakter materialny (np. dostarczenie środków przestępstwa) lub niematerialny (np. poparcie polityczne, ogólne doradztwo, udzielanie informacji). Jest ono działaniem umyślnym mogącym przybrać formę działania w zamiarze bezpośrednim lub zamiarze ewentualnym, w niektórych jednak przypadkach również w wyniku zaniechania, zwłaszcza gdy na pomocniku ciąży szczególny obowiązek zapobieżenia przestępstwu (np. główne organy państwa wspomagającego zbrojnie inne podmioty). Dla zaistnienia pomocnictwa nie jest niezbędny bezpośredni udział w dokonaniu przestępstwa, ani też wydawanie rozkazów lub kierowanie zbrodnią.

W procesie karnym jednego z uczestników zbrodni w Srebrenicy (Krstić) MTKJ uznał jego odpowiedzialność za ludobójstwo stwierdzając pomocnictwo w formie świadomego zaniechania i godzenia się na zbrodnię, przy braku akceptacji dla zamiaru sprawcy głównego⁶³. Organizatorzy i sprawcy lu-

of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (1993): „Art. 4 (3). The following acts shall be punishable: (a) genocide; (b) conspiracy to commit genocide; (c) direct and public incitement to commit genocide; (d) attempt to commit genocide; (e) complicity in genocide. [...] Article 7 (1). A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted [*aidé et encouragé*] in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime”.

⁶³ ICTY. *Prosecutor v. Radislav Krstić* (No. IT-98-33-A), Appeals Chamber, wyrok z 19.4.2004 r.: „134. [A]ll that the evidence can establish is that Krstić was aware of the intent to commit genocide on the part of some members of the VRS Main Staff, and with that knowledge, he did nothing to prevent the use of Drina Corps personnel and resources to facilitate those killings. This knowledge on his part alone cannot support an inference of genocidal intent. [...] Krstić, therefore, is not guilty of genocide as a principal perpetrator. [...] 139. The terms ‘complicity’ and ‘accomplice’ may encompass conduct broader than that of aiding and abetting. Given the Statute’s express statement in Article 7(1) that liability for genocide under Article 4 may attach through the mode of aiding and abetting, Radislav Krstić’s responsibility is properly characterized as that of aiding and abetting genocide. 140. This, however, raises the question of whether, for liability of aiding and abetting to attach, the individual charged need only possess knowledge of the principal perpetrator’s specific genocidal intent, or whether he must share that intent. [...] 144. [...] As the preceding factual examination has established, there was no evidence that Krstić ordered any of these murders, or that he directly participated in them. All the evidence can establish is that he knew that those murders were occurring and that he permitted the Main

dobójstwa w Srebrenicy działali celowo i świadomie wypełniając przesłankę charakterystycznego dla definicji tej zbrodni specjalnego zamiaru (*dolus specialis*). Wiadomo, że sprawcy z reguły zamazują dowody planowania i polecenia realizacji takich zbrodni, istnienie planu nie jest jednak konieczną przesłanką zbrodni⁶⁴.

Staff to use personnel and resources under his command to facilitate them. In these circumstances the criminal responsibility of Radislav Krstić is that of an aider and abettor to the murders, extermination and persecution, and not of a principal co-perpetrator"; ICTY. *Prosecutor v. Anto Furundžija* (IT-95-17/1-T), Trial Chamber, wyrok z 10.12.1998 r.: „245. [I]t is not necessary for the accomplice to share the *mens rea* of the perpetrator, in the sense of positive intention to commit the crime. [...] 249. In sum, the Trial Chamber holds the legal ingredients of aiding and abetting in international criminal law to be the following: the *actus reus* consists of practical assistance, encouragement, or moral support which has a substantial effect on the perpetration of the crime. The *mens rea* required is the knowledge that these acts assist the commission of the offence". Zob. też ICTY. *Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić* (No. IT-02-60-T), Trial Chamber, wyrok z 17.1.2005 r. (§ 770); International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). *Prosecutor v. Michel Bagaragaza* (No. ICTR-05-86-S), Trial Chamber, Sentencing Judgement – Summary, 5.11.2009 r.: „9. The Chamber has found him guilty of complicity in genocide for having substantially contributed to the killings of more than one thousand Tutsis. [...] Bagaragaza knew that the planners and the principal perpetrator had the special genocidal intent to destroy, in whole or in part, the Tutsi ethnic group, but he did not himself share that special intent. [...] 12. [...] The Chamber notes that Bagaragaza is not charged with participating in the planning or execution of the killings or with aiding and abetting the planners and principal perpetrators while sharing their genocidal intent. His offence is aiding and abetting the genocidaires to a substantial degree with knowledge of their genocidal intent"; ICTR. *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (No. ICTR-96-4-T), Trial Chamber, wyrok z 2.9.1998 r.: „540. [T]he Chamber is of the opinion that an accomplice to genocide need not necessarily possess the *dolus specialis* of genocide, namely the specific intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group, as such. [...] 544. The *mens rea*, or special intent, required for complicity in genocide is *knowledge* of the genocidal plan, coupled with the *actus reus* of participation in the execution of such plan. Crucially, then, it does not appear that the specific intent to commit the crime of genocide [...] is required for complicity or accomplice liability. 545. In conclusion, the Chamber is of the opinion that an accused is liable as an accomplice to genocide if he knowingly aided or abetted or instigated one or more persons in the commission of genocide, while knowing that such a person or persons were committing genocide, even though the accused himself did not have the specific intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such. [...] 548. [C]omplicity requires a positive act, i.e., an act of commission, whereas aiding and abetting may consist in failing to act or refraining from action".

⁶⁴ W.A. Schabas, *Genocide and the International Court of Justice: Finally, a Duty to Prevent the Crime of Crimes*, „Genocide Studies and Prevention” August 2007, vol. 2, nr 2, s. 110: „But can a state have a ‘mental element’? [...] In practice, what we look for is not a ‘mental element’ but, rather, a ‘plan or policy’. [...] [I]n reality, the court was looking for evidence of a plan or policy. (...) [T]he Appeals Chamber of the ICTY has said that practice ‘overwhelmingly supports the contention that no such requirement exists under customary international law’.

Czy – jako pomocnik – FRJ posiadała wiedzę o zamiarze popełnienia ludobójstwa przez bośniackich Serbów?⁶⁵ W świetle faktów przedstawionych przed MTS wiedza ta nie była dla władz FRJ tajemnicą. Wobec pojawiających się trudności dowodowych MTS powinien był odczytać pośrednio tę wiedzę z okoliczności naruszenia prawa. Znane są w tym względzie przykłady z orzecznictwa MTS⁶⁶ i międzynarodowych sądów karnych⁶⁷. W omawianej sprawie

One justification for its position is the earlier conclusion that a plan or policy is not required to establish the crime of genocide"; ICTY. *Prosecutor v. Dragoljub Kunaraè, Radomir Kovaè, and Zoran Vuković* (No. IT-96-23&IT-96-23/1-A), Appeals Chamber, wyrok z 12.6.2002 r.: „98. [N]either the attack nor the acts of the accused needs to be supported by any form of ‘policy’ or ‘plan’. There was nothing in the Statute or in customary international law at the time of the alleged acts which required proof of the existence of a plan or policy to commit these crimes. [...] Thus, the existence of a policy or plan may be evidentially relevant, but it is not a legal element of the crime”; ICTY. *Prosecutor v. Goran Jelisić* (No. IT-95-10-A), Appeals Chamber, wyrok z 5.7.2001 r.: „48. [T]he existence of a plan or policy is not a legal ingredient of the crime. However, in the context of proving specific intent, the existence of a plan or policy may become an important factor in most cases. The evidence may be consistent with the existence of a plan or policy, or may even show such existence, and the existence of a plan or policy may facilitate proof of the crime”; ICTR. *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (No. ICTR-95-1-T), Trial Chamber, decyzja z 21.5.1999 r.: „94. It is also the view of the Chamber that although a specific plan to destroy does not constitute an element of genocide, it would appear that it is not easy to carry out a genocide without such a plan, or organization”.

⁶⁵ ICC Statute (1998): „Art. 30.2. For the purposes of this article, a person has intent where: (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events. 3. For the purposes of this article, ‘knowledge’ means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. ‘Know’ and ‘knowingly’ shall be construed accordingly”.

⁶⁶ CIJ, *Affaire du détroit de Corfou (fond)*, wyrok z 9.4.1949 r., Recueil 1949: „Il est vrai [...] qu’un Etat, sur le territoire duquel s’est produit un acte contraire au droit international, peut être invité à s’en expliquer. [...] [I]l ne peut se dérober à cette invitation en se bornant à répondre qu’il ignore les circonstances de cet acte ou ses auteurs. [...] Mais on ne saurait conclure du seul contrôle exercé par un Etat sur son territoire terrestre ou sur ses eaux territoriales que cet Etat a nécessairement connu ou dû connaître tout fait illicite international qui y a été perpétré non plus qu’il a nécessairement connu ou dû connaître ses auteurs. En soi, [...] ce fait ne justifie ni responsabilité *prima facie* ni déplacement dans le fardeau de la preuve. En revanche, le contrôle territorial exclusif exercé par l’Etat dans les limites de ses frontières n’est pas sans influence sur le choix des modes de preuve propres à démontrer cette connaissance. Du fait de ce contrôle exclusif, l’Etat victime d’une violation du droit international se trouve souvent dans l’impossibilité de faire la preuve directe des faits d’où découlerait la responsabilité. Il doit lui être permis de recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstancielles (*circumstantial evidence*). Ces moyens de preuve indirecte sont admis dans tous les systèmes de droit et leur usage est sanctionné par la jurisprudence internationale. Il y a donc lieu de rechercher s’il est établi par des moyens de preuve indirecte que l’Albanie a eu connaissance d’un mouillage de mines dans ses eaux territoriales indépendamment de tout connivence de sa part

stanowisko MTS w kwestii dowodowej było jednak bardzo rygorystyczne (podobnie w sprawie platform naftowych⁶⁸), inaczej niż np. w sprawie Kongo przeciwko Ugandzie⁶⁹. W świetle definicji ludobójstwa konieczne było ustalenie czy pomocnik, który musi mieć świadomość przestępczego zamiaru sprawcy głównego, musi również podzielać jego specjalny zamiar (zniszczenie grupy jako takiej)? Nie jest to konieczne, co potwierdzają opinie niektórych sędziów Trybunału⁷⁰, niektóre wyroki w sprawach odpowiedzialności karnej jednostek⁷¹ oraz opinie doktryny⁷².

dans cette opération. La preuve pourra résulter de présomptions de fait à condition que celles-ci ne laissent place à aucun doute raisonnable" (s. 18); „De l'ensemble des faits et constatations relevés ci-dessus, la Cour tire la conclusion que le mouillage du champ de mines [...] n'a pas pu échapper à la connaissance du Gouvernement albanais" (s. 22).

⁶⁷ ICTY, *Prosecutor v. Goran Jelisić* (nr IT-95-10-A), Appeals Chamber, wyrok z 5.7.2001 r.: „47. As to proof of specific intent, it may, in the absence of direct explicit evidence, be inferred from a number of facts and circumstances, such as the general context, the perpetration of other culpable acts systematically directed against the same group, the scale of atrocities committed, the systematic targeting of victims on account of their membership of a particular group, or the repetition of destructive and discriminatory acts”; ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (nr ICTR-96-4-T), Trial Chamber, decyzja z 2.9.1998 r.: „523. [T]he Chamber considers that intent is a mental factor which is difficult, even impossible, to determine. This is the reason why, in the absence of a confession from the accused, his intent can be inferred from a certain number of presumptions of fact. The Chamber considers that it is possible to deduce the genocidal intent inherent in a particular act charged from the general context of the perpetration of other culpable acts systematically directed against that same group, whether these acts were committed by the same offender or by others. Other factors, such as the scale of atrocities committed, their general nature, in a region or a country, or furthermore, the fact of deliberately and systematically targeting victims on account of their membership of a particular group, while excluding the members of other groups, can enable the Chamber to infer the genocidal intent of a particular act”.

⁶⁸ Zob. ICJ, *Oil Platforms (Iran v. United States)*, wyrok z 6.11.2003 r.

⁶⁹ ICJ, *Congo v. Uganda*, wyrok z 19.12.2005 r.: „205. The Court will take into consideration evidence contained in certain United Nations documents to the extent that they are of probative value and are corroborated, if necessary, by other credible sources. In order to rule on the DRC's claim, it is not necessary for the Court to make findings of fact with regard to each individual incident alleged. [...] 207. The Court therefore finds the coincidence of reports from credible sources sufficient to convince it that massive human rights violations and grave breaches of international humanitarian law were committed by the UPDF on the territory of the DRC”.

⁷⁰ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, wyrok z 26.2.2007 r. – oświadczenie sędziego Keitha: „5. In many national legal systems aiders and abettors need only be aware that they are aiding the principal perpetrator in the commission of its offence by their contribution. [...] 7. In any event, [...] the actions had to be 'deliberate' in the sense of knowing of the perpetrator's intent; the intent did not have to be shared. [...] 16. Accordingly, I conclude that the Respondent was complicit in the genocide committed at Srebrenica in July 1995 in breach of Article III (e) of the Genocide Convention”; ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, wyrok z 26.2.2007 r. – Déclaration de M. le juge Bennouna: „Je considère que tous les

Nie przekładając mechanicznie spraw odpowiedzialności karnej jednostki na międzynarodowoprawną odpowiedzialność państwa pojawia się pytanie, dlaczego w sprawie karnej wystarczy ustalenie tylko wiedzy pomocnika o zamierzonym naruszeniu prawa, a dla państwa, które finansuje i organizuje

éléments étaient réunis pour que la Cour puisse conclure à la responsabilité de la RFY pour complicité avec la Republika Srpska et son armée dans le génocide commis à Srebrenica. [...] A mon avis, le *mens rea* exigé du complice n'est pas le même que celui qui incombe à l'auteur principal, soit l'intention spécifique (*dolus specialis*) de commettre le génocide. [...] Il est difficile de comprendre que la Cour ait évité de se prononcer sur la définition de la complicité, laissant ainsi en suspens la question de savoir si le complice doit partager lui-même l'intention spécifique (*dolus specialis*) avec l'auteur principal du génocide (arrêt, paragraphe 421). Pourtant, la Cour se devait d'écarter une telle condition, avancée par le défendeur, parce qu'elle va à l'encontre de la définition généralement admise de la complicité. [...] Il est rare en effet qu'un Etat annonce sans détour son intention de détruire partiellement ou totalement un groupe ethnique, culturel ou religieux. [...] C'est donc au travers du comportement de ceux qui engagent l'Etat et de leur mise en jugement qu'on peut remonter à la responsabilité de l'Etat lui-même; à moins, bien entendu, que l'on se trouve dans l'hypothèse d'un pays vaincu, livré à ses occupants, dont les structures, anéanties, dévoilent ainsi tous les secrets de leurs archives à la justice internationale".

⁷¹ Zob. przypis 63.

⁷² M. Milanović, *State...A Follow Up...*: „The intent which is always there is to furnish the aid and assistance in question, but the specific, genocidal intent need not be present” (s. 683). „At any rate, there is enough room for reasonable disagreement with the Court's appraisal of the facts, with four judges dissenting on the issue of Serbia's complicity” (s. 684); D. Scheffer, *The World Court's Fractured Ruling on Genocide*, „Genocide Studies and Prevention” August 2007, vol. 2, nr 2, s. 130: „A more faithful reading and understanding of complicity in genocide distinguishes between specific *intent* and specific *motive*. There is no question that the perpetrator of genocide must possess both the specific intent to destroy in whole or in part a protected group (sharing national, ethnic, racial, or religious character) *and* the specific motive to do so because of the group's identity *as such*. The '*as such*' requirement in Art. 2 of the UNGC [*Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*] has always been its most distinguishing characteristic. In other words, it is because the group is of a single identity (national, ethnic, racial, or religious) that the perpetrator exercises the intent to destroy it. [...] [T]he *motive* to destroy one of the protected groups *as such* need not be present for complicity in genocide. Like the crime of genocide, however, the *intention* to destroy in whole or in part a protected group must exist, whether the perpetrator is an individual or a government being complicit in genocide. Indeed, it is the absence of motive that is the *raison d'être* for the stand-alone crime of complicity in genocide and distinguishes it from aiding and abetting genocide. This is particularly true of governmental, as distinguished from individual, conduct. [...] The Serbian government need not be shown to share *both the* intent and the motive of the Bosnian Serb forces. Therefore, it would have been sufficient to show (1) that the Serbian government intended to destroy the Bosnian Muslims, in whole or in part, for strategic purposes (such as the ultimate creation of a larger Serbian state) and (2) that actions supporting such intent facilitated the perpetrators of genocide on the ground in Bosnia, who were exercising their own intention to destroy the Bosnian Muslims, in whole or in part, *because of* their religious or ethnic identity *as such* (and that the Serbian government was aware of that particular Bosnian Serb motive)".

nieregularną armię podwyższa się ten wymóg i wymaga, by podzielało ono specjalny zamiar sprawcy? W kontekście niezwyklej ostrożności dowodowej (a wręcz zaniedbań⁷³), słabość wyroku w sprawie Bośni-Hercegowiny polega na tym, że MTS nie chciał wykorzystać dowodów świadczących o pomocnictwie FRJ w popełnieniu ludobójstwa (w tym oddziałów specjalnych – *the Scorpions* – ministerstwa spraw wewnętrznych FRJ) i wykazał tym samym co najmniej brak należytej staranności⁷⁴. Interesujące jest też, iż w 2005 r.,

⁷³ ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, wyrok z 26.2.2007 r. – dissenting opinion wiceprezesa Al-Khasawneh: „35. The Court was alerted by the Applicant to the existence of ‘redacted’ sections of documents of the Supreme Defence Council of the Respondent. Regrettably, the Court failed to act although. [...] The reasoning given by the Court in paragraph 206 of the Judgment, ‘[o]n this matter, the Court observes that the Applicant has extensive documentation and other evidence available to it, especially from the readily accessible ICTY records...’, is worse than its failure to act. [...] 53. Thus, paragraph 389 of the Judgment considers two documents presented by the Applicant, in which there is reference to the ‘Scorpions’ as ‘MUP of Serbia’ and a ‘unit of Ministry of Interiors of Serbia’. [...] The paragraph notes that the authenticity of the documents was disputed by the Respondent presumably because ‘they were copies of intercepts, but not originals’. [...] Be this as it may, the other reason advanced to undermine the importance of these documents is that they are not addressed to Belgrade, the senders being ‘officials of the police forces of the Republika Srpska’. But this in itself does not deny their probative value. When an official of the Republika Srpska sends a telegram to his superior in which the Scorpions are described as ‘MUP of Serbia’ or ‘a unit of Ministry of Interiors of Serbia’, there is no reason to doubt the veracity of this statement”; M. Milanović, *State...A Follow Up...*: „The basic problem here is not so much Serbia’s conduct, but rather the ICJ’s long-entrenched general passivity in fact-finding. Upon Serbia’s refusal to provide unredacted versions of the documents, Bosnia asked the Court to order Serbia to do so, pursuant to Article 49 of the Statute and Article 61 of the Rules of Court, a request that the Court denied without much explanation” (s. 677); „It is not so much that the Court refused to ask for these documents, as it unlikely that their inclusion would have changed the result of the case. The problem is that the Court’s understandable desire to avoid any confrontation which might weaken its authority actually served to undermine that authority in the long-run” (s. 678). Zob. też ICTY. *Prosecutor v. Momčilo Perišić*. Prosecution failing of revised second amended indictment (No. IT-04-81-PT), 5.2.2008 r.

⁷⁴ Szerzej F. Hartmann, *Paix et châtement...*; tenże (autorem jest kobieta), *Vital genocide documents...*: The minutes of meetings of Serbia’s Supreme Defence Council (SDC) „were submitted as evidence in the Milošević case before the ICTY. Judges in the Milošević case had those minutes at their disposal when they ruled on 16 June 2004 that they ‘could be satisfied beyond reasonable doubt that the accused was a participant in the joint criminal enterprise (which had) the aim and intention to destroy a part of the Bosnian Muslims as a group’, not only in Srebrenica but also ‘in Brcko, Prijedor, Sanski Most, Bijeljina, Ključ and Bosanski Novi’. Before submitting the SDC documents as evidence in the Milošević case, Serbia applied for protective measures pursuant to article 54 *bis* of the ICTY Rules and Procedures. This rule authorized a state to seek confidentiality on documents the disclosure of which could affect the ‘national security interest’ of the country. After hearing the arguments presented by Serbia-Montenegro’s state

jeszcze przed ogłoszeniem omawianego wyroku MTS, rząd Serbii i Czarnogóry uznał, iż w Srebrenicy doszło do zbrodni, popełnionej przez „niedemokratyczny reżim terroru i strachu”⁷⁵. Trybunał nie ocenił skutków prawnych tego oświadczenia.

Dla przeciętnego zjadacza chleba, a zwłaszcza dla ofiar, postawa MTS wobec FRJ, która uzbroiła i koordynowała otwarte działania dużej armii bośniackich Serbów oraz zbrodniczych oddziałów specjalnych FRJ⁷⁶, przeradza się momentami w tragifarsę. Kwestia ta jest istotna nie tylko od strony analizy prawnej, lecz również w kontekście konsekwencji dla prestiżu MTS. Stwierdzając jedynie brak należytej staranności MTS w istotny sposób zredukował międzynarodowoprawną odpowiedzialność FRJ. Powstaje tym samym swoista luka między (utrudnionym) przypisaniem państwu odpowiedzialności za działania aktorów niepaństwowych na zasadzie całkowitej zależności lub pełnej

representatives, the Trial Chamber for the Milošević case agreed in October 2003 that part of these documents be blacked out. [...] The Appeal Chamber considered that the earlier decisions had created ‘a legitimate expectation’ for Serbia that later decisions involving ‘similar material’ would be resolved in the same manner, so that it would be ‘unfair’ to deny the protective measures sought by the state. [...] The most sensitive part could not be disclosed to the ICJ or to the public. Bosnia was therefore not able to produce before the ICJ the unedited version of the SDC minutes obtained by the ICTY. However, the ICJ could have sought access to the SDC documents. Curiously, the Court refused to ask Serbia to hand them over. Bosnia-Herzegovina had requested the Court to order the release of the unedited version of these documents, but this request was turned down” – http://www.bosnia.org.uk/news/news_body.cfm?newsid=2341.

⁷⁵ *The Legal Significance of the Council of Ministers of Serbia and Montenegro Accepting Responsibility for the Srebrenica Massacre*, by Professor Francis A. Boyle – Attorney for the Mothers of Srebrenica and Podrinja – <http://olm.blythe-systems.com/pipermail/nytr/Week-of-Mon-20050620/018969.html>.

⁷⁶ M. Milanović, *State...A Follow Up...*, s. 675: „It is one thing to say that there is insufficient evidence to find Serbia directly involved in Srebrenica only on the basis of two inconclusive documents, though it must be noted that there was absolutely nothing preventing the Court from asking for further evidence on the matter *proprio motu*. [...] It is something else, however, when the Court actually says that even if the documents could conclusively establish that the Scorpions were *de jure* organs of Serbia, the Scorpions were in any event put at the disposal of the Republika Srpska and were acting on its behalf, thereby rendering their acts unattributable to Serbia. Indeed, the documents themselves show that the Scorpions were under the command of the Republika Srpska Ministry of Interior, but it is still questionable whether the legal rule that the Court announced was the appropriate one”; ICTY. *Prosecutor of the Tribunal Against Radovan Karadžić* (No. IT-95-5/18-PT), Third Amended Indictment, 19.10.2009 r.: „23. [...] Members of this criminal enterprise [...] used to carry out these crimes were members of the VRS [*the army of the Republika Srpska*] and MUP [*Bosnian Serb Ministry of Internal Affairs*] operating in or with responsibility over territory within the Drina Corps area of responsibility and/or Trnovo municipality and a Serbian MUP [*Serbian Ministry of Internal Affairs*] unit called the Scorpions (‘Srebrenica Forces’)”.

kontroli z jednej strony, z drugiej zaś konstrukcją braku należytej staranności. Wspomniane mankamenty skutkują osłabieniem odpowiedzialności państwa i sprzyjają interpretacji na korzyść sprawcy. W rezultacie orzecznictwo MTS, w tym wyrok w sprawie Bośni-Hercegowiny⁷⁷, mogą wywoływać uzasadnioną krytykę.

2.3.2. Naruszenie prawa prowadzi do powstania określonych skutków po stronie sprawcy, jak i po stronie ofiary. Istotną w tym względzie jest zwłaszcza legalność reakcji państwa poszkodowanego wskutek zbrojnych działań obcych (innego państwa, oddziałów nieregularnych) jako aspekt problematyki odpowiedzialności.

Przyjęta przez Trybunał definicja zbrojnej napaści ogranicza zakres legalnej reakcji (samoobronę), co pośrednio ułatwia destabilizację innych państw przy pomocy oddziałów nieregularnych⁷⁸. Jest to o tyle istotne, że działanie w samoobronie (pomijając ewentualne przekroczenie jej granic lub naruszenie prawa humanitarnego) wyłącza lub ogranicza międzynarodowoprawną odpowiedzialność państwa reagującego. Rozróżnienie między takimi pojęciami prawnymi jak użycie siły zbrojnej, agresja, interwencja i napaść zbrojna ma sens o tyle, o ile ustalimy precyzyjne kryteria. Kryteria te nie są jednak w prawie międzynarodowym ani jasne, ani stałe i często podlegają ocenie politycznej (czy to jednostronnej, czy to w RB). W każdym razie zbyt różnicowane, a niekiedy wygórowane, kryteria i progi wydają się mało przydatne, co prowadzić może do nierespektowania ich w praktyce.

O ile napaść zbrojną można uznać za formę najbardziej zaawansowaną i upoważniającą do samoobrony, o tyle trudno się zgodzić z poglądem MTS, że użycie siły poniżej tego progu wyklucza reakcję zbrojną⁷⁹. Takie rozumo-

⁷⁷ D. Scheffer, *op.cit.*, s. 123–136; zob. także A. Cassese, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, EJIL 2007, vol. 18/4, s. 649–668; tenże, *A Judicial Massacre* (27.2.2007 r.) – http://commentisfree.guardian.co.uk/antonio_cassese/2007/02/the_judicial_massacre_of_srebr.html.

⁷⁸ E.T. Jensen, *The ICJ's "Uganda Wall": A Barrier to the Principle of Distinction and an Entry Point for Lawfare*, „Denver Journal of International Law and Policy” 2007, vol. 35, nr 2, s. 367.

⁷⁹ ICJ, *Nicaragua v. United States*, wyrok z 27.6.1986 r. – separate opinion sędziego Jenningsa: „[I]t seems dangerous to define unnecessarily strictly the conditions for lawful self-defence, so as to leave a large area where both forcible response to force is forbidden, and yet the United Nations employment of force, which was intended to fill that gap, is absent” (ICJ, Recueil 1986, s. 544); ICJ, *Iran v. United States*, wyrok z 6.11.2003 r. – separate opinion sędziego Simmy: „12. [...] I would suggest a distinction between (full-scale) self-defence within the meaning of Article 51 against an ‘armed attack’ within the meaning of the same Charter provision on the one hand and, on the other, the case of hostile action, for instance against individual ships,

wanie pomija złożony charakter wielu sytuacji i prowadzi w gruncie rzeczy do bezkarności. Uwzględnić przy tym trzeba, że dobrem chronionym jest bezpieczeństwo państwa, a więc czynnik niezwykle wrażliwy. Tak więc, zdaniem MTS, ocena reakcji państwa A zależy od tego, czy działania zbrojne z terytorium państwa B stanowią napaść zbrojną czy też (tylko) interwencję w jego sprawę wewnętrzne (samoobrona może nastąpić tylko w odpowiedzi na napaść zbrojną).

Przedmiotem wyroku MTS w sprawie Bośni i Hercegowiny nie była wprawdzie samoobrona bośniacka wobec FRJ. Charakterystyczne jest jednak, iż w wyroku tym Trybunał pominął milczeniem – nawet w formie *obiter dictum* – kwestie interwencji w sprawę wewnętrzne lub nielegalności użycia

below the level of Article 51, justifying proportionate defensive measures on the part of the victim, equally short of the quality and quantity of action in self-defence expressly reserved in the United Nations Charter. [...] 13. To sum up my view on the use of force/self-defence aspects of the present case, there are two levels to be distinguished: there is, first, the level of 'armed attacks' in the substantial, massive sense of amounting to '*une aggression armée*', to quote the French authentic text of Article 51. Against such armed attacks, self-defence in its not infinite, but still considerable, variety would be justified. But we may encounter also a lower level of hostile military action, not reaching the threshold of an 'armed attack' within the meaning of Article 51 of the United Nations Charter. Against such hostile acts, a State may of course defend itself, but only within a more limited range and quality of responses (the main difference being that the possibility of collective self-defence does not arise, cf. *Nicaragua*) and bound to necessity, proportionality and immediacy in time in a particularly strict way"; ICJ, *Congo v. Uganda*, wyrok z 19.12.2005 r. – separate opinion sędziego Kooijmansa: „30. [...] If armed attacks are carried out by irregular bands from such territory against a neighbouring State, they are still armed attacks even if they cannot be attributed to the territorial State. It would be unreasonable to deny the attacked State the right to self-defence merely because there is no attacker State, and the Charter does not so require. [...] 31. [...] The lawfulness of the conduct of the attacked State must be put to the same test as that applied in the case of a claim of self-defence against a State: does the armed action by the irregulars amount to an armed attack and, if so, is the armed action by the attacked State in conformity with the requirements of necessity and proportionality”. W tym sensie również opinia sędziego Simmy do tego wyroku (§ 8); *ibidem* – separate opinion sędziego Simmy: „9. From the *Nicaragua* case onwards the Court has made several pronouncements on questions of use of force and self-defence which are problematic less for the things they say than for the questions they leave open, prominently among them the issue of self-defence against armed attacks by non-State actors”; P.H. Kooijmans, *The Legality of the Use of Force in the Recent Case Law of the International Court of Justice*, [w:] S. Yee, J.-Y. Morin (red.), *Multiculturalism and International Law. Essays in Honour of Edward McWhinney*, Leiden-Boston 2009, s. 465: „Criticism in that time [*Nicaragua* case, JK] had to do with armed activities by irregular forces from the territory of another state, which do not amount to an armed attack in the sense of Article 51 but *are* attributable to the 'harbouring' state; the point raised by Judge Simma and me [*Congo v. Uganda* case, JK] relates to armed activities by irregular forces which by their scale and effects must be classified as an armed attack but *cannot* be attributed to the 'harbouring' state”.

siły przez FRJ wobec Bośni i Hercegowiny, chociaż uczynił to w wyroku w sprawie Nikaragui oraz Konga⁸⁰. Uderza także brak odniesienia się do kwestii istotnego zaangażowania państwa w działania wywrotowe w innym państwie, o czym wspomina rezolucja 3314 (1974) ZO ONZ dotycząca definicji agresji⁸¹. MTS stanął też na stanowisku, iż do zakwalifikowania czynu jako napaści zbrojnej konieczne jest, aby miała ona odpowiednią „skalę i skutki”; podobny pogląd odnajdujemy w artykule 2 rezolucji 3314 ZO ONZ (1974), dotyczącej definicji agresji⁸². Niektóre działania zbrojne o mniejszej skali i zasięgu mogą mieć niewielkie znaczenie, powodując ograniczoną w czasie i miejscu reakcję (zbrojną lub nie), w innych jednak okolicznościach podobne fakty mogą stanowić przysłowiową iskrę wywołującą wybuch. Kryterium skali, poza odniesieniem do drobnych incydentów albo krótkotrwałego użycia siły w celach policyjno-porządkowych, wydaje się mało precyzyjne i trudne w zastosowaniu: „There are frontiers incidents and frontier incidents. Some are trivial, some may be extremely grave”⁸³. Ponadto, można się zastanawiać, czy kryte-

⁸⁰ Zob. ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, wyrok z 27.6.1986 r.; ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, wyrok z 19.12.2005 r.

⁸¹ GA Res. 2214 (XXIX): „Art. 3. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, subject to and in accordance with the provisions of article 2, qualify as an act of aggression: [...] (g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein”; GA Res. 2625 (XXV): „Every State has the duty to refrain from organizing or encouraging the organization of irregular forces or armed bands including mercenaries, for incursion into the territory of another State”.

⁸² GA Res. 3314 (1974): „[T]he Security Council may, in conformity with the Charter, conclude that a determination that an act of aggression has been committed would not be justified in the light of other relevant circumstances, including the fact that the acts concerned or their consequences are not of sufficient gravity”; ICJ, *Nicaragua v. United States*, wyrok z 27.6.1986 r.: „It will be necessary to distinguish the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms” (§ 191); zob. też przypis 15. Podobnie ICJ, *Iran v. United States*, wyrok z 6.11.2003 r., § 51; Eritrea – Ethiopia Claims Commission. Partial Award. *Jus Ad Bellum*. Ethiopia’s Claims 1-8 between The Federal Democratic Republic of Ethiopia and The State of Eritrea, The Hague, 19.12.2005 r.: „11. Localized border encounters between small infantry units, even those involving the loss of life, do not constitute an armed attack for purposes of the Charter. [...] 12. [...] It is clear from the evidence that these incidents involved geographically limited clashes between small Eritrean and Ethiopian patrols along a remote, unmarked, and disputed border. The Commission is satisfied that these relatively minor incidents were not of a magnitude to constitute an armed attack by either State against the other within the meaning of Article 51 of the UN Charter”.

⁸³ G.G. Fitzmaurice, *The Definition of Aggression*, „International Comparative Law Quarterly” 1952, nr 1, s. 139; Chatham House, *Principles of International Law on the Use of Force by*

rium skali i skutku winno się odnosić do definiowania napaści, czy też raczej do reakcji na zbrojną napaść.

Zgodnie z obowiązującym prawem międzynarodowym państwo ma obowiązek, by jego terytorium nie było wykorzystywane przez inne podmioty do działań naruszających to prawo⁸⁴. Zgoda (wyraźna lub dorozumiana) na taki stan rzeczy stanowi naruszenie własnego obowiązku państwa, aczkolwiek w wielu przypadkach udowodnienie tego naruszenia prawa przez niezależny organ nastręcza sporo trudności. W świetle praktyki państw, zwłaszcza od operacji afgańskiej (2001), a także rezolucji 1368 i 1373 RB, wydaje się nie ulegać wątpliwości, iż zbrojna napaść jest przesłanką legalności reakcji (w tym zbrojnej) bez konieczności przypisania napaści konkretnemu państwu. Wspomniane rezolucje nie odwołują się do jakkolwiek zdefiniowanej prawnie kontroli, a jedynie do stwierdzenia zbrojnej napaści i to niekoniecznie ze strony państwa. Państwo może ponosić międzynarodowoprawną odpowiedzialność nie tylko wtedy, gdy wysłała grupę nieregularną we własnym imieniu lub sprawuje pełną kontrolę nad jej działaniami, lecz także wówczas, gdy z różnych względów toleruje lub wspiera (zwłaszcza na swym terytorium) grupy nieregularne, naruszające zbrojnie prawo międzynarodowe wobec państw trzecich⁸⁵. Podstawą

States in Self-Defence, October 2005: „An armed attack means any use of armed force, and does not need to cross some threshold of intensity. Any requirement that a use of force must attain a certain gravity and that frontier incidents, for example, are excluded is relevant only in so far as the minor nature of an attack is *prima facie* evidence of absence of intention to attack or honest mistake. It may also be relevant to the issues of necessity and proportionality. In the case of attacks by non-State actors, however, different considerations may come into play” (section 2) – www.chathamhouse.org.uk/research/international_law/papers/view/-/id/308/.

⁸⁴ CIJ, *Affaire du détroit de Corfou (fond)*, wyrok z 9.4.1949 r.: „Les obligations qui incombaient aux autorités albanaises [...] sont fondées [...] sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que [...] l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats” (CIJ, Recueil 1949, s. 22); ILC, *Articles on Responsibility*: komentarz do art. 16: „(8) The obligation not to use force may also be breached by an assisting State through permitting the use of its territory by another State to carry out an armed attack against a third State”; GA Res. 2625 (XXV). Podobne sformułowania w kontekście ochrony środowiska zob. ICJ, *Advisory Opinion on Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (1996): „The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment” (§ 29); *Trail smelter case (United States, Canada)*, 16.4.1938 r. i 11.3.1941 r., „Recueil des Sentences Arbitrales”, vol. III, s. 1965; United Nations Convention on the Law of the Sea (1982): Art. 194 (2).

⁸⁵ Zob. szerzej J. Kranz, *Między wojną a pokojem: świat współczesny wobec użycia siły zbrojnej* [w:] J. Kranz (red.), *Świat współczesny wobec użycia siły zbrojnej. Dylematy prawa i polityki*, Warszawa 2009, s. 163–171; K. Chainoglou, op.cit., s. 143: „[T]he responsibility of the State does not serve as precondition for the exercise of self-defence”.

odpowiedzialności jest wówczas stwierdzenie współsprawstwa, podżegania lub pomocnictwa w naruszeniu prawa albo też własne zaniechanie w postaci braku należytej staranności. Samoobrona napadniętego państwa może się wówczas okazać jedną z legalnych form odpowiedzi⁸⁶. Historycznym i klasycznym przykładem jest tu sprawa *Caroline*⁸⁷. Aby podjąć działanie w samoobronie, niezbędne jest jednak uprzednie dokonanie ataku lub jego wysokie prawdopodobieństwo. Ze względu na wspomniane naruszenie prawa, państwo na którego terytorium dochodzi do reakcji w samoobronie nie może się powoływać na własne prawo do samoobrony.

Warto przykładowo odnotować różnicę między sytuacją w Afganistanie, gdzie terroryści korzystali z poparcia reżimu talibów, chociaż nie byli przezeń całkowicie kontrolowani, a sytuacją w Libanie, gdzie zbrojna frakcja Hezbollahu nie miała akceptacji państwa libańskiego (nie była jego organem ani nie podlegała jego kontroli). W Afganistanie operacja toczyła się przeciwko państwu talibów i grupom nieregularnym (Al-Kaida), a w Libanie bezpośrednio przeciwko tym grupom, w nieunikniony jednak sposób na terytorium państwa libańskiego⁸⁸. W przypadku zbrojnych działań grup nieregularnych

⁸⁶ Chatham House, *Principles...*, Sec. 6: „Thus, where a state is unable or unwilling to assert control over a terrorist organisation located in its territory, the state which is a victim of the terrorist attacks would, as a last resort, be permitted to act in self-defence against the terrorist organisation in the state in which it is located”.

⁸⁷ A.D. Sofaer, *On the Necessity of Pre-emption*, EJIL 2003, vol. 14/2, s. 209–227.

⁸⁸ J. Paust, *Are US Attacks in Pakistan an Armed Attack on Pakistan?* (30.9.2009 r.): „First, we can't impute al Qaeda or Taliban attacks on our soldiers, which are continuous and well-known, to Pakistan merely because Pakistan is incapable of policing its territory. Pakistan would have 'state responsibility' (but not 'imputation' or 'attribution') – so Pakistan could be subject to sanctions not involving the use of armed force if Pakistan financed or even tolerated such attacks unless Pakistan had effective control over al Qaeda or Taliban operations or later adopted them as its own. [...] Whether by merely using selective armed force in foreign state territory that is in response to ongoing armed attacks emanating from such territory engaged in or directed by non-state actors (triggering necessity as well as Article 51 self-defense) the U.S. has engaged in an armed attack on the state as such? [...] Such selective responsive targetings are not an attack of the state as such and that such targetings do not trigger application of the laws of war applicable to an international armed conflict unless the non-state actor being targeted is a 'belligerent'. [...] I believe that once necessity for a response involving Article 51 self-defense occurs that such changes the facts and legal policies at stake sufficiently for one to conclude that a selective targeting is not an attack on Pakistan as such. Otherwise, we would be concluding (1) that the state being attacked, i.e., the United States, has no right of self-defense against the non-state actors engaged in continuing armed attacks on U.S. military in Afghanistan (which is not the case and would be unrealistic, clearly outside of general patterns of legal expectation as far as I can tell at this time), or (2) that a permissible response under Article 51 must necessarily trigger a war between the United States and Pakistan when the Pakistani government has not consented to the U.S. use of necessary armed force” – <http://www.ejiltalk.org/author/jpaust/>.

lub nieznanymi sprawcami dążyć należy do tego, by państwo naruszające prawo nie pozostawało poza odpowiedzialnością np. z braku dostatecznych dowodów, co wynikać może z jego słabości i panującego w nim chaosu albo też ukrywania dowodów przez państwo silne i sprawne. Chodzi też o to, by państwo poszkodowane nie było pozbawione możliwości legalnej reakcji zbrojnej. Gdyby, przykładowo, uznać za wystarczający argument braku kontroli Libanu nad Hezbollahem oraz stwierdzenie, że wojska Libanu nie będą stacjonować przy granicy z Izraelem tak długo, jak długo nie zostanie zawarty traktat pokoju⁸⁹, oznaczałoby to udzielenie *carte blanche* grupom nieregularnym i terrorystom oraz jednocześnie uniemożliwienie Izraelowi skutecznej obrony przed działaniami, które bez wątpienia stanowią zbrojną napaść.

W tym kontekście odnotujmy również problem tzw. interwencji humanitarnej, czyli reakcji zbrojnej bez zgody RB na masowe naruszenia fundamentalnych praw człowieka. Nie ulega wątpliwości, że państwa mają obowiązek prawny zapobiegać tego rodzaju naruszeniom prawa na swym terytorium. Z tak postrzeganej należytej staranności wyciągnąć można wniosek, że w skrajnej sytuacji muszą się liczyć z reakcją zbrojną innych państw, którą można będzie legalizować nie tylko na podstawie moralnej, lecz również jako usprawiedliwioną kryterium konieczności (*necessity*). Tym samym odpowiedzialność państwa wynikać będzie z działań lub zaniechań własnych, natomiast odpowiedź państw reagujących nie będzie naruszeniem prawa i wykluczona będzie ich odpowiedzialność za akt międzynarodowoprawnie niedozwolony. Kwestie te nie docierają z reguły do sądów międzynarodowych, jednak stanowisko doktryny prawa międzynarodowego oraz niektóre międzynarodowe dokumenty wydają się potwierdzać ten tok myślenia⁹⁰.

Konkludując, u źródeł komplikacji leżą obawy MTS, by nie obniżyć progu legalnego stosowania siły zbrojnej. Jego orzecznictwo wydaje się jednak odbiegać od coraz bardziej złożonej rzeczywistości międzynarodowej, zwłaszcza w kontekście restrykcyjnego interpretowania pojęcia zbrojnej napaści oraz ograniczania możliwości reakcji na użycie siły przeciwko państwu⁹¹.

⁸⁹ „[T]he Government of Lebanon continued to maintain the position that, as long as there is no comprehensive peace with Israel, the Lebanese armed forces would not be deployed along the Blue Line. Areas along the Blue Line were monitored by Hizbollah through a network of mobile and fixed positions” – www.un.org/Depts/dpko/missions/unifil/background.html.

⁹⁰ J. Kranz, *Między wojną a pokojem...*, s. 137–148; J. Zajadło, *Koncepcja odpowiedzialności za ochronę (Responsibility to Protect) – nowa filozofia prawa międzynarodowego?* [w:] J. Kranz (red.), *Świat współczesny...*, s. 243–296.

⁹¹ Zob. K. Oellers-Frahm, *Der IGH und die „Lücke“ zwischen Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht – Neues im Fall „Kongo gegen Uganda“?* „Zeitschrift für Europarechtliche Stu-

Uderzające są zwłaszcza uniki MTS w sprawie legalności reakcji na zbrojną napaść.

Jednym z istotnych problemów jest też ograniczony charakter jurysdykcji MTS. Widać to dobitnie na przykładzie sprawy Bośni-Hercegowiny, kiedy to Trybunał mógł orzekać tylko o zbrodni ludobójstwa, nie mając kompetencji do orzekania w sprawie innych zbrodni popełnionych w czasie tego konfliktu. Ponadto Trybunał opiera się raczej na niewiążących prawnie rezolucjach ZO ONZ oraz na własnych poglądach i w zbyt małym stopniu analizuje praktykę państw⁹². Wiele spraw przerasta też możliwości MTS na poziomie procedury dowodowej. Pojawia się w konsekwencji wrażenie, że MTS zbliża się niekiedy do metod dyplomacji.

3. Odpowiedzialność za skutki użycia siły – naruszenia praw człowieka

Odpowiedzialność za użycie siły łączy się z odpowiedzialnością za skutki jej użycia. Komplementarne stosowanie norm IHL i HRL w sytuacjach konfliktu zbrojnego nie jest dziś kwestionowane⁹³. Normy prawa hu-

dien" 2007, nr 1, s. 71–90; V.-J. Proulx, *Babysitting Terrorists: Should States Be Strictly Liable for Failing to Prevent Transborder Attacks?*, „Berkeley Journal of International Law” 2005, nr 3, vol. 23, s. 101–153; G. Travalio, J. Altenburg, *Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force*, „Chicago Journal of International Law” 2003, nr 1.

⁹² W tym sensie A.M. Weisburd, *The International Court of Justice and the Concept of State Practice*, „UNC Legal Studies Research Paper” 2008, nr 1282684: „It is clear then that what the Court has not been doing in [customary] [international] [law] cases is basing its judgments on carefully described state practice” (s. 67); „The Court’s behavior is that it seems to be moving away from what could be reasonably called a judicial role to that of a free-form policy maker” (s. 76) – http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1282684; S. Halink, *All Things Considered: How the International Court of Justice Delegated Its Fact-Assessment To the United Nations in the Armed Activities Case*, „New York University Journal of International Law and Politics” 2008, vol. 40, s. 13–52; A. Cassese, *The Nicaragua...*, s. 653/654: „It is, however, a fact that the Court in *Nicaragua* set out that test without explaining or clarifying the grounds on which it was based. No reference is made by the Court either to state practice or to other authorities. This is in keeping with a regrettable recent tendency of the Court not to corroborate its pronouncements on international customary rules (other than those traditional rules that are largely upheld in case law and the legal literature) with a showing, if only concise, of the relevant practice and *opinio juris*”. Zob. też krytyczne uwagi, ICJ, *Case concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, wyrok z 30.6.1995 r. – dissenting opinion sędziego Skubiszewskiego.

⁹³ D. Richter, *Humanitarian Law and Human Rights: Intersecting Circles or Separate Spheres?* [w:] Th. Giegerich (red.), *A Wiser Century. Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the Second Hague Peace Conference*, Berlin 2009, s. 257-

manitarnego znajdują zastosowanie w każdym konflikcie zbrojnym⁹⁴, natomiast ochrona praw człowieka ma nieco inny i szerszy zakres i powstawała przede wszystkim na czas pokoju. Uwzględnić jednak trzeba, że prawo konfliktów zbrojnych jest wyrazem kompromisu między koniecznością wojskową a względami humanitarnymi oraz prawami człowieka. O ile uzupełniające się stosowanie IHL oraz HRL trudno kwestionować, to praktyka sądów dowodzi jak bardzo skomplikowana może być ta relacja.

W interesującym nas aspekcie chodzi o to, czy i w jakim stopniu państwa strony traktatów dotyczących HRL zobowiązane są ich przestrzegać w swych działaniach ekstraterytorialnych. Przykładowo, zgodnie z art. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC): „Wysokie Układające się Strony zapewniają każdej osobie, podlegającej ich jurysdykcji, prawa i wolności określone w rozdziale I niniejszej konwencji”⁹⁵. Na czym polega ta jurysdykcja i w jakim stopniu może mieć ona ekstraterytorialny charakter?

322; C. Droege, *The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict*, „Israel Law Review” 2007, nr 2, vol. 40, s. 310–355; M.J. Dennis, *Non-Application of Civil and Political Rights Treaties Extraterritorially During Times of International Armed Conflict*, „Israel Law Review” 2007, nr 2, vol. 40, s. 453–502; J. Cerone, *Jurisdiction and Power: The Intersection of Human Rights Law & The Law of Non-International Armed Conflict in An Extraterritorial Context*, „Israel Law Review” 2007, nr 2, vol. 40, s. 72–128; I.C. Kamiński, *Ekstraterytorialne stosowanie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* [w:] J. Menkes (red.), *Prawo międzynarodowe. Księga pamiątkowa prof. Renaty Szafarz*, Warszawa 2007, s. 208–226; M. Bothe, *Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in bewaffneten Konflikten – eine Überforderung?*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht” 2005, vol. 65, s. 615–623; M.J. Dennis, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, AJIL 2005, vol. 99, s. 119–141; F. Coomans, M. Kamminga (red.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerp 2004; M. Sassòli, op.cit., s. 401–433.

⁹⁴ Art. 1 czterech Konwencji genewskich (1949): „Wysokie Umawiające się Strony zobowiązują się przestrzegać i dopilnować przestrzegania niniejszej Konwencji we wszelkich okolicznościach”. Zob. też wspólny dla Konwencji genewskich (1949) art. 3 dotyczący konfliktów zbrojnych o charakterze międzynarodowym: „Gdyby na terytorium jednej z Wysokich Umawiających się Stron wybuchł konflikt zbrojny nieposiadający charakteru międzynarodowego, każda ze Stron w konflikcie obowiązana będzie stosować się przynajmniej do następujących postanowień”.

⁹⁵ Art. 1: „Obligation to respect human rights. The High Contracting Parties shall secure to everyone *within their jurisdiction* the rights and freedoms defined in Section I of this Convention”; zob. też International Covenant on Civil and Political Rights (1966): Art. 2.1: „Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals *within its territory and subject to its jurisdiction* the rights recognized in the present Covenant”; American Convention on Human Rights (1969): Art. 1: „The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons *subject to their jurisdiction* the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination”.

3.1. Pojęcie jurysdykcji

Definiując władzę państwową i jej wykonywanie posługujemy się najczęściej pojęciem jurysdykcji. Próbuje się niekiedy różnicować między jurysdykcją a kompetencją (ang. *jurisdiction*, franc. *compétence*), co jednak nie spotyka się z powszechną akceptacją. Terminami tymi należy się posługiwać ostrożnie i każdorazowo objaśniać ich znaczenie⁹⁶. W aktach normatywnych panuje pod tym względem pewne zamieszanie i niekonsekwencja terminologiczna, ponieważ czym innym jest jurysdykcja sądu, czym innym jurysdykcja państwa, a czym innym jurysdykcja na okupowanym terytorium⁹⁷.

W klasycznym, międzynarodowoprawnym rozumieniu jurysdykcja wyraża się w zdolności samodzielnego regulowania przez państwo za pomocą własnego prawa sytuacji podmiotów, przedmiotów lub zdarzeń podlegających jego władzy (z wyłączeniem kompetencji innych podmiotów, jednak z uwzględnieniem międzynarodowoprawnych obowiązków państwa). Jest to rezultat suwerenności (jakościowa cecha państwa)⁹⁸ wyrażającej się w ustanowieniu przez państwo swego porządku prawnego (*ordre public*) i jego egzekwowaniu. Władza państwa charakteryzuje się przy tym trzema elementami: jurysdykcją (kompetencją) prawodawczą, jurysdykcją wykonawczą (stosowanie prawa) oraz jurysdykcją egzekwującą (najogólniej sądową) – *jurisdiction to prescribe, jurisdiction to adjudicate, jurisdiction to enforce*⁹⁹. Odnotować należy, iż w sytuacjach ekstraterytorialności posiadanie jurysdykcji nie sprowa-

⁹⁶ La compétence est „un ensemble de virtualités juridiques dont le droit ne dit pas, et ne ‘sait’ pas, quel usage (correct) en sera fait par le sujet”, V. Constantinesco, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Paris 1974, s. 70. La notion de pouvoir est liée à l’exercice de la compétence à tel point qu’on les tient parfois pour synonymes (ce qui n’est pas exact). Une compétence se réalise par l’action d’un organe sous une forme juridique. Autrement dit, dans le cadre d’une compétence l’organe exerce divers pouvoirs pour prendre divers actes juridiques. Par conséquent, chacune des deux notions est une condition d’existence et d’efficacité de l’autre: „une compétence sans pouvoir est inefficace, un pouvoir se développant en dehors ou en l’absence d’une compétence est illégal”, V. Constantinesco, *ibidem*, s. 83. Zob. też w literaturze polskiej T. Ostropolski, *Zasada jurysdykcji uniwersalnej w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2009, s. 17–21.

⁹⁷ M. Milanović, *From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties*, „Human Rights Law Review” 2008, vol. 8, s. 411–448.

⁹⁸ Szerzej o tym pojęciu J. Kranz, *Suwerenność w dobie przemian*, [w:] J. Kranz (red.), *Suwerenność i ponadnarodowość a integracja europejska*, Warszawa 2006, s. 15–54.

⁹⁹ *Restatement of the Law (Third). The Foreign Relations Law of the United States*, Washington 1986, vol. I, § 401.

dza się każdorazowo do jej trzech wymiarów. I tak na przykład jeśli państwo rozciągnie ekstraterytorialnie swą jurysdykcję prawodawczą (za zgodą innego państwa lub bez niej), to w praktyce nie zawsze będzie posiadać jurysdykcję egzekwującą.

Tradycyjnie rozumiana jurysdykcja państwa odnosi się przede wszystkim do jego terytorialnego charakteru. Istnieją jednak w tym względzie liczne wyjątki, co wynika z uznanych w prawie międzynarodowym łączników, dopuszczających ekstraterytorialne obowiązywanie, stosowanie lub egzekwowanie prawa krajowego.

O ile jurysdykcja (kompetencja państwa) ma charakter pierwotny, o tyle jej granice wyznaczone są przez prawo międzynarodowe. W niektórych przypadkach państwo, organizacja lub organy międzynarodowe uzyskują dodatkowe kompetencje, których uprzednio nie posiadały. Kompetencje te istnieją i wykonywane są wyłącznie w ramach i w zakresie wyznaczonym przez to prawo, np. kontrola zbrojeń, prawa i obowiązki na części obszarów morskich, a w przypadku UE emisja jednolitej waluty lub uchwalanie aktów prawnych obowiązujących bezpośrednio na całym obszarze unijnym.

W interesującej nas kwestii przestrzegania IHL/HRL pojawiają się specyficzne elementy i specyficzne rozumienie jurysdykcji, odbiegające od powyżej zarysowanego, klasycznego schematu. Otóż pod pojęciem jurysdykcji rozumie się wykonywanie przez państwo faktycznej władzy wobec pewnych podmiotów, przedmiotów lub sytuacji na obcym terytorium. Taki stan rzeczy może być legalny (zgodą państwa, aprobatą RB w ramach rozdziału VII Karty NZ na operację typu *peace-enforcement* lub *peacekeeping*), może jednak również nie mieć podstaw prawnych. Nawet jeśli ta faktyczna władza wynika jedynie z faktów (np. użycia siły), to podlega ona międzynarodowoprawnym ograniczeniom, sformułowanym zwłaszcza w prawie humanitarnym. Ponadto, ma one niekiedy ograniczone podstawy prawne w postaci rezolucji RB lub umów międzynarodowych.

I tak obecność wojskowa danego państwa na terytorium innego, a zwłaszcza okupacja, oznacza wykonywanie przez to państwo pewnego segmentu faktycznej władzy, ale nie jest równoznaczna z jurysdykcją w znaczeniu rozciągnięcia jego prawodawstwa oraz stosowania i egzekwowania go na obcym terytorium (w przypadku okupacji nie zezwala na to prawo humanitarne¹⁰⁰). Podobnie rzecz się ma w sytuacji tymczasowej, międzynarodowej

¹⁰⁰ Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18.10.1907 r.: Art. 43:

administracji jakiegoś terytorium przez kilka państw lub przez organizację międzynarodową. Również grupy nieregularne sprawować mogą faktyczną władzę na części terytorium państwa uniemożliwiając tym samym wykonywanie władzy przez jego organy. Mamy wówczas do czynienia z wykonywaniem realnej władzy, lecz nie z jurysdykcją państwa w tradycyjnym rozumieniu. W pewnych okolicznościach takie wykonywanie władztwa faktycznego może prowadzić do odpowiedzialności państwa za naruszenie niektórych norm IHL/HRL. Dla powstania tej odpowiedzialności niezbędne jest jednak spełnienie określonych przesłanek.

3.2. Standardy przypisania

W orzecznictwie pojawiają się coraz częściej sprawy związane ze skutkami użycia siły w sytuacjach konfliktowych, chociaż nie zawsze ekstraterytorialne działania wojskowe oznaczają konflikt zbrojny lub okupację. W orzeczeniach sądowych dąży się do ustalenia standardów pozwalających określić międzynarodowoprawną odpowiedzialność za naruszenie prawa przez organy własne państwa lub przez aktorów niepaństwowych.

3.2.1. Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał w sprawie *Loizidou* (1996), że Turcja odpowiada za naruszenie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC) na terytorium tzw. Tureckiej Republiki Cypru Północnego. Zdaniem Trybunału, Ankara posiadała jurysdykcję, ponieważ – zwłaszcza w wyniku silnej i licznej obecności wojskowej – sprawowała ogólną kontrolę na tym terytorium (*effective overall control over that part of the island*) za pośrednictwem organów własnych oraz władzy lokalnej, funkcjonującej tylko dzięki poparciu Turcji. Na tej podstawie Trybunał przypisał Turcji odpowiedzialność za naruszenia prawa na obszarze północnego Cypru przez kontrolowaną przez nią władzę lokalną. ETPC nie wymagał w tym kontekście kontrolowania konkretnych działań tych władz. Trybunał zakładał więc (domniemywał), że z ogólnej kontroli wynika odpowiedzialność za akty władzy lokalnej¹⁰¹.

„The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country”.

¹⁰¹ European Court of Human Rights (ECHR), *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections) (nr 15318/89), wyrok z 23.3.1995 r.: „62. [T]he responsibility of a Contracting Party may also arise when as a consequence of military action – whether lawful or unlawful – it exercises effective control of an area outside its national territory [*exerce en pratique le contrôle sur une*

W przypadku bombardowań Jugosławii w okresie konfliktu zbrojnego na tle Kosowa (sprawa *Banković* – 2001) ETPC odrzucił skargę o naruszenie EKPC uznając, że pozwane państwa nie posiadały pełnej kontroli ani wobec ofiar, ani wobec bombardowanego terytorium (*effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad*)¹⁰². Odrzucając skargę ETPC nie był zmuszony do odpowiedzi komu przypisać działanie zbrojne – NATO czy poszczególne państwom członkowskim.

Z kolei w sprawie aresztowania dokonanego za granicą przez organy *de iure* (agentów służb specjalnych) ETPC uznał, że w wyniku wykonywania władzy aresztowany znajdował się pod pełną kontrolą państwa aresztującego (Turcji), przy czym była to kontrola nie tyle nad obcym terytorium, co nad ofiarą potencjalnego naruszenia (sprawa *Öcalan*)¹⁰³.

zone située en dehors de son territoire national]. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention, derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration"; ECHR, *Loizidou v. Turkey* (Merits) (nr 15318/89), wyrok z 18.12.1996 r.: „56. It is not necessary to determine whether (...) Turkey actually exercises detailed control over the policies and actions of the authorities of the ‘TRNC’. It is obvious from the large number of troops engaged in active duties in northern Cyprus that her army exercises effective overall control [*contrôle global*] over that part of the island. Such control, according to the relevant test and in the circumstances of the case, entails her responsibility for the policies and actions of the ‘TRNC’. Those affected by such policies or actions therefore come within the ‘jurisdiction’ of Turkey for the purposes of Article 1 of the Convention (art. 1). Her obligation to secure to the applicant the rights and freedoms set out in the Convention therefore extends to the northern part of Cyprus”; ECHR, *Cyprus v. Turkey* (nr 25781/94), wyrok z 10.5.2001 r.: „77. [...] Having effective overall control over northern Cyprus, its responsibility cannot be confined to the acts of its own soldiers or officials in northern Cyprus but must also be engaged by virtue of the acts of the local administration which survives by virtue of Turkish military and other support. It follows that, in terms of Article 1 of the Convention, Turkey’s ‘jurisdiction’ must be considered to extend to securing the entire range of substantive rights set out in the Convention and those additional Protocols which she has ratified, and that violations of those rights are imputable to Turkey”.

¹⁰² ECHR, *Banković v. Belgium* (nr 52207/99), decyzja z 12.12.2001 r.: „71. In sum, the case-law of the Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State is exceptional: it has done so when the respondent State, through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government. [...] 82. The Court is not therefore persuaded that there was any jurisdictional link between the persons who were victims of the act complained of and the respondent States. Accordingly, it is not satisfied that the applicants and their deceased relatives were capable of coming within the jurisdiction of the respondent States on account of the extra-territorial act in question”.

¹⁰³ ECHR, *Öcalan v. Turkey* (nr 46221/99), wyrok z 12.5.2005 r.: „91. The Court notes that the applicant was arrested by members of the Turkish security forces inside an aircraft registe-

W sprawie *Ilaşcu* (2004) ETPC rozważał kwestię odpowiedzialności Mołdawii i Rosji za niektóre zdarzenia (bezprawne aresztowanie i uwięzienie) na terytorium Mołdawii w zbuntowanej prowincji Naddniestrza. Władze tego separatystycznego obszaru istnieją tylko dzięki poparciu i wpływom Rosji, w tym jej ograniczonej obecności wojskowej. W odniesieniu do Mołdawii ETPC przedstawił (dyskusyjną) koncepcję obowiązku tzw. działań pozytywnych¹⁰⁴. W odniesieniu do Rosji Trybunał uznał, iż wykonuje ona na obszarze Naddniestrza ogólną kontrolę, realizowaną za pośrednictwem organów własnych

red in Turkey in the international zone of Nairobi Airport. It is common ground that, directly after being handed over to the Turkish officials by the Kenyan officials, the applicant was effectively under Turkish authority and therefore within the 'jurisdiction' of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory. It is true that the applicant was physically forced to return to Turkey by Turkish officials and was under their authority and control following his arrest and return to Turkey"; ECHR, *Issa and Others v. Turkey* (nr 31821/96), wyrok z 16.11.2004 r.: „71. [A] State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State [...]. Accountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory (*ibid.*)"; zob. też Inter-American Commission on Human Rights. Report No. 86/99, Case 11.589 – *Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario De La Pena, and Pablo Morales*, Cuba, 29.9.1999 r., § 25.

¹⁰⁴ ECHR, *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia* (nr 48787/99), wyrok z 8.7.2004 r.: „333. The Court considers that where a Contracting State is prevented from exercising its authority over the whole of its territory by a constraining *de facto* situation, such as obtains when a separatist regime is set up, whether or not this is accompanied by military occupation by another State, it does not thereby cease to have jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention over that part of its territory temporarily subject to a local authority sustained by rebel forces or by another State. Nevertheless, such a factual situation reduces the scope of that jurisdiction in that the undertaking given by the State under Article 1 must be considered by the Court only in the light of the Contracting State's positive obligations towards persons within its territory. The State in question must endeavour, with all the legal and diplomatic means available to it vis-à-vis foreign States and international organisations, to continue to guarantee the enjoyment of the rights and freedoms defined in the Convention"; Partly Dissenting Opinion of Judge Ress: „1. The Court has rightly stated that there is still *jurisdiction* under these circumstances even if a Contracting State is prevented from exercising its authority over the whole of its territory by a constraining *de facto* situation, such as obtains when a separate regime is set up. The sovereignty of Moldova over the whole territory was not and is not disputed by the international community, not even by the Russian Federation. [...] I would not conclude as the Court did in paragraph 333 that 'the factual situation reduces the scope of the jurisdiction'. The 'scope' of the jurisdiction is always the same but the responsibility of the Contracting State, arising from the undertaking given by the State under Article 1, can be considered to relate only to the positive obligations towards persons within its territory and not to all acts done by the local authority sustained by rebel forces in Transdnistria”.

lub też podporządkowanej administracji lokalnej. W związku z tym uznał, że można Rosji przypisać odpowiedzialność za akty samowładnych władz tego regionu i nie jest do tego celu niezbędne wykonywanie przez nią szczególnej kontroli ich konkretnych działań. Niezależnie od aspektu kontroli terytorialnej ETPC podkreślił, że lokalne władze Naddniestrza znajdują się pod efektywną władzą, a co najmniej decydującym wpływem Rosji i tylko dzięki temu mogą funkcjonować¹⁰⁵. W porównaniu ze sprawą *Loizidou* widać w tym kontekście wyraźniejsze przesunięcie akcentu na kontrolę nad sprawcą.

3.2.2. Sądy brytyjskie zajmowały się kilkoma sprawami dotyczącymi przestrzegania EKPC przez Wielką Brytanię w Iraku w związku z zaistniałym tam konfliktem zbrojnym.

W sprawie *Al-Skeini* (2007) sąd brytyjski uznał odpowiedzialność Wielkiej Brytanii za śmierć obywatela irackiego uwięzionego w bazie wojsk brytyjskich w Iraku (wynik złego traktowania), a tym samym dopuścił zastosowanie EKPC w kontekście ekstraterytorialnych działań Wielkiej Brytanii. Odrzucił natomiast taką odpowiedzialność za śmierć kilku obywateli irackich w czasie operacyjnych działań patrolowych wojsk brytyjskich. Sąd uznał, iż w pierwszym przypadku kontrola brytyjska nad ofiarą była pełna, co pozwala stwierdzić, iż ofiara ta podlegała jurysdykcji organów brytyjskich, w przeciwieństwie do pozostałych ofiar, kiedy to Wielka Brytania nie sprawowała pełnej kontroli na danym terytorium i wobec konkretnych osób¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Ibidem – „314. [...] According to the relevant principles of international law, a State's responsibility may be engaged where, as a consequence of military action – whether lawful or unlawful – it exercises in practice effective control of an area situated outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control, whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration. 315. It is not necessary to determine whether a Contracting Party actually exercises detailed control over the policies and actions of the authorities in the area situated outside its national territory, since even overall control of the area may engage the responsibility of the Contracting Party concerned. 316. Where a Contracting State exercises overall control over an area outside its national territory, its responsibility is not confined to the acts of its soldiers or officials in that area but also extends to acts of the local administration which survives there by virtue of its military and other support. [...] 392. All of the above proves that the 'MRT', set up in 1991–92 with the support of the Russian Federation, vested with organs of power and its own administration, remains under the effective authority, or at the very least under the decisive influence, of the Russian Federation, and in any event that it survives by virtue of the military, economic, financial and political support given to it by the Russian Federation”; zob. także ECHR, *Assanidze v. Georgia* (nr 71503/01), wyrok z 8.4.2004 r., § 138.

¹⁰⁶ United Kingdom House of Lords, *R (Al-Skeini and others) v. Secretary of State for Defence*, wyrok z 13.6.2007 r. (Lord Rodger of Earlsferry): „64. It is important therefore to recogni-

W sprawie *Al-Jedda* (2007) chodziło o internowanie w Iraku (od 2004 r.) osoby o podwójnym (irackim/brytyjskim) obywatelstwie uzasadnione koniecznymi względami bezpieczeństwa (podejrzenie o współpracę z terrorystami). Według skarżącego, brak konkretnych zarzutów oraz dostępu do niezależnego sądu stanowił naruszenie EKPC. Zdaniem brytyjskiego sądu operacja w Iraku nie miała miejsca pod kontrolą i dowództwem ONZ (*effective command and control of the UN*), co wyklucza odpowiedzialność tej organizacji¹⁰⁷. Terytorium irackie znajdowało się początkowo pod formalną okupacją wojsk obcych, a następnie podlegało tymczasowemu zarządowi sił międzynarodowych

se that, when considering the question of jurisdiction under the Convention, the focus has shifted to the victim or, more precisely, to the link between the victim and the contracting state. For the purposes of the extra-territorial effects of section 6 of the 1998 Act, the key question was whether a public authority – in this case the Army in Iraq – was within Parliament’s legislative grasp when acting outside the United Kingdom. By contrast, for the purposes of deciding whether the Convention applies outside the territory of the United Kingdom, the key question is whether the deceased were linked to the United Kingdom when they were killed. However reprehensible, however contrary to any common understanding of respect for ‘human rights’, the alleged conduct of the British forces might have been, it had no legal consequences under the Convention, unless there was that link and the deceased were within the jurisdiction of the United Kingdom at the time. [...] 83. [...] I would not consider that the United Kingdom was in effective control of Basra and the surrounding area for purposes of jurisdiction under article 1 of the Convention at the relevant time. Leaving the other rights and freedoms on one side, with all its troops doing their best, the United Kingdom did not even have the kind of control of Basra and the surrounding area which would have allowed it to discharge the obligations, including the positive obligations, of a contracting state under article 2. [...] 129. The point is this: except where a state really does have effective control of territory, it cannot hope to secure Convention rights within that territory and, unless it is within the area of the Council of Europe, it is unlikely in any event to find certain of the Convention rights it is bound to secure reconcilable with the customs of the resident population”.

¹⁰⁷ United Kingdom House of Lords, *R (Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, wyrok z 12.12.2007 r. (Lord Bingham of Cornhill): „23. The UN did not dispatch the coalition forces to Iraq. The CPA [*Coalition Provisional Authority*] was established by the coalition states, notably the US, not the UN. When the coalition states became occupying powers in Iraq they had no UN mandate. [...] Following UNSCR 1483 in May 2003 the role of the UN was a limited one focused on humanitarian relief and reconstruction, a role strengthened but not fundamentally altered by UNSCR 1511 in October 2003. By UNSCR 1511, and again by UNSCR 1546 in June 2004, the UN gave the multinational force express authority to take steps to promote security and stability in Iraq, but (adopting the distinction formulated by the European Court in para 43 of its judgment in *Behrami and Saramati*) the Security Council was not delegating its power by empowering the UK to exercise its function but was authorising the UK to carry out functions it could not perform itself. At no time did the US or the UK disclaim responsibility for the conduct of their forces or the UN accept it. It cannot realistically be said that US and UK forces were under the effective command and control of the UN, or that UK forces were under such command and control when they detained the appellant”.

(za zgodą RB i Iraku). Rezolucja 1546 (2004) RB dopuszczała internowanie podejrzanych osób ze względów bezpieczeństwa¹⁰⁸ (co nie stoi w sprzeczności z międzynarodowym prawem humanitarnym). Zdaniem sądu, wiążąca prawnie rezolucja RB (rozdział VII Karty NZ) miała pierwszeństwo stosowania przed innymi normami (art. 103 Karty NZ¹⁰⁹) i ograniczała zastosowanie EKPC¹¹⁰. Sąd nie uznał jednak, że wspomniana rezolucja RB eliminuje całkowicie stosowanie EKPC. Innymi słowy, dopuścił w niezbędnym zakresie ograniczenie wolności lub prawa do sądu, jednak w sprawie *Al-Skeini* wykluczył legalność zabójstwa w brytyjskim areszcie w Iraku.

W sprawie *Smith* (2009), dotyczącej śmierci brytyjskiego żołnierza w Iraku w wyniku wpływu warunków klimatycznych i niedostatecznej opieki medycznej, sąd brytyjski potwierdził zastosowanie EKPC do tego przypadku¹¹¹. Sąd uznał, że żołnierz brytyjski (ofiara) znajdował się pod jurysdykcją brytyjską oraz stwierdził odpowiedzialność Wielkiej Brytanii.

¹⁰⁸ SC Res. 1546 (2004): „10. Decides that the multinational force shall have the authority to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq in accordance with the letters annexed to this resolution”; Annex – *Text of letters from the Prime Minister of the Interim Government of Iraq Dr. Ayad Allawi and United States Secretary of State Colin L. Powell to the President of the Council*, 5.6.2004 r.: „Under the agreed arrangement, the MNF stands ready to continue to undertake a broad range of tasks to contribute to the maintenance of security and to ensure force protection. [...] This will include combat operations against members of these groups, internment where this is necessary for imperative reasons of security, and the continued search for and securing of weapons that threaten Iraq’s security”.

¹⁰⁹ Art. 103: „In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail”.

¹¹⁰ United Kingdom House of Lords, *R (Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, wyrok z 12.12.2007 r. (Lord Bingham of Cornhill): „39. Thus there is a clash between on the one hand a power or duty to detain exercisable on the express authority of the Security Council and, on the other, a fundamental human right which the UK has undertaken to secure to those (like the appellant) within its jurisdiction. How are these to be reconciled? There is in my opinion only one way in which they can be reconciled: by ruling that the UK may lawfully, where it is necessary for imperative reasons of security, exercise the power to detain authorised by UNSCR 1546 and successive resolutions, but must ensure that the detainee’s rights under article 5 are not infringed to any greater extent than is inherent in such detention”.

¹¹¹ Supreme Court of Judicature Court of Appeal (Civil Division), apelacja od wyroku High Court of Justice Queens Bench Division (Administrative Court), *Secretary Of State for Defence (Appellant) and The Queen on the Application of Mrs Catherine Smith (Respondent)*, wyrok z 18.5.2009 r. (Case No.: C1/2008/1049): „8. The question is whether a British soldier in the Territorial Army (TA) who, like Private Smith, is on military service in Iraq, is subject to the jurisdiction of the United Kingdom (the UK) within the meaning of article 1 of the Convention, so as to benefit from the rights guaranteed by the Human Rights Act 1998 (the HRA) while operating in Iraq or whether he is only subject to the jurisdiction for those purposes when he is on a Bri-

W sprawie *Al-Saadoon and Mufdhi* (2008/2009) brytyjskie sądy orzekały o tym, czy dwaj Irakijczycy, podejrzani o udział w zabójstwie brytyjskich żołnierzy w Iraku (po operacji zbrojnej rozpoczętej w 2003 r.) i aresztowani przez brytyjskie siły zbrojne w tym państwie, podlegali jurysdykcji Wielkiej Brytanii w rozumieniu art. 1 EKPC i czy mogli zostać przekazani sądowi irackiemu mimo ryzyka, że orzeknie on wobec nich karę śmierci¹¹².

W początkowej fazie jurysdykcja wynikała z faktycznej władzy czyli użycia siły zbrojnej przez USA i Wielką Brytanię prowadzącego do okupacji Iraku. Jurysdykcja ta nie oznaczała jednak rozciągnięcia prawa brytyjskiego na terytorium Iraku, a jej granice prawne były wyznaczone międzynarodowym prawem humanitarnym oraz odpowiednimi rezolucjami RB (rezolucje 1483, 1511, 1546, 1790). Regulacja ta rozszerzyła się następnie o akty prawodawcze Tymczasowej Władzy Koalicyjnej (*Coalition Provisional Authority* – CPA) oraz o umowy zawarte przez Wielką Brytanię z Irakiem (dotyczące między innymi zatrzymanych lub aresztowanych osób). Z czasem władza państwa irackiego była stopniowo przywracana, a od czerwca 2004 r. okupacja Iraku zakończyła się.

Skarżący argumentowali, że ich przekazanie (*refoulement*) władzom irackim narusza art. 2 EKPC (prawo do życia) w związku z protokołem nr 13 do EKPC zakazującym stosowania kary śmierci, a także art. 6 EKPC (prawo do rzetelnego procesu). Powództwa te zostały oddalone przez sądy brytyjskie. Sąd pierwszej instancji uznał, że skarżący podlegali jurysdykcji brytyjskiej, ponieważ znajdowali się w areszcie brytyjskich sił zbrojnych. Od maja 2006 r. działo się tak jednak na żądanie i za zgodą władz irackich, a przekazanie skarżących sądowi irackiemu było obowiązkiem Wielkiej Brytanii na podstawie umów zawartych z rządem irackim. Sąd drugiej instancji podtrzymał konkluzję wyroku pierwszej instancji z tą jednak różnicą, iż nie uznał jurys-

tish military base or in a British hospital. The reason why this question is academic is that Private Smith died in medical facilities on a UK base in Iraq and the Secretary of State has conceded that a soldier who dies on a UK base dies within the jurisdiction of the UK within the meaning of article 1 of the Convention. That concession is based on a concession made in the House of Lords in *R (Al-Skeini) v Secretary of State for Defence*. [...] 14. [...] The Secretary of State's case is that the reference to jurisdiction in article 1 is a reference to geographical jurisdiction and on that basis he accepts that the UK has some geographical jurisdiction in Iraq but says that it is limited to locations over which it has *effective control*, such as a UK military base or hospital".

¹¹² In The High Court of Justice Queen's Bench Division –Divisional Court. *Al-Saadoon and Mufdhi v. Secretary of State for Defence*, [2008] EWHC 3098 (Admin), 19 December 2008; In The Supreme Court of Judicature Court of Appeal (Civil Division) On Appeal from the Divisional Court. *Al-Saadoon and Mufdhi v. Secretary of State for Defence*, [2009] EWCA Civ 7, 21 January 2009.

dykcji brytyjskiej, a jedynie działanie w charakterze wykonawcy (*agent*) uznanej legalnie woli władz irackich. Skarżący zostali przekazani sądowi irackiemu w dniu 31 grudnia 2008 r., daty po upływie której wojska brytyjskie nie miały żadnej podstawy dla dalszego ich przetrzymywania.

ETPC dopuścił skargę uznając, że skarżący podlegali jurysdykcji brytyjskiej. Zapowiedział jednocześnie wyrok merytoryczny¹¹³, który sprowadza się do dwóch zagadnień. Z jednej strony do rozstrzygnięcia, czy istniało ryzyko niesprawiedliwego procesu zakończonego ewentualnym orzeczeniem kary śmierci, z drugiej zaś rozstrzygnięcia konfliktu między wynikającym z EKPC i orzecznictwa ETPC zakazem przekazywania osób do państw stosujących karę śmierci a prawnym zobowiązaniem Wielkiej Brytanii wobec władz Iraku w kwestii przekazania.

Omawiany przypadek stanowi dobrą ilustrację pojawiających się coraz częściej komplikacji na tle ekstraterytorialnego stosowania EKPC w sytuacjach nietypowych dla systemu EKPC. Wydaje się rzeczą oczywistą, że stosowanie EKPC w odniesieniu do konfliktu zbrojnego, okupacji lub międzynarodowego zarządu może być ograniczone, co nie musi oznaczać jej całkowitego uchylecia. Na tym tle pojęcie obszaru prawnego Konwencji (*espace juridique*) – zastosowane przez ETPC w sprawie *Banković*, a podtrzymane przez sąd brytyjski w sprawie *Al-Saadoon and Mufdhi* – nie wydaje się bezzasadne, chociaż momentami kontrowersyjne. Ma ono na celu ograniczenie ekstraterytorialnego stosowania EKPC i jest w pewnym stopniu uzupełnieniem art. 15 EKPC, który przewiduje możliwość uchylecia (derogacji) stosowania niektórych postanowień Konwencji¹¹⁴. Nie chodzi przy tym o ułatwianie naruszeń Konwencji

¹¹³ ECHR. *Al-Saadoon and Mufdhi against the United Kingdom* (no. 61498/08), Decision as to the Admissibility of Application, 30 June 2009: “88. The Court considers that, given the total and exclusive *de facto*, and subsequently also *de jure*, control exercised by the United Kingdom authorities over the premises in question, the individuals detained there, including the applicants, were within the United Kingdom’s jurisdiction. [...]. 89. [...] The questions whether the United Kingdom was under a legal obligation to transfer the applicants to Iraqi custody and whether, if there was such an obligation, it modified or displaced any obligation owed to the applicants under the Convention, are not material to the preliminary issue of jurisdiction [...] and must instead be considered in relation to the merits of the applicants’ complaints”.

¹¹⁴ “Art. 15.1. In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law”. Protocol No. 13: “2. No derogation from the provisions of this Protocol shall be made under Article 15 of the Convention”; “4.1. Any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance or approval, specify the territory or territories to which this Protocol shall apply”.

przez jej państwa-strony, lecz o zasadność jej ekstraterytorialnego stosowania w kontekście sytuacji konfliktowej lub pokonfliktowej oraz związanych z nimi międzynarodowoprawnych regulacji.

Pełna kontrola brytyjskich organów *de iure* nie jest w omawianym przypadku oczywista. Kontrola nad terytorium irackim nie była z pewnością pełna, a kontrola wobec ofiar (areszt w bazie brytyjskiej) była w tym przypadku (w odróżnieniu od innych) wyraźnie i znacznie ograniczona aktami prawnymi CPA oraz władz irackich (między innymi na podstawie umów brytyjsko-irackich). Im większe te ograniczenia prawne, tym bardziej skomplikowane stosowanie EKPC i ustalenie pełnej kontroli. Jeśli zatem uznać faktyczną władzę Wielkiej Brytanii wobec skarżących, to jej odpowiedzialność za ewentualne naruszenie EKPC pozostaje sporna ze względu na zobowiązania prawne, ograniczające jej kontrolę wobec potencjalnych ofiar¹¹⁵. W przeciwieństwie do, na przykład, zabójstwa przekazanie aresztowanych nie jest – jako takie – naruszeniem prawa. W tym kontekście poglądy sądów brytyjskich nie wydają się całkiem bezpodstawne¹¹⁶.

¹¹⁵ Istnieje też różnica między ekstradycją z własnego terytorium a przekazaniem władzom danego państwa przestępcy znajdującego się na jego terytorium, lecz podlegającego faktycznej władzy (jurysdykcji) państwa obcego.

¹¹⁶ *Al-Saadoon and Mufdhi* (Court of Appeal), przypis 112 – Lord Justice Laws: „37. It is not easy to identify precisely the scope of the Article 1 jurisdiction where it is said to be exercised outside the territory of the impugned State Party, because the learning makes it clear that its scope has no sharp edge; it has to be ascertained from a combination of key ideas which are strategic rather than lexical. [...] 39. The ECHR's natural setting is the *espace juridique* of the States Parties; if, exceptionally, its writ is to run elsewhere, this *espace juridique* must in considerable measure be replicated. [...] 49. [...] Both *Al-Jedda* and *R(B)* recognize that a State Party may be fixed with potentially inconsistent obligations arising under the ECHR and international law respectively. 50. [...] While I have certainly asserted that the scope of the article 1 jurisdiction has to accommodate the pressure on States Parties of international obligations apart from the ECHR, it by no means follows that the ECHR duty must always yield to the other obligation, so that no conflict can arise. No doubt it will be a matter for assessment in any case (where the issue sensibly arises) whether the international law obligations are so pressing, or operate on so wide a front, as in effect to deprive the relevant State Party of the *espace juridique* which the article 1 jurisdiction demands”; United Kingdom House of Lords. *R (Al-Skeini and others) v Secretary of State for Defence*, wyrok z 13.6.2007 r. (Lord Rodger of Earlsferry): „78. The essentially regional nature of the Convention is relevant to the way that the court operates. It has judges elected from all the contracting states, not from anywhere else. The judges purport to interpret and apply the various rights in the Convention in accordance with what they conceive to be developments in prevailing attitudes in the contracting states. This is obvious from the court's jurisprudence on such matters as the death penalty, sex discrimination, homosexuality and transsexuals. The result is a body of law which may reflect the values of the contracting states, but which most certainly does not reflect those in many other parts of the world. So the idea that

Ponadto, gdyby z góry zakładać niesprawiedliwy charakter wymiaru sprawiedliwości w Iraku, a także kwestionować karę śmierci w prawie irackim, to wiele aktów prawnych CPA oraz umowy brytyjsko-irackie byłoby pozbawione sensu. System prawny i wymiar sprawiedliwości odbiega w wielu krajach od standardów EKPC, jednak odmowa przekazania skarżących byłaby uzasadniona tylko wtedy, gdyby – mimo zobowiązań brytyjsko-irackich – nie ulegało najmniejszej wątpliwości, że czeka ich nieludzkie traktowanie i niesprawiedliwy proces. Ocena takiego zagrożenia nie jest w każdym przypadku prosta.

3.2.3. Z przedstawionego orzecznictwa wyłania się klasyfikacja sytuacji, w których stosowane są poszczególne standardy.

Sprawy odpowiedzialności państwa za naruszenie zakazu użycia siły rzadko trafiają na wokandę sądów międzynarodowych. Najbardziej znane to wyroki MTS we wspomnianych sprawach cieśniny *Korfu*, *USA v. Iran*, *Nikaragua v. USA*, *Kongo v. Uganda* oraz *Iran v. USA*. Dotyczyły one głównie przesłanek działań państwa w samoobronie, a pewnym stopniu również odpowiedzialności za działania grup nieregularnych i naruszenia przez nie IHL. Sprawa wytoczona przez Serbię i Czarnogórę niektórym państwom NATO o nielegalne użycie siły w związku z sytuacją w Kosowie nie została rozpatrzona przez MTS z powodów formalnych¹¹⁷.

Stanowisko MTS w tej kwestii opiera się na dwóch głównych zasadach: po pierwsze, na restryktywnie definiowanym pojęciu zbrojnej napaści, ograniczającym pojęcie samoobrony oraz, po drugie, na ustanowieniu wysokiego progu całkowitej zależności lub pełnej kontroli, ograniczającym przypisanie państwu odpowiedzialności za działania grup nieregularnych. W przypadku niemożności przypisania na podstawie całkowitej zależności lub pełnej kontroli MTS koncentruje się na odpowiedzialności za brak należytej staranności. W praktyce międzynarodowej mamy jednak do czynienia z nową tendencją, aby w przypadku zbrojnej napaści ze strony aktorów niepaństwowych, legalna stała się samoobronna reakcja zbrojna państwa ofiary.

Co do odpowiedzialności za skutki użycia siły (naruszenia norm IHL//HRL) może ona wynikać z działań organów *de iure* państwa lub z działań aktorów niepaństwowych.

W przypadku działań organów *de iure* państwa przypisanie określonych aktów wynika ze sprawowania faktycznej władzy w postaci pełnej kon-

the United Kingdom was obliged to secure observance of all the rights and freedoms as interpreted by the European Court in the utterly different society of southern Iraq is manifestly absurd".

¹¹⁷ ICJ, *Serbia and Montenegro v. Portugal and other*, wyrok z 15.12.2004 r.

troli, która odnosi się nie do sprawców (są nimi organy *de iure*), lecz do ofiar poszkodowanych na obcym terytorium w wyniku konkretnego aktu (swoiste kryterium personalno-terytorialne)¹¹⁸. Ta faktyczna władza przybierać może różne formy – od okupacji wojskowej, przez obecność wojskową (lecz nie okupację) aż do różnych form międzynarodowego zarządu w sytuacjach post-konfliktowych.

W sprawach *Banković* lub *Al-Skeini* (w odniesieniu do pięciu ofiar) sądy stwierdziły brak pełnej kontroli organów państwa nad terytorium i ofiarami potencjalnego naruszenia EKPC. W sprawie *Öcalan* ETPC stwierdził pełną kontrolę Turcji nad ofiarą potencjalnego naruszenia, natomiast w sprawie *Issa* nie udało się ustalić sprawcy, przy czym faktyczna kontrola Turcji nad określonym wycinkiem irackiego terytorium była kwestionowana. W sprawie *Al-Skeini* sąd uznał, iż zgon jednego obywatela irackiego w wyniku złego traktowania w areszcie brytyjskim oznacza sytuację pełnej kontroli nad ofiarą. W sprawie *Smith* sąd uznał również pełną kontrolę w odniesieniu do zgonu brytyjskiego żołnierza.

W sprawie *Al-Jedda* sąd stwierdził, że internowanie w Iraku było działaniem wojsk brytyjskich (nie ONZ), zajął jednak stanowisko, że stosowanie EKPC uległo w tym zakresie ograniczeniu w wyniku pierwszeństwa stosowania wiążącej prawnie rezolucji RB, która wyraźnie dopuszczała internowanie ze względów bezpieczeństwa. Podobnym tropem podążyły sądy brytyjskie w sprawie *Al-Saadoon and Mufdhi*.

W toczącej się przed MTS od 2008 r. sprawie *Gruzja v. Rosja*¹¹⁹ ta ostatnia dowodzi braku swej kontroli na obszarach (Abchazji i Osetii Południowej), na których miało dojść do naruszenia Międzynarodowej Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej oraz powołuje się na to, że Konwencja ta nie może być stosowana ekstraterytorialnie¹²⁰.

¹¹⁸ C. Droege, op.cit., s. 334: „International human rights bodies agree that where a state has effective control over a territory or over a person, their respective human rights treaties apply. Typical cases would be abduction, detention, or ill-treatment. What is open, however, is whether the European Court of Human Rights or the Human Rights Committee would also hold states responsible for extraterritorial killings. Indeed, such killings do not presuppose power over a person in the same narrow meaning as detention. These cases fall neither into the category of effective control over a territory nor into the category of power over an individual”.

¹¹⁹ ICJ, *Georgia v. Russian Federation*, Application Instituting Proceedings, 12.8.2008 r.; International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965): Art. 3: „States Parties particularly condemn racial segregation and apartheid and undertake to prevent, prohibit and eradicate all practices of this nature in territories under their jurisdiction”.

¹²⁰ Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, *Report* (September 2009), vol. II, s. 308/309: „The Russian Federation [...] holds that it does not at present,

W opinii doradczej w sprawie budowy izraelskiego muru (2004) MTS zajął się głównie naruszeniami prawa humanitarnego (z marginalnym uwzględnieniem problematyki samoobrony) podkreślając, iż odpowiedzialność Izraela za naruszenia praw człowieka wynika z kontroli (okupacji), jaką wykonuje na okupowanym obszarze¹²¹. Z kolei w związku z izraelskimi operacjami zbrojnymi w Libanie (2006) lub Strefie Gazy (2008/2009) pojawiły się kwestie sporne dotyczące z jednej strony legalności użycia siły w samoobronie, z drugiej zaś odpowiedzialności za przestrzeganie prawa humanitarnego i praw człowieka.

Władza lokalna na terytorium Autonomii Palestyńskiej sprawowana jest w wyniku porozumienia z Izraelem. Władzę w Strefie Gazy sprawuje Hamas, znajdujący się w konflikcie z władzami Autonomii, rządzącymi na Zachodnim Brzegu Jordanu. Strefa Gazy nie jest państwem i żadne państwo nie rości sobie pretensji do jej terytorium. Według niektórych opinii Izrael jest mocarstwem okupującym Strefę Gazy. Teza ta nie jest oczywista ze względu na wycofanie wojsk izraelskich w 2005 r.¹²², a ponadto taka okupacja nie spełnia kryteriów pełnej kontroli¹²³, ponieważ mimo ograniczonego wpływu

nor will it in the future, exercise effective control over South Ossetia or Abkhazia; and that it was not an occupying power. [...] It concluded that 'based on the foregoing, there are no sufficient grounds for maintaining that the Russian side exercised effective control over the territory of South Ossetia or Georgia during the Georgian-South Ossetian conflict or that an occupation regime was established in the sense contemplated in IHL'. Podobnie ICJ, *Georgia v. Russian Federation*, Public sitting held on Wednesday 10 September 2008, at 4.30 p.m., CR 2008/27, Mr. Kolodkin, Russian Federation's Agent, s. 45; ICJ, *Georgia v. Russian Federation*, Public sitting held on Monday 8.9.2008 r., at 3 p.m., CR 2008/23, Mr. Kolodkin (Russia), § 14.

¹²¹ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinia doradcza z 9.7.2004 r., §§ 111–112.

¹²² Art. 42 of the 1907 Hague Regulation: „Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army. The occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised”. Szerzej Y. Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge 2009.

¹²³ In the Supreme Court sitting as the High Court of Justice (HCJ 9132/07), *Gaber Al-Bassiouni v. Prime Minister*, wyrok z 30.1.2008 r.: „We note that since September 2005, Israel no longer has effective control over what takes place within the territory of the Gaza Strip. The military government that previously existed in that territory was abolished by means of a decision of the government, and Israeli soldiers are not present in that area on a permanent basis and do not direct what occurs there. In these circumstances, under the international law of occupation, the State of Israel has no general obligation to care for the welfare of the residents of the Strip or to maintain public order within the Gaza Strip. Israel also does not have the effective capability, in its current status, to maintain order and manage civilian life in the Gaza Strip” (§ 12) – <http://www.mfa.gov.il/NR/rdonlyres/938CCD2E-89C7-4E77-B071-56772DFF79CC/0/HCJGazaelectricity.pdf>.

Izraela na sytuację w Strefie Gazy¹²⁴, jej władze (Hamas) mają wpływ prze-ważający i ponoszą główną odpowiedzialność za sytuację na tym obszarze, zarówno za ataki zbrojne dokonywane z jej terytorium na państwo Izrael, jak i za ochronę praw człowieka¹²⁵. Na przykład trudno byłoby obciążyć Izrael za tortury w palestyńskich więzieniach na zasadzie sformułowanej w sprawach *Ilaşcu* lub *Loizidou*, ponieważ Izrael nie wspiera władz Hamasu i nie sprawuje nad nimi ogólnej kontroli¹²⁶.

W tym kontekście można przychylić się do poglądu, że międzynarodowoprawna odpowiedzialność Izraela za sytuację w Strefie Gazy nie wynika z okupacji, lecz z tak zwanego „stanu oblężenia”, w którym Izrael ma obowiązek przestrzegania w ograniczonym zakresie prawa humanitarnego, podobnie jak międzynarodowych norm dotyczących ochrony praw człowieka¹²⁷.

¹²⁴ Y. Shany, *Faraway...*: „It is important to note that despite the withdrawal of its troops and citizens from Gaza and the formal abrogation of military rule, Israel continues to exercise considerable influence over life in the Gaza Strip: the IDF controls the airspace and territorial waters of Gaza; it governs the passage of persons and goods into Gaza from Israel (and the West Bank) and indirectly monitors passage in the Rafah crossing between Gaza and Egypt. In addition, Israel has not yet surrendered to the Palestinian Authority the Strip's population registration records and has not yet agreed to the opening of Gaza's seaport and airport. Finally, in June 2006, in response to an attack committed by Palestinian militants on an IDF post inside Israel (an attack which resulted in the killing of two IDF soldiers kidnapping of an IDF corporal), and the continued firing of 'Kassam' rockets from Gaza into Israel, the IDF renewed its policy of short term incursions into the PA controlled areas in the Gaza Strip” – http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=923151

¹²⁵ Ibidem: „The note argues that in order to identify the ultimate power of government in Gaza one should engage in a comparative analysis of the degree of effective control exercised by the two competing sources of authority. This comparative analysis suggests after the Israeli disengagement, the PA is better situated than Israel to exercise most powers of government in the Gaza Strip and that, as a result, it is difficult to continue and regard Israel as the occupying power in Gaza under the traditional law of occupation”.

¹²⁶ The Palestinian Human Rights Monitoring Group. *Annual Report 1999*, Vol. 4/1, March 2000 (punkt 4) – <http://www.phrmg.org/monitor2000/mar2000-torture.htm>

¹²⁷ Y. Shany, *The Law Applicable...*: „It suffices to note, at this stage, that I am in fundamental agreement with the Court's findings on the matter, mainly for the two following reasons: (a) the existence within Gaza of an organized government (the Palestinian Authority and, subsequently, the Hamas) that openly exercises power and authority (which are clearly not sanctioned by Israel) implies that the one of the basic conditions for occupation – the substitution of local authority by a foreign power – is no longer met; [...] (b) the existence of locally organized military forces in Gaza means that any attempt by Israel to 'make its authority felt' in Gaza would be met with considerable local resistance” (s. 7). „The characterization of the situation in Gaza as a siege implies that Israel owes certain obligations to the residents of Gaza. But siege is not occupation; and the uncommon sequence of events in Gaza – an occupation scaled down into a state of siege (as opposed to the more common transformation from siege to occupation) – does

Przypadek ten dowodzi, że pojęcie kontroli może mieć bardzo różne odcienie, a pojęcie okupacji nie jest bynajmniej jednoznaczne¹²⁸. Otóż, jeżeli w wyniku konfliktu zbrojnego dochodzi do wojskowego zajęcia danego terytorium, to możliwe są dwa warianty: okupant wchodzi w miejsce władzy lokalnej albo tylko stwarza sytuację potencjalnego przejścia władzy w odpowiednim dla niego momencie¹²⁹. W wyroku *Kongo v. Uganda* MTS wymagał rzeczywistego wykonywania władzy na okupowanym terytorium i dopuszczał wówczas odpowiedzialność państwa okupującego za brak należytej staranności w zapobieżeniu naruszeniom IHL/HRL przez wszystkie podmioty na tym obszarze, w tym samodzielnie działające grupy nieregularne. Jednocześnie podkreślił odpowiedzialność państwa w każdym przypadku (*at all times*) za naruszenia prawa dokonane przez jego organy *de iure* na kontrolowanym obszarze (tzn. również w braku rzeczywistej okupacji)¹³⁰.

W przypadku – wspomnianych na początku obok działań organów *de iure* państwa – działań aktorów niepaństwowych (grup/struktur nieregularnych), które naruszają prawo międzynarodowe, mamy do czynienia z sytuacją, gdy na danym terytorium funkcjonuje faktyczna i do pewnego stopnia skuteczna władza odrębna od państwowej. Jeśli państwo wspiera te struktury działające na obcym terytorium, to przesłanką jego odpowiedzialności za ich działania jest tu różnie rozumiana kontrola.

W kontekście naruszenia zakazu użycia siły oraz przestrzegania IHL przez aktorów niepaństwowych stosowany przez MTS standardy całkowitej zależności i pełnej kontroli łączy odpowiedzialność państwa ze stopniem jego

not negate the distinction between the two legal statuses” (s. 8). „To my mind, international human rights law may serve as the ‘missing link’ between Israel’s *de facto* power over Gaza (which falls short, according to the Court, of ‘effective control’) and the obligation to provide basic supplies to Gaza” (s. 12). “One relevant case [...] is the 2004 ECtHR *Ilaşcu* case. [...] Arguably, even if Israel does not exercise effective control over Gaza it surely has ‘decisive influence’ over life in Gaza; thus, according to the *Ilaæcu* judgment, Israel would incur certain positive obligations *vis-à-vis* the population of Gaza” (s. 14).

¹²⁸ S. Vité, *Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations*, „International Review of the Red Cross”, 2009, Vol. 91, No. 873, s. 83-85.

¹²⁹ E. Benvenisti, *The Law on the Unilateral Termination of Occupation* [w:] Th. Giegerich (red.), op.cit., s. 372: „The dispute relates to the question whether, in addition to the incapacity of the outset government, the foreign army must *actually* substitute its own authority for that of the outset government (so that its authority ‘has been established’) – ‘actual control’ – or whether it is sufficient that the foreign army actually controls the area and is therefore *in a position* to substitute its own authority for that of the former government (so that its authority ‘can be exercised’) – ‘potential control’”.

¹³⁰ ICJ, *Congo v. Uganda*, wyrok z 19.12.2005 r., §§ 173, 179, 180.

kontroli nad wszystkimi lub konkretnymi działaniami tych podmiotów, czyli dotyczą kontroli wobec sprawcy naruszającego prawo (a nie wobec terytorium lub ofiary), np. *Nikaragua v. USA*, *Kongo v. Uganda*, *Bośnia-Hercegowina v. FRJ*. Standardy te utrudniają przypisanie państwu odpowiedzialności.

Z kolei ETPC stosuje standard ogólnej kontroli, podobnie jak MTKJ lub MTK. Standard ten powoływany jest z jednej strony w kontekście konfliktu zbrojnego i wpływu państwa na grupy/struktury nieregularne – czyli dotyczy kontroli nad sprawcą (np. MTKJ w sprawie *Tadić*, MTK w sprawie *Lubanga*). Z drugiej zaś strony w braku konfliktu zbrojnego, lecz w sytuacji obecności wojskowej państwa na obcym terytorium, standard ten powoływany jest jeśli państwo kontroluje w pewnym stopniu dane terytorium oraz funkcjonujące na nim grupy/struktury nieregularne – czyli jest to aspekt kontroli nad sprawcą z uwzględnieniem pewnej kontroli nad terytorium (ETPC – *Loizidou*, *Ilaşcu*). Specyfika standardu kontroli ogólnej polega na tym, że po osiągnięciu pewnego poziomu wpływu na sprawcę przypisanie państwu odpowiedzialności za działania aktorów niepaństwowych jest ułatwione i odbywa się na zasadzie domniemania.

3.2.4. Oczywiście jest i w zasadzie nieproblematyczne, że państwu przypisujemy odpowiedzialność za naruszenia prawa przez jego organy *de iure*, ponieważ zakładamy jego pełną kontrolę nad sprawcami. Uwzględnia się przy tym różne przesłanki wykluczające odpowiedzialność. Na przykład, w odniesieniu do użycia siły przez organy *de iure* państwa bezprawność aktu zostaje wyłączona lub ograniczona w wyniku uzyskania zgody RB lub sytuacji samoobrony. W kontekście naruszenia HRL przez organy *de iure* państwa, bezprawność może być zakwestionowana, gdy nie posiada ono skutecznej władzy (pełnej kontroli) wobec ofiar na danym terytorium, albo, gdy ewentualne naruszenie sanowane jest w wyniku pierwszeństwa stosowania wiążących rezolucji RB lub innych źródeł prawnych.

Komplikacje pojawiają się natomiast w kontekście wspierania przez państwo niepaństwowych struktur władzy na obcym terytorium¹³¹. O ile w przy-

¹³¹ Nowym zagadnieniem jest odpowiedzialność państwa za działania podmiotów prywatnych, którym państwo zleca wykonywanie niektórych zadań w czasie konfliktu zbrojnego, zob. C. Hoppe, *Passing the Buck: State Responsibility for Private Military Companies*, EJIL 2008, vol. 19/5, s. 989-1014; N.D. White, S. MacLeod, *EU Operations and Private Military Contractors: Issues of Corporate and Institutional Responsibility*, EJIL 2008, vol. 19/5, s. 965-988; The University Centre for International Humanitarian Law, Geneva. *Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and State Responsibility for their Actions* (29-30.8.2005 r.) – http://www.adh-geneve.ch/pdfs/2rapport_compagnies_privees.pdf

padku całkowitej zależności oraz kontroli ogólnej przypisuje się państwu odpowiedzialność za – co do zasady – wszystkie akty tych struktur, to w przypadku pełnej kontroli tylko za konkretne akty.

Zależnie od okoliczności kontrola wykonywana przez państwo może odnosić się do sprawcy, ofiary lub określonego terytorium, może odnosić się do wszystkich aktów albo tylko niektórych, może dotyczyć naruszenie zakazu użycia siły zbrojnej lub naruszenie IHL/HRL, może mieć charakter długotrwały lub krótkotrwały. Istotne jest także rozróżnienie między ekstraterytorialnymi aktami organów *de iure* państwa i działaniami aktorów niepaństwowych oraz między sytuacją konfliktu zbrojnego a brakiem takiego konfliktu.

3.3. Kontrowersja wokół standardu kontroli ogólnej

Nie kwestionując, co do zasady, standardów całkowitej zależności lub pełnej kontroli wydaje się, iż ograniczenie się do nich nie odpowiada skomplikowanej rzeczywistości międzynarodowej. Standard ogólnej kontroli pojawia się jako uzupełniający i bywa przedmiotem krytyki. Według niektórych opinii¹³², odnosi się on tylko do ustalenia faktycznej władzy państwa nad obcym terytorium, a nie wobec sprawców naruszeń prawa na tym terytorium. Tym samym, zdaniem krytyków, stwierdzenie ogólnej kontroli nie oznacza automatycznego przypisania państwu odpowiedzialności za każde naruszenie prawa na tym terytorium. Jeśli naruszenia IHL/HRL są dziełem organów *de iure* danego państwa (np. wojska), to przypisujemy mu ten ekstraterytorialny akt i jednocześnie związaną z nim odpowiedzialność, ponieważ państwo nie przestrzega prawa (obowiązek negatywny – nie naruszać, czyli *to respect*). Jeśli natomiast naruszenia prawa dokonuje wspierana przez to państwo nieregularna struktura lokalna, to wówczas nie odpowiada ono za naruszenie prawa przez tę strukturę, lecz za – związany z kontrolą ogólną – brak (własnej) należytej staranności w zapewnieniu przestrzegania prawa przez tę strukturę (naruszenie obowiązku pozytywnego – *to secure, to ensure*).

Pogląd ten nie jest całkiem przekonujący, a jego skutki nie wydają się zadowalające¹³³. Po pierwsze, przypisanie państwu odpowiedzialności za naruszenie prawa przez jego organy *de iure* wydaje się co do zasady oczywiste (poza sytuacjami, w których odpowiedzialność ta jest prawnie wyłączona lub ograniczona dodatkowymi regulacjami prawnymi). Dla przypisania państwu

¹³² M. Milanović, *From Compromise...*, pkt 5 C.

¹³³ Trafnie A. Cassese, *The Nicaragua...*, s. 649-668.

ekstraterytorialnych naruszeń HRL przez jego organy *de iure* wymaga się zrealizowania standardu pełnej kontroli nad ofiarą, co wydaje się rozsądne. Sprezycyzowanie tego standardu bywa jednak w praktyce skomplikowane, zwłaszcza w przypadku konfliktu różnych norm (*Al-Jedda, Al-Saadoon and Mufdhi*).

Inna jest natomiast sytuacja odpowiedzialności państwa za naruszenie prawa przez grupy/struktury nieregularne. Zdaniem MTS, przypisanie państwu odpowiedzialności możliwe jest tylko w przypadku całkowitej zależności tych podmiotów (sprawców) od państwa lub jego pełnej nad nimi kontroli. Jeśli nie, to w grę wchodzi odpowiedzialność państwa za brak należytej staranności w zapobieżeniu naruszeniom prawa przez aktora niepaństwowego (czyli odpowiedzialność za akt własny, a nie za akt sprawcy). W gruncie rzeczy MTS przyjmuje milcząco koncepcję swoistej kontroli ogólnej, ale tylko w odniesieniu do braku staranności, ponieważ odpowiedzialność za własny brak staranności jest możliwa jedynie przy założeniu pewnego stopnia wpływu na sprawcę. Z kolei sądy stosujące standard kontroli ogólnej przyjmują, że władztwo faktyczne na danym terytorium wykonywane jest nie tyle i nie tylko przez organy własne państwa, lecz również za pośrednictwem zależnej faktycznie od niego struktury władzy lokalnej. W konsekwencji, na zasadzie domniemania, przypisuje się państwu nie bez racji odpowiedzialność za akty aktorów niepaństwowych (*Loizidou* lub *Ilaşcu*). Jest to o tyle istotne, iż grupa/struktura nieregularna nie jest co do zasady podmiotem zdolnym do ponoszenia międzynarodowoprawnej odpowiedzialności.

Po drugie, w kontekście odpowiedzialności państwa za akty aktorów niepaństwowych rozdzielanie kwestii kontroli nad terytorium i kontroli nad sprawcą nie wydaje się przekonujące. Kontrola terytorialna nie ma bowiem charakteru abstrakcyjnego, a jej oczywistym celem jest zawsze kontrola (wpływ) nad potencjalnym sprawcą i jego działaniami, co wynikać może z dostaw broni, organizowania jego struktur lub koordynowania jego działań, ale również z obecności oddziałów wojskowych państwa na danym terytorium. Mamy zatem do czynienia z wpływem państw na obcą (nieregularną) strukturę władzy miejscowej, czyli w gruncie rzeczy z władzą dwu struktur. Nie jest to jednak ani całkowita zależność, ani pełna kontrola w rozumieniu MTS. Obecność wojskowa danego państwa na obcym terytorium ma pewne znaczenie, może być jednak poważna lub też tylko symboliczna – na przykład okupacja wojskowa Strefy Gazy przez Izrael do 2005 r.; brak okupacji, lecz znacząca obecność wojsk tureckich na terytorium Tureckiej Republiki Cypru Północnego; brak okupacji, lecz niewielka liczba żołnierzy rosyjskich w Naddniestrzu; brak wojsk FRJ w Bośni-Hercegowinie. Zauważmy, że *effective control* lub *overall control* nie są w każdym przypadku równoznaczne z okupacją. Zróżnicowany jest w tym

kontekście poziom rzeczywistego wpływu, który bynajmniej nie musi wpływać z pełnej kontroli terytorium. O ile w Bośni-Hercegowinie wpływ FRJ był wysoki (podobnie sądzić można w przypadku Turcji w Republice Cypru Północnego, Rosji w Naddniestrzu), to w przypadku Iranu i Syrii wobec Hamasu i Hezbollahu czy też Konga na grupy nieregularne wydaje się on ograniczony.

Po trzecie, wspomniany wyżej pogląd sprzyja naruszaniu prawa przez samozwańcze grupy/struktury nieregularne (w tym terrorystyczne), a jednocześnie (zamiast wzmocnić) osłabia odpowiedzialność aktywnie je wspierających państw¹³⁴. Obciążenie państwa mającego wpływ na te grupy odpowiedzialnością za naruszenie obowiązku należytej staranności wydaje się mało zadowalające i może niekiedy prowadzić do wpadnięcia w swoistą próżnię prawną. Dlaczego ułatwiać naruszanie praw przez samozwańcze i nieuznawane przez inne państwa struktury bośniackich Serbów, władze Naddniestrza lub Tureckiej Republiki Cypru Północnego?¹³⁵ Podobne pytania mogą się pojawić wobec sytuacji w Osetii Południowej lub w Abchazji¹³⁶. Dlaczego zamykać oczy i ograniczać odpowiedzialność państw co najmniej tolerujących naruszenia prawa przez wspomagane przez nie struktury nieregularne?

Wydaje się co do zasady słuszne, aby w przypadku przypisania państwu odpowiedzialności za akty aktorów niepaństwowych stosować zróżnicowane standardy. O ile bowiem w przypadku organów *de iure* państwo ma oczywistą nad nimi kontrolę, to w przypadku wspierania aktorów niepaństwowych państwo ma z reguły słabszą kontrolę i świadomie licząc się z ryzykiem naruszenia przez nich prawa stara się unikać odpowiedzialności. Z pojęciem kontroli łączy się jednak zasadnicza trudność polegająca na ustaleniu

¹³⁴ ICJ, *Georgia v. Russian Federation*, Public sitting held on Monday 8.9.2008 r., at 3 p.m., Verbatim Record, CR 2008/23, Mr. Zimmermann (Agent for Russia) argumentuje w kierunku osłabienia (§§ 42, 45).

¹³⁵ ECHR, *Cyprus v. Turkey* (nr 25781/94), wyrok z 10.5.2001 r.: „78. [...] Having regard to the applicant Government's continuing inability to exercise their Convention obligations in northern Cyprus, any other finding would result in a regrettable vacuum in the system of human rights protection in the territory in question by removing from individuals there the benefit of the Convention's fundamental safeguards and their right to call a High Contracting Party to account for violation of their rights in proceedings before the Court”.

¹³⁶ Council of Europe. Parliamentary Assembly – Resolution 1647 (2009), 28.1.2009 r.: „14. The Assembly considers it unacceptable that persons residing in Abkhazia and South Ossetia should not be effectively covered by the human rights protection mechanisms granted to them as citizens of a Council of Europe member state under the European Convention on Human Rights, as well as other relevant Council of Europe conventions, as a result of the consequences of the war between Russia and Georgia. Such a human rights protection black hole should not be allowed to exist within the Council of Europe area”.

i ocenie faktów, w tym organizującej, koordynującej lub planującej roli państwa w odniesieniu do naruszeń prawa przez grupy nieregularne czy też udzielania im instrukcji (poleceń). Czy mamy zatem wybór tylko między przypisaniem państwu działań aktorów niepaństwowych w oparciu o standard całkowitej zależności lub pełnej kontroli a ograniczoną odpowiedzialnością własną państwa za brak należytej staranności?

Uwzględnić należy różnice między brakiem staranności państwa, które dysponuje pewnym wpływem na sprawcę i wpływu tego z różnych względów zaniechało, a zaniechaniem staranności w warunkach udzielanego mu masowego i różnorodnego wsparcia, które w pewnych sytuacjach może przechodzić w różne formy udziału (akt własny państwa) w naruszeniu prawa. Udział taki (np. współsprawstwo, pomocnictwo) może być zatem dodatkową formą uzasadniająca odpowiedzialność.

Inny wariant to zastosowanie standardu kontroli ogólnej, który wydaje się rozsądny, chociaż nie jest bynajmniej łatwy do osiągnięcia. Ma on tę zaletę, iż ułatwia przypisanie państwu odpowiedzialności za naruszenia IHL/HRL przez grupy/struktury nieregularne. Można też sądzić, iż wzmacnia on nacisk na ostrożniejsze zachowanie państw angażujących się poważnie we wsparcie tych grup oraz prowadzi do skuteczniejszego przestrzegania IHL/HRL.

Konkludując, standard kontroli ogólnej nie wydaje się na tyle nierozsądny lub rewolucyjny, by nie można go było równie dobrze uzasadnić co pozostałe warianty, chociaż nie będzie on stosowany w każdej sytuacji. Jest to standard, który w znacznym stopniu wynika z ewolucji sytuacji międzynarodowej i nowych potrzeb. Można wyrazić nadzieję, że orzecznictwo doprowadzi z czasem do pełniejszego prawnego uzasadnienia standardu kontroli ogólnej, który mimo krytycznych komentarzy uzyskał już rację bytu.

4. Operacje wojskowe a odpowiedzialność organizacji międzynarodowych

Odpowiedzialność za skutki użycia siły pojawia się też w kontekście działań organizacji międzynarodowych. Pod ich auspicjami albo kontrolą mają miejsce coraz liczniejsze działania w ramach operacji *peacekeeping* lub *peace-enforcement*, a ponadto mamy do czynienia z fenomenem międzynarodowego zarządu terytorium¹³⁷. W ramach tych operacji dochodzi niekie-

¹³⁷ R. Wilde, *International Territorial Administration. How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away*, Oxford 2008; H.F. Kiderlen, *Von Triest nach Osttimor. Der völker-*

dy do naruszenia norm IHL/HRL. Niezależnie od problemu indywidualnej odpowiedzialności sprawców trzeba odpowiedzieć na pytanie: kto ponosi odpowiedzialność za ewentualne naruszenia prawa podczas tych operacji – organizacja międzynarodowa czy niektóre jej państwa członkowskie?¹³⁸

4.1. W związku ze stosowaniem EKPC problem przypisania naruszeń praw człowieka organizacji międzynarodowej pojawił się w sprawach *Behrami* i *Saramati* (2007). W pierwszym przypadku chodziło o zaniedbanie w rozminowaniu pewnego obszaru w Kosowie, w wyniku czego doszło do śmierci i zranienia dzieci, w drugim zaś o internowanie ze względów bezpieczeństwa. Zasadnicza kwestia dotyczyła tego, czy skarżący podlegali jurysdykcji (art. 1 EKPC) pozwanych państw, których wojska zaniechały lub dokonały wspomnianych aktów. W tle pojawiało się jednocześnie pytanie, czy odpowiedzialność ponoszą państwa, czy też organizacje międzynarodowe, które utworzyły w Kosowie międzynarodowe struktury władzy. ETPC doszedł do wniosku, iż na podstawie rezolucji RB 1244 (1999)¹³⁹ ONZ delegowała niektóre swe kompetencje na KFOR oraz UNMIK (w skład tych struktur wchodziły kontyngenty narodowe) i upoważniła je do podejmowania wszelkich niezbędnych środków (*all necessary means*). W przypadku KFOR ostateczna władza i kontrola (*ultimate authority and control*) należała do RB ONZ, natomiast dowództwo operacyjne (*effective command of the relevant operational matters*) znajdowało się w gestii NATO. UNMIK uznany został za organ pomocniczy odpowiedzialny bezpośrednio i w pełni przed RB. ETPC stwierdził więc, że Kosowo znajdowało się pod pełną kontrolą (*effective control*) struktur międzynarodowych i ze względu na brak swej kompetencji *ratione personae* odrzucił skargi przeciwko państwom o naruszenie EKPC uznając, że zarzucane czyny lub zaniechania przypisać można tylko ONZ¹⁴⁰. ETPC podkreślił jednocześnie,

rechtliche Rahmen für die Verwaltung von Krisengebieten durch die Vereinten Nationen, Berlin/Heidelberg 2008; D.S. Smyrek, *Internationally Administered Territories – International Protectorates? An Analysis of Sovereignty Over Internationally Administered Territories With Special Reference to the Legal Status of Post-War Kosovo*, Berlin 2006.

¹³⁸ Zob. na przykład S. Talmon, *A Plurality of Responsible Actors: International Responsibility for Acts of the Coalition Provisional Authority in Iraq*, „University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series” – Working Paper No. 25/2007, September 2007.

¹³⁹ SC Res. 1244 (1999): „5. Decides on the deployment in Kosovo, under United Nations auspices, of international civil and security presences, with appropriate equipment and personnel as required, and welcomes the agreement of the Federal Republic of Yugoslavia to such presences”.

¹⁴⁰ ECHR, *Behrami v. France* (nr 71412/01) i *Saramati v. France, Germany and Norway* (nr 78166/01), decyzja z 2.5.2007 r.: „70. Kosovo was, therefore, on those dates [10 June 1999, UNSC

iż nie posiada kompetencji do badania legalności rezolucji RB, ponieważ sprowadzałoby się to między innymi do narzucania warunków wykonywania tych rezolucji¹⁴¹.

Sprawa *Berić v. Bośnia-Hercegowina* (2007) dotyczyła naruszenia EKPC (brak skutecznego środka odwoławczego) w kontekście działania Wysokiego Przedstawiciela, który został powołany w wyniku zawarcia w 1995 r. Umowy z Dayton (*General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina*) w celu nadzorowania wykonania tej Umowy. Wykorzystując swe kompetencje Wysoki Przedstawiciel odwołał grupę osób z ich stanowisk państwowych lub partyjnych zamykając im jednocześnie drogę do pełnienia urzędów publicznych. Czyja odpowiedzialność wchodzi tu w rachubę? Zdaniem ETPC, na podstawie art. 103 Karty NZ pierwszeństwo stosowania w stosunku do EKPC ma – uchwalona w ramach rozdziału VII Karty – wiążąca prawnie rezolucja RB 1031 (1995), na mocy której (a także późniejszych aktów) Wysoki Przedstawiciel dysponował wieloma władczymi kompetencjami (zarząd międzynarodowy) delegowanymi przez RB, która wykonywała *effective overall control*. W konsekwencji podmiotem potencjalnej odpowiedzialności jest ONZ i Trybunał odrzucił skargę stwierdzając brak swej kompetencji *ratione personae*¹⁴². Podobną argumentację znajdujemy też w innych wyrokach ETPC¹⁴³.

Resolution 1244, JK] under the effective control of the international presences which exercised the public powers normally exercised by the Government of the FRY. [...] 130. [...] The Court considers that Chapter VII provided a framework for the above-described delegation of the UNSC's security powers to KFOR and of its civil administration powers to UNMIK. [...] 136. This delegation model demonstrates that, contrary to the applicants' argument at paragraph 77 above, direct operational command from the UNSC is not a requirement of Chapter VII collective security missions. [...] 138. The Court considers it essential to recall at this point that the necessary donation of troops by willing TCNs [Troop Contributing Nations] means that, in practice, those TCNs retain some authority over those troops (for reasons, *inter alia*, of safety, discipline and accountability) and certain obligations in their regard (material provision including uniforms and equipment). NATO's command of operational matters was not therefore intended to be exclusive, but the essential question was whether, despite such TCN involvement, it was 'effective'. [...] 141. [T]he Court observes that KFOR was exercising lawfully delegated Chapter VII powers of the UNSC so that the impugned action was, in principle, 'attributable' to the UN. [...] 142. In contrast to KFOR, UNMIK was a subsidiary organ of the UN [...] institutionally directly and fully answerable to the UNSC. [...] 143. Accordingly, the Court notes that [...] the impugned inaction was, in principle, 'attributable' to the UN in the same sense. [...] 152. The Court concludes that the applicants' complaints must be declared incompatible *ratione personae* with the provisions of the Convention".

¹⁴¹ Ibidem, §§ 106, 149.

¹⁴² ECHR, *Berić and others against Bosnia and Herzegovina* (nr 36357/04), wyrok z 16.10.2007 r.: „27. Given that the UNSC had, as required, established a 'threat to international peace and security' within the meaning of Article 39 of the UN Charter, it had the power to authorise an international civil administration in Bosnia and Herzegovina and to delegate the

4.2. Sprawy *Behrami/Saramati* skłaniają do wniosku, że zarówno konkluzja wyroku, jak i jego prawne uzasadnienie budzą zastrzeżenia¹⁴⁴.

Zasadnicza kwestia sprowadzała się do pytania komu przypisać odpowiedzialność za działania lub brak działania: organizacjom lub organom międzynarodowym (ONZ, KFOR, NATO, UNMIK) czy też państwom, które dostarczyły personel wojskowy lub cywilny? Pytanie jest trafne, natomiast mankament tego orzeczenia polega na zastosowaniu konstrukcji delegowania kompetencji jako głównego kryterium przypisania odpowiedzialności.

W omawianych przypadkach konkretne reguły delegowania wynikają z prawa organizacji międzynarodowej i służą określeniu podziału kompetencji i legalności delegowania. Nie muszą one jednak z góry przesądzać o tym, komu przypisujemy dany akt i ewentualną odpowiedzialność. Zauważmy też, iż w klasycznej konstrukcji delegowania kompetencji organ wykonuje delegowane mu kompetencje w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność (w odróżnieniu od tzw. *délégation de la signature*). Koncepcja delegowania kompetencji bywa w praktyce skomplikowana. Należy bowiem zadać na przy-

implementation of that measure to specific member States, provided that it retained effective overall control. (...) The key question, therefore, is whether the UNSC, in delegating its powers by UNSC Resolution 1031, retained effective overall control. [...] 28. [...] The Court observes that the High Representative was exercising lawfully delegated UNSC Chapter VII powers, so that the impugned action was, in principle, 'attributable' to the UN within the meaning of draft article 3 of the Draft Articles on the Responsibility of International Organisations. [...] 29. The Court notes that the impugned decisions in the instant cases had immediate effect. Furthermore, unlike legislation imposed by the High Representative, the individual measures complained of did not require any further procedural steps to be taken by the domestic authorities. As to whether Bosnia and Herzegovina could nevertheless be held responsible for the impugned acts, the Court recalls the reasoning outlined in *Behrami and Behrami and Saramati*. [...] 30. The Court [...] concludes that the applicants' complaints must be declared incompatible *ratione personae* within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention".

¹⁴³ ECHR, *Gajic v. Germany* (nr 31446/02), decyzja z 28.8.2007 r.; ECHR, *Kasumaj v. Greece* (nr 6974/05), decyzja z 5.7.2007 r.; ECHR, *Kyriakoula Stephens against Cyprus, Turkey and the United Nations* (nr 45267/06), decyzja z 11.12.2008 r.

¹⁴⁴ Zob. szerzej np. M. Milanović, T. Papić, *As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law*, „International and Comparative Law Quarterly” 2009, vol. 58/2, s. 267–296; H. Krieger, *A Credibility Gap: The Behrami and Saramati Decision of the European Court of Human Rights*, „Journal of International Peacekeeping” 2009, vol. 13, s. 159–180; K.M. Larsen, *Attribution of Conduct in Peace Operations: The 'Ultimate Authority and Control' Test*, EJIL 2008, vol. 19/3, s. 509–531; ILC, *Seventh report on responsibility of international organizations*, by Giorgio Gaja, Special Rapporteur (A/CN.4/610), 27.3.2009 r.: „It would be difficult to accept, simply on the strength of the judgment in *Behrami and Saramati*, the criterion there applied as a potentially universal rule. Also as a matter of policy, the approach taken by the European Court of Human Rights is unconvincing” (§ 30).

kład pytanie, czy państwo uczestniczące w operacji działa wyłącznie jako wykonawca (*organ, agent*) woli i kompetencji organizacji międzynarodowej, czy też przekazuje do jej dyspozycji pewne kontyngenty cywilne lub wojskowe, które w ramach operacji przeprowadzanej przez organizację dysponują pewnym zakresem autonomii strukturalnej i decyzyjnej. W pierwszym przypadku mamy do czynienia tylko z działaniem organizacji i przypisujemy jej wszelkie akty¹⁴⁵, w drugim zaś sytuacja jest bardziej skomplikowana, ponieważ niektóre akty możemy przypisać państwu, a inne organizacji. Niezbędne jest wówczas zbadanie faktycznej proporcji wpływu i kontroli państw z jednej strony, a organizacji z drugiej. Odpowiedzialność ponosić mogą zatem państwo, organizacja międzynarodowa albo oba te podmioty w pewnych częściach w zależności od konkretnej regulacji prawnej między tymi podmiotami¹⁴⁶. Zauważmy też, iż niektóre operacje międzynarodowe przeprowadzane

¹⁴⁵ ILC, *Responsibility of International Organizations (Draft Articles)* – Art. 4.1: „The conduct of an organ or agent of an international organization in the performance of functions of that organ or agent shall be considered as an act of that organization under international law whatever position the organ or agent holds in respect of the organization. 2. For the purposes of paragraph 1, the term ‘agent’ includes officials and other persons or entities through whom the organization acts. 3. Rules of the organization shall apply to the determination of the functions of its organs and agents. 4. For the purpose of the present draft article, ‘rules of the organization’ means, in particular: the constituent instruments; decisions, resolutions and other acts taken by the organization in accordance with those instruments; and established practice of the organization”.

¹⁴⁶ Ibidem, Art. 5: „The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct”. Commentary: „(1) When an organ of a State is placed at the disposal of an international organization, the organ may be fully seconded to that organization. In this case the organ’s conduct would clearly be attributable only to the receiving organization. The same consequence would apply when an organ or agent of one international organization is fully seconded to another organization. In these cases, the general rule set out in article 4 would apply. Article 5 deals with the different situation in which the lent organ or agent still acts to a certain extent as organ of the lending State or as organ or agent of the lending organization. This occurs for instance in the case of military contingents that a State placed at the disposal of the United Nations for a peacekeeping operation, since the State retains disciplinary powers and criminal jurisdiction over the members of the national contingent. In this situation the problem arises whether a specific conduct of the lent organ or agent has to be attributed to the receiving organization or to the lending State or organization. [...] (4) With regard to States, the existence of control has been mainly discussed in relation to the question whether conduct of persons or of groups of persons, especially irregular armed forces, is attributable to a State. In the context of the placement of an organ or agent at the disposal of an international organization, control plays a different role. It does not concern the issue whether a certain conduct is attributable at all to a State or an international organization, but rather to which entity – the contributing State or organization or the receiving organization – conduct is attributable”; ibidem, w komentarzu do

są bez wyraźnej podstawy prawnej w postaci wiążącej rezolucji RB, a jeśli nawet uchwalono uprzednio taką rezolucję, to nie zawiera ona elementów pełnej kontroli RB nad daną operacją (np. EULEX Kosovo¹⁴⁷).

Rozwiązanie przyjęte w pracach KPM oraz stanowisko prezentowane przez ONZ¹⁴⁸ wydaje się trafniejsze niż cytowane orzeczenia ETPC. Polega ono na tym, że odpowiedzialność za ewentualne naruszenie prawa przypisujemy temu podmiotowi, który posiadał pełną kontrolę nad konkretnym działaniem/zaniechaniem (*effective control over that conduct*). Sądzić należy, iż standard *effective control* jest w przypadku operacji pod egidą organizacji międzynarodowych o tyle właściwy, że chodzi o działania państwa w ramach organizacji, czyli uzgodnione między nią a jej państwami członkowskimi. Standard ten nie sprowadza się wówczas do pytania, czy dany akt można przypisać państwu albo organizacji, lecz do ustalenia, któremu z tych podmiotów należy go przypisać.

W tym kontekście należy jednak odnotować pewne kwestie polityczne i prawne. Mianowicie, niezależnie od kwestii ustalenia standardów przypisania danego aktu oraz przypisania odpowiedzialności, istotnym problemem jest relacja między IHL i HRL, przy czym komplementarne stosowanie tych dwóch systemów nie jest kwestionowane¹⁴⁹. Uznaje się ogólnie, iż w sytuacjach kon-

art. 7: „(4) Although it may not frequently occur in practice, dual or even multiple attribution of conduct cannot be excluded. Thus, attribution of a certain conduct to an international organization does not imply that the same conduct cannot be attributed to a State, nor does vice versa attribution of conduct to a State rule out attribution of the same conduct to an international organization. One could also envisage conduct being simultaneously attributed to two or more international organizations, for instance when they establish a joint organ and act through that organ”.

¹⁴⁷ EU, Council Joint Action 2008/124/CFSP z 4.2.2008 r. on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo, EULEX KOSOVO (Dz.Urz.UE Nr L 42 z 16.2.2008 r.).

¹⁴⁸ ILC, *Responsibility of International Organizations (Draft Articles)* – komentarz do art. 5: „(8) The United Nations Secretary-General held that the criterion of the ‘degree of effective control’ was decisive with regard to joint operations: ‘The international responsibility of the United Nations for combat-related activities of United Nations forces is premised on the assumption that the operation in question is under the exclusive command and control of the United Nations. (...) In joint operations, international responsibility for the conduct of the troops lies where operational command and control is vested according to the arrangements establishing the modalities of cooperation between the State or States providing the troops and the United Nations. In the absence of formal arrangements between the United Nations and the State or States providing troops, responsibility would be determined in each and every case according to the degree of effective control exercised by either party in the conduct of the operation’. [...] While it is understandable that, for the sake of efficiency of military operations, the United Nations insists on claiming exclusive command and control over peacekeeping forces, attribution of conduct should also in this regard be based on a factual criterion”.

fliktów zbrojnych, w tym różnego rodzaju form okupacji lub międzynarodowego zarządu, ekstraterytorialne stosowanie HRL przez państwa strony musi być siłą rzeczy ograniczone specyfiką tych sytuacji, w tym norm IHL. Forsowanie ochrony HRL wydaje się z pewnością uzasadnione, nie należy jednak posuwać się do absurdu, zwłaszcza w świetle wymogów bezpieczeństwa. Wyważenie tych kwestii jest bardzo trudne¹⁴⁹.

Kolejna kwestia to rozstrzygnięcie konfliktu norm HRL (np. EKPC) a innymi wiążącymi normami prawa międzynarodowego (np. rezolucje RB) w kontekście art. 103 Karty NZ. Co się tyczy pierwszeństwa stosowania rezolucji RB (uchwalonych w ramach rozdziału VII Karty NZ), to można przyjąć na zasadzie domniemania ich legalność. Rozsądne wydaje się stanowisko brytyjskie wyrażone w sprawie *Al-Jedda*. W sprawach *Behrami/Saramati* ETPC celowo unikał wypowiedzania się w kwestii pierwszeństwa stosowania wiążących prawnie rezolucji RB. Z kolei w sprawie *Berić* ETPC nie uchylił się od przywołania art. 103 Karty NZ, ponieważ nie wchodziło w grę ewentualne przy-

¹⁴⁹ Human Rights Committee. International Covenant on Civil and Political Rights. General Comment No. 31 on Art. 2 of the Covenant: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant – UN Doc. CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6 (2004): „10. States Parties are required by article 2, paragraph 1, to respect and to ensure the Covenant rights to all persons who may be within their territory and to all persons subject to their jurisdiction. This means that a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party. [...] This principle also applies to those within the power or effective control of the forces of a State Party acting outside its territory, regardless of the circumstances in which such power or effective control was obtained, such as forces constituting a national contingent of a State Party assigned to an international peace-keeping or peace-enforcement operation”; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinia doradcza z 9.7.2004 r.: „106. The Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights. As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law”; ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinia doradcza z 8.7.1996 r.: „25. [...] The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities”.

¹⁵⁰ M.J. Dennis, *Non-Application...*, s. 481: „States are unlikely to accept the position of the Human Rights Committee in General Comment No. 31 because it would appear to put at risk their participation in United Nations and other multinational operations outside their own territory, by placing them in the position of undermining, through their own liability, the human rights situations in territories where the operations are conducted”.

pisanie aktu jednemu z państw członkowskich ONZ. Dodajmy na marginesie, iż trudno wymagać, by używane często w tych rezolucjach ogólne formuły (np. *all necessary means*) miały być każdorazowo zastąpione konkretniejszymi normami. Nie sposób bowiem z góry przewidzieć wszystkich ewentualności i środków, jakie mogą być niezbędne dla zapewnienia bezpieczeństwa, a negocjowanie tego rodzaju szczegółów zablokowałoby Radę Bezpieczeństwa.

Wspomniane przykłady świadczą o pewnym podtekście polityczno-prawnym¹⁵¹. Z jednej strony widoczna jest tendencja do unikania rozstrzygnięć w przypadku sprzeczności (prawdziwej lub pozornej) między wiążącymi uchwałami RB a EKPC, z drugiej zaś obawa, że uwikłanie państw w odpowiedzialność nie nastraja ich pozytywnie do uczestnictwa w misjach pokojowych. W tym kontekście np. ETPC ma skłonność do przypisywania odpowiedzialności organizacji międzynarodowej. Z kolei orzecznictwo niektórych sądów (np. Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *Kadi*)¹⁵², podejmuje próbę pośredniego kwestionowania legalności decyzji RB pod pretekstem autonomiczności prawa UE wobec powszechnego prawa międzynarodowego, co wydaje się tendencją ryzykowną¹⁵³.

Naruszenia IHL/HRL podczas operacji pod auspicjami organizacji międzynarodowych są faktem. W praktyce nie chodzi o wyłączenie spod kontroli decyzji organizacji międzynarodowej (np. RB ONZ), lecz o to, by w takich kwestiach jak np. przestrzeganie fundamentalnych norm IHL/HRL zapewnić

¹⁵¹ M. Milanović, *Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?*, "Duke Journal of Comparative & International Law" 2009, vol. 20, nr 1: „The issue that it [ECHR, JK] wanted to avoid the most was precisely that of norm conflict and the preemptive effect of Article 103 of the Charter. It did not, it would not, say that Resolution 1244 prevailed over Article 5 of the ECHR, as the English courts did in *Al-Jedda*. For the European Court, the ECHR is the 'constitutional instrument of European public order', of which the Court itself is the ultimate guardian. [...] [T]he Court also did not want to openly defy the Council or interfere with the Chapter VII system and peacekeeping operations such as Kosovo – sympathize with the applicants it might, but rule in their favor it would not. And so the Court came up with its strained attribution to the UN rationale, which solved its immediate problems – it not only avoided a norm conflict, but also what the Court saw as a conflict of constitutional importance”.

¹⁵² ETS, połączone sprawy C-402/05 P i C-415/05 P *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Rada i Komisja*, wyrok z 3.9.2008 r.; zob. także: SPI, połączone sprawy T-37/07 i T-323/07 *Mohamed El Morabit v. Rada*, wyrok z 2.9.2009 r. W tym duchu również niemiecki Bundesverfassungsgericht – BVerfG, 2 BvE 2/08, wyrok z 30.6.2009 r., § 340.

¹⁵³ B. Simma, *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, EJIL 2009, vol. 20/2, s. 265-297; G. de Búrca, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, 2009 – http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1321313; B. Simma, D. Pulkowski, *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, EJIL 2006, vol. 17/3, s. 483-529.

odpowiednie mechanizmy ochrony w łonie danej organizacji. Jest to istotne również dlatego, że organizacje międzynarodowe (np. ONZ) nie są stronami konwencji chroniących prawa człowieka, a ponadto korzystają w pewnym zakresie z immunitetu jurysdykcyjnego. Krytykując zatem niektóre orzeczenia ETPC trzeba jednocześnie krytycznie ocenić prawo i praktykę organizacji międzynarodowych, które przeprowadzając operacje zbrojne i zobowiązane do przestrzegania wspomnianych fundamentalnych norm nie gwarantują minimum skutecznej ochrony. Innymi słowy, problem polega na niedostatkach skutecznej kontroli w łonie organizacji międzynarodowych¹⁵⁴.

*

Konkludując, orzecznictwo MTS w kwestiach odpowiedzialności za użycie siły i skutki jej użycia wydaje się nazbyt rygorystyczne. U źródeł komplikacji leżą obawy MTS, by nie obniżyć progu legalnego stosowania siły zbrojnej. W kontekście odpowiedzialności państw za działania wspieranych przez nie aktorów niepaństwowych standardy całkowitej zależności oraz pełnej kontroli wydają się wygórowane. Standard należytej staranności wydaje się pod wieloma względami niedostateczny.

W sprawach dotyczących ekstraterytorialnego stosowania HRL w sytuacjach konfliktowych sądy dochodzą z reguły do trafnych rozstrzygnięć, mimo że kwestionowana jest niekiedy ich argumentacja prawna. Wyjątkiem są w tym względzie orzeczenia dotyczące odpowiedzialności za działania podejmowane w ramach operacji pod auspicjami organizacji międzynarodowych. W tym ostatnim przypadku kwestia przypisania odpowiedzialności za przeprowadzane operacje wojskowe nie wydaje się być rozwiązana w sposób zadowalający. Konieczne są w tym względzie ulepszenia proceduralne w celu zapewnienia skutecznej gwarancji i kontroli przestrzegania prawa w ramach tych operacji.

Standard kontroli ogólnej nie wydaje się na tyle nierozsądny lub rewolucyjny, by nie można go było równie dobrze uzasadnić co pozostałe warianty. O ile celem standardów całkowitej zależności i pełnej kontroli jest utrudnienie przypisania państwu odpowiedzialności za działania nieregularnych struktur władzy, o tyle standard kontroli ogólnej zmierza do ułatwienia przypisania państwu tej odpowiedzialności. Jest to nowy standard, który w znacznym stopniu wynika z ewolucji sytuacji międzynarodowej i zmieniających się potrzeb i który mimo krytycznych komentarzy uzyskał już rację bytu.

¹⁵⁴ ECHR, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* (nr 45036/98), wyrok z 30.6.2005, §§ 154-156.