

Łukasz Kułaga

Środki odwetowe w projekcie artykułów dotyczących odpowiedzialności państw Komisji Prawa Międzynarodowego z 2001 r.

Kwartalnik Prawa Publicznego 7/3, 7-51

2007

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

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Łukasz Kułaga*

ŚRODKI ODWETOWE W PROJEKCIE ARTYKUŁÓW DOTYCZĄCYCH ODPOWIEDZIALNOŚCI PAŃSTW KOMISJI PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO Z 2001 R.

Przyjęcie przez Komisję Prawa Międzynarodowego (KPM) w 2001 r. projektu artykułów dotyczącego odpowiedzialności państw¹, będącego zwieńczeniem ponad 40 lat prac, stanowiło „milowy krok” w kodyfikacji i postępowym rozwoju prawa międzynarodowego². Projekt KPM spotkał się z niezwykle szerokim komentarzem zarówno ze strony państw i międzynarodowych trybunałów, jak i doktryny. Wśród licznych opinii pozytywnych, dostrzegalne były również wątpliwości, zastrzeżenia, a nawet kontestacja poszczególnych uregulowań projektu. Odnosiły się one w znacznym stopniu do instytucji środków odwetowych, która obok regulacji dotyczącej zbrodni międzynarodowej³, była jednym z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień projektu⁴.

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie uregulowania w projekcie KPM instytucji środków odwetowych (*countermeasures*),

* Mgr Łukasz Kułaga – Asystent, Katedra Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

¹ Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, (extract from the Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10)*, chp.IV.E.1.

² D.D. Caron, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction Text Commentaries. Review*, „American Journal of International Law” (dalej: AJIL) 2003, nr 2, s. 474.

³ Art. 19 projektu dot. zbrodni międzynarodowej, zob. J. Crawford, *Second report on State responsibility*, 17.3.1999 r., A/CN.4/498, s. 14.

⁴ D.D. Caron, op.cit., s. 475.

będących jednym z podstawowych mechanizmów egzekwowania zobowiązań w prawie międzynarodowym⁵. Środki odwetowe stanowiły i stanowią nieodłączny element systemu międzynarodowego, w którym brak właściwej dla systemów krajowych władzy centralnej⁶. Współcześnie kwestia legalności podejmowania represaliów oraz ograniczeń i konsekwencji ich stosowania, pomimo szerokiego uregulowania w projekcie KPM, pozostaje nadal jednym z najbardziej spornych zagadnień prawnomiędzynarodowych.

Angielski termin „*countermeasures*” (początkowo pisany *counter-measures*) został użyty po raz pierwszy w orzeczeniu arbitrażowym w sprawie umowy o ruchu lotniczym z 1978 r. Jego wprowadzenie miało na celu uniknięcia skojarzenia z karą, z którą wiązano pojęcie represaliów oraz aby podkreślić fakt, że zbrojne represalia nie zawierają się w dozwolonych „*countermeasures*”. W literaturze polskiej pojęcie „*countermeasures*” jest z reguły tłumaczone, jako „*środki odwetowe*”⁷. Niemniej spotkać się można również z terminami „*przeciwśrodki*”⁸, „*indywidualne środki przymusu*”⁹ oraz „*kontraśrodki*”¹⁰.

W niniejszym artykule ze względu na ugruntowaną w polskiej literaturze prawnomiędzynarodowej pozycję terminu „*represalia*” będzie on stosowany zamiennie z pojęciem „*środków odwetowych*”¹¹.

⁵ S. Nahlik, Problem represaliów w świetle prac konferencji dyplomatycznej prawa humanitarnego, PiP 1983, z. 7, s. 14; D. J. Bederman, *Counterintuiting countermeasures*, AJIL 2002, nr 4, s. 818.

⁶ Commentaries to the draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, przyjęte przez KPM na 53 sesji (2001), (extract from the Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.2) s. 324; M.E. O'Connell, *Controlling Countermeasures*, [w:] *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, (red. M. Ragazzi), Leiden-Boston 2005, s. 49; C. Tommuschat, *Repressalie und Retorsion. Zu einigen Aspekten ihrer innerstaatlichen Durchführung*, Heidelberg 1973, s. 184–188.

⁷ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004, s. 603–606; J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Olsztyn 2005, s. 413–14; R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004, s. 376–77; W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004, s. 390–91.

⁸ P. Szwedo, *Prawo Światowej Organizacji Handlu jako self-contained regime*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005, nr 4, s. 89.

⁹ W. Czapliński, A. Wyrozumska, op.cit., s. 603.

¹⁰ M. Frankowska, *Artykuły Komisji Prawa Międzynarodowego dotyczące odpowiedzialności państw – nowa forma kodyfikacji prawa międzynarodowego*, [w:] *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania*, (red. J. Menkes), Warszawa 2006, s. 175.

¹¹ Taką terminologię stosuje również A. Wyrozumska, *Umowy międzynarodowe teoria i praktyka*, Warszawa 2006, s. 443–449.

1. Znaczenie środków odwetowych w prawie międzynarodowym w okresie przedkodyfikacyjnym

Już w starożytnych Atenach istniało prawo, zgodnie z którym, krewni Ateńczyka zamordowanego w obcym państwie, które odmawiało ukarania lub ekstradycji sprawcy, mieli prawo uwięzienia oraz przeprowadzenia przed ateńskie sądy trzech obywateli tego państwa¹².

W okresie średniowiecza nastąpiło rozwinięcie, zapoczątkowanej w starożytnych Atenach doktryny „*prywatnych działań odwetowych*”¹³. Na ich podstawie osoba, która poniosła szkodę w wyniku nieodpowiedniego traktowania lub której odmówiono sprawiedliwości ze strony członków określonej społeczności, mogła dążyć do naprawienia szkody przez zabranie własności któregokolwiek z członków tej społeczności¹⁴. Ta forma przemocy indywidualnej była w pewnym stopniu ograniczona przez instytucję wydawania tzw. „*listów o represaliach*”¹⁵ przez władze państwa swoim obywatelom, którzy dążyli do podjęcia prywatnej samopomocy¹⁶. Dokument ten przyznawał posiadaczowi prawo do podjęcia odwetu przeciwko państwu sprawcy, jego obywatelom i ich własności w celu uzyskania zadośćuczynienia za wyrządzoną szkodę. Prawo korzystania z „*listów o represaliach*” było obwarowane jednak pewnymi ograniczeniami. Posiadacze listów nie mogli podejmować działań przeciwko własności kościelnej, pielgrzymom, ambasadorom, nauczycielom akademickim oraz żeglarzom udającym się na targi. Idei średniowiecznych represaliów, zakładających swoistą odpowiedzialność zbiorową, stanowczo przeciwstawiał się Kościół katolicki, który na soborze w Lyonie (z 1274 r.) uznał je za „*prześladowcze, sprzeczne z prawami oraz naturalną równością*”¹⁷. Mimo potępienia represaliów, środek ten był uznawany za odpowiedni sposób postępowania w celu uzyskania odszkodowania. Podkreślano odmienność środków odwetowych od zwykłego odwetu w postaci „*oko za oko*”, który postrzegano jako formę zemsty stanowiącą naruszenie prawa naturalnego. Grocjusz określał represalia, jako „*uzasadnione*

¹² L. Oppenheim, H. Lauterpacht, *International Law A Treatise Disputes, War and Neutrality*, vol. II, London 1952, s. 138.

¹³ S.C. Neff, *War and The Law of Nations*, Cambridge 2005, s.77; W.W. Bishop, *International law cases and materials*, Boston 1971, s. 902.

¹⁴ S.C. Neff, op.cit., s. 77.

¹⁵ Istniały również tzw. „*listy graniczne (marque)*” – przywalające na podejmowanie represaliów na morzu. Średniowieczna terminologia nie była jednak jednolita i zdarzało się, że omawiane pojęcia były używane zamiennie.

¹⁶ W.W. Bishop, op.cit., s. 902; L. Oppenheim, H. Lauterpacht, op.cit., s. 905.

¹⁷ S.C. Neff, op.cit., s. 81.

egzekwowanie prawa przy pomocy środków przemocy"¹⁸. Vattel wskazywał, że stosowanie represaliów jest bardziej dogodne, pewne i łagodne, aniżeli środki wojenne¹⁹.

Wiek XIX przyniósł istotne zmiany w postrzeganiu i stosowaniu represaliów. Po pierwsze, zmienił się znacząco ich zakres. Represalia przestały być ograniczone do zajmowania własności, czy aresztowania obywateli, ale objęły również ładowanie sił zbrojnych (często w celu przejęcia urzędów celnych), zajęcie statku, blokadę pokojową, a nawet przeprowadzanie na wielką skalę ekspedycji wojskowych²⁰. Po drugie, nastąpiła swoista nacjonalizacja represaliów, tzn. zaczęły być one stosowane przede wszystkim w relacjach międzypaństwowych. Po trzecie, zasadniczym celem środków odwetowych stało się skłonienie państwa, przeciwko któremu były podejmowane, do odpowiedniej zmiany swojego zachowania w przyszłości²¹. Stosowanie represaliów na szeroką skalę w tym okresie wynikało z postrzegania tej instytucji jako użytecznej alternatywy dla wojny²². Praktyka stosowania represaliów w XIX w. obejmowała przede wszystkim stosunki mocarstw europejskich i Stanów Zjednoczonych z państwami o znaczeniu drugorzędym w ówczesnej polityce międzynarodowej, jak kraje Ameryki Łacińskiej²³, Afryki²⁴ i Azji²⁵, czy niektóre kraje europejskie, np. Grecja²⁶. Represalia stanowiły swoisty instrument polityki o charakterze hegemonicznym i imperialnym. Odzwierciedleniem tej tendencji było podejmowanie rażąco niewspółmiernego odwetu do błahego naruszenia prawa międzynarodowego, powoływanego jako oficjalna przyczyna odwetu.

¹⁸ Ibidem, s. 124.

¹⁹ E. de Vattel, *The Law of Nations, Or Principles of the Law of Nature, Applied to the...*, 1863 T. & H. W. Johnson, s. 283–289.

²⁰ W.W. Bishop, op.cit., s. 902; L. Oppenheim, H. Lauterpacht, op.cit., s. 905.

²¹ S.C. Neff, op.cit., s. 226.

²² Ibidem, s. 215.

²³ W 1838 r. nastąpiła francuska ekspedycja wojskowa w Meksyku w konsekwencji niezapłacenia przez to państwo odszkodowania za straty poniesione uprzednio przez francuskich obywateli. Na przełomie 1902/1903 r. floty wojenne Niemiec, Wielkiej Brytanii i Włoch zaatakowały wenezuelskie porty w celu skłonienia władz Wenezueli do terminowego regulowania długów. Zob. W. Dobrzycki, *Historia Stosunków Międzynarodowych w czasach nowożytnych 1815–1945*, Warszawa 1996, s. 104 i 235.

²⁴ W 1881 r. w odpowiedzi na napady przez tunezyjskie plemiona Khrumirsów na pograniczne osiedla z terytorium Algierii, francuski korpus ekspedycyjny dokonał inwazji i zajęcia całego terytorium Algierii – zob. ibidem, s. 283.

²⁵ W 1898 r. Niemcy zajęły chińską prowincję w Szantung, po zabójstwie w tamtym rejonie dwóch niemieckich misjonarzy – zob. J. Białocerkiewicz, op.cit., s. 413–414.

²⁶ W 1850 r. Wielka Brytania przeprowadziła blokadę portów i zajęcie statków greckich, uzasadniając to koniecznością uzyskania odszkodowania za szkody majątkowe poniesione przez brytyjskiego obywatela (jednego) w trakcie zamieszek w Atenach w 1847 r. – zob. P.G. Lauren, *Ultimata and Coercive Diplomacy*, „International Studies Quarterly” 1972, nr 2, s. 150; L. Oppenheim, H. Lauterpacht, op.cit., s. 138.

Nieudaną próbę ograniczenia stosowania represaliów, w tym o charakterze zbrojnym, w prawie międzynarodowym podjęła po I wojnie światowej Liga Narodów (LN). Art 12, 13 i 15 Paktu Ligi Narodów (Pakt) generalnie zakazując członkom LN wypowiedzenia wojny, pozostawiały szerokie spektrum możliwości legalnego stosowania siły zbrojnej. Pakt nie zakazując zatem stosowania przez państwa represaliów, stworzył instrumenty takie jak np. prawo każdego członka LN do zwrócenia uwagi Zgromadzeniu lub Radzie LN na okoliczności wpływające na stosunki międzynarodowe i stwarzające zagrożenie zakłócenia pokoju międzynarodowego lub porozumienia między narodami (art. 11 Paktu), których celem było zagwarantowanie rozwiązywania sporów w ramach podejścia multilateralnego opartego na przepisach Paktu, a nie na działaniach jednostronnych. Potwierdza to art. 12 Paktu który stanowił, że „jeśli powstały spór pomiędzy członkami może prowadzić do konfliktu zbrojnego (rupture), przekażą oni sprawę albo do arbitrażu, albo do rozstrzygnięcia sądowego albo do rozpatrzenia przez Radę”²⁷. W świetle cytowanego przepisu zwrócić uwagę jednak należy, że stosowanie represaliów nie musi prowadzić do konfliktu zbrojnego. Stąd państwa członkowie LN wykorzystywanie środków odwetowych szczególnie w stosunku do naruszeń o mniejszej wadze nadal uznawali za zasadne i konieczne²⁸.

Znaczący wpływ na rozwój koncepcji środków odwetowych w prawie międzynarodowym miały dwa rozstrzygnięcia sporów portugalsko-niemieckich w sprawach Cysne oraz Naulilaa z 1928 r. W pierwszym przypadku trybunał arbitrażowy stwierdził, że Niemcy nie mogą stosować represaliów przeciwko Portugalii, ponieważ nie naruszyła ona żadnej normy prawa międzynarodowego w stosunku do Niemiec. Podkreślił, że prawo międzynarodowe nie zezwala na stosowanie represaliów przeciwko państwu neutralnym²⁹. W drugiej sprawie Trybunał uwydatnił, że „represalia są aktem samopomocy ze strony państwa poszkodowanego, odpowiadającego po bezskutecznym żądaniu zaprzestania naruszenia na akt sprzeczny z prawem międzynarodowym państwa naruszającego. Represalia mają skutek czasowego zawieszenia w stosunkach pomiędzy dwoma krajami określonej zasady. Są ograniczone przez humanitaryzm oraz zasady dobrej wiary mające zastosowanie w relacjach

²⁷ K. Kocot, K. Wolfke, *Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego*, Wrocław-Warszawa 1978, s. 47.

²⁸ G.G. Butler, S. Maccoby, *The Development of International Law*, New Jersey 2003, s. 183-184.

²⁹ Commentaries to the draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, op.cit., s. 182.

międzypaństwowych³⁰. (...) Celem represaliów jest wymuszenie na państwie dokonującym naruszenia wypłacenia odszkodowania lub zaniechania przyszłych naruszeń. Represalia są legalne tylko wtedy, kiedy zostały poprzedzone przez żądanie, które nie zostało spełnione. Użycie siły jest usprawiedliwione tylko wtedy, jeżeli było wynikiem konieczności (...) Konieczność zachowania proporcji pomiędzy represaliami, a naruszeniem powinna zostać dostrzeżona w niemieckiej odpowiedzi. Nawet, jeśli stwierdzi się, że prawo międzynarodowe nie wymaga, aby represalia były dokładnie odmierzone przez naruszenie, należy z pewnością uznać za nadmierne, a zatem nielegalne, represalia będące całkowicie nieproporcjonalne w stosunku do aktu je motywującego³¹.

Fundamentalną zmianę w zakresie stosowania represaliów zbrojnych przyniosła Karta Narodów Zjednoczonych (NZ)³². Normy Karty jednoznacznie prowadzą do konkluzji, że środki odwetowe zakładające użycie siły są zakazane przez prawo międzynarodowe³³. Teza ta została potwierdzona przez Radę Bezpieczeństwa, która w rezolucji nr 188 z 9.4.1964 r. potępiła represalia tj. zbrojne środki odwetowe, jako niezgodne z celami i zasadami Narodów Zjednoczonych³⁴. Pogląd ten znalazł odzwierciedlenie również w Deklaracji zasad prawa międzynarodowego z 24.10.1970 r.³⁵. Uregulowanie Karty NZ nie wyeliminowało jednak całkowicie represaliów zbrojnych z porządku międzynarodowego. Państwa nadal stosowały i stosują środki odwetowe z użyciem siły, niemniej swoje działania usprawiedliwiają z reguły wykonywaniem prawa do samoobrony³⁶.

Współcześnie, za najważniejsze rozstrzygnięcie dotyczące środków odwetowych uznać należy wyrok MTSu z 1997 r. w sprawie tamy Gabčíkovo-Nagymaros.³⁷ W przedmiotowym sporze Słowacja podnosiła, że działanie Czechosłowacji, konkretnie realizacja tzw. wariantu C, zakładającego podjęcie jednostronnych działań na Dunaju, nawet, jeśli zostałyby

³⁰ W.W. Bishop, *op.cit.*, s. 903.

³¹ *Ibidem*, s. 904.

³² Dz.U. Nr 23, poz. 90, ze zm.

³³ I. Brownlie, *Principles of public international law*, Oxford 2003, s. 449; art. 4 ust. 2 Karty stanowi: „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”.

³⁴ (S/5650), pkt. 1.

³⁵ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 2625 (1970).

³⁶ R.W. Tucker, *Reprisals and Self Defense: The customary law*, AJIL 1972, nr 3, s. 586; J. Barcik, *Koncepcja samoobrony w prawie międzynarodowym w dobie „wojny z terroryzmem”*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 1.

³⁷ ICJ Rep. 1997.

uznane za naruszające prawo międzynarodowe, jest usprawiedliwione jako środek odwetowy³⁸. Węgry powoływały się natomiast na jednoznaczne naruszenie umowy bilateralnej z 1977 r. Twierdziły również, że nie spowodowały naruszenia, które mogłoby stać się powodem dla środków odwetowych, oraz, że działanie Czechosłowacji nie wypełniało przesłanek koniecznych dla uznania represaliów za zgodne z prawem międzynarodowym³⁹. Oceniając legalność czechosłowackich środków odwetowych MTS wzięł pod uwagę następujące zasady:

- „podjęcie działania w odpowiedzi na uprzedni bezprawny akt innego państwa w stosunku do tego państwa”⁴⁰;
- „wezwanie przez państwo poszkodowane państwa naruszcyciela do zaprzestania podejmowanego działania lub dokonania reparacji”⁴¹;
- „współmierny z poniesioną szkodą skutek środków odwetowych”⁴².

Po ustaleniu powyższych zasad MTS doszedł do konkluzji, że Czechosłowacja nie spełniła trzeciej przesłanki, ponieważ „jednostronnie przejęła kontrolę nad wspólnymi zasobami, i skutkiem tego pozbawiła Węgry prawa do równego i rozsądnego udziału w naturalnych zasobach Dunaju – wraz ze spowodowaniem trwałego skutku polegającego na zmianie w ekosystemie nadbrzeżnej strefy Szigetköz (należącej do Węgier)”⁴³. Co ciekawe po stwierdzeniu nielegalności czechosłowackich środków odwetowych z powodu niezachowania zasady proporcjonalności (współmierności), sędziowie hascy nie dostrzegli potrzeby do rozpatrywania kolejnej przesłanki dotyczącej represaliów tj. że celem środków odwetowych powinno być nakłonienie państwa naruszającego do przestrzegania prawa międzynarodowego i dlatego podejmowane w ramach środków odwetowych działania powinny mieć charakter odwracalny⁴⁴.

Zauważyć należy, że MTS rozstrzygając spór dotyczący tamy Gabčíkovo-Nagymaros, z jednej strony wykorzystał dotychczasowe ustalenia Komisji Prawa Międzynarodowego odnośnie środków odwetowych, z drugiej zaś dokonał autonomicznej ich wykładni i weryfikacji, przyczyniając się tym samym w znacznym stopniu do rozwoju tej instytucji w prawie międzynarodowym.

³⁸ Ibidem, pkt. 69.

³⁹ Ibidem, pkt. 71.

⁴⁰ Ibidem, pkt. 83.

⁴¹ Ibidem, pkt. 84.

⁴² Ibidem, pkt. 85.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

2. Kodyfikacja odpowiedzialności państw przez KPM

KPM studia nad odpowiedzialnością państw rozpoczęła w 1955 r. Początkowo zagadnienie to było postrzegane jako mające zastosowanie przede wszystkim do działań sprzecznych z prawem międzynarodowym w stosunku do cudzoziemców. Debaty tego okresu, tj. lat 1956–1961 koncentrowały się m.in. na statusie trwałej suwerenności nad bogactwami naturalnymi oraz zagadnieniami nacjonalizacji i towarzyszącym jej odszkodowaniem, nie prowadząc w konsekwencji do żadnych istotnych wniosków o charakterze ogólnym.

Istotna zmiana nastąpiła wraz z wyznaczeniem w 1962 r. na drugiego sprawozdawcę Roberto Ago (zastąpił Kubańczyka F.V. Garcia-Amadora). Ago wprowadził rozróżnienie norm prawa międzynarodowego na normy pierwszego rzędu, tzn. nakładające obowiązki na państwa oraz normy drugiego rzędu dotyczące odpowiedzialności państw i znajdujące zastosowanie w przypadku naruszenia norm pierwszego rzędu. Wskazał na konieczność swoistego ograniczenia się KPM do prac nad regułami drugiego rzędu, rezygnując z próby kodyfikacji norm pierwszego rzędu⁴⁵. R. Ago opisał projekt jako określający: „zasady rządzące odpowiedzialnością państw za akty bezprawne prawa międzynarodowego, utrzymując ściśle rozróżnienie pomiędzy tym zadaniem a zadaniem zdefiniowania norm nakładających zobowiązania na państwa, których naruszenie może generować odpowiedzialność. (...) Jedną kwestią to zdefiniować normę i treść zobowiązania, a inną kwestią to ustalić, czy nastąpiło naruszenie zobowiązania i jakie powinny być konsekwencje tego naruszenia (normy drugiego rzędu)”⁴⁶. Reasumując Ago postrzegał odpowiedzialność państw, jako dotyczącą reparacji w najogólniejszym sensie tj. restytucji, kompensaty oraz sankcji⁴⁷. Kolejni specjaliści sprawozdawcy KPM w zakresie odpowiedzialności państw, Willem Riphagen i Gaetano Arangio-Ruiz podzielali w tej kwestii stanowisko wielkiego poprzednika. Zasadnicza struktura projektu została zatem oparta na wizji oraz podejściu drugiego specjalnego sprawozdawcy. Niemniej podkreślić należy również, że zakończenie z sukcesem ponad 45 letniej pracy KPM, opracowanie oraz ostateczny

⁴⁵ R. Rosenstock, *The ILC and State Responsibility*, s. 792 (dostępne na stronie – <http://www.asil.org/ajil/ilcsymp2.pdf>).

⁴⁶ R. Rosenstock, M. Kaplan, *The Fifty-Third Session of the International Law Commission*, *AJIL* 2002, nr 2, s. 412.

⁴⁷ J. Crawford, *The Relationship between Sanctions and Countermeasures*, [w:] *United Nations Sanctions and International Law*, (red. V. Gowlland-Debbas, M. Garcia Rubio, H. Hadj-Sahraoui), Kluwer 2001, s. 32.

układ projektu są w również konsekwencją dużego wkładu ostatniego sprawozdawcy Jamesa Crawforda (1997–2001)⁴⁸.

2.1. Zakres przedmiotowy projektu

Projekt artykułów dotyczący odpowiedzialności państw reguluje przede wszystkim normy drugiego rzędu⁴⁹. W tym zakresie jest ograniczony w kilku aspektach. Po pierwsze, dotyczy on wyłącznie odpowiedzialności państw, a nie innych podmiotów prawa międzynarodowego, jak np. organizacji międzynarodowych⁵⁰. Po drugie, zagadnienie odpowiedzialności państw wynikające z działań niezakazanych przez prawo międzynarodowe zostało wyłączone z regulacji i jest kodyfikowane oddzielnie⁵¹.

Projekt KPM znajduje zastosowanie do całego obszaru zobowiązań państw, bez względu na fakt, czy mają one charakter bilateralny, czy multilateralny. Zakłada on jednocześnie w art. 55, że normy w nim zawarte mogą zostać wyłączone lub zmodyfikowane przez normy szczególne. Uregulowania o charakterze *lex specialis* mogą wyłączyć lub ograniczyć możliwość stosowania środków odwetowych przedmiocie określonym przez daną umowę międzynarodową⁵². Możliwość odwoływania się do środków jednostronnych, w tym represaliów, wydaje się szczególnie ograniczona w sytuacji przynależności przez państwa do tzw. reżimów specyficznych (*self-contained regime*)⁵³, tj. do reżimów prawnych nakładających zarówno zobowiązania materialne, jak i przewidujących możliwość ich naruszenia oraz określających środki leżące w dyspozycji państwa, dla przeciwdziałania takim naruszeniom⁵⁴. Specjalny sprawozdawca KPM w kwestii odpowiedzialności państw Gaetano Arangio-Ruiz, twierdził, że: „Państwo przyłączające się reżimów „self-contained” zawęży przez swoje samoo ograniczenie prawa możliwości do unilateralnego działania, które posiada na podstawie prawa międzynarodowego publicznego (.....) Każde państwo

⁴⁸ R. Rosenstock, M. Kaplan, *op.cit.*, s. 412.

⁴⁹ Pewnym wyjątkiem od tej zasady jest pojawienie się samoobrony w art. 22, która będąc uregulowana jednocześnie w art. 51 Karty NZ stanowi normę pierwszego rzędu.

⁵⁰ P. Malanczuk, *op.cit.*, s. 707–708.

⁵¹ Zob. Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities 2006, „Yearbook of the International Law Commission” 2006, vol. II, Part Two.

⁵² *Commentaries to the draft articles on Responsibility...*, *op.cit.*, s. 328.

⁵³ Brak jednolitego tłumaczenia tego terminu w polskiej literaturze – zob. np. A. Wyrozumski, *Prawo międzynarodowe w systemie prawa wspólnotowego*, [w:] *Prawo międzynarodowe publiczne, a prawo europejskie*, (red. J. Kolasa, A. Kozłowski), Wrocław 2003, s. 32 – „osobny reżym prawny”; W. Czaplinski, A. Wyrozumski, *op.cit.*, s. 266 – „zamknięty reżym prawny”.

⁵⁴ Sprawa zakładników teherańskich, ICJ Rep. 1980, s. 40.

akceptujące „reżim” będzie zobowiązane, kiedy skonfrontowane z naruszeniem zobowiązania wynikającego z reżimu przez inne państwo w nim uczestniczące, zareagować, jeśli tego sobie życzy najpierw w pełnej zgodności z przepisami odpowiedniego reżimu”⁵⁵.

W tym kontekście zwrócić należy uwagę, że środki odwetowe są zakazane w porządku prawnym Wspólnoty Europejskiej⁵⁶ oraz poddane szczegółowej regulacji w systemie Światowej Organizacji Handlu⁵⁷.

3. Środki odwetowe w trakcie prac KPM

W 1969 r. R. Ago wskazał, że „definicja stopni odpowiedzialności międzynarodowej będzie zawierać ustalenie odpowiedniej roli reparacji oraz sankcji”⁵⁸. Twierdził również, że „międzynarodowa bezprawność aktu nieprzestrzegającego tego, co jest wymagane przez zobowiązanie międzynarodowe jest wyłączona, jeżeli akt został przedsięwzięty, jako legalne zastosowanie sankcji przeciwko państwu, które jako pierwsze popełniło międzynarodowy bezprawny akt względem państwa sankcje podejmującego”⁵⁹. Cytowana wypowiedź, choć nie używa terminu „środki odwetowe”, jednoznacznie do nich się odnosi zakładając, że mogą być one przedsięwzięte, jako forma sankcji za bezprawne zachowanie. Wprowadzenie terminu „sankcje” do art. 30 nie spotkało się z większą krytyką, czy kontrowersjami w dyskusjach dotyczących projektu tak w KPM, jak i poza nią. Również propozycja następnego specjalnego sprawozdawcy W. Riphagena zakładająca zmianę pojęcia „sankcje” na „środek odwetowy” została zaakceptowana przez członków KPM. Stosunkowo szybko termin ten spotkał się również z uznaniem w doktrynie oraz praktyce trybunałów międzynarodowych⁶⁰. W tym kontekście podkreślić należy, że niektórzy członkowie KPM stali na stanowisku niewłączania środków odwetowych w ogóle do projektu artykułów. Wskazywali oni, że choć środki odwetowe istnieją w praktyce,

⁵⁵ L. Henkin, R. Crawford Pugh, O. Schachter, H. Smit, op.cit., s. 577.

⁵⁶ Zob. art. 10 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, OJ 2002 Nr C 325 oraz sprawy Komisja v. Włochy ECR [1976] 277, 284; C-232/78 *Komisja v. Francja* ECR [1979] 2729; C-38/89 *Ministère public v. Guy Blanguernon*, orzeczenie z 11.1.1990 r.; C-5/94 *The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*

⁵⁷ Zob. uzgodnienie w sprawie zasad i procedur regulujących rozstrzyganie sporów, Dz.U. z 1995 r. Nr 98, poz. 483.

⁵⁸ ILC Report 1969, 24th session suppl. No. 10, (A/7610/Rev.1), s. 30.

⁵⁹ Ago Eighth Report, ILC Yearbook 1979, vol. 2, part 1, s. 47.

⁶⁰ Zob. sprawa z 1971 r. umowy o ruchu lotniczym oraz sprawa zakładników teherańskich z 1980 r.

są z natury poza prawem i nie powinny być instytucjonalizowane przez proces kodyfikacji. Zwolennicy tej opcji podkreślali, że represalia są użyteczne raczej w rękach mocarstw niż państw słabych, co odzwierciedla ich naturalną niesprawiedliwość, która powinna być potraktowana jako pozostałość poprzedniej epoki. Odzwierciedlenie tych opinii można odnaleźć w raporcie KPM z 1993 r., który stwierdzał „faktem pozostaje, że środki odwetowe stanowią wykorzystywanie potęgi, często w sposób sprzeczny z zasadą równości i sprawiedliwości i że przez sankcjonowanie jednostronnego odwołania się do środków odwetowych, KPM otwiera drzwi dla wielu potencjalnych nadużyć oraz zatwierdza zasadę podatną na znaczące różnice interpretacyjne”⁶¹.

Niemniej licznych zwolenników w KPM znalazł również pogląd, że w obliczu niedoskonałej struktury społecznej (np. braku centralnego organu zapewniającego przestrzeganie prawa), środki odwetowe stanowią nieunikniony fakt, który lepiej uregulować niż pozostawić całkowitej swobodzie państw. Jednakże ta grupa również była podzielona. Cześć członków KPM, za specjalnym sprawozdawcą G. Arangio-Ruiz na czele, była za szczegółowym ograniczeniem środków odwetowych, podczas gdy pozostała grupa podkreślała, że zbyt wiele warunków uniemożliwi państwu poszkodowanemu wywarcie presji na państwo naruszające, celem skłonienia go do zaprzestania naruszenia⁶². Kolejne podziały dotyczyły identyfikacji państwa poszkodowanego, które może podejmować środki odwetowe w przypadku naruszeń zobowiązań dotyczących praw człowieka, lub innych zobowiązań o charakterze *erga omnes*. Niektórzy dążyli do ograniczenia liczby państw, mających możliwość podejmowania środków odwetowych w takich sytuacjach, aby uniknąć sytuacji, w której jedno z państw odgrywa rolę policjanta. Inni podkreślali wagę podjęcia znaczącej odpowiedzi na naruszenie praw człowieka i dlatego proponowali szerokie rozumienie państwa poszkodowanego⁶³. W tym kontekście pojawił się również problem możliwości stosowania środków odwetowych w odpowiedzi na popełnienie zbrodni międzynarodowej. Specjalny sprawozdawca G. Arangio-Ruiz wskazywał, że z powodu niezwykle poważnej natury naruszenia konieczne jest zmniejszenie ograniczeń co do

⁶¹ Report of the International Law Commission on the work of its forty-fifth session, 3.5–23.7.1993, Official Records of the General Assembly, Forty-eighth session, Supplement No. 10, Extract from the Yearbook of the International Law Commission: – 1993, vol. II(2), Document: – A/48/10, s. 38, pkt 228.

⁶² R. Rosenstock, *The Forty-Fourth Session of the International Law Commission*, AJIL 1993, nr 1, s. 141.

⁶³ *Ibidem.*, s. 142.



państw, które mogą stosować środki odwetowe, ponieważ jego zdaniem zbrodnia międzynarodowa stanowi naruszenie zobowiązań, które każde państwo winne jest każdemu innemu państwu⁶⁴.

Powyższe debaty doprowadziły ostatecznie do propozycji J. Crawforda uregulowania środków odwetowych poza art. 22, również w rozdziale II w części III projektu „Formy odpowiedzialności państw”. Zawarte w tym miejscu szczegółowe uregulowania, miały określić procedurę odwoływania się do represaliów, zasady, jakie powinny być zachowywane przy ich stosowaniu oraz prawa innych państw niż poszkodowane w zakresie podejmowania środków odwetowych⁶⁵. Projekt przewidywał zatem, że jeżeli zaprzestanie naruszenia lub reparacja nie zostały podjęte przez państwo nie przestrzegające prawa międzynarodowego, podmiot poszkodowany jest wyposażony w dalszy mechanizm implementowania odpowiedzialności międzynarodowej, mianowicie w środki odwetowe⁶⁶. Wprowadzenie przedmiotowego rozdziału spowodowało przedstawienie przez państwa szeregu wzajemnie sprzecznych poglądów i opinii w tym zakresie. Uwagi odnosiły się do samej zasady środków odwetowych, jako formy implementacji odpowiedzialności państw, do tzw. odwetowych środków kolektywnych, oraz do procedury i zobowiązań, które nie mogą zostać podporządkowane środkom odwetowym. Debata z 2000 r. w Szóstym Komitecie⁶⁷, uwydatniła szereg obaw przed potencjalnymi nadużyciami. Niektóre państwa proponowały usunięcie rozdziału dotyczącego środków odwetowych uwydatniając zagrożenie wynikające z ich legitymizacji. Podkreślały one, że nieodłączne zagrożenie związane ze środkami odwetowymi jest tak duże, że wymaga ono wykluczenia wszelkich przepisów ich dotyczących. Indie np. twierdziły: „Nie jesteśmy przekonani, że prawo odpowiedzialności państw powinno w ogóle podejmować tak skomplikowaną i wielokrotnie nadużywaną koncepcję, jak środki odwetowe, które są z reguły środkami samopomocy polegającymi na wzięciu prawa w swoje ręce. Pozostajemy zatem przy naszym stanowisku, co do braku potrzeby regulowania środków odwetowych, jako elementu wyłączającego odpowiedzialność na podstawie rozdziału V.

⁶⁴ R. Rosenstock, *The Forty-Seventh Session of the International Law Commission*, AJIL 1996, nr 1, s. 106.

⁶⁵ J. Crawford, J. Peel, S. Olleson, *ILC Articles on Responsibility of states for Internationally Wrongfull Acts: Completion of the Second Reading*, „European Journal of International Law” (dalej EJIL) 2001, nr 5, s. 965.

⁶⁶ P. Bodeau, J. Crawford, J. Peel, op.cit., s. 671.

⁶⁷ Przy Zgromadzeniu Ogólnym działają rozliczne ciała pomocnicze. Najważniejsze z nich to sześć komitetów głównych sesji Zgromadzenia Ogólnego ONZ, Komitet Szósty zajmuje się sprawami prawnymi (Sixth Committee – Legal).

Podobnie stoimy na stanowisku nieregulowania tej koncepcji w ogóle w części II⁶⁸.

Debata dotycząca tego, czy środki odwetowe w ogóle powinny być uwzględnione, postawiła zasadnicze pytanie, co do zakresu odpowiedzialności państw. Wprowadzenie „środków odwetowych” do projektu artykułów, było ściśle związane filozofią R. Ago, który od początku umieszczał w nim sankcję jako konsekwencję bezprawnych aktów międzynarodowych państw, popierając w ten sposób opcję kompromisową pomiędzy tendencją do koncentrowania się tylko na reparacjach a poglądem uznającym centralne miejsce sankcji w porządku prawno-międzynarodowym (reprezentowanym przez K. Kelsena). Wyłączenie środków odwetowych z projektu artykułów oznaczałoby powrót do tradycyjnego podejścia, w konsekwencji zmiany zasadniczych przesłanek omawianego projektu, który miał na celu objęcie „każdego rodzaju nowych stosunków” wynikających z odpowiedzialności⁶⁹. Niejednoznaczne stanowisko w tej kwestii zaprezentował ostatni specjalny sprawozdawca J. Crawford, który ostatecznie jednak nie usunął przepisów dotyczących środków odwetowych w projekcie: „Muszę przyznać, że gdyby odrębny rozdział nie został wprowadzony w pierwszym czytaniu, wątpię, abym zaproponował go w drugim. W praktyce może okazać się to o jeden most za daleko. W tym kontekście należy pamiętać, że środki odwetowe od początku były planowane przez Ago i postrzegane przez KPM, jako integralna część odpowiedzialności państw; ponadto proporcjonalne środki odwetowe stanowią okoliczność wyłączającą odpowiedzialność i stąd są niezastąpione w części I rozdziału V; po trzecie, wyrażna większość tak KPM, jak i szóstego komitetu była za pozostawieniem odrębnego rozdziału dotyczącego środków odwetowych”⁷⁰.

Uznanie zasadności podstaw projektu zarysowanych przez Ago nie zakończyło sporów. Z jednej strony argumentowano, że represalia nie powinny być postrzegane, jako w pełni satysfakcjonujący sposób naprawienia szkody z powodu nierównej możliwości państw, co do ich stosowania lub odpowiadania na nie. Zauważyć należy w tym miejscu komentarz Argentyny⁷¹, która wskazywała, że środki odwetowe nie powinny być

⁶⁸ Agenda Item 155: Report of the International Law Commission, V State Responsibility, Statement by Dr. P.S. Rao, JS (L&T) Ministry of External Affairs of India on November 2, 1999.

⁶⁹ First Report of the International Law Association, op.cit., s. 16.

⁷⁰ J. Crawford, *The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act: A Retrospect*, AJIL 2002, nr 4, s. 882.

⁷¹ State responsibility, Comments and observations received from Governments, International Law Commission, Fiftieth session, Geneva, 20.5.–12.6.1998, New York, 27.7.–14.8.1998, A/CN.4/488/Add.1.

traktowane jako prawa zwyczajnie chronione przez międzynarodowy porządek prawny, ale jako akty, które wyjątkowo powinny być tolerowane przez prawo międzynarodowe i stąd należy odwrócić domniemanie ich legalności oraz wprowadzić ograniczenia stosowania. Częściowo czyni to część II projektu artykułów⁷². Z drugiej strony inne państwa wskazywały, że projekt nakłada na środki odwetowe nieusprawiedliwione oraz arbitralne ograniczenia⁷³.

W kwestiach proceduralnych za najbardziej kontrowersyjną uznawano relację między środkami odwetowymi a systemem rozstrzygania sporów. Czwarty specjalny sprawozdawca G. Arangio-Ruiz podkreślał, że środki odwetowe zakładają dwa zła: pierwotny bezprawny akt i środek odwetowy. Dlatego zaproponował projekt, który znacznie ograniczyłby możliwość i skuteczność stosowania środków odwetowych, przez ustanowienie warunku „wyczerpania wszystkich dostępnych sposobów rozstrzygnięcia sporu na podstawie prawa międzynarodowego publicznego, Karty NZ, oraz innych instrumentów rozwiązywania sporów, która państwo poszkodowane jest stroną”. Koncepcja ta zakładała, że represalia będą nielegalne, chyba że strony przestrzegały ogólnego zobowiązania pokojowego rozstrzygania sporów, łącznie z tym określonym w art. 2 ust 3 i art. 33 KNZ⁷⁴.

Zwolennicy obowiązkowego systemu rozstrzygania sporów podkreślali zagrożenie pozostawienia środków odwetowych jednostronnej decyzji państwa wywierającego przymus. Podniesiono również zagrożenie eskalacji naturalnej przy środkach odwetowych i środkach przeciw-odwetowych⁷⁵. Niemniej wskazywano również, że zastosowanie represaliów nie może być odsunięte aż do czasu załamania się negocjacji, ponieważ te mogą być celowo przedłużane w nieskończoność. Od państwa poszkodowanego nie można wymagać kontynuacji negocjacji, bez względu na to jak bezowocne mogą się one wydawać, przed zastosowaniem środków odwetowych. Podkreślano, że prawo zwyczajowe nie wymaga, aby państwo poszkodowane próbowało podjąć negocjacje, zanim odwoła się do środków odwetowych, jak również nie zakazuje odwołania się do nich w trakcie trwania negocjacji. Wymóg uprzednich negocjacji może powodować uszczerbek dla państwa poszkodowanego przez umożliwienie państwu naruszającemu prawo międzynarodowe prowadzenie

⁷² First Report of the International Law Association, op.cit., s. 16.

⁷³ J. Crawford, J. Peel, S. Olleson, op.cit., s. 979–980.

⁷⁴ O. Schachter, *Dispute settlement and countermeasures in the International Law Commission*, AJIL 1994, nr 3, s. 472.

⁷⁵ Ibidem, s. 473.

negocjacji, które opóźniają nałożenie środków odwetowych i umożliwiają uniknięcie międzynarodowej odpowiedzialności. Istotnym argumentem przeciwników wymogu uprzedniego zaangażowania się państwa w system rozstrzygnięcia sporów, było przekonanie, że państwa nie zaakceptują takich ograniczeń ich prerogatyw w zakresie jednostronnego stosowania środków odwetowych, kiedy leży to w ich interesie⁷⁶. W tym kontekście zauważyć należy poglądy przedstawicieli Stanów Zjednoczonych podkreślających, że restrykcje względem środków odwetowych mogą tworzyć przeszkody dla pokojowego rozstrzygnięcia sporów. Na podobnym stanowisku stała Wielka Brytania⁷⁷. Z innej perspektywy szczegółowe uwarunkowanie reżimu środków odwetowych spowodowało krytykę niektórych rządów. Tak np. Wielka Brytania podkreślała, że żadna inna okoliczność wyłączająca odpowiedzialność nie została w tak szczegółowy sposób unormowana (tzn. ograniczona)⁷⁸. Ponadto niektórzy członkowie KPM uważali, że wymóg uprzedniego zaangażowania się państwa w system rozstrzygnięcia sporów powinien być ograniczony do „istotnych traktatów” (tzn. odnoszących się do materii, w której środki odwetowe zostały podjęte). Zdania tego nie podzielał G. Arangio-Ruiz, ponieważ wykluczałoby ono procedury KNZ⁷⁹.

Ostatecznie KPM zrezygnowała z zamieszczenia postanowienia zakazującego stosowanie środków odwetowych podczas trwania negocjacji prowadzonych w dobrej wierze, przy jednoczesnym pozostawieniu regulacji wymagającej zawieszenia stosowania środków odwetowych, kiedy państwa zainteresowane stają przed właściwym sądem i trybunałem, który może podejmować decyzje wiążące⁸⁰. Jak opisuje to J. Crawford, „W odpowiedzi na komentarze rządów, odpowiednie przepisy zostały odpowiednio zmodyfikowane i uproszczone, bez odchodzenia od podstawowej idei. Dzięki temu, mimo ich kontrowersyjnego charakteru, spotkały się z dużym poparciem państw, łącznie (ale nie tylko) z tymi, które często stosują lub grożą zastosowaniem środków odwetowych, w szczególności Stanów Zjednoczonych”⁸¹. Reasumując, projekt umożliwia natychmiastowe podjęcie tzw. pilnych środków odwetowych, które mogą być konieczne do zachowania praw państwa poszkodowanego.

⁷⁶ O. Schachter, op.cit., s. 473.

⁷⁷ M. Kaplan, *Using collective interests to ensure human rights: an analysis of the articles on state responsibility*, „New York University Law Review” 2004, nr 5, s. 1920.

⁷⁸ First Report of the International Law Association, op.cit., s. 21.

⁷⁹ O. Schachter, op.cit., s. 474.

⁸⁰ J. Crawford, J. Peel, S. Olleson, op.cit., s. 983.

⁸¹ J. Crawford, op.cit., s. 884.

KPM wprowadziła również inne warunki mające zapobiec niewłaściwemu wykorzystaniu środków odwetowych. Było to konieczne w świetle licznych obaw przed jednostronnym działaniem mocarstw stosujących represalia, jako krajów o największej zdolności do ich podejmowania. W konsekwencji stanowisko państw w tej kwestii w znacznym stopniu uzależnione było od ich potęgi i międzynarodowych wpływów. Np. Meksyk i Argentyna opowiadały się za istotnym ograniczeniem środków odwetowych⁸². Ta ostatnia wskazywała, że choć środki odwetowe mogą być w niektórych okolicznościach tolerowane, państwa nie powinny posiadać samodzielnie prawa do decydowania o ich użyciu. Tanzania krytkowała projekt artykułów w zakresie dotyczącym środków odwetowych jako „legitymizacji środków odwetowych dokonanej przez rozwój norm prawnych oparty na praktyce państw Zachodu”⁸³. Iran wyraził obawę, że kodyfikacja środków odwetowych „prowadzi do ich legitymizacji jako środków hegemonistycznych działań podejmowanych przez pewne Mocarstwa”⁸⁴. Umiarkowane stanowisko w stosunku do powyższych przedstawiła RPA reprezentująca 12 państw Południowoafrykańskiej Wspólnoty Rozwoju, która „podkreśliła, że środki odwetowe nie zawsze były satysfakcjonującym sposobem naprawienia krzywdy pomiędzy państwami o różnej wielkości”, ale optowała „za włączeniem ich do projektu artykułów, jako sposobu na stworzenie warunków i ograniczeń stosowania środków odwetowych”⁸⁵.

4. Uregulowanie środków odwetowych w projekcie odpowiedzialności państw KPM

W ostatecznej wersji projektu artykułów o odpowiedzialności państw⁸⁶ regulacja dotycząca represaliów ma dwojaki charakter. Środkom odwetowym został poświęcony art. 22 (były art. 30) w rozdziale V dotyczącym „Okoliczności wyłączających odpowiedzialność” oraz rozdział II „Środki odwetowe” znajdujący się w części III „Implementacja międzynarodowej odpowiedzialności państwa”.

⁸² State Responsibility: Comments and Observations Received from Governments, International Law Commission, Fifty-third session, Geneva, 23.4.–1.6.2001 r., 2.7.–10.8.2001 r., s. 8–12, A/CN.4/515/Add.1 (2001); zob. również A/CN.4/488/Add.1, op.cit.

⁸³ M. Kaplan, op.cit., s. 1919–21.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, op.cit.

4.1. Środki odwetowe jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność państwa

W rozdziale V projektu środki odwetowe zostały uregulowane jako jedna z sześciu okoliczności wyłączających odpowiedzialność, obok zgody (art. 20), samoobrony (art. 21), siły wyższej (art. 23), stanu zagrożenia życia ludzkiego (art. 24) oraz stanu wyższej konieczności (art. 25). W tym miejscu uzasadnienia wymaga sformułowanie „okoliczności wyłączające odpowiedzialność”, pomimo że tłumaczenie dosłowne wymagałoby stwierdzenia „okoliczności wyłączające bezprawność” (*circumstances precluding wrongfulness*). W raporcie z 1979 r. KPM stwierdza, że: „nie ma uzasadnienia dla rozwiązania, aby prawo międzynarodowe charakteryzowało akt jako bezprawny, bez dołączenia niekorzystnych skutków dla jego sprawcy. Wątpliwe wydaje się stwierdzenie, jaki byłby cel dokonywania tego typu charakterystyki. Ustanowienie zobowiązania, z jednoczesnym stwierdzeniem braku konsekwencji jego naruszenia spowodowałoby w rzeczywistości nieustanowienie zobowiązania w ogóle”⁸⁷. Przedmiotowe tezy prowadzą do konkluzji, że przesłanki egzoneracyjne z rozdziału V projektu wyłączają odpowiedzialność państwa za bezprawny akt. Kwestią sporną jest natomiast, czy usuwają również bezprawny charakter samego aktu.

Do wszystkich okoliczności wyłączających odpowiedzialność, a zatem również do środków odwetowych zastosowanie ma art. 26 określający, że „żadne postanowienie tego rozdziału nie wyłącza odpowiedzialności państwa za akt, który jest sprzeczny z zobowiązaniem wynikającym z normy bezwzględnie obowiązującej prawa międzynarodowego”. Okoliczności wyłączające odpowiedzialność nie powodują wygaśnięcia lub unieważnienia zobowiązania. Zapewniają jedynie usprawiedliwienie dla niewykonywania zobowiązania podczas trwania danej sytuacji. Wraz z zakończeniem okoliczności wyłączającej odpowiedzialność, państwo powinno wznowić wykonywanie przedmiotowego zobowiązania⁸⁸. Ponadto okoliczności wyłączające odpowiedzialność nie mają związku z zagadnieniem posiadania jurysdykcji przez sąd lub trybunał do rozstrzygnięcia sprawy lub dopuszczalnością skargi. W przypadku pojawienia kwestii okoliczności wyłączających odpowiedzialność w trakcie sporu między-państwowego, ciężar dowodu rzeczywistego ich zaistnienia spoczywa na

⁸⁷ P. Malanczuk, *Countermeasures and Self-Defence as Circumstances Precluding Wrongfulness in the International Law Commissions' Draft Articles on State Responsibility*, Report of the International Law Association (ILA) Study Group on the Law of State Responsibility s. 714.

⁸⁸ Commentaries to the draft articles on Responsibility, op.cit., s. 169–170.

państwie podnoszącym taki argument nawet, jeżeli jest ono pozwany w sprawie⁸⁹.

Art. 22 projektu stanowi: „Odpowiedzialność państwa za akt sprzeczny z jego międzynarodowymi zobowiązaniami względem innego państwa jest wyłączona, jeśli i w takim zakresie, w jakim akt ten stanowi środek odwetowy podjęty przeciwko temu ostatniemu państwu zgodnie z rozdziałem II, częścią III projektu”. W komentarzu do artykułu szczególnie uwydatniony został fakt, że środki odwetowe mogą być usprawiedliwione jedynie w stosunku do państwa, które jako pierwsze postępuje w sposób sprzeczny ze swoimi międzynarodowymi zobowiązaniami. Na to mają wskazywać terminy „jeśli” i „w zakresie”. W konsekwencji akt skierowany przeciwko państwu trzeciemu, nie będzie uważany za mieszczący się w powyższej definicji i nie może być usprawiedliwiony, jako środek odwetowy⁹⁰. KPM wskazała ponadto na ugruntowane orzecznictwo w przedmiotowym zakresie przywołując m.in. sprawy arbitrażowe Cysne i Naulilaa oraz sprawę tamy Gabčikovo-Nagymaros.

4.2. Środki odwetowe jako forma implementacji odpowiedzialności międzynarodowej państw

Rozdział II, części III projektu artykułów „Środki odwetowe” określa warunki i ograniczenia ich stosowania. Mają one umożliwić uniknięcie potencjalnych nadużyć, na które działania w ramach samopomocy są z reguły narażone w obliczu faktycznych różnic między państwami. Zasady określone przez KPM to:

- (1) celem środków odwetowych powinno być nakłonienie państwa naruszającego do przestrzegania prawa międzynarodowego;
- (2) środki odwetowe, polegające na niewykonywaniu przez określony czas międzynarodowych zobowiązań, zostają zakończone wraz z osiągnięciem ich celu;
- (3) środki odwetowe nie mogą powodować naruszenia norm dotyczących podstawowych praw człowieka, zobowiązań z zakresu prawa humanitarnego oraz norm *ius cogens*;
- (4) środki odwetowe nie mogą wpływać na zobowiązania dotyczące rozstrzygania sporów, ani na podstawowe zasady prawa dyplomatycznego i konsularnego;
- (5) środki odwetowe powinny być współmierne do poniesionej szkody;

⁸⁹ Ibidem, s. 172.

⁹⁰ Ibidem, s. 181.

(6) środki odwetowe mogą być podjęte w trakcie prowadzonych negocjacji tylko w wyjątkowych przypadkach.

(1) Celem środków odwetowych powinno być nakłonienie państwa naruszającego do przestrzegania prawa międzynarodowego.

Określając cele i ograniczenia dotyczące stosowania środków odwetowych art. 49 ust 1 projektu stanowi, że „Państwo poszkodowane może zastosować środki odwetowe tylko przeciwko państwu, które jest odpowiedzialne za akt sprzeczny z prawem międzynarodowym, w celu skłonienia go do przestrzegania swoich międzynarodowych zobowiązań”. Sformułowanie „tylko” sugeruje, że środki odwetowe mogą być podejmowane wyłącznie przeciwko państwu – sprawcy aktu sprzecznego z prawem międzynarodowym. Jeżeli w wyniku podjęcia represaliów doszło do naruszenia praw państw trzecich, odpowiedzialność za te działania nie jest wyłączona. W konsekwencji skutek zastosowania środków odwetowych, określony przez KPM, polegający na wyłączeniu odpowiedzialności można uznać za relatywny, tzn. dotyczący jedynie relacji pomiędzy państwem poszkodowanym, a odpowiedzialnym za szkodę. Nie oznacza to, że środki odwetowe nie mogą incydentalnie wpływać na pozycję państw trzecich lub innych podmiotów trzecich. Np. jeżeli państwo poszkodowane zawiesza prawo tranzytu państwu odpowiedzialnemu za naruszenie, inne podmioty, również państwa trzecie, mogą być skutkiem tego dotknięte. Niemniej niewątpliwie tego rodzaju niebezpośredniego, czy dodatkowego skutku nie da się w całości uniknąć⁹¹.

(2) Środki odwetowe, polegające na niewykonywaniu przez określony czas międzynarodowych zobowiązań, zostają zakończone wraz z osiągnięciem ich celu.

Art. 49 ust. 2 określa, że „środki odwetowe są ograniczone do niewykonywania na czas określony swoich międzynarodowych zobowiązań przez państwo je podejmujące względem państwa odpowiedzialnego za naruszenie. Uregulowanie to odnosi się do „zobowiązań” w liczbie mnogiej, ponieważ zakłada, że nawet pojedynczy jednostronny akt państwa o charakterze represaliów może stanowić naruszenie kilku zobowiązań jednocześnie. W takiej sytuacji konieczne jest uwzględnienie zasady proporcjonalności, w celu zbadania dotkliwości i konsekwencji naruszonych zobowiązań. Ponadto zwrócić uwagę należy również na termin „na czas określony”, który jak podkreśla w komentarzu do projektu artykułów

⁹¹ Ibidem, s. 330–331.

KPM, uwydatnia tymczasowy charakter środków odwetowych, wskazując, że postulowanym celem środków odwetowych ma być przywrócenie sytuacji zgodnej z prawem, a nie zainicjowanie nowego sporu. Określenie to podkreśla również, że środki odwetowe stanowią instrument nakłaniania do przestrzegania zobowiązań, a nie do karania. Jeżeli są skuteczne i państwo odpowiedzialne zaprzestaje naruszenia i/lub dokonuje reparacji, powinny być przerwane, tzn. powinno nastąpić wznowienie wykonywania zobowiązania międzynarodowego względem tego państwa⁹².

Kolejny warunek dotyczący represaliów określono w art. 49 ust. 3, który stwierdza, że „Środki odwetowe, powinny zostać podjęte, jak tylko to możliwe, w taki sposób, by umożliwić wznowienie wykonywania zobowiązania, o którym wyżej”. Zapis ten nawiązuje do art. 72 ust 2 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r. (dalej KWPT)⁹³, który stwierdza, że „kiedy państwo zawiesza funkcjonowanie względem niego traktatu, nie powinno w czasie tego zawieszenia, czynić cokolwiek, co wyłączy możliwość przywrócenia traktatu do obowiązywania pomiędzy stronami”. Analogicznie, państwa powinny w takim stopniu w jakim to możliwe, dokonywać wyboru środków odwetowych, które nie powodują skutków nieodwracalnych. Obowiązek wyboru środka, który ma odwracalny skutek nie jest jednak absolutny. KPM wskazuje, że w niektórych przypadkach, jak np. w sytuacji niedopełnienia wymogu notyfikacji, może nie mieć on znaczenia *post factum*⁹⁴. Niemniej jednak spowodowanie nieodwracalnej szkody w stosunku do państwa odpowiedzialnego, może być postrzegane raczej jako forma kary, niż działania nakłaniającego do przestrzegania prawa międzynarodowego, na podstawie omawianego przepisu. W tym względzie KPM stała na jednoznacznym stanowisku, że środki odwetowe nie mogą stanowić instrumentu zbliżonego do kary⁹⁵. Zważyć należy ponadto, że ważną wskazówką dla państwa poszkodowanego stanowi określenie „jak tylko to możliwe”. Prowadzi ono do konkluzji, że jeśli państwo poszkodowane ma wybór pomiędzy kilkoma zgodnymi z prawem i skutecznymi represaliami powinno wybrać takie, które pozwalają na wznowienie wypełniania zobowiązania zawieszonoego w wyniku podjęcia środków odwetowych⁹⁶. Zgodnie z art. 53 projektu „Środki odwetowe powinny być zakończone niezwłocznie po tym jak państwo odpowiedzialne zacznie wypełniać swoje zobowiązania”. Zatem, gdy państwo odpowiedzialne za

⁹² Ibidem, s. 331.

⁹³ Dz.U. z 1990 r. Nr 74, poz.439.

⁹⁴ Commentaries to the draft articles on Responsibility, op.cit., s. 333.

⁹⁵ J. Crawford, op.cit., s. 882.

⁹⁶ Commentaries to the draft articles on Responsibility, op.cit., s. 333.

naruszenie prawa międzynarodowego, przestrzega zobowiązania zaprzestania naruszenia oraz przekazania odpowiednich reparacji, podstawy do stosowania środków odwetowych znikają i represalia powinny być zakończone⁹⁷.

(3) Środki odwetowe nie mogą powodować naruszenia norm dotyczących podstawowych praw człowieka, zobowiązań z zakresu prawa humanitarnego oraz norm *ius cogens*.

W projekcie artykułów KPM wskazała na normy prawnomiędzynarodowe, które państwo poszkodowane powinno respektować w relacjach z państwem odpowiedzialnym. Są to zobowiązania, które z powodu swego charakteru nie mogą być przedmiotem środków odwetowych. Jak określa art. 50 ust. 1 należą do nich:

- a) „Zobowiązania powstrzymania się od groźby lub użycia siły zgodnie z Kartą NZ;
- b) Zobowiązania dotyczące ochrony fundamentalnych praw człowieka;
- c) Zobowiązania o charakterze humanitarnym zabraniające akcji odwetowych;
- d) Inne zobowiązania wynikające z norm bezwzględnie obowiązujących prawa międzynarodowego”.

Pierwszy punkt powołanego uregulowania powtarza zakaz groźby lub użycia siły zawarty w art. 2 ust. 4 KNZ, jednoznacznie wyłączając możliwość stosowania zbrojnych środków odwetowych. Do tej kwestii odniósł się MTS w sprawie incydentu w cieśninie Korfu⁹⁸. Trybunał wyraził w nim brak akceptacji dla manewrów marynarki wojennej Wielkiej Brytanii na wodach terytorialnych Albanii, mimo że stanowiły one reakcję na uprzednie naruszenie praw Zjednoczonego Królestwa. MTS stwierdził, że brytyjskie działanie było „pokazem polityki opartej na sile, która w przeszłości była przyczyną najpoważniejszych nadużyć i która, bez względu na współczesne wady organizacji międzynarodowych, nie może mieć miejsca w prawie międzynarodowym”. Podkreślił, że takie działanie „byłoby z natury rzeczy zarezerwowane dla mocarstw i mogłoby łatwo prowadzić do wypaczenia wymierzania sprawiedliwości międzynarodowej”⁹⁹. Trybunał Haski uznał zatem za nielegalne działanie zbliżone w swojej istocie do represaliów zbrojnych. Dostrzegł również prawidłowość, która wielokrotnie będzie powtarzała się w krytyce koncepcji środków odwetowych.

⁹⁷ Ibidem, s. 349.

⁹⁸ ICJ Rep. 1949.

⁹⁹ O. Schachter, *The Enforcement of International Judicial and Arbitral Decisions*, AJIL 1960, nr 1, s. 16.

Mianowicie zdolność ich podejmowania przede wszystkim przez największe państwa („mocarstwa”) oraz duże potencjalne możliwości nadużyć. Bezpośrednio kwestia represaliów została podjęta przez sędziego Azevedo w opinii odrębnej. Potwierdził on, że koncepcja represaliów nie usprawiedliwia użycia siły. „Za wyjątkiem *lex talionis*, jedno naruszenie nie uzasadnia innego”¹⁰⁰.

Odnosząc się do art. 50 ust 1 pkt b wskazać należy, że normy dotyczące ochrony praw człowieka ze względu na swoją specyfikę i przedmiot regulacji nie są oparte na zasadzie wzajemności¹⁰¹. Dominuje pogląd, że reguły te stanowią zobowiązania *erga omnes*, w których przestrzeganiu decydujące znaczenie ma interes wspólnotowy¹⁰². Konstatacja ta prowadzi do odrzucenia możliwości zawieszenia tego rodzaju norm przez zastosowanie środków odwetowych, bez względu na to czy państwo, które jest ich potencjalnym celem samo uprzednio naruszyło uregulowania dotyczące praw człowieka¹⁰³.

Już w arbitrażu Naulilaa Trybunał wskazał, że „zgodnie z prawem środki odwetowe muszą być ograniczone przez wymogi ludzkości i zasady dobrej wiary mające zastosowanie w relacjach między państwami”. Międzynarodowe Stowarzyszenie Prawa w 1934 r. w swojej rezolucji wskazało, że podejmując środki odwetowe państwo powinno „powstrzymać się od wszelkich twardych (ostrych) działań, które stałyby w przeciwieństwie do praw ludzkości lub wymagań publicznego sumienia”¹⁰⁴. Rozwój tej doktryny postępował po 1945 r. w ramach międzynarodowego uregulowań z zakresu ochrony praw człowieka. W szczególności istotne traktaty dotyczące praw człowieka identyfikują kilkanaście praw człowieka, które nie są derogowane nawet w czasie wojny, czy stanu wyjątkowego¹⁰⁵. Ponadto w Uwagach Ogólnych z 1997 r. Komitet Praw Ekonomicznych, Społeczny

¹⁰⁰ ICJ Rep 1949, opinia odrębna sędziego Azevedo, pkt. 38.

¹⁰¹ C. Mik, *Teoria obowiązków pozytywnych państw-stron traktatów w dziedzinie praw człowieka (na przykładzie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka)*, [w:] *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Jasudowicza*, (red. J. Białocerkiewicz), Toruń 2004, s. 275; zob. również: C. Mik, *On the Specific Character of State Obligations In the Field of Human Rights*, „Polish Journal of International Law” 1993, vol. 20.

¹⁰² Komisja Rady Europy w sprawie *Austria v. Włochy*, Nr 788/60, wyrok z 11.1.1961 r.; Trybunał w sprawie *Irlandia v. Wielka Brytania*, wyrok z 18.1.1978 r.; opinia doradcza Trybunału Międzyamerykańskiego w sprawie *Skutku zastrzeżeń dla wejścia w życie Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka* z 24.9.1992 r.

¹⁰³ R. Provost, *International...*, s. 226.

¹⁰⁴ Commentaries to the draft articles on Responsibility, op.cit., s. 335.

¹⁰⁵ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, art. 4, Dz.U. z 1977 r. Nr. 38, poz. 167; Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, art. 15, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284; Amerykańska konwencja o ochronie praw człowieka, art. 27, United Nations, Treaty Series, vol. 1144, s. 143.

i Kulturalnych (działający na podstawie Paktu Praw Ekonomicznych Społecznych i Kulturalnych z 1966 r.) rozpatrując kwestię stosowania sankcji ekonomicznych wskazał, że „bez względu na okoliczności takie sankcje zawsze powinny brać pod uwagę przepisy Paktu Praw Ekonomicznych, Społecznych i Kulturalnych”, a następnie podkreślił, że „przepisy Paktu, z których prawie wszystkie znajdują odzwierciedlenie w szeregu innych traktatów dotyczących praw człowieka, jak również w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r., nie tracą mocy prawnej lub zastosowania, tylko dlatego, że zostają podjęte sankcję w celu utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa”¹⁰⁶. Również Instytut Prawa Międzynarodowego, w rezolucji dotyczącej środków odwetowych w sytuacji masowego i systematycznego naruszania praw człowieka, wyraźnie stwierdza, że w takich sytuacjach nie jest dozwolone odwołanie się do środków zakładających użycie siły¹⁰⁷.

Niewątpliwie sankcje przeciwko naruszeniom praw człowieka mogą mieć negatywny skutek nie tylko dla rządów, które prawo międzynarodowe naruszają, ale również względem obywateli tych państw. Szczególnie dotyczy to sankcji gospodarczych. W rzeczywistości reżimy łamiące prawa człowieka często, jak w przypadku b. Jugosławii czy Iraku odnoszą korzyści z sankcji gospodarczych kosztem ludności cywilnej¹⁰⁸. Zatem przesłanki humanitarne, nakładające ograniczenia na stosowanie ekonomicznych środków odwetowych, powinny być wzięte pod uwagę przy ocenie legalności takich środków. Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie w konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, która w postanowieniu dotyczącym konsekwencji naruszenia traktatu przez jedną ze stron zakazuje w takim wypadku zawieszenia lub uznania za wygasłe „postanowień dotyczących ochrony osoby ludzkiej, zawartych w umowach o charakterze humanitarnym”¹⁰⁹. W konsekwencji podkreślić należy, że środki odwetowe zakładające zawieszenie norm dotyczących praw człowieka, nie znajdują poparcia w praktyce państw. Niemniej, ponieważ mechanizm ustanowiony przez konwencje dotyczące praw człowieka, wydaje się zbyt słaby by zapewnić ich egzekwowanie, pomoc ze strony zewnętrznych mechanizmów, takich jak środki odwetowe wydaje się konieczna¹¹⁰. W przypadkach stosowania

¹⁰⁶ E/C.12/1997/8, 5.12.1997 r., s. li 2.

¹⁰⁷ The Protection of Human Rights and the Principle of Non-Intervention in Internal Affairs of States, adopted at the session of Institute of International Law in Santiago de Compostela 1989, article 2, (dostępne na stronie – <http://www.law.wits.ac.za/humanrts/instree/1989b.htm>).

¹⁰⁸ M. Sellers, *The legitimacy of humanitarian intervention under international law*, „International Legal Theory” Summer 2001, s. 75.

¹⁰⁹ KWPT, op. cit., art. 60 ust. 5.

¹¹⁰ R. Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge 2002, s. 220.

środków odwetowych o charakterze gospodarczym w celu skłonienia do przestrzegania norm z zakresu praw człowieka, koniecznym wydaje się takie uregulowanie, które zapewni, że represalia nie spowodują zagrożenia dla podstawowych praw jednostek. Potwierdza to praktyka¹¹¹. Francuskie kolektywne środki odwetowe przeciwko rządzącemu Republiką Środkowo-Afrykańską Bokassie, po zamordowaniu 85 osób przez jego osobistą gwardię, oraz brytyjskie środki odwetowe przeciwko Argentynie po zajęciu przez nią Falklandów, zostały ustanowione w taki sposób, aby nie ingerować istotnie w życiowe, edukacyjne i medyczne potrzeby jednostek¹¹².

Fundamentalny zakaz stosowania akcji odwetowych przeciwko ludności cywilnej obowiązujący w międzynarodowym prawie humanitarnym odzwierciedla art. 50 ust 1 pkt c.

Międzynarodowe prawo humanitarne stopniowo rozwijało system chroniący poszczególne grupy osób oraz dóbr przed represaliami¹¹³. Już w konwencji haskiej z 1929 r. o więźniach wojennych represalia zostały zakazane przeciwko zdefiniowanym grupom osób. Zakaz ten został rozszerzony w podstawowych dla prawa humanitarnego konwencjach genewskich z 12.8.1949 r.¹¹⁴. Każda z 4 konwencji zawiera wśród swoich zasad kategoryczny zakaz stosowania represaliów wobec osób, a w pewnym zakresie i obiektów, chronionych przez daną konwencję. I Konwencja genewska o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych na lądzie zabrania w art. 46 „stosowania zarządzeń odwetowych wobec rannych, chorych, personelu, budynków lub materiału znajdujących się pod ochroną niniejszej Konwencji”. II Konwencja genewska o polepszeniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu zabrania w art. 47 „stosowania zarządzeń odwetowych wobec rannych, chorych, rozbitków, personelu, statków i sprzętu, znajdujących się pod ochroną niniejszej Konwencji”. III Konwencja genewska traktowaniu jeńców wojennych w art. 13 ust. 3 określa, że „jeńcy wojenni powinni być również stale chronieni zwłaszcza przed każdym aktem gwałtu lub zastraszenia, przed zniewagami i ciekawością publiczną. Środki odwetowe względem nich są zabronione”. IV Konwencja genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny w art. 33 ust. 3 stwierdza, że „środki odwetowe w stosunku

¹¹¹ L.B. de Chazournes, *Economic countermeasures in an interdependent world*, American Society of International Law Proceedings April 5–8, 1995, s. 339/340.

¹¹² Fourth Report of the Special Rapporteur, Gaetano Arangio-Ruiz, pkt 79, (44th session of the ILC (1992)); A/CN.4/444 and Add.1 and Corr.1 and Add. 2–3.

¹¹³ D. Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law In Armed Conflicts*, Oxford 1999, s. 205.

¹¹⁴ Dz.U. z 1956 r. Nr 38, poz. 171.

do osób podlegających ochronie i ich mienia są wzbronione”. Ochronie w świetle powołanej wyżej konwencji podlegają „osoby, które kiedykolwiek i w jakikolwiek sposób znalazły się w razie konfliktu lub okupacji we władzy jednej ze Stron w konflikcie lub Mocarstwa okupacyjnego, których nie są obywatelami”¹¹⁵. Analogiczny zakaz zamieszczono w konwencji haskiej z 14.5.1954 r. w odniesieniu do dóbr kultury¹¹⁶, w której „Wysokie Umawiające się Strony powstrzymają się od wszelkich środków odwetu wymierzonych przeciw dobrom kulturalnym”¹¹⁷.

Powyższe zakazy wzmacnia Protokół Dodatkowy do Konwencji Genewskich z 1949 r., dotyczący Ochrony Ofiar Międzynarodowych Konfliktów Zbrojnych¹¹⁸, sporządzony w Genewie 8.6.1977 r. W art. 20 Protokołu zakazuje się represji przeciwko rannym chorym i rozbitkom, cywilnemu personelowi medycznemu i duchownemu oraz medycznym jednostkom i środkom transportu. Art. 51 ust 6 stwierdza „zabronione są ataki skierowane tytułem represaliów przeciwko ludności cywilnej lub osobom cywilnym”. Celem ataków nie powinny być również dobra o charakterze cywilnym, jak określa art. 52 ust. 1¹¹⁹. Ponadto przedmiotem represaliów nie mogą być:

- a) budowle historyczne, dzieła sztuki lub miejsca kultu religijnego, które stanowią dziedzictwo kulturalne lub duchowe narodów¹²⁰,
- b) dobra niezbędne dla przetrwania ludności cywilnej, takie jak środki żywnościowe i strefy rolnicze, które je wytwarzają, jak zbiory, bydło, urządzenia i zbiorniki z wodą do picia, urządzenia nawadniające¹²¹, oraz
- c) środowisko naturalne¹²²
- d) budowle i urządzenia zawierające niebezpieczne siły, a zwłaszcza zapory, groble i elektrownie jądrowe¹²³.

Kolejne unormowania w zakresie represaliów odnaleźć można w Protokole w Sprawie Zakazów lub Ograniczeń Użycia Min, Min-Pułapek

¹¹⁵ Art. 4.

¹¹⁶ Dz.U. z 1957 r. Nr 46, poz. 212.

¹¹⁷ Art. 4 ust. 4.

¹¹⁸ Tzw. Protokół I (dostępne na stronie – <http://www.vilp.de/Plpdf/p198.pdf>).

¹¹⁹ Przepis ten stanowi, że „dobrami o charakterze cywilnym są wszystkie dobra, które nie są celami wojskowymi w rozumieniu ustępu 2”. Natomiast zgodnie z art. 52 ust. 2 „celami wojskowymi są tylko takie, które z powodu swej natury, swego rozmieszczenia, swego przeznaczenia lub wykorzystania wnoszą istotny wkład do działalności wojskowej i których całkowite lub częściowe zniszczenie, zajęcie lub zneutralizowanie daje określoną korzyść w danej sytuacji”.

¹²⁰ Art. 53 Protokołu I;

¹²¹ Art. 54 Protokołu I;

¹²² Art. 55 Protokołu I;

¹²³ Art. 56 Protokołu I;

i Innych Urzędzeń (Protokół II)¹²⁴, gdzie w art. 3 „zabrania niezależnie od okoliczności użycia min, min-pułapek i innych urządzeń przeciwko ludności cywilnej jako takiej oraz przeciwko poszczególnym osobom cywilnym, zarówno w celach ofensywnych, jak i obronnych lub odwetowych”.

Mimo, że uregulowania traktatowe dotyczące ograniczenia stosowania represaliów są stosunkowo rozwinięte, należy podkreślić, iż nie znajdują one zastosowania do konfliktów międzynarodowych, stanowiących znaczącą większość współczesnych konfliktów zbrojnych¹²⁵. Protokół II z 1977 r. do konwencji genewskich w sprawie konfliktów międzynarodowych nie zawiera ograniczeń dotyczących środków odwetowych. Stąd istotne znaczenie w zakresie represaliów w prawie humanitarnym ma prawo zwyczajowe. Powszechnie uznaje się za wiążące normy zwyczajowe określające, że środki odwetowe powinny być poprzedzone ostrzeżeniem oraz konieczność spełniania przez nie zasady proporcjonalności¹²⁶. Pewne ograniczenie dla możliwości stosowania represaliów zbrojnych ustanowił MTS, który w opinii doradczej dotyczącej legalności groźby lub użycia broni jądrowej stwierdził, że „wiele zasad prawa humanitarnego mających zastosowanie do konfliktów zbrojnych jest tak fundamentalna dla ochrony osoby ludzkiej i podstawowych zasad ludzkości, że powinny być przestrzegane przez wszystkie państwa, bez względu na to czy ratyfikowały one daną konwencję, ponieważ stanowią nienaruszalne zasady międzynarodowego prawa zwyczajowego”¹²⁷. Ponadto Międzynarodowy Trybunał Karny ds. byłej Jugosławii w sprawie Kupreskic uznał, że zakaz represaliów w z art. 51 ust 6 i art. 54 ust 4 Protokołu I z 1977 r. stanowi prawo zwyczajowe¹²⁸. W przygotowanym w 2005 r. przez Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża, „studium poświęconemu zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitarnemu” zawierającemu listę zasad międzynarodowego prawa humanitarnego posiadających charakter norm zwyczajowych, odnaleźć można kolejne reguły odnoszące się do środków odwetowych. Zasada 145 określa, że „stosowanie represaliów wojennych, w przypadku, gdy nie są one zabronione przez prawo międzynarodowe, podlega surowym warunkom”. Zasady 146 i 147 potwierdzają zwyczajowy charakter zakazów określonych w konwencjach genewskich

¹²⁴ Dz.U. z 1984 r. Nr 23, poz. 104

¹²⁵ J.-M. Henckaerts, *Studium poświęcone zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitarnemu: wkład w zrozumienie i poszanowanie zasad prawa dotyczących konfliktu zbrojnego*, Warszawa, 2006, s. 7–8.

¹²⁶ D. Fleck, op.cit., s. 205; R. Provost, *International...*, s. 184–185.

¹²⁷ I.C.J. Reports 1996, s. 257, pkt. 79.

¹²⁸ *The Prosecutor v. Kupreskic*, Orzeczenie Międzynarodowego Trybunału ds. Byłej Jugosławii z 14.1.2000 r., nr IT-95-16-T, pkt. 531–6.

oraz konwencji haskiej o ochronie dóbr kultury. Za szczególnie istotną z wyżej omówionych względów uznać należy zasadę 148 stanowiącą, że: „Stronom międzynarodowych konfliktów zbrojnych nie przysługuje prawo do stosowania represaliów wojennych. Zabronione jest stosowanie innych środków odwetowych przeciwko osobom, które nie biorą lub przestały brać bezpośredni udział w działaniach zbrojnych

Uregulowaniem podsumowującym i uzupełniającym zarazem dotychczasowe uwarunkowania co do możliwości stosowania represaliów jest art. 50 ust 1 pkt d, który wskazuje, że przedmiotem środków odwetowych nie mogą być normy imperatywne tj. *ius cogens*. Przepis ten został oparty na art. 53 KWPT, który określa, że „imperatywną normą powszechnego prawa międzynarodowego jest norma przyjęta i uznana przez międzynarodową społeczność państw jako całość za normę, od której żadne odstępstwo nie jest dozwolone”.

(4) Środki odwetowe nie mogą wpływać na zobowiązania dotyczące rozstrzygnięcia sporów, ani na podstawowe zasady prawa dyplomatycznego i konsularnego.

Na konieczność przestrzegania zobowiązań istotnych do utrzymania komunikacji pomiędzy państwami toczącymi spór wskazuje art. 50 ust. 2 projektu, który stanowi, że: „Państwo stosujące środki odwetowe nie może zwolnić się od wypełniania zobowiązań:

- a) dotyczących systemu rozstrzygnięcia sporów mającego zastosowanie pomiędzy nim a państwem odpowiedzialnym;
- b) respektowania nienaruszalności dyplomatycznych i konsularnych agentów, lokali, archiwów i dokumentów;”

Zaważyć należy, że uregulowanie zawarte w pkt a) odwołuje się do konkretnego systemu rozstrzygnięcia sporów posiadającego związek ze sporem. Nie może zatem być to system mający zastosowanie do jakiegokolwiek zagadnienia pomiędzy zainteresowanymi państwami. Postanowienie to nawiązuje do zasady dotyczącej traktatów, że „w żadnym wypadku jednostronne zawieszenie traktatu nie oznacza, wygaśnięcia klauzul jurysdykcyjnych, ponieważ ich celem jest umożliwienie zweryfikowania, czy takie zawieszenie jest ważne”¹²⁹. Analogiczną argumentację MTS zastosował w sprawie zakładników teherańskich twierdząc, że „w żadnym wypadku zarzucane niewypełnienie zobowiązań z Traktatu o przyjaźni przez jedną ze stron może mieć skutek polegający na uniemożliwieniu

¹²⁹ Sprawa odwołania dotyczącego jurysdykcji Rady ICAO I.C.J. Reports 1972, s. 53, pkt. 46.

powoływania się na przepisy tego traktatu dotyczące pokojowego rozstrzygnięcia sporów¹³⁰.

Punkt b) omawianej regulacji ogranicza natomiast zakres, w jakim państwo poszkodowane może poprzez zastosowanie środków odwetowych postępować niezgodnie ze swoimi zobowiązaniami dotyczącymi stosunków dyplomatycznych i konsularnych. Przepis ten stanowi konsekwencję konkluzji, że „zasady prawa dyplomatycznego, konstytuują reżim szczególny, który z jednej strony nakłada na państwo przyjmujące obowiązek dotyczący przyznania budynków, przywilejów i immunitetów dyplomatycznym misjom, a z drugiej strony przewiduje możliwe ich nadużycie przez członków misji i określa środki będące w dyspozycji państwa przyjmującego do zwalczania takich nadużyć¹³¹, tzn. „prawo dyplomatyczne zapewnia środki potrzebne do obrony oraz sankcje za nielegalną działalność członków misji dyplomatycznych lub konsularnych¹³². Zakres zakazanych środków odwetowych dotyczy tych zobowiązań, które zostały ustanowione dla zagwarantowania bezpieczeństwa fizycznego i nienaruszalności, łącznie z immunitetem jurysdykcyjnym agentów dyplomatycznych i konsularnych, pomieszczeń, archiwów oraz dokumentów w każdym warunku, również konfliktu zbrojnego¹³³. Gdyby personel dyplomatyczny lub konsularny mógłby być celem środków odwetowych, stanowiłby on w rzeczywistości grupę zakładników przeciwko potencjalnym naruszeniom państwa wysyłającego, co podkopywałoby całą ideę stosunków dyplomatycznych i konsularnych. Wyłączenie wszystkich środków odwetowych oddziałujących na dyplomatyczną i konsularną nienaruszalność jest zatem uzasadnione funkcjonalnie¹³⁴. Nie uniemożliwia to zarazem, podjęcia przez państwo wysyłające działań dostępnych na podstawie Konwencji wiedeńskich z 1961 r. lub 1963 r.¹³⁵.

(5) Środki odwetowe powinny być współmierne do poniesionej szkody.

Art. 51 projektu określa, że „Środki odwetowe powinny być współmierne do szkody poniesionej, biorąc pod uwagę powagę naruszenia prawa międzynarodowego oraz prawa stron w tej kwestii”. Wyrażona

¹³⁰ Sprawa zakładników teherańskich., s. 28, pkt. 53.

¹³¹ Ibidem., s. 38, pkt. 83.

¹³² Ibidem.

¹³³ Commentaries to the draft articles on Responsibility, op.cit., s. 339.

¹³⁴ Ibidem, s. 340.

¹³⁵ Konwencja wiedeńska o stosunkach dyplomatycznych, art. 9, 11, 26, 36 (2), 43 (b), 47 (2) (a), Dz.U. z 1965 r. Nr 37, poz.232; Konwencja wiedeńska o stosunkach konsularnych, art. 10 (2), 12, 23, 25 (b), (c), 35 (3), Dz.U. z 1982 r. Nr 13, poz. 98.

w przedmiotowym artykule zasada proporcjonalności stanowi ograniczenie zakresu stosowania dozwolonych środków odwetowych. Wyraźnie nieproporcjonalny środek może być uznany za niewłaściwy by nakłonić państwo odpowiedzialne za naruszenie do przestrzegania swoich zobowiązań¹³⁶.

Zwrócić uwagę należy na zmianę terminologii stosowanej przez KPM w omawianym uregulowaniu. W poprzednich wersjach artykułu zamiast pojęcia „współmierne” („commensurate”, zastosowanego przez MTS w sprawie tamy Gabčikovo-Nagymaros), funkcjonował termin negatywny „nie wyraźnie nieproporcjonalny” („*out of proportion*” użyty w arbitrażu Naulilaa), który znacznie bardziej umożliwiał stosowanie wykładni rozszerzającej. KPM, wprowadzając za MTSem termin „współmierny” opowiedziała się za interpretacją bardziej restrykcyjną w stosunku do dotychczasowego orzecznictwa tj. wyroków w sprawach Naulilaa i umowy o ruchu lotniczym.

W tym kontekście zwrócić uwagę należy na spór Stanów Zjednoczonych i Francji powstały na tle umowy o ruchu lotniczym podpisanej przez obie strony w 1946 r. Francuskie władze uznały za nielegalną na podstawie tegoż traktatu, praktykę amerykańskich linii lotniczych Pan Am, które na trasie San Francisco – Londyn – Paryż, planowały wprowadzić zmianę samolotu na mniejszy (Boeing 727 zamiast Boeinga 747) w trakcie międzylądowania w Londynie. Modyfikacja ta planowana od 1.5.1978 r. miała umożliwić bardziej skuteczne i ekonomiczne wykorzystanie floty Pan Am. Władze francuskie stały na stanowisku, że umowa z 1946 r. pozwala na zmianę wielkości samolotu jedynie na terytorium jednego z państw-stron i pod ściśle określonymi warunkami. Twierdziły, że ponieważ umowa nie zawierała uregulowania dotyczącego możliwości podjęcia takiego działania w państwie trzecim, amerykańskie linie lotnicze nie mogły podejmować tego typu działań, chyba że za wyraźnym pozwoleniem strony francuskiej¹³⁷. Z taką interpretacją umowy nie zgodziły się zarówno Pan Am, jak i rząd Stanów Zjednoczonych wskazując, że zmiana wielkości samolotu została pozostawiona dyskrecjonalnej władzy stron umowy, co potwierdza treść i kontekst umowy, łącznie z jej pracami przygotowawczymi, jak również długoletnia praktyka istniejąca na podstawie podobnych porozumień pozwalały uznać, że zmiana wielkości samolotu w państwie trzecim powinna być całkowicie akceptowalna. Próby

¹³⁶ Commentaries to the draft articles on Responsibility, op.cit., s. 344.

¹³⁷ L.F. Damrosch, *Retaliation or Arbitration – or Both? The 1978 United States France Aviation Dispute*, AJIL 1980, nr 4, s. 785.

porozumienia stron podejmowane na drodze międzyrządowych konsultacji nie przyniosły rezultatu. W konsekwencji w maju 1978 r. władze francuskie uniemożliwiły start amerykańskich samolotów, co spowodowało zawieszenie lotów przez Pan Am. Jednocześnie na zbliżonej trasie Paryż – Los Angeles loty kontynuował Air France. Stany Zjednoczone oprotostowały działania francuskie i zaproponowały procedurę arbitrażową¹³⁸. W braku konkretnej odpowiedzi drugiej Strony, amerykański Urząd ds. Lotnictwa Cywilnego stwierdził naruszenie umowy z 1946 r. przez Francję oraz nakazał zawieszenie wszystkich francuskich lotów z Paryża do Los Angeles po 12.7.1978 r.¹³⁹.

Ostatecznie spór został przekazany do Trybunału arbitrażowy, który miał rozstrzygnąć m.in. czy doszło do naruszenia zasady proporcjonalności. W tej kwestii Francja argumentowała, że nie może istnieć proporcjonalność pomiędzy odmową prawa do rozpoczęcia nowych, w dodatku spornych usług lotniczych, a przeszkodzeniem w niespornych usługach podejmowanych od wielu lat. Ponadto w opinii Francji gospodarcze znaczenie usług świadczonych przez Pan Am i tych świadczonych przez Air France było znacząco nieproporcjonalne. Stany Zjednoczone argumentowały natomiast, że odkąd francuskie działanie skutecznie uniemożliwiły Pan Am prawo do świadczenia swoich usług na linii Zachodnie Wybrzeże – Paryż, odpowiednie było uniemożliwienie francuskiemu przewoźnikowi świadczenia jego usług na symetrycznej trasie. W rozstrzygnięciu stwierdzono: „Istnieje powszechna zgoda, że wszystkie środki odwetowe muszą, w pierwszej kolejności, mieć pewien stopień ekwiwalentności z zarzucanym naruszeniem. Jest to powszechnie znana zasada. Należy zauważyć, że dokonanie oceny proporcjonalności środków odwetowych nie jest łatwym zadaniem i nawet w najlepszym wypadku może zostać dokonane w przybliżeniu. W opinii Trybunału przy rozpatrywaniu sporu pomiędzy państwami istotne jest, by wziąć pod uwagę nie tylko szkody poniesione przez zainteresowane przedsiębiorstwa, ale również znaczenie zasad, wynikających z zarzucanego naruszenia. Trybunał uważa, że nie wystarcza w niniejszej sprawie, porównać stratę poniesioną przez Pan Am z powodu zawieszenia planowanych usług ze stratami, które francuskie przedsiębiorstwo poniosłoby w konsekwencji środków odwetowych. Konieczne będzie również uwzględnienie znaczenia stanowiska, przyjętego przez francuskie władze, poprzez wprowadzenie zakazu zmiany wielkości samolotu w państwach trzecich. Jeśli waga zagadnienia będzie postrzegana

¹³⁸ Ibidem, s. 786.

¹³⁹ Ibidem, s. 787.

w ramach ogólnej polityki dotyczącej transportu lotniczego podejmowanej przez Stany Zjednoczone, a realizowanej poprzez zawieranie dużej liczby międzynarodowych porozumień z krajami innymi niż Francja, środki podjęte przez Stany Zjednoczone nie wydają się być wyraźnie nieproporcjonalne w porównaniu z tymi podjętymi przez Francję¹⁴⁰.

Powyższy *passus* wielokrotnie powoływany w doktrynie, wyraźnie umożliwia państwom podejmowanie środków odwetowych, które w sensie ekonomicznym mogą być nieproporcjonalne. Przedmiotowe rozstrzygnięcie zakłada również, że istotną rolę przy ocenie proporcjonalności ma jej postrzeganie przez państwa trzecie. Trybunał uznał, że z powodu ogólnoświatowej sieci istotnie zbliżonych porozumień, sposób, w jaki dwa państwa realizują i interpretują porozumienie bilateralne może mieć reperkusje wykraczające znacznie ponad jeden konkretny przypadek.

(6) Środki odwetowe mogą być podjęte w trakcie prowadzonych negocjacji tylko w wyjątkowych przypadkach.

Jeżeli w stosunkach pomiędzy toczącymi spór państwami istniejące wiążące środki rozstrzygnięcia sporów, powinny zostać zastosowane zamiast działań jednostronnych, które z reguły jedynie zaostrzają konflikt. Niemniej środki odwetowe mogą zostać podjęte, w sytuacji gdy obowiązkowy system rozstrzygnięcia sporów może nie być dostępny lub państwo odpowiedzialne za naruszenie prawa międzynarodowe nie podejmuje współdziałania w ramach obowiązujących procedur¹⁴¹.

Takie założenie znalazło się u podstaw art. 52 projektu, który stanowi w ust. 1, że „przed podjęciem środków odwetowych państwo poszkodowane powinno: wezwać państwo odpowiedzialne zgodnie z art. 43 do wypełnienia swoich zobowiązań; notyfikować państwu odpowiedzialnemu decyzję dotyczącą podjęcia środków odwetowych oraz zaproponować negocjacje”, a w ust. 2, że „uwzględniając ust. 1 pkt b, państwo poszkodowane może podjąć pilne środki odwetowe, które są konieczne do zabezpieczenia jego praw”.

Uregulowanie art. 52 ust. 1 pkt a określające wymóg notyfikacji, wynika z wyjątkowej natury oraz potencjalnie poważnych konsekwencji zastosowania środków odwetowych. Stąd przewiduje, że represalia nie powinny być podjęte zanim drugiemu państwu nie zostanie przedstawiona nota zawierająca żądanie oraz przyznanie pewnego czasu na danie odpowiedzi. W praktyce, zazwyczaj występują całkiem rozbudowane

¹⁴⁰ A. D'Amato, *International Law Coursebook*, 1994, s. 78.

¹⁴¹ Commentaries to the draft articles on Responsibility, *op.cit.*, s. 346.

i szczegółowe negocjacje dotyczące sporu zanim państwa zaczną rozważać możliwość zastosowania środków odwetowych¹⁴². Podkreśla się, że powołane wyżej uregulowanie stanowiło jeden z najbardziej kontrowersyjnych przepisów w trakcie prac KPM. Stąd z jednej strony nakaz odwołania się do negocjacji, jako warunku progowego dla podejmowania środków odwetowych w ust. 1 i wyjątek od niego w ust. 2¹⁴³. Na postanowienia art. 52 ust. 1 i 2, podobnie jak w przypadku zasady proporcjonalności, istotne znaczenie miał wyrok w sprawie umowy o ruchu lotniczym. Rozstrzygający spór Trybunał znaczącą uwagę poświęcił kwestii, czy można legalnie stosować środki odwetowe, gdy istnieje system rozstrzygania sporów. W przedmiotowej sprawie początkowo nie doszło do powołania trybunału arbitrażowego, ponieważ Francja dążyła do rozstrzygnięcia sporu na drodze konsultacji. Odmienne stanowisko prezentowały Stany Zjednoczone uznając, że prowadzenie długotrwałych konsultacji jest niecelowe, w związku z tym, że opóźnienie rozstrzygnięcia sporu daje korzyści Francji, przy jednocześnie rosnących stratach Pan Am. Stany Zjednoczone ponadto nie były skłonne negocjować uprawnień, które w ich przekonaniu już posiadały na podstawie umowy. Wprowadzenie zakazu dla francuskich lotów przez amerykańską Radę ds. Lotnictwa Cywilnego miało przyczynić się do większej skłonności Francji do szybkiego rozwiązania sporu. Zatem groźba odwetu posłużyła w tym przypadku, jako substytut mechanizmu sądowego w celu egzekucji istniejącej klauzuli arbitrażowej¹⁴⁴. Stany Zjednoczone określiły swoje działania jako przywracające równowagę w stosunkach pomiędzy zainteresowanymi państwami¹⁴⁵. Francja podnosiła, że odwołanie się do środków odwetowych podczas trwania negocjacji stanowiło naruszenie zasady dobrej wiary oraz stwarzało uzasadnione wątpliwości, co do przestrzegania potencjalnych zobowiązań wynikających z orzeczenia arbitrażowego. Opierała swoje argumenty m.in. na harwardzkim projekcie prawa traktatów z 1935 r. który wskazał, że represalia są nielegalne, kiedy istnieje wcześniej ustalone uregulowanie pomiędzy stronami dotyczące pokojowego rozstrzygania sporów. Stany Zjednoczone podkreślały natomiast, że praktyka państw nie potwierdza istnienia obowiązku niepodejmowania działań w czasie zawiśnięcia sprawy i dlatego nie może być ona postrzegana jako norma

¹⁴² Ibidem, s. 346.

¹⁴³ R. Rosenstock, *The Forty-eighth Session of the International Law Commission*, AJIL 1997, nr 2, s. 371.

¹⁴⁴ Art. X umowy z 1946 r. wymagał arbitrażu przy „jakimkolwiek sporze odnoszącym się do interpretacji lub stosowania umowy, który nie może być rozwiązany przez konsultację”.

¹⁴⁵ L.F. Damrosch, op.cit., s. 799.

zwyczajowa¹⁴⁶. W orzeczeniu wskazano: „Trybunał nie jest przekonany, że jest możliwe, w obecnym stanie stosunków międzynarodowych, stwierdzić istnienie normy zakazującej stosowanie środków odwetowych podczas negocjacji”¹⁴⁷. Odnosząc się do klauzuli arbitrażowej w wyroku stwierdzono „w zakresie, w jakim trybunał dysponuje koniecznymi środkami do osiągnięcia celów usprawiedliwiających środki odwetowe, stwierdzić należy, że prawo Stron do zainicjowania takich działań zanika. Innymi słowy, władza trybunału do decydowania o tymczasowych środkach ochronnych (...) prowadzi do zaniku władzy (możliwości) inicjowania środków odwetowych i może prowadzić do eliminacji istniejących środków odwetowych w takim zakresie, w jakim trybunał stosuje tymczasowe środki ochrony”¹⁴⁸.

Trybunał rozróżnił zatem sytuację, kiedy sprawa zawisła przed trybunałem, od okresu przed jego ustanowieniem, kiedy środki odwetowe są generalnie dopuszczalne. Wskazał, że generalnie środki odwetowe są dopuszczalne przed sądowym rozstrzygnięciem sporu, a istnienie skutecznych środków sędowo-prawnych prowadzi do zaniku prawa do nakładania środków odwetowych¹⁴⁹.

Ta konkluzja znalazła odzwierciedlenie w art. 52 ust. 3 projektu, który stanowi, że „Środki odwetowe nie mogą być podjęte, a jeżeli zostały podjęte muszą być zawieszane niezwłocznie jeżeli:

- a) akt bezprawny na podstawie prawa międzynarodowego wygaś;
- b) spór zawisł przed sądem lub trybunałem, który ma władzę do podejmowania decyzji wiążących strony”.

Uregulowanie to „nie ma zastosowania, jeżeli państwo odpowiedzialne nie zdołało w dobrej wierze implementować (zastosować) procedury rozstrzygnięcia sporów”¹⁵⁰.

W komentarzu do projektu KPM wskazuje, że przez termin „spór zawisł przed sądem lub trybunałem” należy rozumieć sytuację, kiedy trybunał lub sąd istnieje i jest w stanie zajmować się sprawą. Niemniej w przypadku trybunałów ad hoc sprawy nie można uznać za zawisłą jeżeli trybunał jeszcze się nie ukonstytuował, nawet jeśli strony zgodnie współpracują w jego utworzeniu, w tym wyborze członków trybunału. Art. 52 ust. 3 został oparty zatem na założeniu, że sąd lub trybunał,

¹⁴⁶ Ibidem, s. 802–804.

¹⁴⁷ A. D’Amato, op.cit., s. 79.

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ T.L. Stein, *Contempt, Crisis, and the Court: The World Court and the Hostage Rescue Attempt*, AJIL 1982, nr 3, s. 516.

¹⁵⁰ Art. 50 ust. 4 projektu artykułów.

który posiada kompetencję do rozstrzygnięcia sporu, posiada również możliwość zarządzania środkami tymczasowymi¹⁵¹. Gdy strona sporu przekaże sprawę do rozstrzygnięcia sądowi lub trybunałowi, państwo poszkodowane może domagać się wydania środków tymczasowych dla ochrony jego praw. Takie żądanie, jeżeli zostanie rozstrzygnięte pozytywnie dla powoda, ma pełnić funkcję istotnie podobną do środków odwetowych, czyniąc ich podjęcie bezcelowym¹⁵². W tym kontekście powstaje pytanie, czy państwo poszkodowane może podjąć środki odwetowe, jeżeli państwo sprawca naruszenia nie wykonuje środków tymczasowych zarządzonych przez trybunał, przed którym zawisła sprawa.

Z taką sytuacją spotkał się MTS w trakcie rozpatrywania sprawy tzw. zakładników w Teheranie. W listopadzie 1979 r., po tym jak irańskie oddziały paramilitarne zajęły amerykańską ambasadę w Teheranie i wzięły 66 zakładników, Stany Zjednoczone wprowadziły sankcje przeciwko Iranowi zakładające wstrzymanie importu ropy oraz zamrożeniu irańskich aktywów znajdujących się na terenie Stanów Zjednoczonych¹⁵³. Jednocześnie Stany Zjednoczone wniosły spór do MTSu, który rozpatrywał sprawę, pomimo niestawienia się przedstawicieli Iranu. „Zamrożenie aktywów” nadal było kontynuowane. W czasie gdy MTS był w trakcie przygotowywania orzeczenia, po przesłuchaniach, które odbyły się 18, 19 i 20.3.1980 r., 24.4.1980 r. Stany Zjednoczone podjęły nieudaną zbrojną operację uwolnienia zakładników. Odnosząc się w orzeczeniu do tego działania Trybunał podkreślił, że „uważa się zobowiązanym do spostrzeżenia, że podjęcie operacji w takiej sytuacji, bez względu na motyw, stanowi osłabienie szacunku dla procesu sądowego w stosunkach międzynarodowych. Podkreślił również, że pkt 47 ust. 1 regulaminu MTSu z 15.12.1979 r. stwierdza, iż strony nie powinny podejmować działań, które zwiększają napięcie pomiędzy dwoma państwami”¹⁵⁴. W opinii odrębnej, sędzia Morozow uznał, że „biorąc pod uwagę nadzwyczajne okoliczności, które pojawiły się w trakcie rozważania sprawy przez sąd, kiedy powód podjął szereg działań, które spowodowały znaczącą szkodę Republice Islamskiej Iranu, powód stracił uprawnienia zarówno prawne, jak i moralne do oczekiwania od sądu, uznania żądania o odszkodowanie”¹⁵⁵.

¹⁵¹ Zobacz np. sprawa *LaGrand (Niemcy v. Stany Zjednoczone)*, ICJ Report 2001, pkt. 99–104.

¹⁵² Commentaries to the draft articles on Responsibility, op.cit., s. 348.

¹⁵³ M. McCurdy, *Unilateral sanctions with a twist: The Iran and Libya sanctions act of 1996*, „American University International Law Review” 1997, s. 400.

¹⁵⁴ ICJ Rep. 1980, par. 93.

¹⁵⁵ Opinia odrębna sędziego Morozowa, ICJ Rep. 1980, s. 53.

Według sędziego Morozowa próba uratowania zakładników, stanowiła jedno, z wielu działań Stanów Zjednoczonych, w stosunku do których wyrażał swój sprzeciw. Należało do nich zamrożenie irańskich aktywów, zakaz handlu z Iranem, przygotowanie ustawodawstwa umożliwiającego pozyskiwanie środków odszkodowania z irańskich aktywów, łącznie ze skargami zakładników i ich rodzin. W ocenie sędziego Morozowa te środki wykluczyły możliwość przyznania reparacji powodowi w sprawie¹⁵⁶.

W tym kontekście warte podkreślenia jest fakt, że w samym wyroku MTS poza cytowanym wyżej passusem, nie odniósł się w żaden sposób do uprzednich sankcji zastosowanych przez Stany Zjednoczonych. Trybunał wspominał jedynie amerykańskie środki odwetowe wskazując na ich ekonomiczny charakter, ale nie uznał ich za bezprawne¹⁵⁷. Tylko dwóch sędziów (Związku Radzieckiego oraz Syrii) zadeklarowało, że zamrożenie irańskich aktywów było aktem przymusu mającym na celu wpłynięcie na rezultat sporu i dlatego niezgodne z amerykańską skargą do sądu¹⁵⁸. Niektórzy autorzy przyczyn braku krytyki Trybunału działań podjętych przez Stany Zjednoczone upatrują w nieefektywności środków tymczasowych uprzednio orzeczonych przez Trybunał¹⁵⁹ oraz całkowitym lekceważeniu MTSu przez Iran. Przedmiotowa sprawa wyraźnie wskazała jednak, że zakaz podejmowania represaliów określonych w art. 52 ust. 3 może w sytuacji nieposzanowania jurysdykcji Trybunału przez państwo naruszydźciela przyczynić się raczej do zwiększenia bezprawia niż jego zakończenia.

4.3. Kolektywne środki odwetowe

Znaczące kontrowersje wzbudził art. 54 projektu: „Ten rozdział nie wpływa na prawa państwa, upoważnionego na podstawie art. 48 ust. 1 do podnoszenia odpowiedzialności innego państwa, do podjęcia legalnych środków przeciwko temu państwu w celu zapewnienia zaprzestania naruszenia lub uzyskania reparacji interesie państwa poszkodowanego lub państw-beneficjentów naruszonego zobowiązania”.

Cytowany przepis przez odesłanie do art. 48 ust. 1 projektu¹⁶⁰ sugeruje, że nie tylko państwa poszkodowane są upoważnione do powoływania

¹⁵⁶ T.L. Stein, *op.cit.*, s. 503.

¹⁵⁷ ICJ Rep. 1980, par. 30–31.

¹⁵⁸ Opinia odrębna sędziego Morozowa i sędziego Tarazi, ICJ Rep. 1980, pkt 53–54, 63–65.

¹⁵⁹ L. Henkin, R. Crawford Pugh, O. Schachter, H. Smit, *op.cit.*, s. 576.

¹⁶⁰ Art. 48 ust. 1 i 2 stanowią: „1. Każde państwo inne niż państwo poszkodowane jest uprawnione do podniesienia odpowiedzialności innego państwa zgodnie z ust 2 jeżeli: (a) zobowiązanie naruszone odnosiło się do grupy państw, do której należy to państwo, oraz zostało

się na odpowiedzialność państwa, za zachowanie sprzeczne z prawem międzynarodowym¹⁶¹. Prowadzi raczej do konkluzji, że może to czynić każde państwo, w przypadku naruszenia zobowiązania względem społeczności międzynarodowej jako całości, lub każdy członek grupy państw, w sytuacji naruszenia zobowiązań ustanowionych dla ochrony ich wspólnych interesów. Niejasne pozostaje jednak, w jakim stopniu państwa mogą legalnie domagać się uznania prawa do występowania przeciwko tego typu naruszeniom prawa międzynarodowego¹⁶². Środki, o których wspomina artykuł 54 projektu artykułów, za J. Crawfordem określane są, jako kolektywne środki odwetowe. Termin ten po raz pierwszy użyty został w trzecim raporcie Specjalnego Sprawozdawcy, dla opisu reakcji na naruszenie kolektywnego zobowiązania podejmowanego przez państwa, które nie są bezpośrednio dotknięte naruszeniem, w imieniu kraju poszkodowanego lub wspólnoty międzynarodowej¹⁶³. Sformułowanie „kolektywny” nie oznacza, że działania te muszą zostać podjęte zgodnie przez kilka państw¹⁶⁴. Odnosi się natomiast do faktu, że są podejmowane w imieniu wspólnego (kolektywnego) interesu wspólnoty międzynarodowej. Stąd pojawią się postulaty doktryny wprowadzenia terminu „środki odwetowe w interesie ogólnym”, zamiast pojęcia „kolektywne środki odwetowe”, który powoduje iluzję zgodnej akcji, kiedy tzw. „kolektywne” akcje są w rzeczywistości indywidualnymi inicjatywami państw¹⁶⁵.

ustanowione dla ochrony interesu kolektywnego grupy, lub (b) zobowiązanie naruszone odnosiło się do społeczności międzynarodowej jako całości. 2. Każde państwo uprawnione do podnoszenia odpowiedzialności na podstawie ust. 1 może domagać się od państwa odpowiedzialnego: (a) zaprzestania prawnomiędzynarodowego naruszenia (międzynarodowego aktu bezprawnego) oraz zapewnienia i gwarancji nie dokonywania dalszych naruszeń zgodnie z art. 30, oraz (b) realizacji obowiązku reparacji zgodnie z poprzednimi artykułami, w interesie państwa poszkodowanego lub podmiotów uprawnionych na podstawie zobowiązania, które zostało naruszone”.

¹⁶¹ Zob. również art. 42 projektu: „Państwo jest uprawnione, jako poszkodowane, do podniesienia odpowiedzialności innego państwa, jeżeli nastąpiło naruszenie zobowiązań odnoszących się do: (a) Tego państwa indywidualnie, lub (b) Grupy państw, do których należy to państwo, lub społeczności międzynarodowej jako całości, a naruszenie zobowiązania (i) Szczególnie dotyczy tego państwa, lub (ii) Jest takiego rodzaju, że całkowicie zmienia sytuację wszystkich pozostałych państw, do których odnosi się zobowiązanie, w zakresie przyszłego przestrzegania tego zobowiązania”.

¹⁶² Commentaries to the draft articles on Responsibility, op.cit., s. 350; zob. również J. Crawford, J. Peel, S. Olleson, op.cit., s. 981.

¹⁶³ J. Crawford, *Third report on State responsibility*, International Law Commission Fifty-second session Geneva, 1.5.–9.6. i 10.7.–18.8.2000 r., A/CN.4/507, Pkt 114.

¹⁶⁴ J. Crawford, P. Bodeau, J. Peel, op.cit., s. 673.

¹⁶⁵ D. Alland, *Countermeasures of general interest*, EJIL 2002, nr 5, s. 1222. W niniejszym artykule stosowana będzie jednak konsekwentnie terminologia zaproponowana przez J. Crawforda, która spotkała się ze znaczącym poparciem członków Komisji Prawa Międzynarodowego, zob. Yearbook of the International Law Commission, vol. I 2000 New York, A/CN.4/SER. A/2000, s. 334–336.

Kolektywne środki odwetowe dotyczą przypadków, kiedy państwa, które nie poniosły szkody w klasycznym jej rozumieniu dążą do odpowiedzi na naruszenie niektórych zobowiązań o charakterze *erga omnes* lub *ius cogens* istotnych dla bezpieczeństwa wspólnoty międzynarodowej jako całości. Możliwość podejmowania tego typu działań jest zagadnieniem tak kontrowersyjnym, a według niektórych nawet niebezpiecznym dla porządku międzynarodowego, że KPM wyraźnie uniknęła wyrażenia stanowiska co do legalności środków odwetowych podjętych przez państwo inne niż poszkodowane¹⁶⁶. Niemniej kwestia kolektywnych środków odwetowych stanowi przedmiot wielu komentarzy, zwłaszcza w świetle szerokiej praktyki państw w zakresie podejmowania działań przez kraje nie poszkodowane bezpośrednio, przeciwko państwu nieprzestrzegającemu swoich międzynarodowych zobowiązań. Podkreśla się, że uniemożliwienie państwom reagowania na naruszenia norm *ius cogens*, lub zobowiązań *erga omnes*, uczyniłoby nieskuteczne i bezcelowe wyróżnienie tych norm spośród innych w prawie międzynarodowym. Dlatego pod określonymi warunkami, nawet państwa trzecie, które nie są bezpośrednio poszkodowane, powinny mieć prawo do reagowania na poważne naruszenie prawa międzynarodowego, szczególnie w przypadku zobowiązań prawnomiędzynarodowych, co do których wszystkie państwa mają interes prawny w egzekwowaniu ich przestrzegania¹⁶⁷. Zakaz podejmowania kolektywnych środków odwetowych uniemożliwiłoby państwom reakcje na poważne naruszenia norm, odzwierciedlających podstawowe zasady dla społeczności międzynarodowej¹⁶⁸. Ponieważ nie wszystkie naruszenia praw człowieka muszą koniecznie zagrażać międzynarodowemu pokojowi i bezpieczeństwu, wskazuje się, że RB nie powinna stanowić jedyne instrumentu do egzekwowania przestrzegania prawa międzynarodowego. Według niektórych przedstawicieli doktryny długookresowa praktyka bilateralnego zapewniania przestrzegania prawa, przez przeprowadzanie operacji militarnych udowodniła, że takie działania powinny pozostawać dostępną odpowiedzią na poważne i systematyczne naruszenia praw człowieka¹⁶⁹. Wiele państw akceptuje zasady normatywne stanowiące podstawę kolektywnych środków odwetowych¹⁷⁰, dostrzegając,

¹⁶⁶ R. Rosenstock, M. Kaplan, op.cit., s. 413.

¹⁶⁷ P. Malanczuk, *Akehurst's modern introduction to international law*, wyd. 7 zmienione, London–New York 1997, s. 271.

¹⁶⁸ M. Kaplan, op.cit., s. 1930.

¹⁶⁹ M. Sellers, *The legitimacy of humanitarian intervention under international law*, „International Legal Theory” Summer 2001, s. 79.

¹⁷⁰ M. Kaplan, op.cit., s. 1912.

że w innym wypadku interes wspólnotowy nie byłby przestrzegany¹⁷¹. Kilkanaście krajów poparło wprowadzenie kolektywnych środków odwetowych do projektu artykułów¹⁷². W sytuacji, kiedy państwo narusza swoje międzynarodowe zobowiązania oraz ignoruje późniejsze żądania do zaprzestania naruszenia, kolektywne środki odwetowe mogą stanowić rozsądną alternatywę w porównaniu z bezskuteczną serią żądań, wypełniania międzynarodowego zobowiązania¹⁷³. Istotnym argumentem za kolektywnymi środkami odwetowymi w przypadku braku państwa bezpośrednio poszkodowanego jest ochrona społeczności (jednostek), które nie mają prawnych możliwości domagania się swoich praw tak w kraju, jak i za granicą. Mimo, że istnieje ryzyko błędnej oceny przez państwa podejmujące represalia kolektywne, ich zaniechanie w sytuacji poważnych i systematycznych naruszeń praw człowieka wydaje się nie do zaakceptowania¹⁷⁴.

Taki wniosek prowadzi do konkluzji, że środki odwetowe mogą być stosowane, kiedy państwo poszkodowane nie jest w stanie samo ich podjąć w celu skłonienia naruszcyciela do przestrzegania swoich zobowiązań. Ponadto powinna istnieć możliwość ich podejmowania, gdy państwo narusza zobowiązania względem swoich obywateli, którzy mogą nie być w stanie skłonić rządzących do zaprzestania takiej praktyki. Kolektywne środki odwetowe mogłyby być podjęte również w sytuacji naruszenia praw, które są przedmiotem zainteresowania wszystkich państw. Tak np. kiedy Iran rażąco nie wypełnił swoich zobowiązań wynikających z Konwencji o stosunkach dyplomatycznych i Konwencji o stosunkach konsularnych w czasie tzw. kryzysu zakładników w 1979 r. Przynajmniej w trzech przedstawionych przypadkach postuluje się, aby państwa trzecie mogły mieć możliwość podejmowania nielegalnych działań w celu zapewnienia egzekwowania międzynarodowych zobowiązań, kiedy inne środki są niedostępne lub nieskuteczne. Najczęściej spotykane tego typu środki odwetowe stanowiłyby konsekwencję naruszeń dotyczących praw człowieka – opartych często na wszystkich trzech wymienionych przesłankach, tzn.

¹⁷¹ State responsibility Comments and observations received from Governments Fifty-third session Geneva, 23.4.–1.6. i 2.7.–10.8.2001 r., A/CN.4/515, Hiszpania stała na stanowisku, że kiedy następuje poważne naruszenie art. 41 projektu, każde państwo powinno mieć możliwość odwołania się do środków odwetowych, Holandia twierdziła, że przypadku naruszenia zobowiązania względem społeczności międzynarodowej państwo bezpośrednio poszkodowane nie może ograniczać praw innych państw do stosowania środków odwetowych.

¹⁷² M.in. Austria, Holandia i Polska, State responsibility Comments and observations received from Governments Addendum, International Law Commission Fifty-third session Geneva, 23.4.–1.6.2001 r. i 2.6.–10.8.2001 r., s. 18–19, A/CN.4/515/Add.2.

¹⁷³ M. Kaplan, op.cit., s. 1913.

¹⁷⁴ Ibidem, s. 1929.

faktu, że zobowiązanie jest nie wypełniane względem jednostek, które nie mają możliwości dochodzenia ochrony swoich praw, ponieważ naruszeń dokonuje ich własny rząd, a zobowiązanie ma charakter *erga omnes*¹⁷⁵. Podkreśla się zatem, że choć istnieje pewne ryzyko związane z pozwoleniem państwom na stosowanie kolektywnych środków odwetowych, całkowity ich zakaz wydaje się nie być konieczny¹⁷⁶.

Dostrzegając zalety możliwości podejmowania środków odwetowych, zauważyć należy, że istnienie prawa do jednostronnego egzekwowania kolektywnych zobowiązań na podstawie indywidualnie postrzeganej przez państwa konieczności działania, bez autoryzacji Rady Bezpieczeństwa, wprowadza swoiste domniemanie pierwszeństwa prawa naturalnego ponad Kartą NZ i prowadzi do chaosu w systemie prawnomiędzynarodowym. W perspektywie długookresowej, z pozoru słuszne i skuteczne jednostronne egzekwowanie prawa międzynarodowego, nie przyczynia się do osiągnięcia wspólnego interesu. Simma dostrzega istotne zagrożenie dla interesu wspólnego, jeśli poszczególne państwa miałyby postępować jako: „samodzielnie wybrani strażnicy tego, co one postrzegają jako wspólny interes”¹⁷⁷. Zatem państwa nawet, jeśli dostrzegają pozytywne elementy koncepcji kolektywnych środków odwetowych, jak zwiększenie świadomości, że zobowiązania prawa międzynarodowego dotyczące agresji, podstawowych praw człowieka, środowiska naturalnego powinny być przedmiotem ogólnego interesu i wspólnej uwagi¹⁷⁸, nie są skłonne otwierać puszkę pandory, w postaci zezwolenia każdemu członkowi społeczności międzynarodowej stać się oskarżycielem w imieniu tej społeczności. J. Crawford, ostatni specjalny sprawozdawca KPM w zakresie odpowiedzialności państw podkreślił, że „zgoda na kolektywne środki odwetowe wprowadza ryzyko istnienia zachęty dla mocarstw do ogólnoświatowej czujności”¹⁷⁹. Podczas debat nad kolektywnymi środkami odwetowymi w szóstym Komitecie, przedstawiciel Meksyku podkreślił brak poparcia dla tej instytucji w dotychczasowym prawie międzynarodowym oraz zagrożenie, jakim jest pozostawienie jednostronnemu uznaniu państwa kwestii, czy poważne naruszenie zobowiązania *erga omnes* rzeczywiście

¹⁷⁵ J.K. Cogan, *Noncompliance and the International Rule of Law*, „The Yale Journal of international law” 2006, vol. 31, s. 200.

¹⁷⁶ M. Kaplan, op.cit., s. 1928.

¹⁷⁷ S.R. Pemmaraju, *International Organizations and Use of Force*, [w:] *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, (red. N. Ando, E. McWhinney, R. Wolfram), t. II, Haga 2002, s. 1596.

¹⁷⁸ G. Gaja, *Do State Have Duty to Ensure Compliance with obligations erga omnes by other states?*, [w:] *International Responsibility Today, Essays in Memory of Oscar Schachter*, (red. M. Ragazzi), 2005, s. 31.

¹⁷⁹ M. Kaplan, op.cit., s. 1920.

nastąpiło, w szczególności, jeśli żadne państwo nie zostało poszkodowane przez naruszciciela¹⁸⁰. Konsekwencją takiego działania może być bowiem osłabienie ochrony praw człowieka zamiast jej poprawienia¹⁸¹. Legalne kolektywne sankcje o charakterze niemilitarnym muszą być zaaprobowane przez Radę Bezpieczeństwa na podstawie rozdz VII Karty, w szczególności art. 41¹⁸².

Podsumowując podkreślić należy, że legalność kolektywnych środków odwetowych przeciwko państwu odpowiedzialnemu za naruszenie zobowiązań o charakterze *erga omnes* jest niepewne¹⁸³ i powinno być postrzegane jako *lex lata*¹⁸⁴. Taki charakter mają również postulaty dotyczące warunków, które tego rodzaju podniesienie odpowiedzialności powinno spełniać. Wynikają one z przekonania, że całkowity zakaz stosowania środków odwetowych przez państwa trzecie, nie daje żadnych gwarancji jego przestrzegania przez silniejsze podmioty społeczności międzynarodowej, w szczególności biorąc pod uwagę brak mechanizmu egzekwowania takiego zakazu. Stąd uważa się, że w celu uczynienia międzynarodowego porządku prawnego bardziej skutecznym, zwłaszcza w zakresie ochrony wspólnych (kolektywnych) wartości, należy przyznać państwom trzecim legitymację do stosowania środków odwetowych pod określonymi warunkami¹⁸⁵. Należą do nich obowiązek uprzedniej notyfikacji, działanie w celu skłonienia naruszciciela do przestrzegania prawa, proporcjonalność oraz pozostałe zastrzeżenia określone przez KPM w projekcie artykułów. Sugeruje się również wprowadzenie obowiązku współpracy państw podejmujących środki odwetowe kolektywne, co umożliwiłoby ograniczenie możliwości potencjalnego rozprzestrzenienia się sporu. W tym kontekście zauważyć należy istotne znaczenie reakcji państwa bezpośrednio poszkodowanego. Sporne jest jednak, czy kolektywne środki odwetowe mogłyby zostać podjęte bez zgody tego państwa, tzn. w braku jego żądania¹⁸⁶.

¹⁸⁰ Ibidem, s. 1921.

¹⁸¹ Embargo Stanów Zjednoczonych względem Kuby, mimo, że początkowo nie stanowiło odpowiedzi na naruszenia praw człowieka, szybko stało się przede wszystkim sprawą wolnych wyborów oraz przestrzegania praw człowieka. Ta metoda egzekwowania prawa międzynarodowego spotkała się jednak ze znaczną krytyką w związku z uznawaniem kubańskich obywateli jako głównych poszkodowanych przez embargo.

¹⁸² L. Henkin, R. Crawford Pugh, O. Schachter, H. Smit, op.cit., s. 581.

¹⁸³ Commentaries to the draft articles on Responsibility, op.cit., s.355.

¹⁸⁴ S.R. Pemmaraju, op.cit., s. 1608.

¹⁸⁵ E. Katselli, *Countermeasures by Non-Injured States in the Law on State Responsibility*, s. 5 (dostępne na stronie – <http://www.esil-sedi.org/english/pdf/Katselli.PDF>).

¹⁸⁶ J. Crawford, P. Bodeau, J. Peel, op.cit., s. 674; Autorzy stoją na stanowisku, że państwa trzecie są upoważnione do podjęcia środków odwetowych w imieniu państwa poszkodowanego, za jego zgodą i w zakresie tej zgody.

Niewątpliwie natomiast represalia kolektywne nie ograniczałyby prawa państwa poszkodowanego do podjęcia środków odwetowych, jakie mogą być konieczne dla zachowania jego praw¹⁸⁷. Równocześnie zauważyć należy, że tak długo jak kwestia środków odwetowych państw trzecich pozostaje nierozwiązana, niebezpieczeństwo podjęcia takich działań w formie sprzecznej z prawem międzynarodowym pozostaje aktualne¹⁸⁸.

5. Ocena postanowień dotyczących środków odwetowych, zawartych w projekcie artykułów o odpowiedzialności państw, w świetle stanowisk państw i doktryny prawa międzynarodowego

Przyjęcie przez KPM projektu artykułów dotyczących odpowiedzialności państw stanowiło kulminację ponad 40 lat prac KPM oraz reprezentowało ważny krok w kodyfikacji i postępowym rozwoju prawa międzynarodowego¹⁸⁹. Projekt KPM spotkał się z niezwykle szerokim komentarzem zarówno ze strony państw i międzynarodowych trybunałów jak i doktryny. Wśród wielu opinii pozytywnych, dostrzec można było również szereg wątpliwości, zastrzeżeń oraz wyraźnych sprzeciwów. Odnosiły się one w znacznym stopniu do środków odwetowych¹⁹⁰. Pomimo zatwierdzenia ostatecznego tekstu projektu, nie wygasły kontrowersje dotyczące omawianej instytucji. W ogniu krytyki znalazły się tak poszczególne artykuły, jak i koncepcja środków odwetowych *per se*. Ponadto ważnym okazało się również zagadnienie przyszłości samego projektu artykułów. Kompleksowy komentarz do projektu w zakresie środków odwetowych przedstawił kraj mający największą praktykę w ich stosowaniu tj. Stany Zjednoczone. Podkreśliły one konieczność usunięcia restrykcji dotyczących środków odwetowych zawartych w art. 50–55, które nie odzwierciedlają prawa zwyczajowego, oraz praktyki państw i mogą podkopać próby pokojowego rozstrzygnięcia sporów międzynarodowych. Stany Zjednoczone domagały się całkowitej rewizji art. 51, postulując nawet jego skreślenie, ponieważ, po pierwsze, nie jest konieczny w obliczu ograniczeń już nałożonych na państwa przez Kartę NZ, po drugie, jest niekonkretny i nieprzejrzysty. Twierdziły ponadto, że art. 52 dotyczący proporcjonalności powinien być zmie-

¹⁸⁷ S.R. Pemmaraju, *op.cit.*, s. 1595.

¹⁸⁸ E. Katselli, *op.cit.*, s. 5.

¹⁸⁹ D.D. Caron, *op.cit.*, s. 474.

¹⁹⁰ *Ibidem.*, s. 475.

niony tak by odzwierciedlał istotny cel nakładania środków odwetowych. Również art. 53 ustanawiający cztery warunki rządzące odwoływaniem się przez państwa do środków odwetowych, powinien być zmodyfikowany tak, aby usunąć wymagania dotyczące podejmowania środków odwetowych oraz aby odzwierciedlić, że na podstawie prawa zwyczajowego państwo może stosować środki odwetowe zarówno przed, jak i podczas negocjacji z państwem naruszającym prawo międzynarodowe.

W kwestii proporcjonalności środków odwetowych, Stany Zjednoczone uznały, że „na podstawie prawa międzynarodowego zasada proporcjonalności ma zastosowanie do wykonywania środków odwetowych, ale prawo zwyczajowe zakłada również istnienie elementu nakłaniającego w założeniach zasady proporcjonalności. (...) proporcjonalność może wymagać aby środki odwetowe były dostosowane do konieczności nakłonienia czyniącego zło do przestrzegania swoich zobowiązań”¹⁹¹. Zatem Stany Zjednoczone wskazywały, że wymóg konieczności podejmuje zagadnienie początkowej decyzji, co do zastosowania środków odwetowych. Stawia pytanie, czy środki odwetowe są konieczne i dlatego powinien być uwzględniony jako aspekt zasady proporcjonalności z art. 52, a nie art. 50, jak zostało to uregulowane w Projekcie¹⁹². Stany Zjednoczone podkreślały również, że art. 52 używa pojęcie „współmierny” zaczerpniętego z orzeczenia w sprawie tamy Gabčíkovo-Nagymaros, mimo że MTS nie wskazał wyraźnie, co rozumie pod tym terminem. W tym kontekście twierdziły, że użyteczne refleksje dotyczące pojęcia „współmierny” i odnoszące się zasady proporcjonalności można odnaleźć w opinii odrębnej sędziego Schwebela w sprawie dotyczącej paramilitarnej aktywności w i przeciw Nikaragui. Sędzia Schwebel – cytując sędziego Ago – zauważył, że: „w przypadku zachowania podjętego w celu ukarania (...) jest oczywiste, że akcja mająca na celu ukaranie oraz uprzednie naruszenie powinny być wzajemnie współmierne, jednak w wypadku akcji podjętej w konkretnym celu zatrzymania lub odparcia ataku zbrojnego, nie oznacza to, że akcja taka powinna być bardziej lub mniej współmierna z atakiem. Jej legalność nie może być mierzona inaczej, jak tylko poprzez jej zdolność dla osiągnięcia pożądanego rezultatu”¹⁹³. Mimo, że analiza proporcjonalności sędziego Schwebela powstała w kontekście kolektywnej samoobrony, według Stanów Zjednoczonych jego rozumowanie znajduje również zastosowanie do środków odwetowych¹⁹⁴. Powyższa argumentacja w znacznym stopniu

¹⁹¹ *US Comments on ILC Draft Articles on State Responsibility*, AJIL 2001, nr 3, s. 627.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ Sprawa działalności militarnej, ICJ Rep. 1986, s. 363, pkt. 201.

¹⁹⁴ *US Comments*, op.cit., s. 627.

stanowiła wyraz niepokoju Waszyngtonu, że termin „współmierny” może być interpretowany niewłaściwie, jako posiadający węższe znaczenie niż termin „proporcjonalny”. Stany Zjednoczone stały na stanowisku, że środki odwetowe nie muszą być dokładny ekwiwalentem naruszenia, dowodząc, że zasada proporcjonalności zezwala na akty, które są dostosowane do ich celu, tj. nakłonięcia naruszcyciela do postępowania w zgodzie z jego międzynarodowymi zobowiązaniami. Odpowiednio ze zmianami zaproponowanymi przez Stany Zjednoczone, art. 52 powinien mieć następującą treść: „Środki odwetowe muszą być proporcjonalne do szkody poniesionej, biorąc pod uwagę znaczenie aktu sprzecznego z prawem międzynarodowym oraz prawami w sprawie, podobnie jak poziom odpowiedzi konieczny dla skłonienia państwa odpowiedzialnego, za akt spreczny z prawem międzynarodowym do przestrzegania swoich zobowiązań”¹⁹⁵.

W odróżnieniu od poglądów Stanów Zjednoczonych przeważające głosy doktryny stały na stanowisku, że włączenie środków odwetowych do sytuacji wyłączających odpowiedzialność odzwierciedla słabość egzekwowania przestrzegania prawa międzynarodowego i wiązało się z przekonaniem, że reżim ten przesadnie faworyzuje większe i potężniejsze państwa posiadające możliwość stosowania środków o charakterze samopomocy. Dlatego ograniczenie stosowanie przez umieszczenie szczegółowych kryteriów dla środków odwetowych w rozdziale III, części II postrzegane było, jako konieczne.

Krytykę sposobu uregulowania przez KPM okoliczności wyłączających odpowiedzialność, a zatem również środków odwetowych, wyraziła prof. Lowe. Stwierdził, że KPM niewłaściwie uznała powyższe okoliczności za legalne, zamiast określić je jako nielegalne, ale usprawiedliwione. W świetle tej koncepcji państwo nie jest uwolnione od realizacji zobowiązania, choć jego naruszenie może wytłumaczyć szczególnymi okolicznościami¹⁹⁶. Takie podejście według prof. V. Lowe zmniejszyłoby prawdopodobieństwo naruszania norm pierwszego rzędu¹⁹⁷. Zasadność tej krytyki poddał w wątpliwość ostatni sprawozdawca J. Crawford podkreślając, że z projektu artykułów w żaden sposób nie wynika przyjęcie przez KPM krytykowanego przez prof. V. Lowe podejścia. Z innej perspektywy prof. J. Bederman wskazywał, że uregulowanie środków odwetowych przez KPM paradoksalnie może stanowić zachętę do ich stosowania. Twierdził, że „nie byłby to pierwszy raz, kiedy decyzja, aby uregulować akt

¹⁹⁵ Ibidem, s. 628.

¹⁹⁶ V. Lowe, *Precluding wrognfulness or Responsibility: Plea for Excuses*, EJIL 1999, nr 2, s. 406.

¹⁹⁷ Ibidem, s. 410.

jednostronny w celu kontrolowania jego stosowania, stworzyłaby niezamierzony skutek; zarówno zastrzeżenia do traktatów, jak i linie podstawowe w prawie morza uległy upowszechnieniu dużo większemu niż planował to MTS, kiedy uznał je za legalne¹⁹⁸.

Reasumując wskazać należy, że krytyka projektu artykułów z punktu widzenia braku odpowiedniej szczegółowości, czy poszczególnych rozwiązań w pewnym stopniu zawsze będzie uzasadniona. Mimo to nie można zaprzeczyć, że tak jak w przypadku prac KPM nad immunitetami i przywilejami, prawem morza, czy prawem traktatów, również w zakresie odpowiedzialności państw, KPM stworzyła solidną podstawę dla przyszłego rozwoju prawa międzynarodowego¹⁹⁹.

6. Charakter i przyszłość projektu artykułów o odpowiedzialności państw

Przyszłość projektu artykułów po zakończeniu prac KPM było przedmiotem kontrowersji, jeszcze zanim projekt artykułów został ostatecznie przyjęty. Istotne podziały istniały w ramach KPM w kwestii, co należy zarekomendować Zgromadzeniu Ogólnemu. Niektórzy członkowie popierali natychmiastowe zebranie się konferencji dyplomatycznej w celu uchwalenia konwencji na bazie projektu artykułów. Inni natomiast, wraz ze specjalnym sprawozdawcą, byli zdania, że Zgromadzenie Ogólne powinno po prostu odnotować fakt przygotowania projektu artykułów, i że jakakolwiek decyzja, dotycząca przygotowania międzynarodowej konwencji w tym przedmiocie powinna zostać odłożona na kilka lat, w celu umożliwienia państwom zapoznania się z projektem artykułów w praktyce²⁰⁰. Niewątpliwie za najbardziej przejrzyste i konkretne rozwiązanie losów projektu uznać należałoby dyplomatyczną konferencję, przyjmującą na jego podstawie traktat poddany ratyfikacji państwom. Niemniej według J. Crawforda taka konieczność nie istnieje w przypadku projektu o odpowiedzialności państw²⁰¹.

Zbliżony przebieg do dyskusji w KPM miały deliberację przedstawicieli państw w Szóstym Komitecie. Kilkunastu sugerowało, że jedynym właściwym środkiem, który by odzwierciedlił znaczenie projektu

¹⁹⁸ J. Crawford, *op.cit.*, s. 885.

¹⁹⁹ R. Rosenstock, *op.cit.*, s. 797.

²⁰⁰ J. Crawford, S. Olleson, *The continuing debate on a UN convention on state responsibility*, „International & Comparative Law Quarterly” October 2005, s. 959.

²⁰¹ J. Crawford, *op.cit.*, s. 890.

artykułów, stanowiłoby przekształcenie ich w konwencję. Przedstawiciel Federacji Rosyjskiej, podkreślając znaczenie projektu artykułów w odzwierciedlaniu podstawowych zasad, jako cennej pomocy, wyraził szereg uwag, co do poszczególnych przepisów, które jak sugerował mogą i powinny być zmienione, podczas przygotowywania wiążącego instrumentu międzynarodowego. W tym celu zaproponował stworzenie grupy roboczej w celu zbadania projektu artykułów. Odmiennego zdania była grupa państw, łącznie ze Stanami Zjednoczonymi i Wielką Brytanią, która wyraziła pogląd, że działanie Zgromadzenia Ogólnego w 2001 r. polegające na powierzeniu artykułów uwadze rządów było wystarczające i żadne inne działanie nie jest konieczne, ani pożądane. Podkreślały one kruchość osiągniętego kompromisu w ostatecznym tekście artykułów i przestrzegały, że ponowne otwarcie debaty mogłoby prowadzić do rozczłonkowania tekstu i niewielkiej liczby ratyfikacji potencjalnej konwencji²⁰². Przedstawiciel Niemiec wskazywał, że projekt artykułów w znacznym stopniu odzwierciedla prawo zwyczajowe. Inne stanowisko zajmowała Francja twierdząc, że projekt nie stanowi jedynie kodyfikacji zwyczaju i dlatego uchwalenie konwencji jest konieczne²⁰³. Oba powyższe stanowiska łączyła Holandia uwydatniając z jednej strony znaczny stopień, w jakim artykuły odzwierciedlają prawo zwyczajowe, oraz z drugiej strony ważną rolę, jaką odgrywają w kierowaniu praktyką państw w tych sferach, w których nie odzwierciedlają prawa zwyczajowego²⁰⁴.

Różnice zdań, co do przyszłego charakteru projektu artykułów dotyczącego odpowiedzialności państw powodują, że nie ma obecnie możliwości, aby postanowienia dotyczące środków odwetowych znalazły odzwierciedlenie w wielostronnej umowie międzynarodowej. Niemniej fakt definitywnego uregulowania represaliów, przynajmniej na potrzeby projektu z 2001 r., należy uznać za mający zasadnicze znaczenie. Z jednej strony kodyfikuje on bowiem istniejące prawo zwyczajowe w tym zakresie, istotnie ułatwiając międzynarodowym sądom i trybunałom stosowanie przepisów dotyczących środków odwetowych dla oceny zachowania państw, jak uczynił to MTS w sprawie tamy Gabčikovo-Nagymaros. Z drugiej strony natomiast, przez postępowy rozwój prawa dotyczącego podejmowania represaliów projekt artykułów dotyczących odpowiedzialności państw wyznacza nowy standard, będący ważnym punktem odniesienia dla przyszłej międzynarodowej praktyki w tym zakresie.

²⁰² J. Crawford, S. Olleson, *op.cit.*, s. 961.

²⁰³ *Ibidem*, s. 963.

²⁰⁴ *Ibidem*, s. 964.