

Małgorzata Andrzejczak-Świątek

Koncepcja "uprzywilejowania kombatanta" w stosunku do dziecka biorącego bezpośredni udział w działaniach wojennych

Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego 2, 203-218

2011

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

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.

MIĘDZYNARODOWE PRAWO HUMANITARNE KONFLIKTÓW ZBROJNYCH

Małgorzata Andrzejczak-Świątek

Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie, Wydział Administracji i Bezpieczeństwa Wewnętrznego,
Instytut Prawa

Koncepcja „uprzywilejowanego kombatanta” w stosunku do dziecka biorącego bezpośredni udział w działaniach wojennych

Słowa kluczowe: dziecko, ochrona praw dziecka, prawo humanitarne, konflikt zbrojny, kombatant.

Punktem wyjścia do rozważań na temat statusu prawnego dziecka w konflikcie zbrojnym winno być odniesienie się do zasad etycznych leżących u podstaw prowadzenia działań zbrojnych, w szczególności chodzi o próbę odpowiedzi na pytanie, kiedy mamy do czynienia z wojną sprawiedliwą i czy w ogóle coś takiego jak wojna sprawiedliwa istnieje.

Nie jest to pytanie bezzasadne, bowiem gdy wziąć pod uwagę całokształt unormowań prawa humanitarne, a zwłaszcza ograniczenia w metodach i sposobach prowadzenia działań zbrojnych, zupełnie słuszny jest wniosek, iż to perspektywy etyki i moralności miały decydujący wpływ na kształtowanie się systemu ochrony praw człowieka w sytuacji konfliktu zbrojnego, przede wszystkim w odniesieniu do jednostek wymagających szczególnej troski i ochrony.

Etyka konfliktu zbrojnego prowadzi do założenia, iż sytuacja, w której dochodzi do cierpienia i krzywdy ludzkiej w tak ogromnej skali, musi w istocie podlegać ocenie moralnej. Co prawda postulat, ażeby tylko względy moralne, a nie doraźne interesy takich czy innych podmiotów prawa międzynarodowego kształtowały system prawa międzynarodowego wydaje się być nierealny do zrealizowania i dość „iluzoryczny”, jednakże nie można wykluczyć całkowicie oparcia systemu norm prawnych o prosty i obiektywny podział na to, co jest dobre (dopuszczalne) i na to, co jest złe (zabronione przez prawo).¹

¹ Podobny pogląd reprezentują: T. Żuradzki, T. Kuniński, [w:] T. Żuradzki, T. Kuniński, *Etyka wojny. Antologia tekstów*, s. 7. Zdaniem autorów aktualnie obowiązujące porozumienia międzynarodowe, regulujące dopuszczalność wojny i interwencji zbrojnej lub ustalające reguły prowadzenia konfliktów zbrojnych, są nie tylko umowami przyjętymi dla wygody ich stron, lecz także opierają się na naszych głęboko zakorzenionych intuicjach moralnych, które dotyczą usprawiedliwienia stosowania przemocy wobec innych ludzi.

Teoria wojny sprawiedliwej w odniesieniu do *ius in bello* generalnie opiera się na określeniu reguł i sposobów prowadzenia działań zbrojnych tak, aby do minimum ograniczyć cierpienie osób zagrożonych przez konflikt, a także skierować operacje wojskowe tylko przeciwko celom wojskowym.

Trafnie zauważa Jan Sandorski, iż: *prawo humanitarne – ze względu na fakt, że jest wykonywane w szczególnych warunkach, w których wewnętrzna i międzynarodowa kontrola przestrzegania jest bardzo utrudniona – stara się być nader pragmatyczne i maksymalnie samowykonalne.*²

Stąd też system prawa humanitarnego cechuje bardzo wyraźne uszczegółowienie norm prawnych, dotyczących ochrony praw człowieka. Adresatem tych norm nie jest już zazwyczaj podmiot powszechny – „każda osoba”, ale podmioty potencjalnie narażone na stanie się bezpośrednią ofiarą działań zbrojnych: „ranni i chorzy”, „rozbitkowie”, „jeńcy wojenni”, „kobiety i dzieci”, „osoby cywilne” czy też „dzieci do lat 15”³

Z punktu widzenia zagadnienia dzieci jako adresatów norm prawa humanitarnego, należy zwrócić uwagę na fakt, iż mimo ujęcia określonych kategorii dzieci w kontekście podmiotów chronionych, żadna z czterech konwencji genewskich z 1949 r. nie zawiera klauzuli generalnej, nakazującej uznać dziecko za podmiot szczególnej troski.⁴ Taka reguła została unormowana wiele lat później w art. 77 I Protokołu dodatkowego do konwencji genewskich.⁵

Specyfika norm prawnych przejawia się także w ich charakterystycznym rozbudowaniu. W porównaniu do unormowań z dziedziny praw człowieka w sytuacji pokoju, prawo humanitarne znacznie większą wagę przywiązuje do kwestii rzeczywistego przestrzegania tych norm i odpowiedzialności w przypadku niezachowania się zgodnie z ich dyspozycją. Sankcje bowiem nie są skierowane tylko i wyłącznie do państw, które ratyfikowały daną umowę międzynarodową, lecz odpowiedzialność za zbrodnie wojenne i przestępstwa

² J. Sandorski, *Czy art. 38 Konwencji o Prawach Dziecka gwarantuje należyłą ochronę dziecka w trakcie konfliktu zbrojnego?*, [w:] *Konwencja o Prawach Dziecka. Analiza i wykładnia*, Red. T. Smyczyński, Poznań 1999, 309.

³ „Dzieci do lat 15” są adresatami art. 23 IV konwencji, który nawiązuje do godnego poziomu życia także w czasie działań wojennych, a także art. 14, na mocy którego strony w konflikcie mogą tworzyć punkty sanitarne do ochrony między innymi dzieci przed skutkami wojny, w art. 50 IV konwencji genewskiej wyróżnione są „dzieci osierocone” lub „odłączone od rodziców na skutek wojny”, które podlegają opiece mocarstwa okupacyjnego w przypadku, gdy miejscowe instytucje są nieodpowiednie; art. 51 IV konwencji genewskiej gwarantuje dzieciom, które nie ukończyły 18 lat wolność od pracy przymusowej. Szczególną kategorią dzieci podlegających ochronie, na którą należy zwrócić uwagę, jest wskazanie na osoby nieletnie. Stanowi o tym art. 76 IV konwencji, który mówi o zapewnieniu specjalnych warunków odbywania kary pozbawienia wolności dla osób nieletnich.

⁴ Nawiązując do powyższego przypisu i ujęcia podmiotu ochronnego w określone kategorie dzieci podlegających ochronie, chodzi tu głównie o IV Konwencję genewską o ochronie osób cywilnych podczas wojny z 12 sierpnia 1949 r. Tekst Konwencji znajduje się [w:] M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów*, Warszawa 2003, s. 313 i n.

⁵ Tekst dokumentu znajduje się [w:] M. Flemming, op. cit., s. 389.

popęłnione w związku i w trakcie trwania konfliktu zbrojnego ponoszą do-
wódcy, władze wojskowe czy też osoby bezpośrednio odpowiedzialne za doko-
nanie czynu zabronionego.

Ponadto, niewątpliwa trudność w zapewnieniu skuteczności prawa hu-
manitarnego wymusza niejako ową konieczność rozbudowania i uszczegóło-
wienia norm prawnych. Zwróćmy uwagę, iż w warunkach konfliktu zbrojne-
go niewystarczające jest wprowadzenie li tylko ogólnego zakazu stosowania
tortur, nieludzkiego, poniżającego traktowania i karania (który to zakaz jako
norma *ius cogens* ma oczywiście charakter absolutny, niederogowalny i roz-
ciąga się na sytuacje wojny), ale z punktu widzenia pełnej ochrony praw
człowieka w niezwykle trudnych warunkach działań zbrojnych, gdzie często
zawodzą krajowe i międzynarodowe mechanizmy kontrolne, niezbędne jest,
ażeby „rozbić” tę normę w odniesieniu do konkretnych sytuacji, które mogą
wiązać się potencjalnie z narażeniem danej osoby właśnie na tortury, nie-
ludzkie bądź poniżające karanie i traktowanie. Z tychże względów prawo
humanitarne szczegółowo normuje przykładowe kwestie postępowania z ran-
nymi, chorymi, jeńcami wojennymi, ochronę ludności znajdującej się w stre-
fie zneutralizowanej, itp.

Zważyć należy, iż głównym celem unormowań międzynarodowego prawa
humanitarnego jest szeroko pojęte złagodzenie okrucieństw wojny. Z tego też
względem elementarnego znaczenia nabiera założenie, że skoro wojna (co do
zasady) jest stosunkiem między państwami, a nie między ludnością walczą-
cych ze sobą państw, to działania wojenne powinny być skierowane przeciw-
ko siłom zbrojnym przeciwnika. Ludność cywilna, pojedyncze osoby cywilne
oraz dobra kultury nie mogą być celem ataku.⁶

Zasada rozróżniania jest – obok zasady humanitaryzmu, zasady koniecz-
ności wojskowej oraz zasady proporcjonalności środków i metod prowadzenia
działań zbrojnych – jedną z podstawowych zasad prowadzenia działań zbroj-
nych, zarówno jeżeli chodzi o wojnę na lądzie, jak również działania prowa-
dzone na morzu i w powietrzu. Pozwala ona wyznaczyć pewien obszar
ochronny, bowiem w uproszczeniu możemy przyjąć, iż zgodnie z zasadą roz-
różniania dopuszczalne jest atakowanie celów wojskowych, natomiast zabro-
niony jest atak na cele cywilne.⁷

Z punktu widzenia właściwej interpretacji i przestrzegania zasady roz-
różniania niezwykle istotna okazała się konieczność zdefiniowania pojęcia
„ludność cywilna”.

⁶ Szerokie omówienie zagadnienia norm prawa humanitarnego oraz zasad, na których opie-
ra się konflikt zbrojny znajduje się m.in., [w:] H. P. Grasser, *Międzynarodowe prawo humanitar-
ne. Wprowadzenie*, Instytut Henry Dunant 1993, Polski Czerwony Krzyż 1997, s. 17 i n.

⁷ Por. *Umiejędźniardowiony konflikt wewnętrzny*, (Red) J. Pawłowski, A. Ciupiński,
Warszawa 2001, s. 212 i n. Autorzy szczegółowo omawiają zagadnienie zasad prawa kon-
fliktów zbrojnych w procesie organizowania i prowadzenia walki zbrojnej. W ramach zasa-
dy rozróżniania zwracają uwagę na fakt, iż aby można było uznać cel za wojskowy, musi
on spełniać dwa warunki: cel musi mieć charakter wojskowy bądź to ze względu na swą
naturę lub funkcję spełnianą w chwili ataku; atak musi mieć uzasadnienie jako wsparcie
wojennego wysiłku strony atakującej. Tak więc cele wojskowe to m.in. siły zbrojne.

Filozoficzno-etyczny podział na „walczących” i „niewalczących” nie znalazł odzwierciedlenia w praktyce, bowiem w niemal każdym konflikcie zbrojnym w skład sił zbrojnych mogą wchodzić osoby „niewalczące”, ale pełniące określoną rolę w siłach zbrojnych, służących realizacji celu wojskowego. Zagadnienie to *stricto* dotyczy problemu udziału dziecka w działaniach wojennych.

Opublikowany w 1996 r. przez byłą minister edukacji Mozambiku Gracę Machel raport *Wpływ konfliktów zbrojnych na dzieci*⁸ ukazuje w sposób przerażający i boleśnie okrutny skalę zjawiska udziału dzieci w działaniach wojennych oraz problem wcielania dzieci do oddziałów zbrojnych w konfliktach współczesnych, toczących się po II wojnie światowej.⁹

Z raportu wyłania się obraz konfliktów (m.in. Republika Konga, lata 1998–1999, Sierra Leone, lata 1991–1999, Uganda, gdzie konflikt trwa od niemalże 20 lat, Sudan), gdzie dzieci stanowią istotną część sił zbrojnych, będąc przymusowo wcielone do oddziałów. Wykorzystywane są do różnych działań bojowych, do rozminowywania terenów, nierzadko jako „żywe tarcze” lub w celach seksualnych. Dzieci ponadto są łatwym podmiotem do manipulacji, pod wpływem środków odurzających zatracają podstawowe instynkty, pozwalające im na przestrzeganie choćby minimalnego standardu zasad moralnych.¹⁰

Uznając zatem za bezsprzeczny fakt, iż dziecko w konflikcie zbrojnym może występować niejako w dwojakiej roli: albo nie jest bezpośrednio zaangażowane w konflikt i stanowi część ludności cywilnej albo pełni określoną funkcję w siłach zbrojnych, konieczne staje się prawnomaterialne rozróżnienie statusu dziecka – „substratu” ludności cywilnej oraz dziecka – członka sił zbrojnych.

Pojęcie „ludności cywilnej” zostało zdefiniowane w art. 50 Protokołu dodatkowego do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r. dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych, przyjętego w Genewie dnia 8 czerwca 1977 r. (I Protokół dodatkowy)¹¹ Za ludność cywilną będziemy zatem uważać każdą osobę nie należącą do sił zbrojnych oraz nie będącą jeńcem wojennym; obejmuje ono swym zasięgiem wszystkie osoby cywilne. Co istotne, obecność wśród ludności cywilnej pojedynczych osób nie odpowiadających określeniu osoby cywilnej nie pozbawia tej ludności jej cywilnego charakteru.

Art. 51 I Protokołu dodatkowego wypełnił istniejącą lukę w prawie międzynarodowym i uregulował zasadę rozróżniania jako podstawową klauzulę,

⁸ Raport został sporządzony w następstwie Rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ 48/157 z 1993 r. pt. *Ochrona dzieci dotkniętych przez konflikty zbrojne*.

⁹ UN, UNICEF, Report of Graca Machel, Impact of Armed Conflict on Children, 26.08.1996 r., A/51/306.

¹⁰ Szersze omówienie zagadnienia udziału dzieci we współczesnych konfliktach zbrojnych, [w:] G. Michałowska, *Problemy ochrony praw człowieka w Afryce*, Warszawa 2008, s. 394 i n.

¹¹ M. Flemming, op cit., s. 361 i n.

mającą zapewnić ochronę ludności cywilnej. Kluczowym unormowaniem jest wprowadzenie ogólnego zakazu ataków na ludność cywilną jako taką oraz na osoby cywilne. Zabronione są również ataki bez rozróżniania, które to pojęcie obejmuje swym zasięgiem m.in. ataki, które nie są skierowane przeciwko określonej celowi wojskowemu.¹²

Niezmiernie istotna jest wykładnia przepisów Protokołów dodatkowych w kontekście innych aktów międzynarodowego prawa humanitarnego. Podkreślić bowiem należy, iż prawo humanitarne – zgodnie z koncepcją indywidualnego charakteru praw człowieka – ma być skuteczne w przypadku konkretnych naruszeń. Nie mniej ważna jest również specyfika implementacji norm międzynarodowego prawa humanitarnego.

Przykładowo, w wyroku w sprawie rozpatrywanej przez Izbę Orzekającą Specjalnego Trybunału do spraw Sierra Leone przeciwko: A.T. Brima, B.B. Kamara, S. B. Kanu z dnia 20 czerwca 2007 r. Trybunał uznał, iż na potrzeby art. 2 Statutu Trybunału definicja ludności cywilnej zawarta w art. 50 Protokołu dodatkowego ma za szeroki zakres. Trybunał stwierdził, że istnieje różnica między osobą cywilną, a osobą *hors de combat*. Ta ostatnia to wciąż członek sił zbrojnych. Dlatego też należy przyjąć węższą definicję ludności cywilnej celem zapewnienia przestrzegania zasady rozróżniania między osobami cywilnymi a kombatantami.¹³

Podkreślić jednakże należy, iż osoby mieszczące się w kategorii „ludność cywilna” tracą swój uprzywilejowany status ochronny przyznany na mocy IV konwencji genewskiej, jednakże – jak słusznie podkreśla się w doktrynie prawa humanitarnego – *brak jest jednoznaczności w określeniu, kiedy ludność cywilna (w tym dzieci) biorą udział w działaniach zbrojnych*.¹⁴

Godzi się w tym miejscu zwrócić uwagę na dość kluczową kwestię w odniesieniu do podstaw prawnych zasady rozróżniania. Owa zasada nie wynika tylko i wyłącznie ze stypulacji umów międzynarodowych¹⁵, ale wchodzi w zakres co najmniej sześciu norm międzynarodowego prawa zwyczajowego, które

¹² Ibidem.

¹³ Treść orzeczenia w sprawie przeciwko A.T. Brima, B.B. Kamara, S.B. Kanu Izba Orzekająca 2007 jest dostępna na stronie STSL: <<http://www.sc-sl.org/index.html>>, dostęp: ????????

Art. 2 Statutu STSL stanowi, iż Specjalny Trybunał ma prawo do sądenia osób, które popełniły następujące zbrodnie w ramach szeroko zakrojonych i systematycznych ataków przeciwko jakiegokolwiek ludności cywilnej: zabójstwo, eksterminacja, niewolnictwo, deportacja, uwięzienie, torturowanie, zgwałcenie, niewolnictwo seksualne, przymusowa prostytucja, wymuszona ciąża i inne formy przemocy seksualnej, prześladowanie z powodów politycznych, rasowych lub religijnych, inne czyny nieludzkie (treść dokumentu znajduje się [w:] M. Fleming, op. cit., s. 535 i n.).

¹⁴ N.J. Udombana, *War is not child's play! International law and the prohibition of children's involvement in armed conflicts*, „Temple International and Comparative Law Journal” 2006, vol. 20, no 1, s. 77 [cyt. za:] M. Szuniewicz, *Ochrona praw dzieci w konflikcie zbrojnym a II Protokół Fakultatywny do konwencji genewskich* [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie. Osiągnięcia i wyzwania*, Red. T. Jasudowicz, Toruń 2007, s. 77.

¹⁵ Dość poważną przeszkodę w stosowaniu i skuteczności rozwiązań traktatowych jest fakt, iż umowy międzynarodowe obowiązują tylko te państwa, które je ratyfikowały.

mają zastosowanie zarówno w czasie trwania międzynarodowych, jak i niem międzynarodowych konfliktów zbrojnych. Zgodnie z stanowiskiem Międzynarodowego Trybunału Karnego wyrażonym w wyroku z dnia 1.10.1946 r., *prawo wojenne zawarte jest nie tylko w traktatach, ale także w zwyczajach i obyczajach, które stopniowo zdobyły ogólne uznanie*.¹⁶

Powszechna praktyka przyjęta przez państwa¹⁷ doprowadziła do powstania zwyczaju rozróżniania pomiędzy osobami cywilnymi a kombatantami. Wypracowana norma prawa zwyczajowego opiera się na założeniu, iż strony konfliktu powinny zawsze rozróżniać osoby cywilne i kombatantów. Ataki mogą być kierowane jedynie przeciwko kombatantom. Ataków nie wolno kierować przeciwko osobom cywilnym. Osobami cywilnymi są natomiast wszystkie osoby nie będące członkami sił zbrojnych. Nie korzystają one jednak z ochrony przed atakami, jeżeli uczestniczą bezpośrednio w działaniach zbrojnych, przez czas trwania takiego uczestnictwa.¹⁸

Nie jest przedmiotem niniejszego opracowania omówienie kwestii ochrony ludności cywilnej w konflikcie zbrojnym. Powyższe rozważania mają jednakże stanowić pewien punkt odniesienia do dalszych wniosków, mających na celu ustalenie rzeczywistego statusu dziecka biorącego udział w konflikcie zbrojnym. Nie budzi bowiem wątpliwości, iż w świetle całokształtu unormowań prawa humanitarnego dziecko, które nie „przynależy” do sił zbrojnych (o kwestii owej „przynależności” za chwilę) i jest częścią ogólnie pojętej „ludności cywilnej”, zgodnie z zasadą rozróżniania nie może być celem ataków i korzysta ze szczególnej ochrony.

Zważając na fakt, iż dziecko jest podmiotem wymagającym szczególnej troski i ochrony (tym większej, gdy chodzi o sytuacje ekstraordynaryjne, w których skuteczność przestrzegania uniwersalnych instrumentów prawnych odnoszących się do ochrony dziecka, takich jak chociażby Konwencja o Prawach Dziecka staje się zgoła utrudniona), godzi się rozważyć, czy w istocie na mocy obowiązujących instrumentów prawa międzynarodowego dziecko w konflikcie zbrojnym, nie mieszczące się w kategorii „ludność cywilna”, ma status uprzywilejowany. Ba, pójdźmy tym tokiem myślenia dalej – skoro nie budzi wątpliwości fakt, że dziecko jest podmiotem „kwalifikowanych” gwarancji pod kątem przysługującej mu ochrony prawnomiędzynarodowej

¹⁶ Treść wyroku znajduje się [w:] T. Cyprian, J. Sawicki, *Materiały Norymberskie*, Warszawa 1948, s. 197.

¹⁷ W zasadzie zakres powszechnej praktyki, przyjętej przez państwa, należy rozpatrywać z dwóch perspektyw: po pierwsze, przez pryzmat tego, jaka praktyka przyczynia się do powstania międzynarodowego prawa zwyczajowego (wybór praktyki państw); po drugie, czy praktyka ta tworzy zasadę międzynarodowego prawa zwyczajowego. Patrz: Jean-Marie Henckaerts, *Studium poświęcone zwyczajowemu prawu humanitarnemu: wkład w zrozumienie i poszanowanie zasad prawa dotyczących konfliktu zbrojnego*, Warszawa 2006, s. 9.

¹⁸ Wymienione zasady międzynarodowego prawa humanitarnego zostały uznane za zasady posiadające charakter norm zwyczajowych w tzw. *Studium geneewskim*, poświęconym zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitarnemu, opracowanym przez Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża na wniosek Międzynarodowej Konferencji Czerwonego Krzyża i Czerwonego Półksiężycy. Patrz także: *ibidem*, s. 30.

dowej, to w takim razie zastanowić się należy, czy „dziecko – kombatant” jest w świetle mph uprzywilejowane w porównaniu do „dorosłego kombatanta”.

Zważywszy wszakże na założenia leżące u podstaw rozwoju prawa humanitarnego, a więc wspomnianą już koncepcję „wojny sprawiedliwej”, gdzie możliwie maksymalnie eliminuje się ryzyko narażenia osób cywilnych na zbędne cierpienia i śmierć, oczywiste jest, iż normy „wojny sprawiedliwej” opartej o zasady humanitaryzmu, winny w sposób szczególny chronić dziecko – również to, które na skutek działań dorosłych zostało „wepchnięte” w wojenną maszynę i wykorzystane do realizacji celów wojskowych.

Wcielanie dzieci do oddziałów zbrojnych i wykorzystywanie dzieci do działań zbrojnych jest, w świetle prawa międzynarodowego, zabronione. Zakaz taki został sformułowany w prawie traktatowym, co prawda, stosunkowo niedawno, bowiem dopiero w roku 1977, wraz z przyjęciem dwóch protokołów dodatkowych do konwencji genewskich z 1949 r.¹⁹ normę zakazującą rekrutacji i angażowania dzieci w działania zbrojne uznano za powszechnie wiążącą normę zwyczajową międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych.²⁰

Zgodnie z art. 77 ust. 2 I Protokołu, *strony konfliktu poczynią wszelkie praktycznie możliwe kroki, by dzieci poniżej 15 lat nie uczestniczyły bezpośrednio w działaniach zbrojnych; zwłaszcza będą powstrzymywać się od powoływania ich do swych sił zbrojnych. W razie powoływania osób między 15 a 18 rokiem życia, strony będą się starały dać pierwszeństwo starszym.*²¹

Podobnie Protokół II w art. 4 ust. 2 pkt (c) stanowi, iż *dzieci w wieku poniżej 15 lat nie powinny być wcielane do sił lub grup zbrojnych, ani też nie powinny otrzymywać zezwolenia na udział w działaniach zbrojnych.*²²

Licząc się z praktycznymi aspektami respektowania powyższych unormowań, uzasadnione kontrowersje budzą sformułowania pozostawiające stronom dokumentu pewien „margines swobody” (w tym przypadku zupełnie niepotrzebny). Na tle porównawczym znacznie większy pułap ochronny gwarantuje Protokół II, który zamiast podjęcia *feasible measures* wprowadza jednoznaczny zakaz wcielania i zezwalania na udział w działaniach zbrojnych.

¹⁹ Chodzi o I Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Genewa 8 czerwca 1977 r.), oraz II Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (Genewa 8 czerwca 1977 r.).

²⁰ Zob. J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck (eds.), ICRC, Cambridge 2005; za normy prawa zwyczajowego uznano: zasadę 136: „Children must be not recruited into armed forces or armed groups” (s. 136), oraz zasadę 137: „Children must not be allowed to take part in hostilities” (s. 485) – obie normy są aktualne zarówno podczas międzynarodowego, jak i niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego; Por. również: M. Szuniewicz, *Studium prawa zwyczajowego „Customary International Humanitarian Law”*, [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie. Osiągnięcia i wyzwania*, red. T. Jasudowicz, Toruń 2007, s.11 in.

²¹ Tekst dokumentu znajduje się [w:] M.Flemming, op. cit., s. 389.

²² Ibidem, s. 405.

Poza tym Protokół I posługuje się pojęciem „bezpośredni udział (*direct participation*) w działaniach zbrojnych”. Trudności może nastęrczać wykładnia owej „bezpośredniości”.

Czy „chwilowy” udział w walkach można zakwalifikować do „bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych”? Czy przymusowe pełnienie w siłach zbrojnych określonej funkcji jest „bezpośrednim” czy „pośrednim” udziałem w konflikcie? Wreszcie, czy wprowadzanie swoistej kategoryzacji stopnia udziału w konflikcie nie osłabia gwarancji ochronnych dziecka?

Zdaniem autorów komentarza do PD – *nie jest zadaniem prawa humanitarnego czynić różnice oparte na motywach, które pchnęły daną osobę do uczestniczenia w konflikcie zbrojnym.*²³ Ocena tych motywów będzie miała miejsce w trakcie postępowania karnego. W czasie takiego postępowania można ocenić także sposób zachowania się, czy też postępowania uczestnika konfliktu zbrojnego.²⁴

Jednakże w przypadku ochrony dziecka biorącego udział w konflikcie zbrojnym, to właśnie motyw jego udziału pełnią zasadniczą rolę w kontekście jego statusu prawnego w sytuacji konfliktu zbrojnego. Oczywiście jest bowiem, w świetle doświadczeń współczesnych konfliktów zbrojnych, iż w ogromnej większości dzieci są wcielane do różnego rodzaju oddziałów zbrojnych pod szeroko pojętym przymusem. Poza tym stopień niedojrzałości dziecka nie pozwala mu na świadomą i racjonalną ocenę sytuacji i chociażby zastosowanie doktryny „myślących bagnetów”.

Prawna ochrona dziecka w konflikcie zbrojnym nie wynika li tylko ze stypulacji międzynarodowego prawa humanitarnego. Jak trafnie ujął to Tadeusz Jasudowicz, *konieczne jest iunctim pomiędzy świadomością i czuciem międzynarodowego prawa humanitarnego oraz prawa międzynarodowego praw człowieka, w ich wzajemnym i szlachetnym uzupełnianiu się i wspieraniu.*²⁵

Takim swoistym *iunctim* – ogniwem łączącym prawo humanitarne z prawem międzynarodowym praw człowieka – z punktu widzenia ochrony dziecka w konflikcie zbrojnym okazał się, delikatnie rzecz ujmując, „niefortunny” art. 38 Konwencji o Prawach Dziecka. Leszek Wiśniewski, komentując treść art. 38, wprost użył określenia „szokujący”.²⁶

Komentując rozwiązania art. 38 konwencji, nie sposób nie odnieść się do zasady skuteczności i pełnego poszanowania praw człowieka, która – znajdu-

²³ Por. The Geneva Conventions of the 12 August 1949. Commentary. III Geneva Convention, International Committee of the Red Cross, Geneva 1960, s. 573.

²⁴ Zob. R. Mizerski, *W ogniu „wojny z terroryzmem” o statusie kombatanata*, [w:] *Wybrane aktualne problemy międzynarodowego prawa humanitarnego*, red. M. Lubiszewski, T. Jasudowicz, R. Fordoński, Olsztyn 2005, s. 147.

²⁵ *Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych. Rekonstrukcja międzynarodowego prawa humanitarnego*, oprac. T. Jasudowicz, Toruń 1997, s. 7.

²⁶ L. Wiśniewski, *Konwencja na tle innych aktów międzynarodowych*, [w:] *Konwencja o Prawach Dziecka. Wybór zagadnień prawnych i socjalnych*, red. T. Smyczyński, Warszawa 1994, s. 3.

jąc swój wyraz w każdym traktacie odnoszącym się bezpośrednio do ochrony praw człowieka²⁷ – staje się kluczową klauzulą generalną, służącą swoistemu „uelastycznieniu” systemu praw człowieka. Jest bowiem podstawowym instrumentem prawnym, pomocnym przy wykładni oraz interpretacji zakresu ochronnego całości unormowań, składających się na katalog podstawowych praw i wolności. Zasada ta została wyrażona również w Konwencji o Prawach Dziecka, jako dokumencie, który *expressis verbis* odnosi się do ochrony dziecka w systemie uniwersalnym.

Zgodnie z art. 2 konwencji, *Państwa–Strony w granicach swojej jurysdykcji będą respektowały i gwarantowały prawa zawarte w Konwencji wobec każdego dziecka (...)*. Art. 4 konwencji stanowi z kolei, iż *Państwa–Strony” podejmą wszelkie właściwe działania ustawodawczo-administracyjne oraz inne dla realizacji praw uznanych w niniejszej Konwencji.*²⁸ W myśl art. 1 konwencji *dzieckiem jest każda istota ludzka w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletność.*²⁹

Na mocy art. 38 ust. 2 konwencji *Państwa – Strony podejmą wszelkie możliwe kroki dla zapewnienia, aby osoby, które nie osiągnęły wieku piętnastu lat, nie brały bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych.*³⁰ Zgodnie z ust. 3 tegoż artykułu, *Państwa – Strony będą powstrzymywały się przed rekrutowaniem do swoich sił zbrojnych jakiegokolwiek osoby, która nie osiągnęła wieku piętnastu lat. Przeprowadzając rekrutację spośród osób, które osiągnęły wiek piętnastu lat, lecz nie osiągnęły jeszcze osiemnastu lat, Państwa–Strony będą starały się brać pod uwagę w pierwszej kolejności osoby starsze wiekiem.*³¹

Rewolucyjny w założeniu art. 38 konwencji okazał się w zasadzie powieleniem standardów prawa humanitarnego z lat siedemdziesiątych. Stanowi bowiem odzwierciedlenie wspomnianego już art. 77 Protokołu I.

Zupełnie niezrozumiałym zabiegiem legislacyjnym jest wykluczające się wzajemnie ujęcie podmiotowego zakresu adresata praw zawartych w konwencji. Z jednej bowiem strony, zgodnie z art. 1 konwencji beneficjentem uprawnień jest każda osoba poniżej 18 roku życia, natomiast art. 38 „zawęża” zakres przyznanej ochrony czyniąc adresatem normy osoby do piętnastego roku życia.

²⁷ T. Jasudowicz rekonstruuje ową zasadę już na podstawie zapisów Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 r., w związku ze sformulowaniem założenia o „powszechnym i skutecznym uznaniu i przestrzeganiu praw człowieka” oraz umocowaniu prawa „do porządku społecznego i międzynarodowego zapewniającego możliwość pełnego urzeczywistnienia praw i wolności” [w:] T. Jasudowicz, *Granice korzystania z praw człowieka – rozwiązania Konstytucji RP na tle standardów europejskich*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku a członkostwo Polski w Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 1999, s. 34.

²⁸ Dz.U. 1991.120.526.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

Unormowanie legalizujące możliwość rekrutacji dzieci do oddziałów zbrojnych wzbudziła uzasadnione kontrowersje, zwłaszcza w państwach, w których ustawodawstwo wewnętrzne dopuszcza możliwość owej rekrutacji dopiero po ukończeniu przez dziecko osiemnastego roku życia.³² Takie podejście do kwestii dopuszczenia dziecka do udziału w konflikcie zbrojnym wiąże się z zagadnieniem pełnoletności oraz ogólną tendencją współczesnych państw, ażeby wiek osiągnięcia pełnoletności prawnej określić na poziomie osiemnastu lat.

Z tego też względu zupełnie słuszny jest komentarz do art. 38 konwencji, wyrażony przez Ilene Cohn i Guya Goodwin-Gilla, iż *jest coś paradoksalnego w skazywaniu osób, którym nie nadano praw wyborczych, na śmierć w konfliktach zbrojnych, będących konsekwencją decyzji politycznych, na które nie miały one żadnego wpływu*.³³

Uzasadnione wątpliwości wzbudza posłużenie się przez twórców Konwencji terminem „wszystkie możliwe środki” (*all feasible measures*). Wykładnia językowa tego pojęcia prowadzi wprost do wniosku, iż w pewnym stopniu mamy do czynienia ze swoistą „neutralizacją” obowiązków państw w tym zakresie. W świetle zasady skuteczności oraz rangi normowanego zagadnienia próba interpretacji przedmiotowego uregulowania budzi raczej odczucia mało optymistyczne. Trudno oczekiwać rzeczywistego przestrzegania normy, z której treści wynika bezsprzecznie pewien luz decyzyjny dla państwa, które ratyfikowało daną umowę.

Postrzegając art. 38 konwencji jako już wspomniane *iunctim* pomiędzy prawem międzynarodowym praw człowieka a międzynarodowym prawem humanitarnym, godzi się zastanowić, jaką rolę owo unormowanie odegrało w kontekście ochrony dziecka w konflikcie zbrojnym oraz jaką pozycję zajmuje i jak powinno być interpretowane w odniesieniu do innych unormowań prawa humanitarnego.

Z jednej strony niezwykle istotnego charakteru nabiera ust. 1, art. 38, zgodnie z którym *Państwa – Strony zobowiązują się respektować i nakazać respektowanie norm międzynarodowego prawa humanitarnego mających zastosowanie do nich w przypadku konfliktu zbrojnego i odnoszących się do dzieci*. Ponadto, na mocy ust. 4 tegoż artykułu *zgodnie ze swoimi zobowiązaniami, wynikającymi z międzynarodowego prawa humanitarnego do ochrony ludności cywilnej w konfliktach zbrojnych, Państwa – Strony będą stosowały wszelkie możliwe do realizacji środki dla zapewnienia ochrony i opieki nad dziećmi dotkniętymi przez konflikt zbrojny*.³⁴

³² Stąd też art. 38 konwencji był – obok art. 15 – jednym z postanowień, do których zgłaszano najwięcej zastrzeżeń w trakcie procesu ratyfikacyjnego konwencji; [Więcej:] A.N. Schulz, *Zastrzeżenia, deklaracje, sprzeciwy do Konwencji o Prawach Dziecka*, „Studia Prawnicze”, 1997, z. 3–4, s. 182.

³³ I. Cohn, G. Goodwin-Gill, *Child-Soldiers – The Role of Children In Armed Conflicts*, Oxford, s. 8 [za:] J. Sandorski, op. cit., s. 309.

³⁴ Dz.U.1991.120.526.

W korelacji z unormowaniami międzynarodowego prawa humanitarnego art. 38 Konwencji nie należy zatem, z jednej strony, interpretować jako ograniczającego bardziej korzystne rozwiązania międzynarodowego prawa humanitarnego³⁵. W odniesieniu do postanowień Protokołu II z roku 1977 (zwłaszcza w kontekście braku klauzuli generalnej nakazującej szczególną ochronę dziecka w konflikcie zbrojnym) rozwiązania Konwencji o Prawach Dziecka jawią się jako swego rodzaju wyższy standard ochrony.

Gdy jednak spojrzeć na przedmiotowy przepis pod kątem zastosowania go do niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych oraz posłużenia się pojęciem „bezpośredni udział w działaniach zbrojnych”, to art. 38 konwencji stanowi „osłabienie” gwarancji przewidzianych w normach międzynarodowego prawa humanitarnego.³⁶

Pomimo faktu, iż na gruncie prawa międzynarodowego dostrzeżono konieczność wprowadzenia regulacji odnoszących się do kwestii udziału dziecka w działaniach wojennych oraz rekrutacji dziecka do oddziałów zbrojnych, pojęcie dziecka – żołnierza nie zostało zdefiniowane w żadnym akcie normatywnym prawa międzynarodowego. Niewątpliwie, pod tym względem, system prawa okazuje się niezupełny.

Definicję dziecka – żołnierza zawarto w tzw. Zasadach z Kapsztadu, przyjętych na międzynarodowej konferencji w tej sprawie w 1997 r.³⁷ Uznano, iż *dzieckiem – żołnierzem jest każda osoba poniżej 18 roku życia, która jest częścią jakichkolwiek regularnych lub nieregularnych sił zbrojnych w każdym charakterze, nie tylko dysponującą bronią, lecz także pełniącą funkcję, np. kucharza, tragarza, posłańca wobec kogokolwiek innego niż rodzina. Obejmuje także dziewczynki rekrutowane w celu świadczenia usług seksualnych lub przymusowego małżeństwa*.³⁸ Zdaniem Grażyny Michałowskiej, definicja ta nie ma charakteru definicji prawnej³⁹, ale została powszechnie zaakceptowa-

³⁵ Zważyć w tym miejscu należy również na art. 41 Konwencji o Prawach Dziecka stanowiący, iż nie narusza ona w żaden sposób innych postanowień zawartych w prawie międzynarodowym, a także art. 77 ust. 1 Protokołu I stanowiący, iż *dzieci powinny korzystać ze szczególnego poszanowania i być chronione przed wszelkimi postaciami zamachu na obyczajność. Strony konfliktu udzielą im opieki i pomocy, których potrzebują z racji na ich wiek lub z jakiegokolwiek innego powodu*.

³⁶ Na fakt owego „osłabienia” wskazuje również M. Szuniewicz, *Ochrona praw dzieci w konflikcie zbrojnym a II Protokół Fakultatywny do Konwencji Praw Dziecka z 2000 r.*, [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne...*, s. 75 i n.

³⁷ Cape Town Principles and Best Practices on the Recruitment of Children into the Armed Forces and on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers In Africa (Cape Town, 27–30 April 1997).

³⁸ UNICEF, Guide to the Optional Protocol on the Involvement of Children In Armed Conflict, 2003. Definicja w oryginalnej wersji językowej: *A child soldier is any person under 18 years of age who is part of any kind of regular or irregular armed force or armed group in any capacity, including but not limited to cooks, porters, messenger, and anyone accompanying such groups, other than family members. The definition includes girls recruited for sexual purposes and for forced marriage. It does not, therefore, only refer to a child who is carrying or has carried arms.*

³⁹ G. Michałowska, op. cit., s. 395.

na przez instytucje zajmujące się ochroną praw dziecka, w tym należące do systemu NZ, takie jak UNICEF i Bank Światowy, oraz organizacje pozarządowe. Jej moc wiążącą winno się zatem postrzegać jako swoiste *soft law*. Poza tym, zdefiniowanie pojęcia „dziecka-żołnierza” na gruncie prawa międzynarodowego ma nieprzecenione znaczenie w kontekście wykładni norm międzynarodowego prawa humanitarnego *stricto* odnoszących się do udziału dziecka w działaniach wojennych i wcielania dziecka do oddziałów zbrojnych, zwłaszcza gdy pojawia się budzący wątpliwości, wskazujący na bliżej niezdefiniowaną formę „pośredniego udziału” zwrot „bezpośredni udział w działaniach wojennych”.

Rozwój międzynarodowego sądownictwa karnego wygenerował dalszą humanitaryzację unormowań dotyczących ochrony dziecka, biorącego udział w konflikcie zbrojnym.

W Statucie Międzynarodowego Trybunału do Sądzenia Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Popełnione na Terytorium byłej Jugosławii od 1991 r., przyjętym w drodze Rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ w Nowym Jorku dnia 25 maja 1993 r.⁴⁰ nie zpenalizowano wcielania dzieci do oddziałów zbrojnych. Podstawą jurysdykcji karnej Trybunału na mocy art. 2 Statutu są ciężkie naruszenia konwencji genewskich z 1949 r. Przymusowe wcielanie dzieci do oddziałów zbrojnych można by w zasadzie dokonując interpretacji rozszerzającej – zakwalifikować jako *zmuszanie (...) osoby cywilnej do służby w siłach zbrojnych mocarstwa nieprzyjacielskiego* (art. 2 pkt (e) Statutu)⁴¹, nie jest to jednakże tożsame z jednoznacznym uznaniem wcielania dzieci do oddziałów zbrojnych za zbrodnię wojenną.

Brak jest jakiegokolwiek odniesienia do kwestii uznania przymusowej rekrutacji dzieci do oddziałów zbrojnych również w Statucie Międzynarodowego Trybunału do spraw Ruandy, przyjętego także w drodze Rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ w Nowym Jorku 8 listopada 1994 r.⁴²

Znacznie bardziej postępowe elementy odnośnie do penalizacji rekrutacji dzieci do oddziałów zbrojnych zawiera Statut Rzymski, powołujący do życia Międzynarodowy Trybunał Karny⁴³. Zgodnie z art. 8 pkt 2 ppkt (VII) zbrodnią wojenną jest *wcielanie lub werbowanie dzieci poniżej piętnastego roku życia do sił zbrojnych lub używanie ich w działaniach zbrojnych*.

Na szczególne uznanie zasługuje pominięcie przez twórców Statutu pojęcia „bezpośredni udział w działaniach wojennych”, charakterystycznego dla

⁴⁰ Doc. ONZ S/RES/827 (25.05.1993); poprawki: S/RES/1166 (13.05.1998), S/RES/1329 (30.11.2000); S/RES/1411 (17.05.2002).

⁴¹ Tekst dokumentu: *ibidem*.

⁴² W przypadku Trybunału Karnego ds. Ruandy brak jest choćby analogicznego do art. 2 pkt (e) Statutu Trybunału ds. zbrodni w byłej Jugosławii, pozwalającego na zastosowanie wykładni rozszerzającej i uznanie wcielania dzieci z oddziałów zbrojnych za ciężkie naruszenie międzynarodowego prawa humanitarnego.

⁴³ Chodzi o *Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego*, podpisany w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz.U. z 2003 r., nr 78, poz. 708).

rozwiązań przyjętych w prawie genewskim, protokołach dodatkowych i nieudanym art. 38 KPD oraz fakt, iż Statut ma zastosowanie zarówno w przypadku międzynarodowych, jak i niem międzynarodowych konfliktach zbrojnych.

Terminologia użyta w Statucie koreluje w zasadzie z kapsztadzką definicją „dziecka – żołnierza”, jednakże znowu zasmuca objęcie ochroną dzieci do piętnastego roku życia i przejęcie co prawda ugruntowanych, ale wątpliwie słusznych i kontrowersyjnych wcześniejszych regulacji międzynarodowego prawa humanitarnego.

Przyjęcie Statutu Rzymskiego i w szczególności włączenie do niego zbrodni wojennych związanych z powoływaniem do służby wojskowej lub rekrutowaniem dzieci, które nie osiągnęły wieku piętnastu lat oraz wykorzystywaniem ich w działaniach wojennych, a także międzynarodowa krytyka rozwiązań prawnych przyjętych w protokołach dodatkowych i art. 38 Konwencji o Prawach Dziecka, jak również działalność Międzynarodowego Czerwonego Krzyża na rzecz przyjęcia instrumentów prawnych gwarantujących dzieciom ochronę w sytuacji konfliktu zbrojnego⁴⁴, przyczyniły się do przyjęcia w dniu 25 maja 2000 r. w Nowym Jorku Protokołu fakultatywnego do konwencji o prawach dziecka, dotyczącego włączania dzieci w konflikt zbrojny⁴⁵.

Protokół Fakultatywny niewątpliwie stanowi ogromny krok naprzód w kontekście podniesienia standardu ochrony dzieci w konfliktach zbrojnych. W art. 2 wprowadza uregulowanie, iż *Państwa–Strony podejmują wszelkie możliwe środki dla zapewnienia, by członkowie ich sił zbrojnych, którzy nie osiągnęli wieku osiemnastu lat, nie brali bezpośredniego udziału w działaniach wojennych*.⁴⁶ Mamy tu zatem wreszcie skorelowanie granicy wieku dziecka z definicją dziecka zawartą w art. 1 Konwencji o Prawach Dziecka.

Wobec oczywistej i niezaprzeczalnej postępowości Protokołu pewnym „niedosytem” jest jednakże konsekwentne posługiwanie się przez twórców międzynarodowych regulacji prawnych odnoszących się do ochrony dziecka w sytuacji wojny, pojęciem *direct participation*. Wciąż brak jest bowiem właściwej interpretacji „bezpośredniości” i posługiwanie się w prawie traktatowym nieostrą terminologią może prowadzić do wręcz absurdalnych wniosków, iż Protokół dopuszcza i akceptuje „pośredni” udział dziecka w działaniach wojennych.

Niezależnie od powyższego, należy pamiętać, iż podniesienie minimalnego wieku rekrutacji nie spowoduje automatycznie wyeliminowania problemu udziału dziecka w konflikcie zbrojnym. Jest to tylko jeden z warunków, jaki musi być spełniony (i co więcej – rzeczywiście przestrzegany!), aby współcze-

⁴⁴ Chodzi tu przede wszystkim o XXVI Międzynarodową Konferencję Czerwonego Krzyża i Czerwonego Półksiężycy w grudniu 1995 r., zalecającą, między innymi, aby strony konfliktu podejmowały wszystkie możliwe kroki w celu zapewnienia, by dzieci w wieku poniżej osiemnastu lat nie uczestniczyły w działaniach wojennych.

⁴⁵ Protokół wszedł w życie 12 lutego 2002 r.

⁴⁶ Tekst dokumentu znajduje się [w:] A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2001, s. 232–237.

sne konflikty zbrojne nie uderzały z takim impetem w prawa podmiotowe najsłabszych jednostek.

Jak się okazało, przyjęcie Protokołu Fakultatywnego niekoniecznie przyczyniło się do zmiany świadomości twórców unormowań międzynarodowych w kwestii zapewnienia dziecku znajdującemu się w rzeczywistości konfliktu zbrojnego szczególnej ochrony.

Przyjęte bowiem 16 stycznia 2002 r. w Freetown Porozumienie dotyczące Specjalnego Trybunału do spraw Sierra Leone i uchwalenie Statutu Specjalnego Trybunału do spraw Sierra Leone „zaowocowało” nowymi regulacjami *stricto* odnoszącymi się do kwestii udziału dziecka w konfliktach zbrojnych, budzącymi jednakże negatywne i kontrowersyjne odczucia.

Zgodnie z art. 4 Statutu poważnym naruszeniem międzynarodowego prawa humanitarnego jest *rekrutowanie lub werbowanie dzieci poniżej 15 roku życia do sił zbrojnych bądź zbrojnych ugrupowań albo wykorzystywanie ich do aktywnego udziału w działaniach zbrojnych*.⁴⁷

Niewątpliwym pozytywnym akcentem jest penalizacja i objęcie jurysdykcją karną wcielania dzieci do oddziałów zbrojnych. Poza tym wyraźne rozróżnienie podstawowych pojęć takich jak: „werbowanie”, „rekrutowanie” oraz „wykorzystywanie” pozwala na zastosowanie szeroko pojętego spektrum interpretacji.⁴⁸

Brak jednakże w Statucie zupełnie spójności i kontynuacji standardów przyjętych w Protokole Fakultatywnym. Nader niepokojącym jest fakt, iż nie sposób odnotować swoistej zależności i wzajemnego uzupełniania się pomiędzy rozwojem międzynarodowego sądownictwa karnego a instrumentami prawnymi prawa humanitarnego, gwarantującymi ochronę prawną dziecka w sytuacji konfliktu zbrojnego. Bez tej wzajemnej korelacji trudno mówić o pełnej i skutecznej ochronie.

Rewolucyjny aczkolwiek „szokujący” okazał się art. 7 Statutu, mający zapewne w zamyśle zwiększyć pułap ochrony dziecka uwikłanego w konflikt zbrojny. W praktyce dopuszcza on jednak możliwość postawienia przed Trybunałem w stan oskarżenia osoby, która ukończyła lat 15, lecz nie ukończyła lat 18. Wprawdzie, na mocy Statutu, przyznaje się takiej osobie specjalne przywileje (m.in. obowiązek uwzględnienia jej młodego wieku i dążenie do „przywrócenia jej społeczeństwu”), nie zmienia to jednak faktu, iż po raz pierwszy międzynarodowy trybunał karny przewiduje możliwość sądenia za popełnienie zbrodni wojennych osób niepełnoletnich.⁴⁹

⁴⁷ Tekst dokumentu znajduje się [w:] M. Flemming, op. cit., s. 535–538.

⁴⁸ Izba Orzekająca w sprawie: A.T. Brima, B.B. Kamara, S.B. Kanu w wyroku z 20 czerwca 2007 r. dokonała rozróżnienia pojęć „rekrutowanie” oraz „werbowanie” uznając, iż rekrutacja wskazuje na przymus, w niektórych przypadkach z mocy prawa, natomiast termin werbowanie oznacza akceptowanie i wcielanie jednostek do sił zbrojnych lub uzbrojonych grup, gdy zgłoszą się one na ochotnika. [Szerzej patrz:] Treść orzeczenia w sprawie przeciwko A.T. Brima, B.B. Kamara, S.B. Kanu Izba Orzekająca 2007 jest dostępne na stronie STSL: <<http://www.sc-sl.org/index.html>>, dostęp: ?????????

⁴⁹ Tekst dokumentu znajduje się [w:] M. Flemming, op. cit., s. 535–538.

Biorąc pod uwagę fakt, iż zarówno Statut MTKJ, jak i MTKR nie mówią nic o ściganiu i sądzeniu osób poniżej 18 roku życia, a art. 26 Statutu Rzymskiego wyraźnie tego zabrania, wydaje się, że rozwiązania przyjęte w Statucie MTSL jawią się jako zupełnie niepotrzebna „nadgorliwość”.

W świetle powyższych rozważań, raz jeszcze powróćmy do zagadnienia „wojny sprawiedliwej” z punktu widzenia ochrony praw dziecka i zastanówmy się, czy dziecko – kombatant jest w jakikolwiek sposób uprzywilejowane w stosunku do dorosłego – kombatanta. I nie chodzi tu o rozwiązania, które w sposób szczegółowy odnoszą się do kwestii traktowania jeńców wojennych, gdzie dzieciom przyznane są szczególne uprawnienia, czy też norm odnoszących się do osób internowanych. Mam na uwadze konkretną sytuację, kiedy dziecko wcielone, zwerbowane czy też wykorzystane do aktywnego uczestnictwa w działaniach wojennych, staje się *de facto* członkiem sił zbrojnych⁵⁰, a zatem uzyskuje status kombatanta i tym samym jest bezpośrednim celem ataków.

Podstawowe znaczenie, z punktu widzenia rozwiązań prawa międzynarodowego, ma kwestia przynależności dziecka do oddziałów zbrojnych. Zgodnie zaś z normami międzynarodowego prawa humanitarnego, warunek przynależności jest spełniony wówczas, gdy osoby w nim uczestniczące walczą w imieniu jednego z podmiotów prawa międzynarodowego uwikłanego w konflikt.⁵¹ Nie odgrywa natomiast żadnej roli ani motyw uczestnictwa w działaniach wojennych, ani fakt przymusowości uczestnictwa w takich działaniach, ani – o zgrozo – niedojrzałość psychofizyczna, wymagająca szczególnej troski i znacznie wyższego standardu ochronnego.

Co więcej, mamy tu do czynienia z pewnym paradoksem i absurdem jednocześnie: dziecko wrzucone w wojenną maszynę, o ile nie stanowi części składowej ludności cywilnej, a posiada status kombatanta, w zasadzie, na mocy międzynarodowego prawa humanitarnego, nie jest w sposób szczególny chronione. Nie zmienia tego fakt penalizacji jakiegokolwiek formy wykorzystania dziecka w działaniach wojennych.

Przed międzynarodowym prawem humanitarnym stoi zatem ogromne wyzwanie: zapewnić dziecku już rzeczywiście biorącemu udział w działaniach wojennych szczególną ochronę, zwłaszcza w kontekście ochrony fundamentalnego w swej treści prawa do życia. Weryfikacji wymagają w tym

⁵⁰ Art. 4 A III KG wyodrębnia dwie zasadnicze kategorie kombatantów:

– członków regularnych sił zbrojnych (ust. 1 i 3) oraz członków milicji i innych oddziałów ochotniczych, stanowiących część tych sił zbrojnych;

– członków innych milicji i innych oddziałów ochotniczych (ust. 2), które nie wchodzi w skład regularnych sił zbrojnych, ale odpowiadają następującym warunkom:

a) mają na czele osobę odpowiedzialną za swych podwładnych,

b) noszą stały i dający się z daleka rozpoznać znak rozpoznawczy;

c) jawnie noszą broń;

d) przestrzegają w swych działaniach praw i zwyczajów wojny.

⁵¹ Por. The Geneva Conventions of the 12 August 1949. Commentary. III Geneva Convention, International Committee of the Red Cross, Geneva 1960, s. 57.

względnie unormowania z zakresu pojęcia i podmiotowości kombatanta oraz zagadnienia zasady rozróżniania jako metody prowadzenia działań zbrojnych.

THE CONCEPT OF THE „PRIVILEGED COMBATANT” IN RELATION TO THE CHILD INVOLVED IN ARMED CONFLICT

Key words: child, protection of rights of the child, humanitarian law, armed conflict, combatant

Summary

The problem of protection of the child in armed conflict can not be narrowed only to analysis the guarantees of international law. The more that contemporary armed conflicts and difficult situation of children, which have become the victims of those conflicts, has appeared the enormous loopholes in the system of international law and human rights.

Because of the fact that child is a subject requiring a special protection and care (the more if we think about extraordinary situations when effective observance of the universal law instruments concerning the protection of human rights – for example The Convention on Children Rights – is really difficult), we must consider, if in fact under existing instruments of international law in armed conflict, child not falling within the category of „civilians” has privileged status. So, if there is no doubt that the child is the subject of „qualified” guarantees of protection afforded to him by international law, it must be considered whether the „child – a veteran” is in the light of mph more protected than „an adult combatant”.

It turns out that we are dealing with a paradoxical and absurd at the same time: a child which has been thrown into the war machine, if he or she is not a component part of the civilian population and which has a veteran status, in principle, under international humanitarian law is not specifically protected. It is not changed by the fact of criminalizing any form of using children in hostilities.

The international humanitarian law must face therefore an enormous challenge: to ensure the child taking part in hostilities a special protection, particularly in the context of protection of fundamental rights in its content the right to life. Normalization of the concept and the subjectivity of veteran and the same the issues of the principle of warfare as the method of distinguishing.