

# Agnieszka Szpak

---

## Dopuszczalność pozbawienia życia kombatanta w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego

---

Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego 6, 207-225

---

2015

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](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

*Agnieszka Szpak*

Wydział Politologii i Studiów Międzynarodowych UMK w Toruniu

## **Dopuszczalność pozbawienia życia kombatanta w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego**

**Słowa kluczowe:** międzynarodowe prawo humanitarne, kombatant, konieczność wojskowa, zasada proporcjonalności użytych środków, zasada rozróżniania

### **1. Wprowadzenie**

W niniejszym artykule skupię się na dość kontrowersyjnym postulatcie dotyczącym stosowania ograniczeń w używanej sile śmiertcionośnej, które w moim przekonaniu powinny mieć zastosowanie do kombatantów oraz członków zorganizowanych uzbrojonych grup walczących w niemiędzynarodowym konflikcie zbrojnym (powstańców). Mówiąc o kombatantach mam na myśli również takich powstańców. Zgodnie z tym poglądem, nawet w odniesieniu do kombatantów prawo ich zabicia (wyliminowania) nie jest absolutne i jest regulowane zasadą konieczności wojskowej. Wydaje się, że dopiero w braku innego rozwiązania można zabić kombatanta, zgodnie z zasadą, że można użyć siły koniecznej dla osiągnięcia celu wojskowego w pełni w zgodzie z zasadą humanitaryzmu. Znajduje tu zastosowanie zasada proporcjonalności w zakresie używanych środków – siłę śmiertcionośną (tj. siłę zdolną wywołać śmierć lub poważne zranienia) należy zastosować w ostateczności. Na wstępie chciałabym zauważyć, że pisząc ten artykuł korzystałam z mojej monografii *Bezpośredni udział w działaniach zbrojnych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*<sup>1</sup>, do której odsyłam, a która zawiera szersze uwagi na temat omawianego zagadnienia.

---

<sup>1</sup> A. Szpak, *Bezpośredni udział w działaniach zbrojnych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*, TNOiK, Toruń 2013, s. 175–203.

## 2. Ograniczenia wynikające z międzynarodowego prawa humanitarnego

Zanim skoncentruję się na postulatcie odstąpienia od pozbawienia życia kombatanta w kilku słowach wspomnę o ograniczeniach dotyczących atakowania legalnych celów wojskowych wynikających z samego międzynarodowego prawa humanitarnego. Fundamentalną zasadą międzynarodowego prawa humanitarnego jest zasada, zgodnie z którą „prawo wyboru środków szkolenia nieprzyjacielowi nie jest nieograniczone” (tak: art. 22 IV KH, art. 35 (1) PD I)<sup>2</sup> oraz zakaz zadawania zbytecznych cierpień. Nawet bezpośrednie ataki przeciw legalnym celom wojskowym (co obejmuje także kombatantów) podlegają ograniczeniom prawnym czy to wynikającym z konkretnych przepisów międzynarodowego prawa humanitarnego, czy też z innych dziedzin prawa międzynarodowego. Z międzynarodowego prawa humanitarnego wynikają takie zasady, które muszą być stosowane w trakcie działań zbrojnych, jak: zasada konieczności wojskowej, zasada rozróżniania i zasada proporcjonalności.

Ograniczenia z zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych obejmują także zakazy lub ograniczenia w zakresie użycia pewnych broni oraz metod prowadzenia działań zbrojnych oraz ogólną zasadę zakazu zadawania zbytecznych cierpień. Zakazane jest m. in. użycie pocisków o wadze poniżej 400 g, wybuchających lub zawierających materiały piorunujące bądź zapalne<sup>3</sup>; kul, które łatwo rozszerzają się lub spłaszczają w ciele ludzkim, takich jak kule w twardej powłoce nie pokrywającej całkowicie łożu lub nacinanej (tzw. kule dum-dum)<sup>4</sup>; kul, które zostały pokryte trucizną; różnych rodzajów pocisków odłamkowych, których zasadnicze działanie polega na rażeniu odłamkami niemożliwymi do wykrycia za pomocą promieni Roentgena<sup>5</sup>;

---

<sup>2</sup> IV Konwencja haska o prawach i zwyczajach wojny na lądzie z załączonym do niej Regulaminem praw i zwyczajów wojny na lądzie z 18 października 1907 r. [w:] Dz.U. 1927, Nr 21, poz. 161; I Protokół dodatkowy do Konwencji genezyjskich dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych z 8 czerwca 1977 r., [w:] Dz.U. 1992, Nr 41, poz. 175, załącznik. Przywołując te dokumenty będę się odwoływać do wskazanych pozycji Dziennika Ustaw.

<sup>3</sup> Deklaracja petersburska w sprawie pocisków wybuchających małego kalibru z 1868 r., [w:] M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów* (uzupeł. i red. M. Gąska, E. Mikos-Skuza), Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2003, s. 173–174. Przywołując Deklarację petersburską będę się odwoływać do tego źródła.

<sup>4</sup> Deklaracja haska o zakazie używania na wojnie kul rozszerzających się lub rozplaszczających z 1899 r., [w:] M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów* (uzupeł. i red. M. Gąska, E. Mikos-Skuza), Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2003, s. 174.

<sup>5</sup> Art. 23 a Regulaminu Haskiego z 1907 r.; Protokół I do Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki dotyczący niewykrywalnych odłamków z 1980 r., [w:] Dz.U. 1984, Nr 23, poz. 104, załącznik.

trucizny i broni zatrutej<sup>6</sup>; min przeciwpiechotnych<sup>7</sup>; broni biologicznej i chemicznej<sup>8</sup> oraz oślepiającej broni laserowej<sup>9</sup>. Z kolei ograniczenia w używaniu broni dozwolonej dotyczą: broni zapalającej<sup>10</sup>; min-pułapek<sup>11</sup>; broni kasetowej<sup>12</sup> czy broni jądrowej<sup>13</sup>. Wśród zakazanych metod prowadzenia działań zbrojnych można wymienić zakaz wiarołomstwa<sup>14</sup>, zakaz atakowania osób *hors de combat*<sup>15</sup> czy zakaz niewłaściwego używania znaku Czerwonego Krzyża<sup>16</sup>.

<sup>6</sup> Tak: Art. 23a *Regulaminu Haskiego* z 1907 r.

<sup>7</sup> *Konwencja o zakazie używania, magazynowania, produkcji i transferu min przeciwpiechotnych i o ich zniszczeniu z 1997 r.*, [w:] M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów* (uzupeł. i red. M. Gąska, E. Mikos-Skuza), Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2003, s. 226–233.

<sup>8</sup> *Konwencja o zakazie badań, produkcji i magazynowania broni bakteriologicznej (biologicznej) i toksyn oraz ich zniszczeniu z 1972 r.*, [w:] Dz.U. 1976, Nr 1, poz. 1, załącznik. Już w *Deklaracji haskiej z 1899 r. o zakazie używania pocisków gazowych* państwa wyrzekły się stosowania pocisków, których jedynym zadaniem jest rozprzestrzenianie gazów duszących i trujących, zaś *Protokół genewski dotyczący zakazu używania na wojnie gazów duszących, trujących lub podobnych oraz środków bakteriologicznych z 1925 r.* zabronił używania na wojnie gazów duszących, trujących lub podobnych oraz środków bakteriologicznych. Tekst *Deklaracji haskiej i Protokołu genewskiego* [w:] M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów* (uzupeł. i red. M. Gąska, E. Mikos-Skuza), Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2003, s. 174; *Protokół genewski* [w:] Dz.U. 1929, Nr 28, poz. 278).

<sup>9</sup> *Protokół IV do Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki dotyczący oślepiającej broni laserowej z 1995 r.*, [w:] Dz.U. 1984, Nr 23, poz. 104, załącznik.

<sup>10</sup> *Protokół III do Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki dotyczący zakazu lub ograniczenia używania broni zapalających z 1980 r.*, [w:] Dz.U. 1984, Nr 23, poz. 104, załącznik.

<sup>11</sup> *Protokół II do Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki dotyczący zakazów lub ograniczeń użycia min, min-pułapek i innych urządzeń (Protokół II w postaci zmienionej) z 1996 r.*, [w:] Dz.U. 1984, Nr 23, poz. 104, załącznik.

<sup>12</sup> *Konwencja o zakazie używania, prowadzenia badań, produkcji, nabywania, składowania, przechowywania lub przekazywania broni kasetowej z 2008 r.*, dostępna na stronie internetowej: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO?OpenView> (05.01.2014).

<sup>13</sup> *Opinia doradcza Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w kwestii legalności groźby lub użycia broni jądrowej z 8 lipca 1996 r.* Szerzej na temat ograniczeń i zakazów dotyczących środków i metod prowadzenia działań zbrojnych zob. *Metody i środki walki w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego* [w:] „Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych” (red. K. Lankosz), Wyższa Szkoła Oficerska Sił Powietrznych w Dęblinie, Dęblin 2006.

<sup>14</sup> Art. 37 I Protokołu dodatkowego.

<sup>15</sup> Art. 41 I Protokołu dodatkowego.

<sup>16</sup> Art. 38 I Protokołu dodatkowego.

### 3. Postulat odstąpienia od pozbawienia życia kombatanta

Wspomniany wyżej postulat nie jest niczym nowym, ale został wysunięty również przez Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża (dalej: MKCK) m.in. w trakcie trzeciego spotkania ekspertów zorganizowanego pod jego auspicjami (2005 r.) które miało na celu sprecyzowania pojęcia „bezpośredni udział w działaniach zbrojnych”, i w trakcie którego zauważono, że zasada, zgodnie z którą kombatant może zostać zabity przez cały czas, zdezaktualizowała się zarówno na potrzeby międzynarodowego, jak i niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego<sup>17</sup>.

Argumenty na rzecz tej tezy można znaleźć już w Deklaracji w sprawie pocisków wybuchających małego kalibru, tzw. Deklaracji petersburskiej z 1868 r., zgodnie z którą „(...) jednym legalnym celem, jaki państwa winny sobie stawiać w czasie wojny, jest osłabienie sił zbrojnych nieprzyjaciela [a nie ich unicestwienie], [...] w tym celu wystarczy możliwie największą liczbę ludzi uczynić niezdolnymi do walki [a nie ich wyeliminować] [...]. Używanie broni, która by [...] spowodowała nieuchronnie ich śmierć prowadziłoby poza ten cel; [...] więc używanie podobnej broni byłoby sprzeczne z prawami ludzkości”.

Na tej podstawie można uznać, że nawet w odniesieniu do kombatantów prawo ich zabicia (wyeliminowania) nie jest absolutne i jest regulowane zasadą konieczności wojskowej. Jak już wspomniałam, wydaje się, że dopiero w braku innego rozwiązania można zabić kombatanta<sup>18</sup>. Okoliczność, że dana kategoria osób nie jest chroniona przed atakami, nie jest równoznaczna z prawem zabicia takich osób bez żadnych ograniczeń. Jak wskazują Autorzy *Wskazówek interpretacyjnych MKCK dotyczących pojęcia bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego* (w oryginale: *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*), które zostały przyjęte przez MKCK w dniu 26 lutego 2009 r. i dotyczyły przede wszystkim ograniczeń w sile śmiertelności, użytej przeciwko osobom cywilnym biorącym bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, nie oznacza to jednak obowiązkowo ujęcia danej osoby, zamiast jej zabicia, bez względu na okoliczności<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> N. Melzer, *Third Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities. Geneva 23–25 October 2005. Summary Report. Co-organized by the International Committee of the Red Cross and the TMC Asser Institute*, <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/2005-09-report-dph-2005-icrc.pdf>, s. 45 (05.01.2014).

<sup>18</sup> Szerzej zobacz: A. Szpak, *Selektywna eliminacja w międzynarodowym prawie humanitarnym*, „Międzynarodowe prawo humanitarne. Selektywna eliminacja i rozkaz wojskowy”, tom IV, Gdynia 2013, s. 33–44. Tak też: G. Blum, *The Dispensable Lives of Soldiers*, „Journal of Legal Analysis” 2010, Vol. 2, nr 1, s. 116.

<sup>19</sup> N. Melzer, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross”, 2009, Vol. 90, nr 872, <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/review/review-872-p991.htm>, s. 1041 (05.01.2014).

W niektórych okolicznościach realizacja obowiązku odstąpienia od pozbawienia życia kombatanta po prostu nie będzie możliwa. Dla przykładu, w przypadku konfrontacji zbrojnej na wielką skalę pomiędzy dobrze wyposażonymi i zorganizowanymi siłami zbrojnymi lub grupami zasady konieczności wojσκowej i humanitaryzmu raczej nie spowodują ograniczenia użycia siły przeciwko legalnym celom wojskowym (poza ograniczeniami wyrażonymi *expressis verbis* w międzynarodowym prawie humanitarnym). Praktyczne znaczenie ograniczającej roli tych zasad będzie wzrastać wraz ze wzrostem możliwości strony konfliktu kontrolowania okoliczności i obszaru, w którym przeprowadzane są działania zbrojne. Zasady te, co więcej, mogą mieć decydujące znaczenie w sytuacji, kiedy siły zbrojne działają przeciwko pojedynczym osobom w warunkach porównywalnych do działań policji w czasie pokoju. Wtedy realizacja postulat ujęcia zamiast zabicia kombatanta czy powstańca będzie bardziej prawdopodobna i możliwa.

W praktyce, realizacja tego postulatu może stać się szczególnie możliwa, kiedy strona konfliktu wykonuje skuteczną (efektywną) kontrolę nad terytorium, przede wszystkim w warunkach okupacji i niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego<sup>20</sup>. W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z IV Konwencją haską z 1907 r., władze okupacyjne powinny przedsięwziąć wszelkie będące w ich mocy środki, celem przywrócenia i zapewnienia, o ile to możliwe, porządku i życia społecznego, przestrzegając, z wyjątkiem bezwzględnych przeszkód, prawa obowiązujące w tym kraju<sup>21</sup>. Innymi słowy, władze okupacyjne mają prawo i równocześnie obowiązek zapewnić bezpieczeństwo publiczne, przestrzeganie prawa i porządek. Zapewnienie bezpieczeństwa publicznego wpływa na ROE (*Rules of Engagement*) sformułowane przez okupanta. Kiedy strona konfliktu sprawuje efektywną kontrolę nad terytorium, celem okupanta nie jest już pokonanie nieprzyjaciela, lecz raczej zapewnienie porządku i bezpieczeństwa publicznego<sup>22</sup>.

Jeżeli chodzi o znaczenie tych uwag w kontekście ograniczeń w użyciu siły, żaden traktat międzynarodowego prawa humanitarnego regulujący okupację nie wylicza wyraźnie ograniczeń w użyciu siły podczas okupacji lub gdy siły zbrojne kontrolują terytorium. Jednakże, pozytywny obowiązek zapewnienia

---

<sup>20</sup> N. Melzer, *Wskazówki interpretacyjne...*, s. 1043. Zob. też: T. A. Keck, *Not All Civilians Are Equal: The Principle of Distinction, The Question of Direct Participation in Hostilities And Evolving Restraints on the Use of Force in Wartime*, „Military Law Review” 2010, nr 211, s. 116; K. Watkin, *Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict*, „American Journal of International Law” 2004, nr 98, s. 8 i 10; A. Roberts, *Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights*, „American Journal of International Law” 2006, nr 100, s. 589-601. Przeciwnego zdania jest: B. A. Feinstein, *The Applicability of the Regime of Human Rights in Times of Armed Conflict and Particularly to Occupied Territories: The Case of Israel's Security Barrier*, „Northwestern Journal of International Human Rights” 2005, nr 2, s. 238-302.

<sup>21</sup> Art. 43 Regulaminu haskiego.

<sup>22</sup> T. A. Keck, *op. cit.*, s. 169.

bezpieczeństwa publicznego musi korespondować ze ściślejszymi ograniczeniami w zakresie użycia siły. Siły zbrojne nie mogą być zobowiązane do zapewnienia pokoju i ochrony ludności, a równocześnie posiadać prawo do użycia siły śmierteczności na takich samych zasadach, jak w czasie działań zbrojnych<sup>23</sup>.

Komitet Praw Człowieka w końcowych obserwacjach dotyczących sprawozdania złożonego przez Izrael w 2003 r. również stwierdził, że w warunkach okupacji wojennej prawo międzynarodowe praw człowieka znajduje zastosowanie i zanim zostanie użyta siła śmierteczności, należy wyczerpać wszystkie możliwości zaarrestowania osoby podejrzanej o popełnianie aktu terrorystycznego<sup>24</sup>.

W mojej opinii, nie można zaprzeczyć, że istnieje obowiązek zaarrestowania, a nie zabicia kombatanta lub członka zorganizowanych grup zbrojnych (co dotyczy także osób cywilnych biorących bezpośredni udział w działaniach zbrojnych) w sytuacji, kiedy osoba ta może zostać ujęta bez żadnego ryzyka (lub przy minimalnym ryzyku) dla sił zbrojnych. Z drugiej strony nikt nie będzie żądał od sił zbrojnych wykonania samobójczej misji na terytorium kontrolowanym przez stronę przeciwną, na przykład powstańców celem raczej ujęcia osoby niż jej zabicia<sup>25</sup>.

Mimo że nie jest możliwe dokładne określenie intensywności siły użytej w danej sytuacji przed jej użyciem, zasada humanitaryzmu wymaga, aby nie zadawać większych strat (śmierć, zranienia, zniszczenia) niż jest to konieczne dla osiągnięcia legalnej korzyści wojskowej. Określenie rodzaju i stopnia siły, której użycie jest konieczne dla osiągnięcia korzyści wojskowej z ataku na legalny cel wojskowy, wymaga kompleksowej oceny opartej na wielu operacyjnych i kontekstowych czynnikach. Nie należy zastępować decyzji i osądu dowódcy wojskowego przez sztywne i nierealistyczne standardy<sup>26</sup>.

Jak stwierdził już J. S. Pictet, zasada humanitaryzmu wymaga, aby stosować swego rodzaju gradację w użytej sile, tzn. jeśli możliwe jest ujęcie danej osoby (kombatanta czy osoby cywilnej biorącej bezpośredni udział w działaniach zbrojnych przez czas trwania takiego udziału) to należy ją schwytać, a nie ranić czy zabijać; jeśli możliwe jest zranienie zamiast zabicia (a niemożliwe jest ujęcie), to należy daną osobę zranić. Dopiero w ostateczności można daną osobę zabić. Zarówno schwytywanie, zranienie, jak i zabicie

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, s. 170 i 172. Zob. też zalecenie używania w czasie okupacji broni nieśmierteczności: *Nonlethal Weapons and Capabilities, Report of an Independent Task Force Sponsored by the Council on Foreign Relations*, 2004, s. 31–35; dostępne na stronie internetowej: <http://www.cfr.org/defense-technology/nonlethal-weapons-capabilities/p6793> (04.01.2014).

<sup>24</sup> *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel, 2003-08-21 (CCPR/CO/78/ISR)*, punkty 11 i 15; dostępne na stronie internetowej: <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/%28symbol%29/CCPR.CO.78.ISR.en?OpenDocument> (28.12.2012).

<sup>25</sup> *Ibidem*, s. 56.

<sup>26</sup> N. Melzer, *Wskazówki interpretacyjne...*, s. 1042.

kombatanta (co dotyczy również osoby cywilnej biorącej bezpośredni udział w działaniach zbrojnych) mogą skutecznie wyeliminować przeciwnika i co za tym idzie osłabić siły zbrojne strony przeciwnej, w pełni w zgodzie z zasadą proporcjonalności w użytych środkach<sup>27</sup>. Eliminowanie przeciwnika nie jest grą czy też braniem odwetu, lecz koniecznością wynikającą z sytuacji operacyjnej czy też z zagrożenia dla własnego życia.

#### 4. Koncepcja Gabrieli Blum i jej implikacje

G. Blum proponuje inną niż dotychczas interpretację obowiązujących zasad międzynarodowego prawa humanitarnego. Poświęcę tej propozycji nieco więcej uwagi, gdyż uważam, że jest ona bardzo ciekawa, a zarazem słuszna. Zdaniem wspomnianej Autorki, zaletą dominującej dziś interpretacji, zgodnie z którą kombatant może zostać zabity w każdym czasie, jest jej prostota i łatwość zastosowania w praktyce. W oparciu o status danej osoby żołnierz może ją zaatakować (kombatant) lub nie (osoba cywilna) i nie musi angażować się w proces określenia, czy stanowi ona zagrożenie, czy nie<sup>28</sup>. Przyjęcie założenia, że kombatanci mogą atakować kombatantów strony przeciwnej, wtedy gdy stanowią oni zagrożenie, pociąga za sobą konieczność dodatkowego przeszkolenia żołnierzy, podejmowania decyzji i monitorowania przestrzegania nowych zasad w praktyce. To z kolei pociąga za sobą dodatkowe koszty, ale należy pamiętać, że te zwiększone koszty należy rozpatrywać biorąc pod uwagę wartość ludzkiego życia<sup>29</sup>.

G. Blum proponuje, aby zamiast opierać się tylko na samym statusie kombatanta przyjąć obowiązek oceny kombatanta pod kątem tego, czy stanowi on zagrożenie w danym czasie i danym miejscu. Ci, którzy takiego zagrożenia nie stanowią, powinni być oszczędzeni. Jak zauważa Autorka, „jest szczególnie uderzające, że taka ocena podejmowana w każdym przypadku indywidualnie jest co do zasady wymagana w odniesieniu do obiektów stanowiących cele wojskowe [tak: art. 52 (2) I Protokołu dodatkowego – A. Sz.], lecz nie w stosunku do osób stanowiących takie cele”<sup>30</sup>. To nowe podejście wymagałoby zmiany zasady rozróżniania. Poza rozróżnianiem między kombatantami i osobami cywilnymi, należałoby dodatkowo rozróżniać między kombatantami stanowiącymi zagrożenie, a tymi, którzy zagrożenia nie sta-

<sup>27</sup> J. S. Pictet, *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, Sijthoff, Leiden 1975, s. 32.

<sup>28</sup> G. Blum, *op. cit.*, s. 120.

<sup>29</sup> *Ibidem*. G. Blum przywołuje krytykę dotychczasowego podejścia ze strony dwóch filozofów: L. May i A. Kasher. Asa Kasher uważa, że przyjęcie założenia, iż żołnierze na wojnie mogą być zabici cały czas jest sprzeczne z obowiązkami państw wobec własnych obywateli, w tym żołnierzy wysyłanych na wojnę. Kasher kwestionuje prawną akceptację w drodze porozumienia międzypaństwowego pozwalającą na zabijanie wszystkich żołnierzy. Podano za: G. Blum, *op. cit.*, s. 118, 138–139.

<sup>30</sup> G. Blum, *op. cit.*, s. 154.



nowią. G. Blum dodaje, że podobnie jak w przypadku osób cywilnych i domniemania posiadania statusu osoby cywilnej, w odniesieniu do kombatantów należałoby przyjąć domniemanie, że stanowią oni zagrożenie, które można jednak obalić wykazując, że w danej sytuacji kombatant nie stanowi w ogóle zagrożenia lub jedynie niewielkie<sup>31</sup>. Domniemanie takie wciąż byłoby zgodne z zasadą rozróżniania. Nawet kombatant niestanowiący zagrożenia lub stanowiący niewielkie zagrożenie mógłby zostać zabity w ramach strat incydentalnych lub gdy nie jest możliwe ściśle odróżnienie go od kombatanta stanowiącego zagrożenie. Zasada powinna być taka, że kombatanci niestanowiący zagrożenia nie powinni być umyślnie atakowani, a rozsądne kroki powinny zostać podjęte celem ich oszczędzenia<sup>32</sup>. Zdaniem G. Blum, oceniając, czy dany kombatant stanowi zagrożenie, czy nie, można wziąć pod uwagę jego funkcję. Dla przykładu, kucharz wojskowy nie wnosi istotnego wkładu w działania zbrojne<sup>33</sup>. Poza kucharzem G. Blum wymienia także: wojskowych rzeczników prasowych, personel zarządzający finansami, policję wojskową oraz sędziów wojskowych. Osoby te rzadko biorą bezpośredni udział w działaniach zbrojnych. Współcześnie w wielu przypadkach zadania związane z dbaniem o żołnierzy zostały powierzone prywatnym kontraktorom wojskowym (na przykład, przygotowywanie posiłków)<sup>34</sup>.

W odniesieniu do takich kombatantów, jak wspomniany kucharz wojskowy, zastosowanie mogłaby znaleźć koncepcja bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych. Ci kombatanci, którzy nie wykonują funkcji militarnej/bojowej, mogliby zostać zaatakowani, gdyby brali bezpośredni udział w działaniach zbrojnych (tj. kiedy stanowili realne zagrożenie)<sup>35</sup>. W tym kontekście G. Blum proponuje przywrócenie koncepcji kombatantów i niekombatantów w siłach zbrojnych z IV Konwencji haskiej z 1907 r.<sup>36</sup>

Oceniając zagrożenie ze strony kombatanta należy wziąć pod uwagę także wspomniany już czynnik czasu, w tym znaczeniu, że kiedy kombatant śpi, kąpie się lub gra w piłkę nożną nie stanowi zagrożenia i nie powinien być atakowany<sup>37</sup>. Postulat G. Blum jest bardzo słuszny. Autorka ta zauważa, że „obecnie obowiązujące międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych poświęca żołnierzy w imię ochrony osób cywilnych”<sup>38</sup>. Zgodnie

---

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Ibidem*, s. 155.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> *Ibidem*, s. 156.

<sup>37</sup> W tym kontekście G. Blum rozważa szczególnie przypadek wycofujących się sił zbrojnych. Wedle dominującego poglądu mogą być one atakowane, gdyż mogą się następnie przegrupować i ponownie walczyć. Można jednak wskazać argument przeciwko takiemu podejściu: tacy żołnierze mogą już nie wrócić na pole walki lub wojna może się skończyć zanim zdążą to zrobić. Innymi słowy, wcale nie ma pewności, że tacy żołnierze będą w dalszym ciągu walczyć, a więc można ich oszczędzić. Zob. *The Dispensable...*, s. 157–158.

<sup>38</sup> *Ibidem*, s. 163.

z tym założeniem, jedno państwo wysłała grupę żołnierzy, aby walczyła z grupą żołnierzy wysłaną przez inne państwo i wynik tej konfrontacji zadecyduje o losie osób cywilnych. Żołnierze są tylko narzędziami wojny. Mundur definiuje ich jako owe narzędzia wojny, eliminując ich indywidualną tożsamość<sup>39</sup>.

Można w tym miejscu jednak przywołać orzeczenie MTKJ w sprawie *Galicia* z 2003 r., w którym Izba Orzekająca doszła do przeciwnego wniosku i uznała za legalny cel wojskowy kombatantów oglądających mecz piłki nożnej<sup>40</sup>. Jednak ten sam Trybunał w orzeczeniu w sprawie *Kordicia i Cerkeza* (Izba Apelacyjna) z 2004 r. stwierdził, że „[...] co do zasady – międzynarodowe prawo humanitarne zezwala na akty wojny skierowane przeciwko obiektom wojskowym, na przykład wrogim żołnierzom. Niemniej, ogólna legalność pozbawienia życia lub okaleczenia wrogiemu kombatanta jest ograniczona przez zasadę konieczności i proporcjonalności. «Konieczność wojskowa» została zdefiniowana już w artykule 14 Kodeksu Liebera z 24 kwietnia 1863 r. jako „konieczność tych środków, które są niezbędne dla zapewnienia końca wojny oraz które są zgodne ze współczesnym prawem i zwyczajami wojny”. Dalej wskazuje, że niekonieczne lub arbitralne użycie siły jest zakazane oraz że „osoba walcząca może użyć tylko siły takiego rodzaju i takiej mocy, jaki jest konieczny dla pokonania wroga” [...]”<sup>41</sup>. To stwierdzenie jest z kolei argumentem na rzecz ograniczeń w użytej sile śmiercionośnej.

## 5. Charakter obowiązku ujęcia, a nie zabicia

Pogląd uznający, że kombatant nie może być atakowany cały czas, lecz w ostateczności jest poglądem pro-humanitarystów (jakbym ich nazwała), lecz wciąż jest liczna grupa pro-militarystów (ponownie moje określenie), którzy pozostają przy starej zasadzie. A. P. V. Rogers, zwolennik możliwości atakowania kombatantów cały czas (chyba że są *hors de combat*), uważa, że nie ma prawnego obowiązku aresztowania, a nie zabicia. Wynika to raczej ze zdrowego rozsądku: jeśli to możliwe, należy daną osobę ująć. Zdaniem Rogersa, formułowanie ograniczeń w użyciu siły wykracza poza międzynarodowe prawo humanitarne i poza mandat MKCK<sup>42</sup>. Można się jednak zastanowić, dlaczego z zasady zdrowego rozsądku nie uczynić obowiązku prawnego? Czy nie wszystkie reguły prawne powinny być zgodne ze zdrowym rozsądkiem? Ponadto, jak uśiłowalam wykazać, można przywołać kilka ważnych argumentów przemawiających na rzecz zasady ograniczeń w użyciu siły śmiercionośnej.

<sup>39</sup> *Ibidem*, s. 163–164.

<sup>40</sup> *Prokurator przeciwko S. Galiciowi, Izba Orzekająca 2003*, § 387. Orzeczenia MTKJ są dostępne na stronie internetowej: <http://www.icty.org/action/cases/4> (05.05.2014).

<sup>41</sup> *Prokurator przeciwko D. Kordiciowi, M. Cerkezowi, Izba Apelacyjna 2004*, § 686.

<sup>42</sup> A. P. V. Rogers, *Direct Participation in Hostilities: Some Personal Reflections*, „Military Law and the Law of War Review” 2009, No. 48, s. 148.

Podobnie Y. Dinstein i M. Walzer są zdania, że kombatant może być legalnym celem ataku cały czas<sup>43</sup>.

W raporcie z piątego spotkania ekspertów, zorganizowanego przez MKCK, wskazano, że spór dotyczył charakteru obowiązku „ujęcia, a nie zabicia”. Jedni wskazywali, że ma on charakter zalecenia lub jedynie obowiązku o charakterze politycznym lub moralnym. Kolejna grupa ekspertów uważała, że obowiązek ten ma charakter postulatu *de lege ferenda*. Inni z kolei byli zdania, że nie jest istotne źródło zobowiązania, lecz jego istota<sup>44</sup>. Wskazywano na brak orzecznictwa na potwierdzenie prawnego charakteru tego obowiązku, poza orzeczeniem Sądu Najwyższego Izraela z 2005 r.

W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy stwierdził, że zgodnie z prawem zwyczajowym mającym zastosowanie do międzynarodowych konfliktów zbrojnych, osoby cywilne są chronione przed atakami ze strony armii. Jednakże ta ochrona ustaje przez ten czas, gdy osoby cywilne biorą bezpośredni udział w działaniach zbrojnych. Wyrządzanie szkody takim osobom cywilnym, nawet skutkującej śmiercią, jest dozwolone pod warunkiem, że nie można użyć innych mniej szkodliwych środków<sup>45</sup>. Mimo że orzeczenie dotyczyło osób cywilnych biorących bezpośredni udział w działaniach zbrojnych to wnioski te można w pełni odnieść do kombatantów i powstańców.

W innej części orzeczenia czytamy, że „[...] jeśli terrorysta biorący bezpośredni udział w działaniach zbrojnych może zostać aresztowany, przesłuchany i osądzony, należy zastosować te środki. [...] Areszt, przesłuchanie i proces sądowy nie zawsze są jednak możliwe do zastosowania. Czasami taka możliwość w ogóle nie istnieje; czasami obejmuje tak duże ryzyko dla życia żołnierzy, że nie jest wymagane skorzystanie z niej [...] Jednakże, jest to możliwość, którą zawsze należy rozważyć. Może to być szczególnie możliwe do wykonania w warunkach okupacji wojennej, w których armia kontroluje obszar, na którym ma miejsce operacja i gdzie aresztowanie, przesłuchanie i proces sądowy są czasami możliwe [...]”<sup>46</sup>. Orzeczenie to stanowi argument na rzecz przyjęcia ograniczeń w użyciu siły w pełni w zgodzie z zasadą proporcjonalności.

Według części uczestników spotkań organizowanych przez MKCK, we *Wskazówkach interpretacyjnych MKCK* nie sformułowano nowej reguły, lecz jedynie doprecyzowano i wyrażono w jasnych słowach dobrze znaną doktrynie wojskowej regułę ekonomii siły (*economy of force*)<sup>47</sup>. Zgodnie z innym

---

<sup>43</sup> Podano za: G. Blum, *op. cit.*, s. 117; Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s. 28.

<sup>44</sup> N. Melzer, *Fifth Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities. Summary Report*, ICRC, Genewa 2008, s. 13.

<sup>45</sup> Sąd Najwyższy Izraela, *Public Committee Against Torture in Israel v. Government of Israel*, 2005, [http://elyon1.court.gov.il/Files\\_ENG/02/690/007/A34/02007690.A34.pdf](http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/A34/02007690.A34.pdf), § 60 (05.05.2014).

<sup>46</sup> *Ibidem*, § 40.

<sup>47</sup> N. Melzer, *Fifth Expert Meeting...*, s. 14–16.

ciekawym poglądem, zasady humanitaryzmu i konieczności wojskowej nie przeważają nad traktatowym międzynarodowym prawem humanitarnym, ale rządzą użyciem siły w granicach ustanowionych przez to prawo. Innymi słowy, mają wpływ na stosowanie traktatowych norm międzynarodowego prawa humanitarnego w praktyce<sup>48</sup>.

Jeszcze inni byli zdania, że należy odwołać się do klauzuli Martensa i dojść do podobnych wniosków w zakresie ograniczeń w użyciu siły bez wykraczania poza ramy międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych i sięgania do prawa międzynarodowego praw człowieka<sup>49</sup>. Zgodnie z klauzulą Martensa, „(...) w przypadkach nie objętych niniejszym protokołem i innymi umowami międzynarodowymi osoby cywilne i kombatanci pozostają pod ochroną i władzą zasad prawa międzynarodowego wynikających z ustalonych zwyczajów, zasad humanitaryzmu oraz wymagań powszechnego sumienia (...)” (art. 1 (2) I Protokołu dodatkowego). Można uznać, że gdy przepisy prawa humanitarnego są sformułowane w sposób szeroki i niejasny (innymi słowy, brakuje im precyzji) odpowiedź na pytanie o to, co jest dozwolone, powinna zostać udzielona biorąc pod uwagę zasadę humanitaryzmu wyrażoną w klauzuli Martensa. W razie wątpliwości czy niejasnego uregulowania należy przyjąć zasadę, że to, co nie jest wyraźnie dozwolone, jest zakazane.

Klauzula Martensa może spowodować przekształcenie ogólnych zasad prawa i zasad ludzkości w zakazy określonych zachowań bez uznawania tych zasad za odzwierciedlające prawo zwyczajowe. Podobnie stwierdziła Izba Orzekająca MTKJ w orzeczeniu w sprawie *Kupreskicia*. Uznała, że w świetle sposobu stosowania tej klauzuli przez państwa i trybunały międzynarodowe należy zauważyć, że klauzula Martensa wyraźnie wskazuje, że zasady międzynarodowego prawa humanitarnego mogą się wykształcić jako prawo zwyczajowe z powodu presji zasad ludzkości lub wymagań publicznego sumienia (*under the pressure of the demands of humanity or the dictates of public conscience*), nawet, gdy praktyka państw jest sporadyczna lub niespójna. Stąd właśnie element *opinio iuris* może być decydujący dla wykształcenia się normy zwyczajowej<sup>50</sup>. Jak zauważa A. Cassese, w zakresie międzynarodowego prawa humanitarnego klauzula Martensa połuźnia (czy też zmniejsza) wymagania dotyczące praktyki jako elementu normy zwyczajowej, a równocześnie nadaje większe znaczenie *opinio iuris*<sup>51</sup>. Tak silne oparcie się na *opinio iuris* – w odniesieniu do norm międzynarodowego prawa humanitarnego – można uznać za rozsądne i uzasadnione, gdyż w przypadku prawa humanitarnego mającego zastosowanie w konfliktach zbrojnych nie można uznać faktu braku możliwości wyrażenia poparcia dla danej normy w drodze praktyki za brak tejże praktyki jako elementu normy zwyczajowej.

<sup>48</sup> *Ibidem*, s. 20.

<sup>49</sup> *Ibidem*, s. 23.

<sup>50</sup> *Prokurator przeciwko Z. Kupreskiciowi, Izba Orzekająca MTKJ 2000*, § 527.

<sup>51</sup> A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 161.

M. N. Schmitt również jest przeciwny ograniczeniom w użyciu siły. Jego zdaniem, zasada humanitaryzmu nie jest regułą pozytywnego prawa i przejawia się w konkretnych przepisach międzynarodowego prawa humanitarne-go konfliktów zbrojnych, a nie jest samodzielnie stosowana<sup>52</sup>. Co ciekawe jednak, ten sam M. N. Schmitt w innej publikacji stwierdza, że atakowanie z zamiarem wyeliminowania osoby spełniającej kryteria kombatanta, której śmierć nie jest konieczna, jest nielegalne<sup>53</sup>. Odzwierciedla to dokładnie wspomniane ograniczenia w użyciu siły, którym M. N. Schmitt się sprzeciwia.

Przeciwni ograniczeniom w użyciu siły są również W. H. Boothby, R. S. Taylor oraz G. Corn i Ch. Jenks. Ci ostatni uważają, że jest to reguła o charakterze politycznym, strategicznym, operacyjnym, a nie prawnym i jej sformułowanie ma co najwyżej charakter *de lege ferenda*<sup>54</sup>. R. S. Taylor dodaje, że brak wyraźnego uregulowania ograniczeń w ataku w prawie pozytywnym nie oznacza braku tej regulacji, lecz jest wynikiem świadomego pominięcia tych ograniczeń przez autorów I Protokołu dodatkowego. Zdaniem wspomnianego Autora, I Protokół dodatkowy zawiera w art. 49 definicję ataków, które obejmują akty przemocy mogące spowodować zranienia, ale i śmierć. To do stron konfliktu zbrojnego ma należeć ocena rodzaju i stopnia siły, która jest używana przeciwko osobom nieuprawnionym do ochrony przed atakami<sup>55</sup>.

Przepis ten jednak nie wspomina o tym, że ataki są równoznaczne z zadaniem śmierci, skoro określenie „ataki” oznacza „akty przemocy w stosunku do przeciwnika zarówno zaczepne, jak i obronne” (art. 49 PD I). W moim przekonaniu, nie można z tego przepisu wyinterpretować możliwości zabicia/wyeliminowania kombatanta czy też osoby cywilnej biorącej bezpośredni udział w działaniach zbrojnych bez żadnych ograniczeń w zakresie użytej siły śmiertelności.

W. Hays Parks również uważa, że przyjęcie takich ograniczeń nie ma podstaw w prawie międzynarodowym oraz że w praktyce ich zastosowanie jest mało realne. Ponadto w jego opinii, sekcja *Wskazówek interpretacyjnych MKCK* dotycząca ograniczeń w użyciu siły narzuca państwom reguły egzekwowania prawa ignorując, fakt, że międzynarodowe prawo humanitarne jest uważane za *lex specialis* mające zastosowanie w czasie konfliktu

<sup>52</sup> M. N. Schmitt, *The Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis*, „Harvard National Security Journal” 2010, No. 1, s. 41.

<sup>53</sup> M. N. Schmitt, *State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law*, „Yale Journal of International Law” 1992, No. 17, s. 644.

<sup>54</sup> W. H. Boothby, *Direct Participation in Hostilities – A Discussion of the ICRC Interpretative Guidance*, „International Humanitarian Legal Studies” 2010, nr 1, s. 164; G. Corn, Ch. Jenks, *Two Sides of the Combatant Coin: Untangling Direct Participation in Hostilities from Belligerent Status in Non-International Armed Conflicts*, „University of Pennsylvania Journal of International Law” 2011–2012, No. 33, s. 347–355.

<sup>55</sup> R. S. Taylor, *The Capture Versus Kill Debate: Is the Principle of Humanity Now Part of the Targeting Analysis When Attacking Civilians Who Are Directly Participating in Hostilities?*, „Army Lawyer” 2010, s. 109–110.

zbrojnego<sup>56</sup>. Zdaniem W. Hays Parks'a, zgodnie ze wspomnianym wyżej poglądem J. S. Picteta, w sytuacji, kiedy możliwe jest wyłączenie z walki przeciwnika poprzez zadanie mu pojedynczej rany, zadanie kolejnej, na przykład kolejny strzał z broni, stanowiłoby zbędne cierpienie i prawdopodobnie zbrodnię wojenną<sup>57</sup>. Taki wniosek jest jednak nadinterpretacją Hays Parks'a, gdyż J. S. Pictet do takiego ani nawet podobnego wniosku nie doszedł.

Ponadto, należy jeszcze raz podkreślić, że formułując zasadę czy też propozycję ograniczeń w użytej sile wyraźnie wskazuje się, że należy je zastosować, jeśli jest to możliwe. A możliwe będzie głównie w sytuacji okupacji wojennej lub sprawowania kontroli nad terytorium oraz w sytuacji konfrontacji z pojedynczymi żołnierzami w warunkach podobnych do pracy policji w czasie pokoju. Żołnierz nie jest w stanie w chwili realnego zagrożenia przeprowadzać całego procesu analizy i decydowania czy możliwe jest ujęcie, zranienie, czy już konieczne jest zabicie żołnierza strony przeciwnej lub osoby cywilnej biorącej bezpośredni udział w działaniach zbrojnych. Decydujące będzie właśnie to realnie istniejące zagrożenie, a decyzja w takiej sytuacji będzie podejmowana w ułamku sekundy. Nikt również w takiej sytuacji nie liczy ilości zadanych ran i nie rozlicza z tego żołnierza.

W moim przekonaniu, obowiązek zastosowania, jeśli to możliwe, ograniczeń w użytej sile, można uznać za obowiązek prawny (co najmniej *in statu nascendi*), a nie tylko moralny; nie jest to tylko niewiążące zalecenie. Obowiązek ten może być zrekonstruowany w oparciu o wskazane wyżej przepisy, w tym z zakresu samego międzynarodowego prawa humanitarnego. Wpływ prawa międzynarodowego praw człowieka jest wyraźny i jest to, moim zdaniem, tendencja słuszna, a zarazem tendencja nie do zatrzymania.

Jeżeli chodzi o argumenty na rzecz prawnego charakteru obowiązku raczej odstąpienia od pozbawienia życia kombatanta oraz wpływ prawa międzynarodowego praw człowieka to należy zauważyć, że fundamentalne znaczenie zasady rozróżniania między kombatantami a osobami cywilnymi oraz zastosowania ograniczeń w użytej sile, zwłaszcza kiedy dochodzi do użycia siły śmiertelnej, potwierdzone zostało również w orzecznictwie trybunałów praw człowieka.

Jak zauważa P. Grzebyk, najbardziej reprezentatywne w tym kontekście są wyroki w sprawach czeczeńskich, gdyż w tym przypadku istnieją naj-

---

<sup>56</sup> W. Hays Parks, *Part IX of the ICRC „Direct Participation in Hostilities” Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect*, „New York University Journal of International Law and Politics” 2009–2010, No. 42, s. 793–830. Zob. też: N. Melzer, *Keeping the Balance Between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC’s Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, „New York University Journal of International Law and Politics” 2009–2010, No. 42, s. 899–913.

<sup>57</sup> W. Hays Parks, *Part IX...*, s. 818. Zob. też: J. D. Ohlin, *The Capture-Kill Debate: Lost Legislative History or Revisionist History?*, dostępne na stronie internetowej: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2230486](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230486) (03.01.2014).

mniejsze wątpliwości co do faktycznego istnienia konfliktu zbrojnego<sup>58</sup>. Dla przykładu, w sprawie *Esmukhambetov przeciwko Rosji*<sup>59</sup> z 2011 r. ETPC stwierdził, że „użycie siły, którego skutkiem może być pozbawienie życia nie może być większe niż jest to «absolutnie konieczne» [...]”, a siła użyta „musi być ściśle proporcjonalna w stosunku do dozwolonych celów” wymienionych w art. 2 (2) EKPC. W tej sprawie Trybunał zajmował się ostrzelaniem i zbombardowaniem wioski Kogi w Republice Czecheńskiej przez dwa wojskowe statki powietrzne w 1999 r. Jako że w tym ataku zginęło dwoje dzieci i trzy kobiety, a zniszczonych lub uszkodzonych zostało około 30 domów, ETPC uznał, że atak został przeprowadzony przez Rosjan bez rozróżnienia, mimo że atakujący zdawali sobie sprawę z obecności osób cywilnych w wiosce. Co istotne, Trybunał zauważył, że argumentem na rzecz tego wniosku było również to, że w wyniku ataku nie ujęto żadnego bojownika<sup>60</sup>. Zwłaszcza to ostatnie sformułowanie sugeruje, że nawet w odniesieniu do bojowników w wewnętrznych konfliktach zbrojnych (co moim zdaniem, można odnieść także do międzynarodowych konfliktów zbrojnych) należy próbować raczej ich aresztować, zanim się ich zabije. Cechą wspólną tych spraw jest fakt, że nawet w sytuacji uznania osób za bojowników lub terrorystów (czy osób podejrzanych o terroryzm), Trybunał strasburski przyznawał im szeroką gamę praw, w tym prawo do życia, z czego wynikała konieczność unikania użycia siły, zastosowania broni nie powodującej skutków śmiertelnych oraz wcześniejszego ostrzeżenia<sup>61</sup>. W innym orzeczeniu w sprawie *Isayewa, Yusupowa i Basayewa przeciwko Rosji* z 2005 r. ETPC potwierdził zastosowalność praw człowieka do sytuacji konfliktu zbrojnego (zwłaszcza że Rosja nie powołała się na klauzulę derogacyjną) i uznał w odniesieniu do operacji militarnych, że jest szczególnie konieczne zbadanie czy operacja została zaplanowana i czy była kontrolowana przez władze celem zminimalizowania w największym możliwym stopniu zastosowania siły śmiertelnej. Władze muszą przedsięwziąć właściwe środki, aby zapewnić, że ryzyko dla życia jest jak najmniejsze<sup>62</sup>. W skrócie można uznać, że osoba musi stanowić poważne zagrożenie, aby możliwe było użycie wobec niej siły<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> P. Grzebyk, *Ochrona życia osób cywilnych w czasie konfliktu zbrojnego w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka* [w:] E. Karska (red.), *Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na systemy ochrony praw człowieka oraz międzynarodowe prawo karne i humanitarne*, Wydawnictwo Oficyna Wydawnicza „Mówią Wieki”, Warszawa 2013, s. 69.

<sup>59</sup> Orzeczenie w sprawie *Esmukhambetov przeciwko Rosji* (2011) jest dostępne na stronie internetowej: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

<sup>60</sup> *Esmukhambetov przeciwko Rosji* (2011), § 138, 139, 146, 150. Szerzej zob. P. Grzebyk, *Ochrona...*, s. 70–71.

<sup>61</sup> C. Droege, *Elective affinities? Human rights and humanitarian law*, „International Review of the Red Cross” 2008, Vol. 90, No. 871, s. 531.

<sup>62</sup> *Isayewa, Yusupowa i Basayewa przeciwko Rosji* (2005), orzeczenie dostępne na stronie internetowej: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>; § 171.

<sup>63</sup> Zob. N. Quénivet, *The Right to Life in International Humanitarian Law and Human Rights Law*, [w:] R. Arnold, N. Quénivet (red.), *International Humanitarian Law and Hu-*

Warto dodać, że w omawianym kontekście art. 2 (2) EKPC musi być interpretowany w świetle art. 15 (2) stanowiącym o „przypadkach śmierci będących wynikiem zgodnych z prawem działań wojennych”. Warto w tym miejscu zauważyć, że Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości wyraźnie stwierdził, że instrumenty z zakresu prawa praw człowieka znajdują zastosowanie również w czasie wojny. Potwierdzenie dla takiego poglądu można znaleźć m.in. w *opinii doradczej w sprawie legalności groźby lub użycia broni jądrowej z 1996 r.*, jak również w *opinii doradczej z 2004 roku dotyczącej prawnych konsekwencji wzniesienia muru na okupowanych terytoriach palestyńskich*. Szczególnie istotna jest pierwsza opinia, w której Trybunał poruszył wspomniany wyżej przypadek legalnego pozbawienia życia. MTS po raz pierwszy musiał wyrazić orzec na temat związku łączącego międzynarodowe prawo humanitarne i prawo praw człowieka. Trybunał stwierdził, że: „ochrona Międzynarodowego paktu praw politycznych i obywatelskich nie ustaje w czasie wojny, z wyjątkiem powołania się na art. 4 [Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych], zgodnie z którym niektóre prawa mogą zostać zawieszane w czasie niebezpieczeństwa publicznego”<sup>64</sup>. Tym samym MTS uznał ciągle zastosowanie Paktu w czasie konfliktu zbrojnego, z czego można wywieść komplementarność prawa praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarne. MTS co prawda stwierdził, że wyjątki od zakazu arbitralnego pozbawiania życia są określone przez prawo humanitarne traktowane jako *lex specialis*, lecz należy podkreślić, że nie oznacza to zastąpienia praw człowieka przez prawo humanitarne. Tak więc to międzynarodowe prawo humanitarne reguluje dopuszczalność pozbawienia kombatanta życia. Jednak T. A. Keck wskazuje, że skoro traktatowe międzynarodowe prawo humanitarne nie reguluje w sposób wyraźny stopnia i rodzaju siły, której użycie jest dozwolone przeciwko legalnym celom wojskowym, to można uznać, że lukę tę wypełnia prawo międzynarodowe praw człowieka<sup>65</sup>. C. Droege wskazuje, że zasada komplementarności traktuje prawo międzynarodowe jako reżim, w którym zestawy norm koegzystują w harmonii. W tym sensie prawa człowieka mogą być interpretowane w świetle międzynarodowego prawa humanitarne i *vice versa*<sup>66</sup>. Zgodnie z zasadą komplementarności, w sytuacji luk w jednej dziedzinie prawa wypełniają je przepisy z drugiej dziedziny prawa. Stosownie do tej koncepcji, międzynarodowe prawo humanitarne jako *lex specialis* reguluje użycie siły

---

*man Rights Law. Towards a New Merger in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden–Boston 2008, s. 336.

<sup>64</sup> *Opinia doradcza MTS z 8 lipca 1996 r. w sprawie legalności groźby lub użycia broni jądrowej*, § 25, dostępna na stronie internetowej: <http://www.icj-cij.org/> (dostęp z dnia: 04.02.2015).

<sup>65</sup> T. A. Keck, *op. cit.*, s. 153.

<sup>66</sup> C. Droege, *The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict*, „Israel Law Review” No. 40 (2007), s. 337.



śmiercionośnej, lecz w przypadku luk lub gdy międzynarodowe prawo humanitarne milczy, prawo międzynarodowe praw człowieka wypełni lukę<sup>67</sup>. Jak usiłowała wskazać wyżej, z samego międzynarodowego prawa humanitarne- go wynika obowiązek odstąpienia od pozbawienia życia kombatanta, wtedy kiedy nie stanowi on/a zagrożenia i nie wymaga tego konieczność wojskowa. Wskazane wyżej wyroki ETPC implicite to potwierdzają, wtedy kiedy wspo- mina się w nich o bojownikach.

Ponadto, zgodnie ze współczesnymi podręcznikami wojskowymi, zasada konieczności wojskowej pozwala na użycie takiego stopnia i rodzaju siły, niezabronionego przez międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych, który jest wymagany dla osiągnięcia dozwolonej korzyści wojsko- wej, mianowicie całkowitego lub częściowego poddania przeciwnika w jak najwcześniejszym momencie przy minimum zastosowanych środków i strat w życiu ludzkim. Można tu wskazać choćby *Manual of the law of armed conflict* wydany przez brytyjskie Ministerstwo obrony w 2004 r.<sup>68</sup>, *NATO Glossary of the terms and definitions (AAP-6V)* z 2008 r.<sup>69</sup>, amerykański *Field manual 27–10* wydany w 1956 r. przez Departament armii USA<sup>70</sup>, amerykański *Commander's handbook on the law of naval operations* wydany przez Departament marynarki wojennej w 2007 r.<sup>71</sup>, *Manual de derecho operacional* Kolumbii wydany w 2009 r., francuski *Manuel de droit des con-*

---

<sup>67</sup> T. A. Keck, *op. cit.*, s. 162.

<sup>68</sup> Brytyjski *Manual of the law of armed conflict* jest dostępny na stronie internetowej: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/27874/JSP3832004Edition.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/27874/JSP3832004Edition.pdf) (05.01.2014), s. 21–22 (*Military necessity permits a state engaged in an armed conflict to use only that degree and kind of force, not otherwise prohibited by the law of armed conflict, that is required in order to achieve the legitimate purpose of the conflict, namely the complete or partial submission of the enemy at the earliest possible moment with the minimum expenditure of life and resources*).

<sup>69</sup> *NATO Glossary of the terms and definitions* jest dostępny na stronie internetowej: <http://www.fas.org/irp/doddir/other/nato2008.pdf> (05.01.2014). Hasło: *minimum force* brzmi: *Force, up to and including deadly force, limited to the degree, intensity and duration necessary to achieve the objective*.

<sup>70</sup> Amerykański *Field manual 27–10* jest dostępny na stronie internetowej: [http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/law\\_warfare-1956.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/law_warfare-1956.pdf) (05.01.2014), s. 3 (*The law of war places limits on the exercise of a belligerent's power in the interests mentioned in paragraph 2 and requires that belligerents refrain from employing any kind or degree of violence which is not actually necessary for military purposes and that they conduct hostilities with regard for the principles of humanity and chivalry*).

<sup>71</sup> Amerykański *Commander's handbook on the law of naval* w punkcie 5.3.1 dotyczącym zasady konieczności wojskowej stanowi: *The principle of military necessity recognizes that force resulting in death and destruction will have to be applied to achieve military objectives, but its goal is to limit suffering and destruction to that which is necessary to achieve a valid military objective. Thus it prohibits the use of any kind or degree of force not required for the partial or complete submission of the enemy with a minimum expenditure of time, life, and physical resources*. *Commander's handbook on the law of naval* jest dostępny na stronie internetowej: [http://www.usnwc.edu/getattachment/a9b8e92d-2c8d-4779-9925-0defea93325c/1-14M\\_%28Jul\\_2007%29\\_%28NWP%29](http://www.usnwc.edu/getattachment/a9b8e92d-2c8d-4779-9925-0defea93325c/1-14M_%28Jul_2007%29_%28NWP%29) (05.01.2014).

*flits armés* wydany przez ministerstwo obrony w 2001 r.<sup>72</sup>, niemiecki *Triservice Manual Zdv 15/2: Humanitarian Law in Armed Conflicts* wydany przez ministerstwo obrony w 1992 r.<sup>73</sup> czy szwajcarskie *Regulations 51.007/IV, Bases Légales du Comportement A L'Engagement* wydane w 2005 r.<sup>74</sup>

Należy zwłaszcza zwrócić uwagę na kolumbijski *Manual de derecho operacional*, który jest przejawem najnowszej praktyki państw w zakresie przyjęcia ograniczeń użycia siły, a zgodnie z którym co do zasady, zasada konieczności wojskowej implikuje, że cała działalność związana z walką zbrojną musi zostać uzasadniona celami wojskowymi, podczas gdy działania, które nie są konieczne z wojskowego punktu widzenia, są nielegalne. Elementem nierozłącznie związanym z koniecznością wojskową jest ograniczenie, zgodnie z którym zostanie użyta tylko ta siła, która jest konieczna dla osiągnięcia korzyści wojskowej. Jakikolwiek użycie siły, które wykraczałoby poza tę korzyść jest sprzeczne z zasadą konieczności wojskowej. Podręcznik ten dodaje, że nie we wszystkich okolicznościach możliwe jest dostosowanie zasady konieczności wojskowej do wszystkich sytuacji mających miejsce w warunkach działań zbrojnych. Występuje wiele sytuacji związanych z walką zbrojną, w których nie można zastosować ograniczeń w użyciu siły bez narazania własnych sił zbrojnych na ryzyko lub bez utraty skuteczności operacyjnej<sup>75</sup>. Podręcznik kolumbijski bardzo często odwołuje się do *Wskazówek interpretacyjnych MKCK* i wskazuje, że zalecenie MKCK może mieć jednak praktyczne zastosowanie<sup>76</sup>.

Praktykę państw można podsumować następująco: ogólnie państwa walczące z powstańcami (jako że w chwili obecnej większość konfliktów zbroj-

---

<sup>72</sup> *Manual de droit des conflits armés* jest dostępny na stronie internetowej: <http://www.defense.gouv.fr/sga/le-sga-en-action/droit-et-defense/droit-des-conflits-armes/droit-des-conflits-armes> (05.01.2014). Pod hasłem *Nécessité militaire* czytamy : *Nécessité militaire: principe en vertu duquel un belligérant exerce le droit de prendre toutes mesures qui seraient nécessaires pour conduire à bien une opération et qui ne seraient pas interdites par les lois de la guerre.* » (AAP 6, glossaire OTAN de termes et définitions d'usage militaire.) *Bien qu'il n'y ait pas de définition juridique universelle de la nécessité militaire, elle s'entend d'une urgence qui impose à un commandant militaire de prendre sans délais les mesures indispensables pour obtenir l'accomplissement de sa mission, le plus rapidement possible, en recourant à des moyens de violence contrôlés et qui ne tombent pas sous l'interdiction du droit des conflits armés. Ces mesures doivent être licites au regard du droit des conflits armés. En conséquence, il ne peut être dérogé à une règle du droit des conflits armés en invoquant la nécessité militaire que lorsqu'une telle possibilité est expressément prévue par la règle en question. La nécessité militaire repose sur quatre principes : l'urgence, les mesures limitées à l'indispensable, le contrôle (dans l'espace et dans le temps) de la force employée et le recours à des moyens et méthodes licites.*

<sup>73</sup> *Triservice Manual Zdv 15/2: Humanitarian Law in Armed Conflicts* dostępny na stronie internetowej: <http://www.humanitaeres-voelkerrecht.de/ManualZDV15.2.pdf> (05.01.2014). Punkt 130 zawiera następujące stwierdzenie: *In war, a belligerent may apply only that amount and kind of force necessary to defeat the enemy. Acts of war are only permissible if they are directed against military objectives, if they are not likely to cause unnecessary suffering and if they are not perfidious.*

<sup>74</sup> Zob. też: N. Melzer, *Keeping the Balance...*, s. 908.

<sup>75</sup> Podano za: *ibidem*, s. 910.

<sup>76</sup> *Ibidem*, s. 911.

nych to konflikty niemiędzynarodowe) przyjęły bardziej restrykcyjne i zachowawcze ROE, w wielu przypadkach ograniczając możliwość użycia siły śmiertelnej przez żołnierzy. Praktykę tę można bez większych wątpliwości rozciągnąć na międzynarodowe konflikty zbrojne, jako że podręczniki te nie rozróżniają rodzaju konfliktu zbrojnego. Jak zauważa T. A. Keck, zadecydowały o tym jednak raczej względy polityki, a nie prawny obowiązek. Jednak w ostatnich latach wielu prawników i sądy uznawały, że prawo międzynarodowe praw człowieka rządzi użyciem siły w czasie okupacji i wewnętrznych konfliktów zbrojnych<sup>77</sup>.

Mimo że pogląd dotyczący ograniczeń w użyciu siły to wciąż pogląd mniejszościowy, nie można go lekceważyć. Należy zauważyć, że sędziowie i wpływowi prawnicy kształtują opinie rządów i wojskowych. Zgodnie z art. 38 Statutu MTS, orzeczenia sądowe stanowią pomocniczy środek określania norm prawnych. Orzeczenia i praktyka sądów i trybunałów krajowych, jak i międzynarodowych mogą przyczynić się więc do wykształcenia normy o wskazanej wyżej treści. Orzecznictwo wpływa również na rozwój międzynarodowego prawa humanitarne, zwłaszcza w tym zakresie, gdzie istnieją luki lub niejasności.

Biorąc pod uwagę istniejącą tendencję do wprowadzania przez państwa ograniczeń w ROE, zastosowanie ograniczeń w użyciu siły przyjętych pod wpływem prawa międzynarodowego praw człowieka może zostać niedługo uznane za wiążącą regułę zwyczajowego prawa międzynarodowego<sup>78</sup>. Niestety, w chwili obecnej praktyka ta nie wydaje się jednak wystarczająca, brakuje również *opinio iuris* w tym zakresie, jako że wciąż dominuje pogląd promilitarystów, zgodnie z którym kombatant jest legalnym celem ataku podczas trwania konfliktu zbrojnego. Jak jednak wspomniano wyżej, zauważalna jest tendencja do przyjmowania ograniczeń w stosowaniu siły śmiertelnej wobec kombatantów, która to tendencja może z czasem doprowadzić do wykształcenia się normy zwyczajowej.

## 5. Uwagi końcowe

Podsumowując, podczas gdy walczące siły nie mają obowiązku podejmowania dodatkowego ryzyka dla nich samych lub ludności cywilnej, po to, aby ująć uzbrojonego przeciwnika, to jednak byłoby sprzeczne z zasadą humanitaryzmu zabić przeciwnika lub nie dać mu możliwości poddania się, kiedy jest wyraźnie widoczne, że użycie siły śmiertelnej nie jest konieczne<sup>79</sup>. Wniosek taki został przyjęty pod wyraźnym wpływem prawa międzynarodowego praw człowieka. W rezultacie konkretna operacja militarna wymagają-

<sup>77</sup> T. A. Keck, *op. cit.*, s. 176.

<sup>78</sup> *Ibidem*, s. 177.

<sup>79</sup> N. Melzer, *Wskazówki interpretacyjne...*, s. 1043.

ca użycia siły zbrojnej może, a nawet powinna być, oceniana nie tylko w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego, ale także w świetle prawa międzynarodowego praw człowieka. Należy także zauważyć, że z reguły na polu walki, w ogniu walki zabicie kombatanta czy osoby cywilnej biorącej bezpośredni udział w działaniach zbrojnych jest praktycznie zawsze uzasadnione i legalne<sup>80</sup>.

Argumenty przemawiające za uznaniem prawnego obowiązku prawnego obowiązku postulatów odstąpienia od pozbawienia życia kombatanta obejmują:

– konkretne przepisy międzynarodowego prawa humanitarnego (Deklaracja petersburska z 1868 r., art. 22 Regulaminu haskiego z 1907 r., art. 35 (1) I Protokołu dodatkowego z 1977 r.);

– praktykę państw znajdującą swoje odbicie w podręcznikach wojskowych oraz ROE uwzględniających omawiane ograniczenia w używanej sile śmiertelności;

– poglądy przedstawicieli doktryny wykazujące się dużą siłą oddziaływania (np. koncepcja J. S. Picteta), a w przyszłości kto wie może także G. Blum;

– zasada ekonomii siły i zdrowego rozsądku, których nie należy lekceważyć.

## LEGALITY OF KILLING COMBATANTS IN LIGHT OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

**Key words:** international humanitarian law, combatant, military necessity, proportionality in the means used, principle of distinction

### Summary

The aim of this paper is to answer the question of legality and proportionality of killing a combatant which term also includes rebels in non-international armed conflicts. Are there any factors that may influence the traditional rule of international humanitarian law that a combatant is a military objective all the time and may be attacked anytime and anywhere, whether he or she fights or sleeps? The author presents the most important principles of international humanitarian law such as principle of distinction and especially principle of proportionality when attacking a legal military objective. Using those principles with the strong emphasis on proportionality the author attempts to answer the question mentioned above. It seems that according to the current state of international humanitarian law killing combatants is legal based only on their status and not any real or perceptible threat they pose, although it should be postulated to use it as a means of last resort. The paper offers many arguments against the traditional interpretation of international humanitarian law. Much attention will be devoted to a very interesting and commendable proposition of G. Blum of an alternative interpretation of the principles of humanitarian law.

<sup>80</sup> Zob. A. Szpak, *Selektywna eliminacja...*, s. 37. Na temat obowiązku raczej ujęcia niż zabicia zob. również wymianę poglądów jaka nastąpiła na łamach „The European Journal of International Law” pomiędzy R. Goodmanem a M. N. Schmittem (pod koniec 2013 r.): R. Goodman, *The Power to Kill or Capture Enemy Combatants*, „The European Journal of International Law” 2013, nr 3, s. 819–853; M. N. Schmitt, *Wound, Capture, or Kill: A Reply to Ryan Goodman’s ‘The Power to Kill or Capture Enemy Combatants’*, „The European Journal of International Law” 2013, No. 3 s. 855–861.