

Ius ad bellum a systemowy charakter prawa międzynarodowego

4.1. Uwagi wprowadzające

Postrzeganie prawa międzynarodowego przez pryzmat norm *ius ad bellum*, a więc norm regulujących dopuszczalność użycia siły zbrojnej przez państwa, dość powszechnie prowadzi do apriorycznego uwypuklenia jego anarchicznego charakteru i wysoce ograniczonej efektywności. W takim ujęciu prawo międzynarodowe jawi się jako porządek oparty w głównej mierze na sile, gdzie prawo jest po stronie silniejszego. Jednak odrzucając nawet tak skrajnie uproszczone podejście, faktem pozostaje, że normy *ius ad bellum* – pomimo że oparte są na, zasadniczo niekwestionowanym współcześnie, zakazie użycia siły zbrojnej jako metodzie rozstrzygnięcia sporów międzynarodowych – istotnie jawić się mogą jako dalece niedookreślone, niespójne i w związku z tym pozostawiające państwom daleko idącą swobodę w podejmowaniu działań zbrojnych. Wynika to z pewnej niejednoznaczności w prawnym dookreśleniu dopuszczalnych wyjątków od zakazu użycia siły i z niespójnego definiowania podstawowych pojęć, co wiąże się z często podnoszonym argumentem, że sam zakaz nie obejmuje wszystkich działań zbrojnych państw. W takim ujęciu mielibyśmy więc do czynienia z porządkiem prawnym, który pozostaje tak kwalifikacyjnie, jak i walidacyjnie niepełny *par excellence*, oraz jest niespójny. W konsekwencji odpowiedź na pytanie, czy obecna regulacja *ius ad bellum* wzmacnia systemowość prawa międzynarodowego jawiłaby się jako, w sposób oczywisty, negatywna. Należałoby uznać, że jest wręcz odwrotnie i zaprzecza ona systemowemu ujęciu prawa międzynarodowego.

Powyższe założenia wymagają jednak weryfikacji. W tym kontekście konieczne jest odniesienie się do wiążącego stanu prawnego w zakresie *ius ad bellum* w świetle współczesnej praktyki państw. Antycypując dalsze rozważania, należy stwierdzić, że nie ma podstaw do tak dalece idących wniosków, jak te zasygnalizowane powyżej. Normy *ius ad bellum* stanowią bowiem konsekwentny i stały punkt odniesienia dla prawnego ujmowania działań związanych z użyciem lub powstrzymaniem się od użycia siły zbrojnej. Nie można też przeceniać tych sytuacji, w których normy te są naruszane. Co więcej, zasadnym wydaje się postawienie tezy, że – akceptując przyjęte przez redaktora niniejszego tomu założenie, zgodnie z którym system należy postrzegać jako projekcję władz poznawczych, a więc, że systematyzujące myślenie o prawie kształtuje rzeczywistość prawną – systemowe ujęcie *ius ad bellum* jest zarówno możliwe, jaki i pożądane. Co więcej, systemowe ujęcie norm *ius ad bellum* stanowi warunek *sine qua non* jego znaczenia i efektywności. Natomiast próby zakwestionowania takiego ujęcia w stanowiskach państw i w doktrynie to w istocie działania mające na celu legitymizowanie naruszeń prawa.

Rozważania szczegółowe dla weryfikacji powyższej tezy zostaną oparte na analizie obowiązujących regulacji prawnych w kontekście ich systemowego ujęcia ze szczególnym uwzględnieniem kwestii zupełności walidacyjnej, a więc pytania o podstawę ich obowiązywania i rozważeniu prób jej swoistego rozmywania przez odniesienia pozasystemowe. Analizie poddane zostanie także zagadnienie zupełności kwalifikacyjnej, czyli kluczowej kwestii, czy każdy przejaw użycia siły zbrojnej można kwalifikować współcześnie jako prawnie nieobojętny. Kryterium zupełności systemu pozostaje ściśle powiązane z kolejnymi uwarunkowaniami, tj. kryterium jedności danego porządku prawnego w jego powszechnym wymiarze. W tym kontekście konieczne jest spojrzenie na normy *ius ad bellum* jako na część powszechnego prawa międzynarodowego, zwłaszcza z odniesieniem do norm gwarantujących ochronę podstawowych praw człowieka i reguł odpowiedzialności międzynarodowej państw. To z kolei ściśle wiąże się z kryterium spójności międzynarodowego porządku prawnego. Jest ona na swój sposób poddawana weryfikacji zwłaszcza w kontekście ścierania się norm *ius ad bellum* z normami gwarantującymi prawa człowieka, co jest pochodną napięcia pomiędzy podstawowymi wartościami aksjologicznymi współczesnego prawa międzynarodowego, które te zespoły norm odzwierciedlają: odpowiednio, zapewnieniem pokoju i bezpieczeństwa, oraz realizacją sprawiedliwości międzynarodowej, rozumianej jako zapewnienie podstawowych praw człowieka. Prowadzi to do pytań o wzajemne relacje tych norm, ich ewentualną hierarchizację i mechanizmy rozstrzygnięcia konfliktów pomiędzy nimi.

Dla odpowiedniego zilustrowania i rozważenia powyższych kwestii zdecydowano się wybrać trzy obszary szczegółowe, które będą przedmiotem pogłębionej analizy. W pierwszej kolejności odniesienia wymagają normatywne podstawy oraz kluczowe pojęcia i kategorie prawne, które wytyczają ramy prawne współczesnego *ius ad bellum*. Chodzi tu o zakres znaczeniowy samego zakazu użycia siły zbrojnej z odniesieniem do pojęcia agresji oraz kluczowego dla wytyczenia dopuszczalnych granic prawa do samoobrony pojęcia napaści zbrojnej. Ustalenia w tym zakresie konieczne są dla odniesienia się do problemu hierarchii zobowiązań w zakresie *ius ad bellum* i ewentualnego uznania określonych norm wiążących państwa w zakresie użycia siły zbrojnej za *iuris cogentis*, co ma kluczowe znaczenia także dla hierarchizacji zobowiązań w wymiarze powszechnym.

Po drugie, przeanalizowany zostanie problem stanowiący jedno z największych wyzwań nie tylko dla *ius ad bellum*, ale i dla całego współczesnego prawa międzynarodowego – dopuszczalność interwencji humanitarnej. Dylemat ten w sposób najbardziej wyrazisty – czy wręcz spektakularny – egzemplifikuje wspomniane wyżej napięcie pomiędzy normami *ius ad bellum* a normami gwarantującymi podstawowe prawa człowieka. Równocześnie pozwala on na odniesienie się do problemu dopuszczalności użycia siły zbrojnej z upoważnienia Rady Bezpieczeństwa ONZ (RB ONZ) w ramach systemu bezpieczeństwa zbiorowego jako jednego z dwóch wyjątków od zakazu użycia siły przewidzianego w Karcie Narodów Zjednoczonych (KNZ)¹.

Wreszcie, jako trzecie wybrane zagadnienie, podniesiona zostanie kwestia zakresu prawa do samoobrony jako drugiego z przewidzianych w KNZ wyjątków od zakazu użycia siły zbrojnej – i to wyjątku niezwykle spornego, którego zakres jest postrzegany jako istotnie niedookreślony i sporny. Uwaga w tym zakresie poświęcona będzie zwłaszcza problemowi powołania prawa do samoobrony jako podstawy prawnej zwalczania współczesnego terroryzmu międzynarodowego oraz problemowi użycia siły zbrojnej w celu obrony własnych obywateli. Pierwszy z wymienionych problemów unaocznia zmiany normatywne zachodzące w obrębie *ius ad bellum* – zarówno te rzeczywiste, jak i te domniemane – oraz niebezpieczeństwa z tym związane. Natomiast drugie z wymienionych zagadnień stanowi dobrą ilustrację kontrowersyjnego problemu (nie)odpowiedniego ujmowania podstaw prawnych dla działań zbrojnych tego typu i postulowanej w tym kontekście akceptacji dla daleko posuniętej swobody działań zbrojnych państw. Wszystkie powyższe przykłady

¹ Dz.U. 1947, nr 23, poz. 90 i 91 ze zm.

służyć mają weryfikacji postawionej wyżej tezy w zakończeniu niniejszego opracowania.

Przejsie do uwag szczegółowych wymaga jednak poprzedzenia ich kilkoma uwagami wstępnymi. Po pierwsze, podkreślenia wymaga, że normy *ius ad bellum* ze swej istoty odnoszą się do relacji pomiędzy państwami. Użycie siły zbrojnej na podstawie prawa międzynarodowego pozostawało dotychczas, co do zasady, wyłączną prerogatywą państw i jednym z istotnych wyznaczników suwerenności państwowej. Jedynym wyjątkiem w tym zakresie było – zasadniczo marginalne w wymiarze praktycznym – stosowanie norm *ius ad bellum* do tzw. terytorialnych reżimów *de facto*, w znaczeniu aktorów niepaństwowych aspirujących do statusu państwa i wykonujących faktyczne władztwo nad określonym terytorium w sposób ustabilizowany, czyli pokojowo i w sposób rozciągnięty w czasie. Nie ma bowiem wątpliwości, że tradycyjna konstrukcja strony wojującej nie pozwala na jej zastosowanie do odrębnych w swej istocie (przez ich stały i pokojowy charakter) reżimów terytorialnych. Bliższe przyjrzenie się zagadnieniu zastosowania norm *ius ad bellum* do terytorialnych reżimów *de facto* wskazuje jednak, że jest ono do dziś dnia dalekie od jednoznaczności. Problem ten dotyczy głównie podstawy prawnej, na której normy *ius ad bellum* mają znajdować zastosowanie do tego typu aktorów. Jako taki, problem ten nie będzie jednak przedmiotem odrębnej analizy w niniejszym opracowaniu². Natomiast zwrócić należy uwagę, że w doktrynie postulat wyjęcia poza międzypaństwowy paradygmat norm *ius ad bellum* konsekwentnie zyskuje na znaczeniu i akceptacji w kontekście zwalczania terroryzmu międzynarodowego w dobie po 11 września 2001 roku. Jest to widoczne zwłaszcza w kontekście dopuszczenia użycia siły zbrojnej przez państwo z powołaniem na prawo do samoobrony wobec aktora niepaństwowego, w pierwszym rzędzie organizacji terrorystycznej. Takie ujęcie oparte jest na założeniu, że aktor niepaństwowy może być samoistnym źródłem napaści zbrojnej w rozumieniu art. 51 KNZ (bez konieczności przypisania jego działań zbrojnych danemu państwu), a więc na założeniu, które podważa – jak ujął to przed dziesięć laty sędzia Pieter Kooijmans – „generally accepted interpretation for more than 50 years”³. Stanowisko takie jest w najwyższym stopniu kontrowersyjne⁴.

² Zob. szerzej M. Kowalski, *Prawo do samoobrony jako środek zwalczania terroryzmu międzynarodowego*, Difin, Warszawa 2013, s. 41 i 103–111.

³ *Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, ICJ Reports 2004, s. 139 i n., *Separate Opinion of Judge Kooijmans*, par. 35.

⁴ Krytyka przywoływanego ujęcia szeroko przedstawiona jest w M. Kowalski, dz. cyt., s. 188–202.

Niemniej wskazuje ono na tendencję przełamывania międzypaństwowego paradygmatu norm *ius ad bellum*. Innym przejawem tej tendencji jest zjawisko tzw. prywatyzacji wojny i statusu prawnego takich aktorów niepaństwowych jak *private military contractors*. Tendencja ta wpisuje się w niezwykle istotny dyalemat, na ile konieczne jest radykalne przewartościowanie obowiązującego porządku prawnomiędzynarodowego wobec nowych zjawisk i wyzwań, a na ile mogą one być absorbowane za pomocą istniejących instytucji i mechanizmów. Pytanie to zachowuje swoją szczególną aktualność także w kontekście podejmowanych badań, które w statusie prawnym państw dopatrują się czynnika spajającego zróżnicowane normy prawa międzynarodowego, jego instytucje, oraz stosunki i zdarzenia w jego obrębie w system⁵. Jako takie musi stanowić ono konsekwentny punkt odniesienia.

Po drugie, należy podkreślić, jak istotne znaczenie dla podejmowanych kwestii ma podejście do problemu luk w prawie. Niewątpliwie problem luk w *ius ad bellum* jest realny. Co interesujące, część autorów postrzega istnienie luk w prawie międzynarodowym, a w *ius ad bellum* w szczególności, nie tylko jako problem, ale równocześnie jako jego zaletę. Thomas Franck w pierwszych słowach swojej głośnej monografii z 2002 roku⁶, poświęconej wyzwaniom, przed którymi *ius ad bellum* stanęło na początku XXI wieku, stwierdził, że „loopholes, as we shall see, are the subject of this study” i dodał znamienne, że „they can be bad, but they also have an important role to play in saving law from itself”⁷. Podejście takie ma więc charakter wręcz antysystemowy, gdzie anarchiczność porządku prawnego ma – paradoksalnie – wzmacniać jego efektywność. W istocie jest to jednak efektywność działań jeśli nie bezprawnych, to w najlepszym razie pozaprawnych. Poniżej przedstawiona będzie argumentacja wskazująca, że systemowe podejście do *ius ad bellum* istotnie problem luk w tym zespole norm ogranicza. Dzieje się tak dlatego, że – jak przyjęto w założeniach niniejszych badań opartych na idealizmie epistemologicznym⁸ – odpowiednia interpretacja danej normy prawnej w określonym kontekście i w odniesieniu do innych norm pozwala na takie ich wzajemne uporządkowanie, które pole *non liquet* istotnie redukuje. Niewątpliwie jednak w pełni go nie eliminuje. Powstaje więc w tym miejscu pytanie, czy zmusza nas to do mówienia o braku zupełności porządku *ius ad bellum*, oraz każe kwestionować

⁵ R. Kwiecień, *Wprowadzenie* w niniejszym tomie, s. 26–29.

⁶ Th.M. Franck, *Recourse to Force: State Action Against Threats and Armed Attacks*, Cambridge University Press, Cambridge 2002.

⁷ Tamże, s. 1.

⁸ R. Kwiecień, *Wprowadzenie* w niniejszym tomie, s. 14–15.

jego systemowy charakter, a w konsekwencji podważać systemowość prawa międzynarodowego jako takiego. Odpowiedź wydaje się negatywna. Istnieje bowiem perspektywa pozwalająca na wyśrodkowanie pomiędzy z jednej strony postrzeganiem anarchicznego, pełnego luk, charakteru *ius ad bellum*, a z drugiej strony postulowaniem jego zupełności w znaczeniu całkowitego tych luk wyeliminowaniu, co wydaje się niemożliwe do osiągnięcia. Takie wyśrodkowane podejście polega na uznaniu, że luka pozostaje immanentną częścią każdego porządku prawnego i nie stoi w sprzeczności z postulatem jego zupełności, który warunkuje nadanie mu kształtu systemu. Luki stanowią bowiem braki typowe dla wszystkich regulacji prawnych, także międzynarodowych. Natomiast tym, co pozwala mówić o zupełności danego porządku prawnego nie jest całkowity brak w nim luk, lecz istnienie odpowiedniego mechanizmu, który do sytuacji *non liquet* znajduje zastosowanie i minimalizuje jej negatywne skutki⁹. Innymi słowy chodzi o identyfikację sytuacji *non liquet* i odpowiednie jej przeciwdziałanie, które jednak nie prowadzi do całkowitego jej wyeliminowania. W prawie międzynarodowym taką funkcję pełni ogólna zasada prawa.

Biorąc pod uwagę powyższe, trzecią kwestią wymagającą podkreślenia jest właśnie szczególna rola ogólnych zasad prawa, która również stanowić będzie punkt odniesienia w podjętej poniżej analizie. W prawie międzynarodowym pełni one – jako źródło prawa międzynarodowego w znaczeniu formalnym, czerpiącym swe uzasadnienie z wewnętrznych porządków prawnych państw i w tym znaczeniu wymienione są w art. 38 ust. 1 lit. c Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS) – rolę nie do przecenienia, choć niewątpliwie rację mają ci autorzy, którzy podnoszą, że ich potencjał jest nie w pełni dostrzegany w doktrynie¹⁰. Wynika to z ich złożonego charakteru, który przyczynia się do braku ich jednolitego normatywnego ujmowania. W tym kontekście i z odniesieniem do tego co napisano powyżej o problemie luk prawnych, należy stwierdzić, że subsydiarny charakter ogólnych zasad prawa pozwalający na przeciwdziałanie sytuacjom *non liquet* jawi się jako kluczowy, choć niewątpliwie rację ma Giorgio Gaja, podkreślając, że „in any event, their character would depend on their content”¹¹. Charakterystyczne pozostaje, że ogólne zasady prawa przybierać mogą formę zarówno reguł pierwszego, jak

⁹ Por. T. Simões Sales, *The gaps and the legal system (in)completeness*, „Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD-Rio de Janeiro” 2013, t. 1, nr 23; tekst dostępny adresem internetowym: <http://www.e-publicacoes.uerj.br> (dostęp: 1 marca 2014).

¹⁰ Por. R. Kwiecień, rozdz. 2 w niniejszym tomie, s. 77–81.

¹¹ G. Gaja, *General principles of law*, w: R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 370 i n., par. 21.

i drugiego rzędu. Równocześnie ogólne zasady prawa niewątpliwie pełnią także rolę norm kolizyjnych. W kontekście norm *ius ad bellum* na szczególną uwagę zasługują zasady konieczności i proporcjonalności, których postrzeganie właśnie jako ogólnych zasad prawa może jawić się jako zasadne i mające daleko idące konsekwencje. Intellektualnie inspirujące jest też zaproponowane przez Petera Haggenmachera oryginalne ujęcie jako ogólnej zasady prawa samego prawa do samoobrony¹². Wpisuje się ono w pogląd, że „a general principle of law may be embodied in a treaty provision or become part of international customary law”¹³.

Powyższe rozumienie ogólnych zasad prawa, zgodnie z art. 38 ust. 1 lit. c Statutu MTS, należy kategoriycznie odróżnić od pojęcia zasad w znaczeniu zasad prawa międzynarodowego¹⁴. W tym znaczeniu nie mamy do czynienia z odrębnym źródłem prawa międzynarodowego w znaczeniu formalnym, lecz z rozumieniem zasad prawa w znaczeniu dyrektywalnym, jako norm należących do danego porządku, ale mających dla niego znaczenie szczególne przez wytyczanie samych jego podstaw. Mamy więc do czynienia z takimi normami traktatowymi, zwyczajowymi, a także ogólnymi zasadami prawa, które uznane zostały przez państwa za podstawowe dla funkcjonowania porządku prawnomiędzynarodowego i które – jako takie – odzwierciedlają jego aksjologiczne podstawy. Normy te tworzą więc to, co Roman Kwiecień nazywa „normatywnym rdzeniem” prawa międzynarodowego, który jest konieczny, aby można mówić o idei powszechności tego porządku prawnego¹⁵. W tym znaczeniu pojęciem zasad prawa międzynarodowego posługuje się KNZ w art. 2 i korespondująca z nim, oraz oddająca zwyczajowy charakter tychże zasad, deklaracja zasad prawa międzynarodowego regulujących przyjazne stosunki i współpracę między państwami zgodnie z KNZ z 1970 roku¹⁶. Takie rozróżnienie wyraźnie widoczne jest też np. w Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego (MTK)¹⁷, który stanowiąc w art. 21 o podstawie wyrokowania MTK

¹² P. Haggenmacher, *Self-defence as a general principle of law and its relation to war*, w: A. Eyffinger, A. Stephens, A.S. Muller (eds.), *Self-Defence as a Fundamental Principle*, Hague Academic Press, The Hague 2009, s. 3 i n. W ten sam sposób również S. Rosenne, *Self-defence and the non-use of force: some random thoughts*, w: tamże, s. 49 i n.

¹³ G. Gaja, dz. cyt., par. 24; W. Czaplinski, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 98.

¹⁴ W. Czaplinski, A. Wyrozumska, dz. cyt., s. 109.

¹⁵ R. Kwiecień, rozdz. 2 w niniejszym tomie, s. 80.

¹⁶ *Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperations amongst States in Accordance with the Charter of the United Nations*, rezolucja ZO ONZ 2625 (XXV) z 24 października 1970 r.

¹⁷ Dz.U. 2003, nr 78, poz. 708.

wyraźnie rozróżnia zasady (i reguły) prawa międzynarodowego (w ust. 1 lit. b) od ogólnych zasad prawa wywiedzionych z krajowych porządków prawnych¹⁸. Takie ujęcie zasad prawa międzynarodowego ponownie prowadzi do stawiania pytań o wzajemne relacje norm i ich hierarchizację z uwzględnieniem takich pojęć, jak zobowiązania *erga omnes* i normy o charakterze *iuris cogentis*, zwłaszcza że zasady prawa międzynarodowego mogą mieć konkurencyjny, jeśli nie sprzeczny, charakter. Typowym przykładem w tym względzie jest konkurencyjna relacja zasady integralności terytorialnej państw w stosunku do zasady samostanowienia narodów. Innym przykładem tego typu – kluczowym w kontekście podjętego tematu – jest sygnalizowana już wyżej relacja pomiędzy zakazem użycia siły zbrojnej a zasadą przestrzegania podstawowych praw człowieka. Ta ostatnia zasada, której charakter prawny został stopniowo ukształtowany dopiero w drugiej połowie XX wieku, a więc istotnie później niż pozostałych, klasycznych zasad prawa międzynarodowego i w odróżnieniu od nich wzmacniał rolę jednostki w stosunku do państwa, siłą rzeczy, prowadzić musiał do istotnego przewartościowania porządku prawnomiędzynarodowego¹⁹. Mówienie w tym kontekście wręcz o rewolucji praw człowieka w prawie międzynarodowym jest jak najbardziej zasadne. Ponownie więc mamy do czynienia z kwestiami kluczowymi właśnie w kontekście systemowego ujmowania prawa międzynarodowego.

4.2. Podstawy normatywne i problemy definicyjne *ius ad bellum*

Normy tworzące *ius ad bellum* oparte są na normie zakazującej: zakazie groźby i użycia siły zbrojnej sformułowanej jako jedna z zasad ONZ (a zarazem zasada prawa międzynarodowego) i wymienionej w art. 2 ust. 4 KNZ:

Wszyscy członkowie powstrzymają się w swych stosunkach międzynarodowych od stosowania groźby lub użycia siły przeciwko całości terytorialnej lub niepodległości jakiegokolwiek państwa, bądź w jakikolwiek inny sposób niezgodny z Celami Narodów Zjednoczonych.

¹⁸ Konstrukcja normatywna art. 21 wyraźnie podkreśla też subsydiarny charakter ogólnych zasad prawa w znaczeniu Statutu MTK.

¹⁹ Zob. uwagi Marcina Kałduńskiego dotyczące ograniczeń zasady immunitetu państwa ze względu na naruszenia podstawowych praw człowieka; M. Kałduński, rozdz. 6 w niniejszym tomie, s. 284–294.

Zakaz ten – jak już wyżej wspomiano – nie jest zasadniczo kontestowany i ściśle koresponduje z innymi zasadami prawa międzynarodowego, zwłaszcza z obowiązkiem pokojowego rozstrzygnięcia sporów międzynarodowych (art. 2 ust. 3 KNZ) i z zasadą nieinterwencji (art. Art. 2 ust. 7 KNZ). Charakterystyczne pozostaje, że zakaz użycia siły zbrojnej był zawsze punktem wyjścia dla wszystkich głównych sporów, co do legalności użycia siły zbrojnej także po zmianach w kształcie społeczności międzynarodowej, które dokonały się na przełomie lat 80. i 90. XX wieku, jak i w związku ze zmianami, które dokonują się w obliczu nowych zjawisk i zagrożeń, takich jak nowy wymiar terroryzmu międzynarodowego czy zagrożenia atakami z użyciem sieci komputerowych (tzw. cyberataki). Przykłady użycia siły zbrojnej w Kosowie w 1999 roku w Afganistanie w 2001 roku, w Iraku w 2003 roku, w Libanie w 2006 roku, w Gruzji w 2008 roku czy też na Ukrainie w 2014 roku dobitnie to potwierdzają.

Oczywiście oparcie *ius ad bellum* na normie zakazującej determinuje kształt tego zespołu norm w całym jego niedookreśleniu. Jego istotą jest bowiem określenie wyjątków od zakazu użycia siły zbrojnej, który nie ma – bo mieć nie może – absolutnego charakteru. Wyjątki te pozostają sporne *par excellence*, chociaż konstrukcja normatywna przewidziana w KNZ w swym kształcie jawi się *prima facie* jako dość jednoznaczna. Od zakazu użycia siły zbrojnej przewidziano dwa odstępstwa: kolektywne i indywidualne z wyraźnym uprzywilejowaniem tego pierwszego. To właśnie dopuszczalność użycia siły zbrojnej z upoważnienia RB ONZ w ramach systemu bezpieczeństwa zbiorowego miało być w (idealistycznym) założeniu głównym zabezpieczeniem gwarantującym międzynarodowy pokój i bezpieczeństwo. Jednakże zasadnicza nieefektywność systemu bezpieczeństwa zbiorowego od samego jego powstania doprowadziła do wzrostu znaczenia drugiego z wyjątków, czyli powoływania się przez państwa w celu prawnego uzasadnienia użycia siły zbrojnej na prawo do samoobrony (także w jej wymiarze zbiorowym).

Niedookreślenie zakazu użycia siły zbrojnej swe źródło znajduje już w samym sformułowaniu art. 2 ust. 4 KNZ. Od początku jego zakres pozostawał interpretowany na odmienne sposoby i, pomijając w tym miejscu historyczny z dzisiejszej perspektywy spór czy zakaz, dotyczy jedynie użycia siły zbrojnej, czy ma też szerszy charakter i rozciąga się także na inne rodzaje siły, jak np. siłę gospodarczą czy polityczną²⁰. Współcześnie istnieje powszechny konsensus,

²⁰ Zob. szerzej np. A. Randelzhofer, *Article 2(4)*, w: B. Simma (ed.), *Charter of the United Nations: A Commentary*, wyd. 2, Oxford University Press, Oxford 2002, s. 117–123; por. też A. Jacewicz, *Pojęcie siły w Karcie Narodów Zjednoczonych*, Wydawnictwo Ministerstwa Obrony Narodowej, Warszawa 1977.

że zakaz dotyczy jedynie użycia siły zbrojnej. Co do innych spornych kwestii, które prowadzą do niejasności interpretacyjnych, to pozostają one współcześnie w pełni aktualne. Taki charakter ma problem objęcia zakazem nie tylko samego użycia siły zbrojnej, ale także jej groźby. W świetle sformułowania art. 2 ust. 4 KNZ mamy do czynienia z równoważnym prawnie zakazem tak samej groźby, jak i jej rzeczywistego użycia. W praktyce jednak – odzwierciedlonej zresztą w doktrynie, która problemem groźby użycia siły zajmuje się w wąskim zakresie²¹ – o takiej równowadze mówić nie można. Zakaz samej groźby użycia siły ma zdecydowanie mniejsze znaczenie praktyczne i do rzadkości należą przypadki, w których jest samoistnie powoływany przez państwa²².

Spory interpretacyjne dotyczą także problemu jak rozumieć dookreślenie z art. 2 ust. 4 *in fine* KNZ mówiące o zakazie groźby i użycia siły „przeciwko integralności terytorialnej lub niepodległości politycznej jakiegokolwiek państwa bądź w jakikolwiek inny sposób niezgodny z Celami Narodów Zjednoczonych”. Niejasne pozostaje, czy w związku z takim ujęciem możliwe jest mówienie o użyciu siły zbrojnej, które nie godzi w wymienione wartości i tym samym pozostaje nieobjęte zakazem użycia siły zbrojnej zawartym w KNZ²³. Wreszcie niezwykle istotną kwestią pozostaje niejasny stosunek samego pojęcia użycia

²¹ Jest to uderzające zwłaszcza w kontraście do ogromu literatury poświęconej rzeczywistemu użyciu siły zbrojnej. Szeroko na temat groźby użycia siły zbrojnej zob. np. N. Stürchler, *The Threat of Force in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2006 i tam cytowaną literaturę; zob. również O. Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, Hart Publishing, Oxford 2012, s. 92–125.

²² Aktualnym wyjątkiem w tym kontekście było uwzględnienie kwestii związanych z naruszeniem zakazu groźby użycia siły zbrojnej w ustaleniach zawartych w raporcie Niezależnej Międzynarodowej Komisji Badawczej do spraw Konfliktu w Gruzji z 2008 r.; *Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia Report*, t. II, September 2009, s. 231 i n. Komisja, podejmując próbę zdefiniowania groźby użycia siły zbrojnej, stwierdziła między innymi, że: „[...] the emphasis of the practice of states is on credibility. A threat is credible when it appears rational that it may be implemented, when there is a sufficient commitment to run the risk of armed encounter. It is enough to create a calculated expectation that an unnamed challenge might incur the penalty of military force within a dispute, without which – as the International Court of Justice agrees – a threat is neither present nor perceived. There is no requirement that certainty exists as to whether force really will be used, or under what conditions it will be triggered, or that there is an urgent and imminent danger of its deployment. There is also no requirement that a threat has to be styled in terms of an ultimatum, tied to specific demands and a deadline for a reply. All that matters is that the use of force is sufficiently alluded to and that it is made clear that it may be put to use”, tamże, s. 232–233 (podkreślenia w oryginale). Pomijając enigmatyczność powoływanej „praktyki państw” i w konsekwencji arbitralność cytowanego stanowiska, uderza niedookreślenie proponowanych kryteriów.

²³ Zob. szerzej np. A. Randelzhofer, dz. cyt., s. 123–124; T. Jasudowicz, *Zakaz użycia lub groźby użycia siły „w jakikolwiek inny sposób niezgodny z Celami Narodów Zjednoczonych”*, w: T. Jasudowicz, M. Balcerzak, J. Kapelańska-Pręgowska (red.), *Współczesne problemy praw człowieka*

siły zbrojnej w relacji do innych kluczowych w zakresie regulacji użycia siły zbrojnej na podstawie KNZ pojęć: agresji²⁴ z art. 1 ust. 1, 39 i 53 ust. 1 i napaści zbrojnej²⁵ z art. 51. KNZ nie zawiera definicji legalnych tych pojęć i ich zakresy znaczeniowe są przedmiotem nieustających sporów tak w praktyce, jak i w doktrynie. Zakres powyższych sporów jest w istocie dojmujący, co w konsekwencji musi prowadzić do konieczności postawienia pytania o zupełność i spójność współczesnej regulacji *ius ad bellum*.

Wszystkie powyższe problemy nakładają się na jeszcze jeden, który istotnie determinuje ich rozstrzygnięcie. Chodzi mianowicie o relację pomiędzy regulacją *ius ad bellum* na podstawie KNZ a regulacją na podstawie prawa zwyczajowego. Czy ta ostatnia pokrywa się z tą pierwszą i jeśli tak, to w jakim stopniu, czy też można mówić o równoległej regulacji zwyczajowej, która pozostaje odezwana od regulacji na podstawie KNZ? W tym zakresie, pomimo utrzymujących się rozbieżnych stanowisk doktrynalnych²⁶, kwestia ta została trafnie rozstrzygnięta przez MTS w wyroku w sprawie *Nikaragui* z 1986 roku, w którym – odnosząc się do prawa do samoobrony – wskazał on kategorycznie na równoległe obowiązywanie norm KNZ i norm zwyczajowych, jak również ich zasadniczą zbieżność²⁷. Równocześnie jednak MTS podkreślił, że „[...] the United Nations Charter [...] by no means covers the whole area of the regulation of the use of force in international relations”²⁸. To trafne stwierdzenie wskazuje jednocześnie na istotę problemu. Od samego początku przyjęcia KNZ prawo zwyczajowe odgrywało swoją znaczącą rolę przez uzupełnianie regulacji KNZ,

i międzynarodowego prawa humanitarnego, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, Toruń 2009, s. 115 i n.

²⁴ Problematyka definiowania pojęcia zbrodni agresji, rozumianej jako czyn jednostki, jest współcześnie doniosła także w kontekście rozwoju międzynarodowego prawa karnego i przyjęcia w 1998 r. Statutu MTK, który zbrodnię agresji uwzględnił, ale jej nie definiował. To nastąpiło dopiero podczas konferencji przeglądowej Statutu MTK w Kampali w 2010 r., która zakończyła się przyjęciem kompromisowej definicji zbrodni agresji zawartej w nowym art. 8 *bis* Statutu MTK. Definicja ta jest ściśle powiązana z pojęciem agresji rozumianej jako akt państwa. Zob. szerzej np. C. Kress, L. von Holtzendorff, *Kampala compromise on the crime of aggression*, „Journal of International Criminal Justice” 2010, t. 8, s. 1179 i n.; P. Grzebyk, *Definicja zbrodni agresji (po konferencji przeglądowej MTK)*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 1, s. 45 i n.

²⁵ Najpełniej zob. T. Ruys, *‘Armed Attack’ and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2010.

²⁶ Porównaj np. M.J. Glennon, *How International Rules Die*, „Georgetown Law Journal” 2005, t. 93, s. 939 i n.; Ph. Sands, *Operationalizing the UN Charter rules on the use of force*, w: A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 343 i n.; O. Corten, dz. cyt., s. 5–27.

²⁷ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, par. 176.

²⁸ Tamże.

żeby ograniczyć się do wskazania na niekwestionowany, zwyczajowy wymóg zachowania zasad konieczności, proporcjonalności i natychmiastowości jako kryteriów legalności wykonania prawa do samoobrony na podstawie art. 51 KNZ, o których to kryteriach KNZ milczy. Równocześnie prawo zwyczajowe w zakresie *ius ad bellum* samo kształtowało się i ewoluowało pod wpływem regulacji KNZ, czego przykładem jest uznanie dopuszczalności powołania się na prawo do samoobrony tylko w odpowiedzi na napad zbrojny, a więc pojęcia nieznanego prawu międzynarodowemu przed wprowadzeniem go w art. 51 KNZ w 1945 roku. Równoległe obowiązywanie norm umownych i zwyczajowych jest bowiem we współczesnym prawie międzynarodowym faktem, nie tylko w sytuacji, gdy normy zwyczajowe poprzedzają istnienie odpowiadających im norm umownych, ale także gdy normy umowne i oparta na nich praktyka państw prowadzą do wykształcenia się nowych norm zwyczajowych lub do modyfikacji już istniejących. Pamiętać przy tym należy, że bez wykształcenia się wyraźnego *opinio iuris* praktyka państw stanowiąca wykonywanie zobowiązań umownych taką jedynie pozostanie i nie doprowadzi do wykształcenia się równoległych norm zwyczajowych.

Współcześnie kluczowa jest jednak tendencja odwrotna od tej opisanej na końcu poprzedniego akapitu. Nie można bowiem dzisiaj kwestionować, że to rola prawa zwyczajowego na *ius ad bellum* ma coraz większe znaczenie i że modyfikuje ono w tym zakresie regulację KNZ. Można nawet postawić tezę, że jest to konieczne dla utrzymania adekwatności tej ostatniej, która przyjęta została przecież blisko 70 lat temu, a zarazem dla adekwatności *ius ad bellum* jako takiego. Przez ten czas świat zasadniczo się zmienił. Pojawiły się nowe zagrożenia, takie jak ataki przy użyciu sieci komputerowych i innych zaawansowanych technologicznie broni (np. bezzałogowych dronów sterowanych zdalnie na odległość). Natomiast stare zagrożenia przybrały nowe formy, aby ograniczyć się jedynie do wskazania na współczesny terroryzm międzynarodowy i wzrastające zagrożenie zbrojnych ataków ze strony aktorów niepaństwowych. Tymczasem litera KNZ pozostaje bez zmian w stosunku do momentu jej przyjęcia w 1945 roku. Kształtujące się prawo zwyczajowe ma więc w tym zakresie znaczenie warunkujące utrzymanie adekwatności współczesnego *ius ad bellum*. I tu pojawia się podstawowy spór – dotyczy on zakresu tych zmian. Czy jest tak, jak chcą niektórzy, że KNZ traci swoją normatywną wartość i staje się „kartą papierową”²⁹,

²⁹ R.J. Delahunty, *Paper Charter: self-defense and the failure of the United Nations Collective Security System*, „Catholic University Law Review” 2006–2007, t. 56, s. 871 i n.

czy może reżim KNZ pozostaje nadal adekwatny, a konieczne zmiany mają jedynie umiarkowany charakter³⁰?

Znalezienie odpowiedzi na wszystkie powyższe pytania jest niezwykle trudne. Aby było to możliwe, wymagana jest drobiazgową i staranna analiza praktyki państw. Same państwa nie ułatwiają zresztą zadania, bo podnoszona przez nie argumentacja prawna dla uzasadnienia swoich działań lub zaniechań w zakresie dopuszczalności użycia siły zbrojnej jest wysoce niepełna, niekonsekwentna albo jej nie ma³¹. Równocześnie państwa ograniczają się często do wyrażenia przekonania, że są uprawnione do podejmowania lub niepodejmowania określonych działań zbrojnych, co może spotykać się z akceptacją (często milczącą) ze strony innych państw³². Wyjaśnianie takich sytuacji i próba zrekonstruowania dokonywanych przez państwa procesów prawotwórczych należy do podstawowych zadań nauki prawa międzynarodowego. Aby było to możliwe, konieczne jest przyjęcie odpowiednich założeń metodologicznych i interpretacyjnych. I w tym zakresie niezbędne jest przyjęcie takich założeń, które pozwalają na ich wzajemne uporządkowanie w kontekście całościowej regulacji *ius ad bellum* i z odniesieniem do powszechnego prawa międzynarodowego. Innymi słowy, systemowe ujęcie *ius ad bellum* jawi się w najwyższym stopniu pożądane. Równocześnie jednak nie jest częste. We współczesnej doktrynie dominuje koncentracja na szczegółowych problemach *ius ad bellum*, często odnoszonych do określonych stanów faktycznych i pozostających w odebraniu od implikacji wynikających z całościowego ujmowania tego zespołu norm jako części powszechnego prawa międzynarodowego. Z żalem należy odnotować, że takiego usystematyzowanego podejścia do *ius ad bellum* również nie narzucił dotychczas MTS, który, rozstrzygając w pierwszej dekadzie XXI wieku sprawy dotyczące różnych aspektów użycia siły zbrojnej, miał ku temu co najmniej kilka sposobności³³.

³⁰ Na takiej tezie oparta jest moja monografia poświęcona problemowi współczesnej adekwatności powoływania prawa do samoobrony wobec terroryzmu międzynarodowego; M. Kowalski, dz. cyt., zob. zwłaszcza s. 17–18.

³¹ Tak np. w kontekście powietrznego uderzenia Izraela na terytorium Syrii w 2007 r.

³² Tak np. w kontekście powtarzających się działań zbrojnych podejmowanych jednostronnie przez Turcję przeciwko obozom Partii Pracujących Kurdystanu (PKK) na terytorium północnego Iraku i bez jego zgody.

³³ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Merits, Judgement of 6 November 2003, ICJ Reports 2003; *Legal Consequences...* (2004); *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Merits, Judgement of 19 December 2005; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgement of 26 February 2007; zob. szerzej M. Kowalski, dz. cyt., s. 66–67.

W innym miejscu szeroko przedstawiałem proponowane założenia metodologiczne do *ius ad bellum*, które wpisują się w ujmowanie prawa międzynarodowego przez współczesny pozytywizm prawniczy³⁴. Opierają się one na dekodowaniu norm prawnych przez analizę źródeł prawa międzynarodowego w znaczeniu formalnym. Kluczowa jest więc staranna analiza procesów prawotwórczych w obrębie prawa międzynarodowego ze szczególną rolą kształtowania się zwyczaju międzynarodowego w jego dwuczłonowej koncepcji pozwalającej na rekonstrukcję przez analizę praktyki i *opinio iuris* woli państw w zakresie kształtowania współczesnych zasad dopuszczalności użycia siły zbrojnej. Zmiany prawotwórcze muszą spełniać kryteria prawotwórcze obowiązujące w międzynarodowym porządku prawnym (legitymizacja wewnętrzny-systemowa). Równocześnie, umiarkowanie pozytywistyczne ujęcie prawa międzynarodowego nie abstrahuje od istnienia wartości aksjologicznych, które chociaż pozostają zewnętrzne w stosunku do porządku prawnego, to mogą – i powinny – na niego wpływać. Powinno się to odbywać jednak w sposób pośredni, to znaczy, że uznanie danego użycia siły zbrojnej za legitymizowane aksjologicznie nie rozstrzyga o jego legalności, ale może wpływać na proces prawotwórczy. Ten ostatni poddany będzie jednak weryfikacji w oparciu o wewnętrzny-systemowe kryteria prawnomiędzynarodowego porządku prawnego i to one w ostatecznym rozrachunku pozostają rozstrzygające³⁵.

Takie podejście do *ius ad bellum* i odkodowanie wiążących w jego zakresie norm prawnych, w tym wyznaczających zakresy znaczeniowe podstawowych dla niego pojęć, nie są optymistyczne dla systemowego postrzegania tego zespołu norm. Dominującym poglądem doktrynalnym, który znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie międzynarodowym, jest różnicowanie pojęcia użycia siły zbrojnej od pojęcia agresji rozumianego jako akt państwa i warunkującego prawo do samoobrony pojęcia napaści zbrojnej. Użycie siły zbrojnej ma najszerszy charakter w tym rozumieniu, że nie każde nielegalne użycie siły zbrojnej stanowi akt agresji i zarazem napaść zbrojną. Taki charakter będą miały dopiero akty użycia siły zbrojnej, które będą odznaczały się odpowiednim stopniem ciężkości. Większa różnorodność poglądów panuje natomiast odnośnie do relacji pomiędzy pojęciami agresji i napaści zbrojnej. Choć MTS opowiedział się w 1986 roku za równoznacznością tych pojęć³⁶, to nie brak głosów odmiennych, wskazujących, że napaść zbrojna pozostaje najcięższą

³⁴ M. Kowalski, dz. cyt., s. 20–30.

³⁵ Tamże, s. 25.

³⁶ *Military and Paramilitary...*, zob. zwłaszcza par. 195.

z form użycia siły zbrojnej, w tym znaczeniu, że nie każdy akt agresji stanowi napaść zbrojną dającą zaatakowanemu państwu prawo do samoobrony. Mamy więc do czynienia ze stopniowością opartą na kryterium stopnia ciężkości działań zbrojnych z dominującym poglądem, że każda napaść zbrojna stanowi akt agresji i użycie siły zbrojnej, ale nie każde użycie siły zbrojnej spełnia kryteria agresji i napaści zbrojnej.

Powyższe poglądy są jednak wysoce niesatysfakcjonujące pod wieloma względami. Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że brak jest określonych kryteriów, które pozwalają na ocenę stopnia ciężkości danego aktu zbrojnego. Jedynym pomocnym wskazaniem, które wyprowadzone zostało przez MTS w wyroku w sprawie *Nikaragui* i podtrzymanego w ocenie prawnej innych sporów prawnych dotyczących aspektów użycia siły zbrojnej, jest pojęcie incydentu granicznego. Samo w sobie jest ono wysoce nieostre. Zasadna wydaje się argumentacja, że precyzyjne rozróżnienie aktów zbrojnych na podstawie stopnia ciężkości jest niemożliwe, co każe kwestionować to kryterium jako wprowadzające bardzo dalekie niedookreślenie uprawnień państw. Pomijając już to, że poważne wątpliwości może budzić uznanie, że jedno państwo dokonało nielegalnego użycia siły zbrojnej przeciwko drugiemu, czy nawet aktu agresji, a zaatakowane państwo nie ma prawa podjąć koniecznych i proporcjonalnych działań obronnych w wykonaniu prawa do samoobrony³⁷. Alternatywną argumentacją dla wyjścia z takiej sytuacji jest powoływanie się na dopuszczalność ograniczonych obronnych działań zbrojnych zaatakowanego państwa, które jednak nie stanowią działania w prawie do samoobrony (bo nie doszło do napaści zbrojnej), ale są działaniami (tzw. *short of self-defence*) o charakterze policyjnym³⁸ lub odwetowym³⁹. Taka argumentacja nie uwzględnia jednak faktu, że współcześnie środki zbrojne o charakterze odwetowym są w prawie międzynarodowym zakazane. Konieczne jest tu wyjście poza normy *ius ad bellum* i uwzględnienie także reguł odpowiedzialności międzynarodowej państw, które są w tym względzie jednoznaczne. Nie ma podstaw do twierdzenia, że współczesna praktyka państw doprowadziła do takiej zwyczajowej modyfikacji norm *ius ad bellum* i odpowiedzialności międzynarodowej państw, która pozwalałaby uznać dopuszczalność zbrojnych środków odwetowych. Takie

³⁷ Tak MTS w *Armed Activities...*

³⁸ *Institut de Droit International, Tenth Commission, Present Problems of the Use of Armed Force in International Law, A. Self-defence, Resolution of 27 October 2007, Session de Santiago – 2007*, par. 5; tekst rezolucji dostępny na stronie Instytutu pod adresem internetowym <http://www.idi-iil.org> (dostęp: 1 lutego 2014).

³⁹ Tak np. *Oil Platforms...*, *Separate Opinion of Judge Simma*, par. 12.

rozumowanie byłoby ewentualnie możliwe, gdyby przyjąć, że zakaz użycia siły zbrojnej nie ma charakteru pełnego – była o tym mowa powyżej. Ponownie jednak należy jednoznacznie stwierdzić, że zawarty w art. 2 ust. 4 KNZ zwrot zakazujący użycia siły zbrojnej „przeciwko integralności terytorialnej lub niepodległości politycznej jakiegokolwiek państwa bądź w jakikolwiek inny sposób niezgodny z Celami Narodów Zjednoczonych” ma charakter domykający ten zakaz. Kluczowe znaczenia ma w tym względzie odniesienie do celów ONZ, z których głównym pozostaje utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Argumentacja przeciwna była też odrzucana przez państwa w sytuacjach powoływania się na nią w określonych stanach faktycznych⁴⁰. Należy wreszcie zauważyć, że przyjęcie interpretacji, zgodnie z którą zakaz użycia siły zbrojnej nie ma charakteru pełnego, jest antysystemowe, gdyż nie pozwala na jednoznaczne kwalifikowanie prawne określonych działań zbrojnych, pozostawiając je prawnie indyferentnymi.

Czy jest więc możliwe inne ujęcie powyższych problemów? W moim przekonaniu, jak najbardziej tak i wpisuje się ono, czy raczej jest determinowane przez systemowe podejście do norm *ius ad bellum*. Prowadziłoby ono do ujęcia tego zespołu norm jako części powszechnego prawa międzynarodowego, równocześnie zapewniając jego spójność i zupełność kwalifikacyjną, a w konsekwencji także decyzyjną. Wymagałoby to jednak odejścia od, szeroko akceptowanego obecnie, kryterium stopnia ciężkości w kwalifikacji prawnej danego aktu zbrojnego. Jest to niewątpliwie trudne, gdyż wymaga przełamania interpretacji dominującej w orzecznictwie międzynarodowym, a przede wszystkim w doktrynie. Postulowana interpretacja sprowadza się do uznawania, że zakaz użycia siły zbrojnej na podstawie KNZ i równoległe obowiązującej normie zwyczajowej ma charakter pełny i delegalizuje każde użycie siły zbrojnej poza dwoma wyjątkami – użyciem siły zbrojnej z autoryzacji RB ONZ i w wykonaniu prawa do samoobrony. Każde użycie siły zbrojnej poza ramami prawnymi wyżej wymienionych wyjątków stanowiłoby bezprawne użycie siły zbrojnej, ergo akt agresji rozumianej właśnie jako każde bezprawne użycie siły zbrojnej. Równocześnie akt agresji byłby równoznaczny z pojęciem napaści zbrojnej. Mielibyśmy więc do czynienia ze zrównaniem pojęcia aktu agresji i napaści zbrojnej i rozumienia ich jako form naruszenia zakazu użycia siły zbrojnej. Takie ujęcie jest w pełni spójne zarówno z zasadą pokojowego rozstrzygnięcia sporów międzynarodowych, zasadą nieinterwencji, jak i z będącymi regułami

⁴⁰ Zob. np. dyskusję w RB ONZ dotyczącą akcji zbrojnej Izraela w Entebbe w celu uwolnienia zakładników będących jego obywatelami: „Yearbook of the United Nations” 1976, s. 315–320.

drugiego rzędu normami regulującymi odpowiedzialność międzynarodową państw.

Stopień ciężkości danego aktu zbrojnego zachowuje swoje znaczenie, ale w innym wymiarze:

1) Będzie on kluczowy, po pierwsze, dla podjęcia uznaniowej oceny przez RB ONZ o stwierdzeniu aktu agresji na podstawie art. 39 KNZ i aktywizowaniu kompetencji RB ONZ z rozdziału VII KNZ. W tym znaczeniu swoją adekwatność zachowuje rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ (ZO ONZ) nr 3314 z 1974 roku dotycząca definicji agresji. Nie każdy więc akt agresji rozumianej jako bezprawne naruszenie zakazu użycia siły zbrojnej będzie więc prowadził do zaangażowania RB ONZ, a niedookreślone kryterium oceny stopnia ciężkości danego bezprawnego aktu zbrojnej współgra z uznaniowymi kompetencjami RB ONZ.

2) Po drugie, nie każdy akt zbrojny w proponowanym rozumieniu będzie aktem agresji w rozumieniu art. 8 *bis* Statutu MTK i w konsekwencji nie będzie prowadził do aktywizacji jurysdykcji MTK w zakresie odpowiedzialności prawno-karnej jednostki za zbrodnie agresji. W art. 8 *bis* ust. 1 Statutu MTK wyraźnie zresztą mowa o akcie agresji, „który ze względu na swój charakter, ciężar i skalę stanowi oczywiste naruszenia [KNZ]”. Te w najwyższym stopniu nieostre kryteria pozostawione zostają ocenie MTK. Równocześnie ust. 2 art. 8 *bis* Statusu MTK, który dla celów definicyjnych stanowi odniesienie do zawierającego katalog aktów agresji art. 3 rezolucji nr 3314 z 1974 roku, ma w przeciwieństwie do niego charakter enumeratywny, co ewidentnie wskazuje, że dotyczy on jedynie definiowania aktu agresji na potrzeby określenia jurysdykcji MTK. Jest bowiem oczywiste, że katalog aktów agresji z art. 3 rezolucji nr 3314 z 1974 roku nie ma pełnego charakteru, a akty agresji mogą współcześnie przybierać także inne formy.

3) Po trzecie wreszcie, kryterium stopnia ciężkości danego nielegalnego użycia siły zbrojnej będzie miało kluczowe znaczenie dla określenia dopuszczalności odpowiedzi zbrojnej zaatakowanego państwa z powołaniem na prawo do samoobrony. Kryterium stopnia ciężkości nie będzie jednak nieostрым kryterium definicyjnym napaści zbrojnej, gdyż w proponowanym ujęciu każde bezprawne użycie siły zbrojnej będzie stanowić napad zbrojny. Natomiast kryterium stopnia ciężkości będzie kluczowe dla oceny konieczności i proporcjonalności dopuszczenia zbrojnych działań obronnych. Niski stopień ciężkości może prowadzić do wykluczenia dopuszczalności prawa do samoobrony całkowitego, lub w jej wymiarze zbiorowym, albo do bardzo istotnego ograniczenia jej zakresu, który pozostanie proporcjonalny do dokonanej napaści

zbrojnej. Takie ujęcie nie pozostawia jednak państwa bez możliwości zbrojnej odpowiedzi na nielegalne użycie siły przeciwko niemu, a praktyka państw jednoznacznie wskazuje, że państwa takie uprawnienie postrzegają jako oczywiste, choć nie zawsze z niego muszą korzystać. Ocenne kryterium stopnia ciężkości w takim ujęciu staje się też elementem ocennych ze swej natury zasad konieczności i proporcjonalności, które jednak przez ich odpowiednią konceptualizację w zakresie *ius ad bellum* i każdorazowe odniesienie do określonych okoliczności faktycznych pozwalają na ich niearbitralne stosowanie⁴¹.

Proponowane rozumienie zakazu użycia siły zbrojnej z ujmowaniem agresji jako każdego bezprawnego użycia siły zbrojnej ma jeszcze jeden istotny walor. Pozwala uniknąć daleko idącego braku precyzji w ujmowaniu zakazu użycia siły zbrojnej jako normy o charakterze *ius cogens*. Jak już była mowa powyżej, nie ma wątpliwości, że zakaz użycia siły zbrojnej jest zasadą prawa międzynarodowego i jako taki współtworzy podwaliny porządku prawnomiędzynarodowego. Zachowanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa leży nie tylko w interesie poszczególnych państw, których suwerenność przez zakaz użycia siły zbrojnej jest chroniona, ale należy też do interesów całej społeczności międzynarodowej, warunkując jej prawidłowe funkcjonowanie. Każde państwo ma więc interes prawny, aby zakaz użycia siły zbrojnej był przestrzegany i jako taki ma on charakter *erga omnes*. Pozostaje pytanie, czy równocześnie zasadne jest wskazywanie na ten zakaz jako na normę *ius cogens*. Podejście przejawiające się w pozytywnej odpowiedzi na to pytanie jest zdecydowanie dominujące w doktrynie prawa międzynarodowego⁴². Przyczyniło się do tego niewątpliwie stanowisko MTS, który w wyroku w sprawie *Nikaragui* zacytował w tym względzie stanowisko Komisji Prawa Międzynarodowego (KPM) z 1966 roku, zgodnie z którym „the law of the Charter concerning the prohibition of the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international law having the character of *jus cogens*”⁴³. MTS przywołał

⁴¹ Szeroko o konceptualizacji zasad konieczności i proporcjonalności w zakresie *ius ad bellum* wraz z odniesieniem do analizy wybranych przypadków faktycznych zob. M. Kowalski, dz. cyt., s. 93–103 i 207–255. Por. też następujący dwugłos polemiczny: D. Kretzmer, *The inherent right to self-defence and proportionality in jus ad bellum*, „European Journal of International Law” 2013, t. 24, s. 335 i n.; G. Nolte, *Multipurpose self-defence, proportionality disoriented: a response to David Kretzmer*, „European Journal of International Law” 2013, t. 24, s. 283 i n.

⁴² Reprezentatywnie zob. O. Corten, dz. cyt., s. 200–213 i tam powołany obszerny materiał źródłowy.

⁴³ Odpowiednio: *Military and Paramilitary...*, par. 190 i „International Law Commission Yearbook” 1966-II, s. 247. Precyzyjnie należałoby tu mówić o odzwierciedleniu w normach KNZ odpowiednich norm zwyczajowych. W nich to bowiem należy upatrywać mocy normatywnej

też w tym kontekście zgodne stanowiska stron, tj. Nikaragui i Stanów Zjednoczonych⁴⁴. Niewątpliwie rację ma więc Cezary Mik, który twierdzi, że takie pośrednie stanowisko MTS należy określić jako „miękkie”⁴⁵. Stanowisko takie nie jest jednak niekwestionowane⁴⁶. Wątpliwości w tym względzie nie omijają zresztą samych sędziów MTS. Charakterystyczne w tym kontekście pozostaje stanowisko byłej przewodniczącej MTS Rosalyn Higgins, która stwierdziła:

In *Oil Platforms* case some judges viewed the application of norms relating to the use of force as having this special character, and for this reason among others, displacing the more obvious applicable law. It seems to me self-evident that the use of force, when it is prohibited in the circumstances of Article 2(4) of the UN Charter but permitted in the circumstances of Article 51 of the Charter, lacks the character of a jus cogens provision that without more sets aside a different specific, applicable law⁴⁷.

Charakterystyczne jest również to, że w doktrynie stanowiska opowiadające się za uznaniem zakazu użycia siły zbrojnej za normę *ius cogens* ograniczają się najczęściej do samej tego deklaracji i rzadko zawierają odpowiednie uzasadnienie tej tezy⁴⁸. Tymczasem krytyczne podejście do tego problemu istotnie

ius cogens, które musi mieć zakorzenienie w pozytywnym prawie międzynarodowym. Norma *ius cogens* jako norma definiowana zgodnie z definicją z art. 53 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r. (Dz.U. 1990, nr 74, poz. 439, załącznik) musi mieć bowiem charakter kwalifikowanego zwyczaju międzynarodowego (w znaczeniu kwalifikowanego *opinio iuris*: „norma przyjęta i uznana przez międzynarodową społeczność państw jako całość”). Por. jednak odmienną argumentację, którą przedstawia w tym względzie Cezary Mik i który uważa, że „[...] podstawą norm bezwzględnie wiążących jest zobiektywizowana świadomość prawna (*ius necessarium*), którą można kojarzyć z prawem naturalnym”; C. Mik, *Ius cogens we współczesnym prawie międzynarodowym*, w: A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), *Aksjologia współczesnego prawa międzynarodowego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2011, s. 275, szczególnie krytyka zwyczaju jako podstawy *ius cogens* zob. s. 214–217. Podzielam natomiast pogląd Cezarego Mika, że „[...] generalnie nie wydaje się wykluczone uznanie, że *ius cogens* może mieć podstawę prawną w postaci zasad ogólnych prawa”, tamże, s. 219.

⁴⁴ *Military and Paramilitary...*, par. 190.

⁴⁵ C. Mik, dz. cyt., s. 225. Charakterystyczne pozostaje też, że np. w wyroku w sprawie Konga z 2005 r. MTS ograniczył się do stwierdzenia, że „the prohibition against the use of force is a cornerstone of the United Nations Charter” i nie wypowiedział się o peremptoryjnym charakterze zakazu; *Armed Activities...*, par. 148.

⁴⁶ Zob. np. argumentację przedstawioną w: J.A. Green, *Questioning the peremptory status of the prohibition of the use of force*, „Michigan Journal of International Law” 2011, t. 32, s. 215 i n.

⁴⁷ R. Higgins, *A just world order under law. Plenary address*, w: P. Rogers (ed.), *Themes and Theories*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 1292.

⁴⁸ Wyjątkiem są tu przywoływane wyżej poglądy Oliviera Cortena (zob. przyp. 42).

nasuwać może poważne wątpliwości. Trzy podstawowe argumenty, każące kwestionować peremptoryjny charakter zakazu użycia siły zbrojnej, przytacza w tym kontekście James Green: a) nieprecyzyjny zakres zakazu; b) istotne od niego wyjątki; c) a także ewolucyjny charakter norm *ius ad bellum* podlegających dynamicznym zmianom⁴⁹. Przyjęcie prezentowanej w niniejszym opracowaniu interpretacji pozwala jednak na uporanie się z tymi zarzutami. Uznanie, że każde użycie siły zbrojnej poza ramami prawnymi przewidzianych wyjątków (tj. bez upoważnienia RB ONZ i nie w wykonaniu prawa do samoobrony) stanowiłoby bezprawne użycie siły zbrojnej, ergo akt agresji tak właśnie rozumianej, gwarantuje konieczną precyzję zakazu. Precyzyjniej jednak należałoby mówić o zakazie agresji jako normie *ius cogens*. Zakaz agresji, rozumiany jako zakaz bezprawnego użycia siły zbrojnej, w powyższym rozumieniu pozostaje jednoznaczny i żadne odstępstwa od niego nie są dopuszczalne. Natomiast zakres zakazu agresji kształtowany byłby w oparciu o podlegające modyfikacjom normy *ius ad bellum*, które same peremptoryjnego charakteru nie mają. W świetle współczesnej praktyki państw i sporów dotyczących legalności wszystkich konfliktów zbrojnych ostatnich lat nie ulega wątpliwości, że międzynarodowa społeczność państw jako całość w pełni akceptuje, że użycie siły zbrojnej jest reglamentowane przez normy prawa międzynarodowego i agresja, rozumiana jako akt bezprawny, stanowi najpoważniejsze naruszenie prawa międzynarodowego. Równocześnie państwa pozostają istotnie zróżnicowane w ocenie, co do kształtu norm regulujących wyjątki od zakazu użycia siły, a te mogą, pod wpływem praktyki państw i kształtowania się prawa zwyczajowego, ewoluować. Na żadnym etapie nie oznacza to jednak przyzwolenia na działania bezprawne. W takim też ujęciu peremptoryjnego charakteru nie miałyby też zakaz groźby użycia siły, co w kontekście jego daleko idącego niedookreślenia wydaje się w pełni uzasadnione. Dotyczące samych podstaw *ius ad bellum* uwagi przedstawione w powyższej części pozwalają mówić o jego zupełności tak w znaczeniu walidacyjnym, kwalifikacyjnym, jak i w konsekwencji decyzyjnym, oraz istotnie przyczyniać się będzie do największej bólczyki współczesnych regulacji dotyczących użycia siły zbrojnej – ich spójności.

4.3. Interwencja humanitarna a współczesne *ius ad bellum*

Wielkim wyzwaniem dotyczącym współczesnej dopuszczalności użycia siły zbrojnej pozostaje kwestia tzw. interwencji humanitarnej, rozumianej jako

⁴⁹ J.A. Green, dz. cyt., s. 225–241.

użycie siły zbrojnej przez państwo lub grupę państw w innym państwie bez jego zgody i w celu ochrony jego obywateli przed naruszeniami podstawowych praw człowieka na wielką skalę⁵⁰. Mamy więc do czynienia z pytaniem, czy stając wobec naruszania norm prawa międzynarodowego gwarantujących podstawowe prawa człowieka, można użyć siły zbrojnej w celu zapobieżenia tego typu sytuacji. Oczywiście pytanie to staje się dramatyczne, w przypadku gdy zawiodą wszelkie pokojowe metody zażegnania tego typu sytuacji, a użycie siły zbrojnej jawi się jako jedyna możliwa opcja. Dylemat ten odzwierciedla niewątpliwą i sygnalizowaną już wyżej konkurencyjność zasad prawa międzynarodowego – przede wszystkim zakazu użycia siły zbrojnej w stosunku do zasady przestrzegania podstawowych praw człowieka. Konkurencyjność ta jest z kolei konsekwencją konfliktu wartości aksjologicznych leżących u podstaw współczesnego prawa międzynarodowego – międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa z jednej strony, oraz sprawiedliwości międzynarodowej, rozumianej właśnie jako przestrzeganie podstawowych praw człowieka, z drugiej strony. Dramatyczną aktualność i realność tego problemu obrazuje trwający nieprzerwanie od 2011 roku konflikt w Syrii.

Konflikt w Syrii jest też symptomatyczny dlatego, że w pełni odsłania słabość systemu bezpieczeństwa zbiorowego w ramach ONZ. Od początku lat 90. można było obserwować zarysowujący się kompromis prawny w podejściu do dopuszczalności użycia siły zbrojnej w celu zapobieżenia katastrofom humanitarnym w obrębie danego państwa. Pomimo że w tego typu sytuacjach, co do zasady nie mamy do czynienia z międzynarodowym charakterem konfliktu, możliwe jest aktywizowanie kompetencji RB ONZ na podstawie rozdziału VII KNZ, gdyż sytuacje tego typu istotnie zagrażać mogą bezpieczeństwu międzynarodowemu i pokojowi w rozumieniu art. 39 KNZ. Uznanie więc przez RB ONZ danego kryzysu humanitarnego za zagrażający pokojowi międzynarodowemu uprawnia ją w konsekwencji do zastosowania pełnego spektrum środków koniecznych dla przywrócenia przestrzegania norm prawa międzynarodowego, nie wyłączając autoryzacji, na podstawie art. 42 KNZ, użycia siły zbrojnej jako środka *ultima ratio*. Z zastosowaniem takiej interpretacji mieliśmy do czynienia np. w stosunku do konfliktu w Somalii w 1992 i w Rwandzie w 1994 roku. O ile oba wymienione kryzysy humanitarne przeszły do

⁵⁰ Por. J.L. Holzgrefe, *The humanitarian intervention debate*, w: J.L. Holzgrefe, R.O. Keohane (eds.), *Humanitarian Intervention: Ethical, Political and Legal Dilemmas*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, s. 18; J. Zajadło, *Dylematy humanitarnej interwencji. Historia – etyka – polityka – prawo*, Arche, Gdańsk 2005, s. 28–31. Słuszne jest stanowisko Jerzego Zajadło, który, definiując interwencję humanitarną, ogranicza się do samego użycia siły zbrojnej z pominięciem groźby jej użycia.

historii jako druzgocące porażki ONZ i całej społeczności międzynarodowej, która nie była w stanie efektywnie im zapobiec (a w przypadku ludobójstwa w Rwandzie można mówić wręcz o jednej z największych tragedii w dziejach ludzkości), o tyle wynikało to nie z braku odpowiednich ram prawnych, lecz przede wszystkim z bezprzykładnej inercji natury politycznej. Miał tu bowiem zastosowanie mechanizm, który precyzyjnie wskazała w kontekście późniejszego kryzysu kosowskiego niezależna międzynarodowa komisja w sprawie *Kosowa*, która stwierdziła:

The main problems relating to the protection of human rights and the prevention of humanitarian catastrophes are political rather than legal. In the face of serious abuses of human rights, even genocide, or the need to prevent or mitigate a humanitarian catastrophe, armed or unarmed intervention will not occur in an effective form unless such action conforms to the interests of potential intervening states⁵¹.

Konstrukcja interwencji humanitarnej z upoważnienia RB ONZ wpisuje się więc w ramy prawne *ius ad bellum* ukształtowane na podstawie i pod wpływem KNZ, mieszcząc się w jednym z dwóch wyjątków od zakazu użycia siły zbrojnej. Równocześnie pozwala na bezkonfliktowe wpisanie obowiązków prawnomiędzynarodowych poszczególnych państw i – biorąc pod uwagę charakter *erga omnes* tych zobowiązań – całej społeczności międzynarodowej, wynikających z norm gwarantujących przestrzeganie praw człowieka w klasyczne zasady prawa międzynarodowego: zasadę suwerennej równości państw, zakaz nieinterwencji i zakaz użycia siły zbrojnej. W ten sposób, przez położenie akcentu na kolektywne gwarancje przestrzegania praw człowieka w społeczności międzynarodowej za pomocą instytucji międzynarodowych, istotnie konkurencyjność poszczególnych zasad prawa międzynarodowego jawiłaby się jako pozorna. Warto podkreślić, że właśnie na takim podejściu oparta jest kształtująca się od początku XXI wieku koncepcja tzw. odpowiedzialności za ochronę (ang. *responsibility to protect*)⁵². Postrzegana może być ona istotnie jako odzwierciedlenie – jak ujmuje to Jerzy Zajadło – nowej filozofii prawa międzynarodowego, przejawiającej się we wzmacnianiu statusu jednostki, ochrony praw człowieka i podkreślanu tak indywidualnej, jak i zbiorowej

⁵¹ Independent International Commission on Kosovo, *The Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned*, Oxford 2000, s. 187.

⁵² International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect Report*, Ottawa 2001.

odpowiedzialności państw w tym kontekście⁵³. Jednakże odnośnie do norm regulujących dopuszczalność użycia siły zbrojnej koncepcja odpowiedzialności za ochronę – przynajmniej w stanowiącym główny punkt odniesienia dla tej koncepcji ujęciu dokumentu końcowego Światowego Szczytu ONZ z 2005 roku – nie wnosi zgola nic. Użycie siły zbrojnej pozostaje nadal dopuszczalne jedynie z upoważnienia RB ONZ. Państwa są jedynie „[...] prepared to take collective action, in a timely and decisive manner, through the Security Council, in accordance with the Charter, including Chapter VII, on a case-by-case basis and in cooperation with relevant regional organizations as appropriate, should peaceful means be inadequate and national authorities are manifestly failing to protect their populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity”⁵⁴.

Realny problem pojawia się jednak w sytuacji, w której w obliczu podstawowych naruszeń praw człowieka na masową skalę i nieadekwatności środków pokojowych, RB ONZ nie autoryzuje użycia siły zbrojnej ze względu na paraliż decyzyjny wynikający ze stosowania prawa weta przez stałego członka. Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w przypadku kryzysu kosowskiego w 1999 roku. Z taką samą sytuacją mamy też do czynienia obecnie wobec kryzysu syryjskiego. Jednostronna interwencja zbrojna NATO w Kosowie w 1999 roku, dokonana bez autoryzacji RB ONZ, stała się punktem wyjścia dla fundamentalnej debaty – tak w wymiarze praktycznym, jak i doktrynalnym – na temat tzw. prawa do interwencji humanitarnej, rozumianego jako odrębna podstawa prawna stanowiąca dodatkowy wyjątek od zakazu użycia siły zbrojnej. Nie przyniosła ona jednak żadnych wymiernych rezultatów, co do zmiany wiążącego stanu prawnego. Nawet jeśli uznamy opinię Oliviera Cortena, że problem ten, w jego ocenie, pozostaje „one of the least complex in contemporary international law”⁵⁵ za zbyt kategorycznie postawioną, to trudno odmówić mu racji, gdy pisze, argumentując na poparcie tej tezy, że po pierwsze „[...] the «right of humanitarian intervention» has no basis in any of the relevant legal texts, whether the UN Charter or other treaties or non-treaty instruments”⁵⁶ i po drugie, że „[...] examination of the precedents that are

⁵³ Por. J. Zajadło, *Koncepcja odpowiedzialności za ochronę (Responsibility to Protect) – nowa filozofia prawa międzynarodowego*, w: J. Kranz (red.), *Świat współczesny wobec użycia siły zbrojnej: dylematy prawa i polityki*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2009, s. 243 i n. Przywoływany autor ujmuje jednak koncepcję nowej filozofii prawa międzynarodowego w znacznie szerszym ujęciu.

⁵⁴ Resolution adopted by the General Assembly, *2005 World Summit Outcome*, UN Doc. A/RES/60/1, 24 October 2005, par. 139.

⁵⁵ O. Corten, dz. cyt., s. 497.

⁵⁶ Tamże; szerokie uzasadnienie wraz z odniesieniem do materiału źródłowego: s. 497–526.

generally evoked in support of such justification reveals that States are very reluctant to accept it in a positive international law, even and perhaps above all after the Kosovo war that closed the last century"⁵⁷. We współczesnym prawie międzynarodowym niewątpliwie brak więc koniecznych podstaw prawnych dla jednostronnej interwencji humanitarnej tak na gruncie prawa umownego, jak i zwyczajowego⁵⁸.

Niewątpliwie jednak dylemat jest realny i dramatyczny, co unaocznia aktualna sytuacja w Syrii, w której od początku konfliktu w 2011 roku zginęło już ponad 100 tys. osób i w której dochodzi do naruszeń podstawowych praw człowieka na masową skalę. Wobec paraliżu decyzyjnego RB ONZ, brak decyzji o jednostronnej interwencji zbrojnej w celu położenia kresu naruszeniom praw człowieka powoduje, że z jednej strony przestrzega się prawa międzynarodowego w zakresie norm *ius ad bellum*, ale równocześnie dochodzi do jego nieprzestrzegania w zakresie prawnomiędzynarodowej ochrony praw człowieka. Identyczny dylemat podczas kryzysu kosowskiego został rozstrzygnięty odwrotnie – przez naruszenie norm *ius ad bellum* i przywrócenie poszanowania praw człowieka i gwarantujących je norm prawnomiędzynarodowych. Ocena interwencji kosowskiej doprowadziła do wysunięcia koncepcji interwencji zbrojnej, która o ile pozostaje nielegalna, o tyle jest legitymizowana. Taka była główna konkluzja raportu niezależnej, międzynarodowej komisji w sprawie *Kosowa*⁵⁹, która stała się punktem odniesienia dla dalszej debaty. Pobrzmiewa w tym kontekście mniej lub bardziej wyraźne nawiązywanie do tradycyjnej koncepcji wojny sprawiedliwej toczonej na podstawie *iusta causa*⁶⁰. Powoływana argumentacja jest jednak przejawem nakładania na siebie porządku prawnego i porządku aksjologicznego i wiąże się z niedopuszczalnym mieszanym argumentacji prawnej i pozaprawnej. Raz jeszcze podkreślenia wymaga, że argumenty nieprawne nie mogą rozstrzygać o zgodności z prawem określonych działań. Mogą jednak wpływać na nie pośrednio: działanie nielegalne, które zostanie uznane za legitymizowane, może doprowadzić do zmian wiążącego stanu prawnego, ale te muszą się dokonać według kryteriów prawnych (czyli

⁵⁷ Tamże; szerokie uzasadnienie wraz z odniesieniem do materiału źródłowego: s. 526–549.

⁵⁸ Por. jednak np. pogląd Jerzego Kranza, który utrzymuje, że „[...] jesteśmy świadkami powstawania normy zwyczajowej, zezwalającej na interwencję humanitarną, co zdaje się potwierdzać praktyka państw oraz koncepcja odpowiedzialności za ochronę”; J. Kranz, *Między wojną a pokojem: świat współczesny wobec użycia siły zbrojnej*, w: tenże (red.), dz. cyt., s. 148, zob. szerzej s. 133–148.

⁵⁹ Independent International Commission on Kosovo, dz. cyt., s. 4.

⁶⁰ Zob. szeroko R. Kwiecień, *Tradycja wojny sprawiedliwej a zagadnienie legalności tzw. interwencji humanitarnej w prawie międzynarodowym*, „Studia Prawnicze” 2009, nr 1–2(179–180), s. 43 i n.

wewnątrzsystemowych). Jak argumentowano powyżej, w kontekście interwencji humanitarnej taka zmiana we współczesnym prawie międzynarodowym dotychczas się nie dokonała ani na płaszczyźnie traktatowej, ani też zwyczajowej, choć nie można tego wykluczyć w przyszłości. Należy też zauważyć, że interpretacja kładąca nacisk na odniesienia pozaprawne dla uzasadniania użycia siły zbrojnej pociąga za sobą ogromne niebezpieczeństwo wprowadzania postulowanych zmian na skróty. Pozostaje to nie tylko sprzeczne z systemowym ujmowaniem prawa międzynarodowego i niespójne metodologicznie, ale przede wszystkim stwarza realne ryzyko nadużyć i naruszania praw państw słabszych.

Biorąc powyższe pod uwagę, można zapytać: czy w sytuacji wykluczenia dopuszczalności jednostronnej interwencji humanitarnej bez upoważnienia RB ONZ staje się tym samym po stronie prezydenta Federacji Rosyjskiej, Władimira Putina, który swoje stanowisko, wykluczające użycie siły zbrojnej dla rozwiązania kryzysu syryjskiego, wyartykułował w liście do narodu amerykańskiego znamienne datowanym na 11 września 2013?⁶¹ W liście tym Władimir Putin pisze między innymi:

We are not protecting the Syrian government, but international law. We need to use the United Nations Security Council and believe that preserving law and order in today's complex and turbulent world is one of the few ways to keep international relations from sliding into chaos. The law is still the law, and we must follow it whether we like it or not. Under current international law, force is permitted only in self-defense or by the decision of the Security Council. Anything else is unacceptable under the United Nations Charter and would constitute an act of aggression.

Równocześnie jednak Federacja Rosyjska, jako stały członek RB ONZ, nie widzi możliwości autoryzacji użycia siły zbrojnej dla powstrzymania podstawowych naruszeń praw człowieka w Syrii i w ten sposób przyczynia się do paraliżu decyzyjnego RB ONZ. Odpowiedź na pytanie zadane w pierwszym zdaniu niniejszego akapitu jest jednak zdecydowanie negatywna. W przywołanym liście Władimira Putina znajduje się także odniesienie do „systemu prawa międzynarodowego”, którym miałyby zachwiać potencjalna interwencja zbrojna Stanów Zjednoczonych w Syrii. Autor listu całkowicie jednak abstrahuje w swoim stanowisku od konsekwencji ujmowania prawa międzynarodowego jako systemu.

⁶¹ V.V. Putin, *A plea for caution from Russia*, „New York Times”, September 11, 2013.

Stały członek RB ONZ istotnie może na podstawie KNZ zablokować przyjęcie każdej rezolucji w sprawie innej niż proceduralna. Jednakże przy systemowym ujęciu prawa międzynarodowego nie można ograniczyć się jedynie do tego ściśle formalnego uprawnienia, a należy uwzględnić obowiązki prawne tak samej RB ONZ, jak i jej członków w szerszym ujęciu. W rozważanym kontekście – jak przekonująco wykazuje Andreas Zimmermann⁶² – szczególnego znaczenia nabierają pozytywne obowiązki prawne do podjęcia efektywnych działań w celu zapobieżenia ludobójstwu i zbrodniom wojennym. Źródłem obowiązków odnośnie do ludobójstwa jest konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 9 grudnia 1948⁶³, a w szczególności jej art. 1, który *explicite* nakłada na państwa pozytywny obowiązek zapobiegania ludobójstwu. Natomiast odnośnie do zbrodni wojennych obowiązek ten wynika z czterech konwencji genewskich o ochronie ofiar wojny z 12 sierpnia 1949⁶⁴, a w szczególności z ich wspólnego art. 1, który obok obowiązku negatywnego, nakłada na państwa-strony także obowiązek pozytywny zapewnienia przestrzegania postanowień konwencyjnych w każdych okolicznościach. To zobowiązanie znajduje zastosowanie także w sytuacji, do której odnosi się wspólny art. 3 konwencji genewskich, tj. do zobowiązań odnoszących się do wewnętrznego konfliktu zbrojnego. Ponadto zasadne jest twierdzenie, że w obu powyższych przypadkach mamy obecnie do czynienia z istnieniem równoległych normy zwyczajowych, a zakaz ludobójstwa i zakaz dokonywania zbrodni wojennych należą do nielicznych niekwestionowanych przykładów norm peremptoryjnych.

Andreas Zimmermann ma w pełni rację, kiedy argumentuje, że w powyższym kontekście można mówić o pozytywnych obowiązkach prawnych tak samej RB ONZ⁶⁵, jak i jej poszczególnych członków, w tym tych stałych⁶⁶. W kontekście odpowiedzialności RB ONZ kluczowe znaczenie ma nałożenie na nią na podstawie art. 24 ust. 1 KNZ głównej odpowiedzialności za utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Stanowi on wyraźnie,

⁶² A. Zimmermann, *The Security Council and the obligation to prevent genocide and war crimes*, „Polish Yearbook of International Law” 2012, t. XXXII, s. 307–314.

⁶³ Dz.U. 1952, nr 9, poz. 9 i nr 31, poz. 213.

⁶⁴ Konwencja o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych (I konwencja genewska); Konwencja o polepszeniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu (II konwencja genewska); Konwencja o traktowaniu jeńców wojennych (III konwencja genewska); Konwencja o ochronie osób cywilnych podczas wojny (IV konwencja genewska); Dz.U. 1956, nr 38, poz. 171, załączniki.

⁶⁵ A. Zimmermann, dz. cyt., s. 309–312.

⁶⁶ Tamże, s. 312–314.

że RB ONZ działa z tytułu tej odpowiedzialności z ramienia członków ONZ. Natomiast zgodnie z pierwszym zdaniem ust. 2 art. 24 KNZ, „wykonując te funkcje, [RB ONZ] kieruje się celami i zasadami [ONZ]”. W tym kontekście zasada przestrzegania podstawowych praw człowieka, urzeczywistniana w przytoczonych powyżej zakazach ludobójstwa i zbrodni wojennych, odgrywa pierwszoplanową rolę. Peremptoryjny charakter tych zakazów czyni odpowiedzialność RB ONZ jeszcze donioślejszą. Chociaż niewątpliwie trzeba zgodzić się, że nie mamy tu do czynienia ze zobowiązaniem rezultatu, lecz ze zobowiązaniem działania i RB ONZ korzysta w tym zakresie z uznania, co do wyboru odpowiednich środków, w tym środków zbrojnych⁶⁷. Niewątpliwie jednak RB ONZ ma prawny obowiązek działania, z którego nie zwalnia ją paraliż decyzyjny.

Jeszcze bardziej ewidentne są w omawianym zakresie obowiązki członków RB ONZ, w tym w szczególności stałych członków. Artykuł 103 KNZ, który stanowi, że „[...] w razie sprzeczności pomiędzy obowiązkami członków [ONZ], wynikających z niniejszej Karty, a ich obowiązkami wynikającymi z jakiegoś innego porozumienia międzynarodowego, pierwszeństwo będą miały ich obowiązki wynikające z niniejszej Karty” nie znajdzie zastosowania w omawianym kontekście, gdyż dopóki RB ONZ nie przyjmie określonych środków na podstawie rozdziału VII KNZ, to w ogóle nie dojdzie do powstania na podstawie KNZ zobowiązań, które mogłyby być sprzeczne z innymi zobowiązaniami umownymi państw członkowskich⁶⁸. Ponadto art. 103 KNZ rozstrzyga o pierwszeństwie zobowiązań wynikających z KNZ jedynie w stosunku do innych zobowiązań umownych. Natomiast zakaz ludobójstwa i zakaz dokonywania zbrodni wojennych przybiera również status norm zwyczajowych. Nie można w tym kontekście abstrahować także od peremptoryjnego charakteru powoływanych zakazów. Oczywiście państwo będące członkiem RB ONZ nie ma obowiązku głosowania za każdą rezolucją, której celem jest zapobieżenie zbrodni ludobójstwa i zbrodniom wojennym. Niemniej stały członek RB ONZ, który korzysta z prawa weta w celu uniemożliwienia przyjęcia efektywnych środków w tym zakresie i doprowadza do sytuacji paraliżu decyzyjnego RB ONZ, może być uznany za odpowiedzialnego nie tylko moralnie, ale także prawnie za niewypełnienie swojego pozytywnego zobowiązania do zapobiegania ludobójstwu i zbrodniom wojennym (przy założeniu, że nie podejmie innych efektywnych działań służących realizacji tego celu). W takiej sytuacji

⁶⁷ Por. tamże, s. 311.

⁶⁸ Tamże, s. 313.

dany stały członek RB ONZ nie tylko nie chroni prawa międzynarodowego, ale przez naruszenie jego podstawowych norm wydatnie je osłabia.

Powyższe ujęcie wpisuje się w systemowe ujmowanie *ius ad bellum* i całego prawa międzynarodowego. Normy *ius ad bellum* chronią państwa przed naruszaniem ich suwerenności a dopuszczenie jednostronnej interwencji humanitarnej takie ryzyko niesie *par excellence*. Dlatego działania zbrojne o charakterze humanitarnym są i powinny być dopuszczalne tylko z upoważnienia RB ONZ. Jednakże jej rolę należy postrzegać w szerokim, systemowym ujęciu z uwzględnieniem obowiązków po stronie samej RB ONZ, jak i jej członków, oraz prawnych konsekwencji niepodjęcia efektywnych działań skutkujących naruszeniem podstawowych norm prawa międzynarodowego. Nacisk powinien być więc położony na efektywne wykorzystanie istniejących ram prawnych. Należy pamiętać, że inercja polityczna skutkująca niewywiązywaniem się przez państwa z ich pozytywnych obowiązków prawnych do przeciwdziałania naruszeniom podstawowych praw człowieka na masową skalę mogłaby i tak mieć miejsce, nawet w hipotetycznej sytuacji uznania prawnej dopuszczalności jednostronnej interwencji humanitarnej. Dlatego też niedopuszczalność jednostronnej interwencji humanitarnej w obecnie wiążącym stanie prawnym nie świadczy o słabości *ius ad bellum* – co więcej, może być postrzegana jako przejaw jego efektywności.

4.4. Prawo do samoobrony i użycie siły w obronie własnych obywateli

Znaczenie prawa do samoobrony dla współczesnego *ius ad bellum* jest pierwszoplanowe. Przy daleko posuniętej nieefektywności systemu bezpieczeństwa zbiorowego, któremu na podstawie postanowień KNZ prawo do samoobrony zostało podporządkowane, to właśnie to ostatnie stało się najważniejszą podstawą zgodnego z prawem międzynarodowym użycia siły zbrojnej przez państwo. Spory dotyczące jego zakresu nie mogą więc dziwić, zwłaszcza że prawo do samoobrony daje państwu możliwość działania jednostronnego w celu obrony swoich podstawowych interesów. Innymi słowy, państwa powołują się na działanie w samoobronie, bo tylko w ten sposób są władne wykazać legalność swoich jednostronnych działań zbrojnych. Równocześnie spory dotyczące dopuszczalnego zakresu prawa do samoobrony generowane są także ze względu na pojawiające się nowe zagrożenia, które zmuszają do stawiania pytań o adekwatność regulacji prawa do samoobrony w KNZ, czyli w umowie międzynarodowej przyjętej blisko 70 lat temu. Zaiste nie mogą więc dziwić

rozważania dotyczące skutków, jakie w odniesieniu do prawa do samoobrony wywołują takie zjawiska jak rozwój technologiczny czy zmiany w samej społeczności międzynarodowej. To pierwsze zjawisko związane jest przede wszystkim z rozwojem nowych rodzajów broni, masowej w swych destrukcyjnych skutkach, możliwej do użycia w niezwykle krótkim czasie na wielkie odległości, czy stosowanej w sposób zdalny, albo wręcz sprowadzającej się do działań za pomocą sieci komputerowych. Natomiast drugie z wymienionych wyżej zjawisk najlepiej oddaje problem zagrożenia na niespotykaną wcześniej skalę ze strony potężnych aktorów niepaństwowych, takich jak współczesne organizacje terrorystyczne, które swą potęgą przewyższają potencjał niektórych państw. To że prawo do samoobrony musi się zmieniać pozostaje więc zasadniczo poza sporem. Pozostaje pytanie o zakres tych zmian.

Punktem wyjścia dla regulacji prawa do samoobrony we współczesnym *ius ad bellum* jest art. 51 KNZ, który stanowi:

Nic w niniejszej Karcie nie narusza przyrodzonego prawa każdego członka Organizacji Narodów Zjednoczonych, przeciwko któremu dokonano napaści zbrojnej, do indywidualnej lub zbiorowej samoobrony, zanim Rada Bezpieczeństwa zastosuje środki konieczne dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Środki podjęte przez członków w wykonaniu prawa do samoobrony są natychmiast podawane do wiadomości Radzie Bezpieczeństwa i w żaden sposób nie naruszają wynikającej z niniejszej Karty kompetencji i odpowiedzialności Rady do podjęcia w każdym czasie akcji, jaką uzna ona za konieczną dla utrzymania albo przywrócenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa.

Ta umowna regulacja – wyraźnie oddająca wspomniane wyżej podporządkowanie prawa do samoobrony kompetencjom RB ONZ w ramach systemu bezpieczeństwa zbiorowego – znajduje niewątpliwie swoje odbicie w prawie zwyczajowym. Jak szeroko argumentowałem w innym miejscu, to właśnie wzajemna relacja pomiędzy regulacją art. 51 KNZ a regulacją prawa do samoobrony na podstawie prawa zwyczajowego ma kluczowe znaczenie dla oddania jego współczesnej konstrukcji normatywnej⁶⁹. Relacja ta sprowadza się, w pewnym uproszczeniu, do równoległego obowiązywania tych regulacji z uznaniem, że państwa przez swoją praktykę i kształtujące się *opinio iuris* mogą modyfikować zawartą w art. 51 KNZ normę wytyczającą zakres

⁶⁹ M. Kowalski, dz. cyt., s. 67–76.

prawa do samoobrony. Z jednej strony pozwala to na uczynienie tej regulacji adekwatnej dla współczesnych wyzwań, ale z drugiej strony pozwala na utrzymanie powiązania jej z systemem bezpieczeństwa zbiorowego, który choć wysoce nieefektywny, stanowi jednak mimo wszystko istotne zabezpieczenie przed samowolą indywidualnych działań państw. Właśnie w tym kontekście należy rozstrzygać główne współczesne spory dotyczące prawa do samoobrony: dopuszczalność samoobrony uprzedzającej/prewencyjnej⁷⁰; definiowanie pojęcia napaści zbrojnej w związku z działaniami zbrojnymi aktorów niepaństwowych z wysuwającym się na plan pierwszy pytaniem, czy państwo może powoływać się na prawo do samoobrony, gdy podejmuje działania zbrojne skierowane przeciwko takiemu aktorowi poza swoim terytorium⁷¹; wymóg zbrojnego charakteru napaści ze szczególnym uwzględnieniem zagrożenia atakami przy użyciu sieci komputerowych⁷²; czy też zakresu ograniczeń prawa do samoobrony w postaci zasad konieczności i proporcjonalności⁷³.

Odnosząc się do podstaw prawnych obowiązywania prawa do samoobrony, warto rozważyć dodatkowy aspekt. Równoległa umowna i zwyczajowa regulacja prawa do samoobrony jest niewątpliwa. Nie stoi ona jednak w sprzeczności w postrzeganiu prawa do samoobrony jako ogólnej zasady prawa w rozumieniu art. 38 ust. 1 lit. c Statutu MTS. Jak już sygnalizowano wyżej, na takie ujmowanie prawa do samoobrony zwrócili uwagę Peter Haggemacher i Shabtai Rosenne⁷⁴. Istotnie, prawo do samoobrony jest regułą postępowania znaną wszystkim porządkom prawnym, począwszy od tych starożytnych. Co więcej, uwzględniają je również inne systemy normatywne – przede wszystkim religijne. Jak ujmuje to Shabtai Rosenne:

Self-defence is natural inherent right of every human being, and of every human society. Indeed I would say that self-defence is the rule because the threat or use of force or any act of violence otherwise than when permitted by the law is itself unlawful. That is equally the position in international law under the Charter of the United Nations and under general international law independently of the Charter. The right of self-defence is a natural and inherent right recognised under any legal, religious or philosophical approach to international law⁷⁵.

⁷⁰ Szczegółowa analiza: tamże, s. 84–92.

⁷¹ Szczegółowa analiza: tamże, s. 103–111 i 154–206.

⁷² Szczegółowa analiza: tamże, s. 141–148.

⁷³ Szczegółowa analiza: tamże, s. 93–103 i 207–216.

⁷⁴ Zob. przyp. 12.

⁷⁵ S. Rosenne, dz. cyt., s. 55.

Najwyraźniej takiej właśnie perspektywy zabrakło MTS, gdy w 1986 roku w wyroku w sprawie *Nikaragui*, interpretując określenie w art. 51 KNZ prawa do samoobrony mianem przyrodzonego, stwierdził, że: „Article 51 of the Charter is only meaningful on the basis that there is a «natural» or «inherent» right of self-defence, and it is hard to see how this can be other than of a customary nature, even if its present content has been confirmed and influenced by the Charter”⁷⁶. Choć raz jeszcze powtórzyć należy, że zwyczajowa regulacja prawa do samoobrony jest bezsporna, to nie jest to sprzeczne z postrzeganiem go także jako ogólnej zasady prawa. Czy więc uznanie prawa do samoobrony jako ogólnej zasady prawa niesie za sobą jakąkolwiek wartość dodaną? Odpowiedź na to pytanie jest pozytywna. Ujmowanie prawa do samoobrony jako ogólnej zasady prawa determinuje takie jego umowne i zwyczajowe regulowanie, które nie może naruszać jego istoty jako prawa do odpowiedzi siłą na zadawane siłowe bezprawie. Takie ujęcie determinuje natomiast interpretację pojęć użycia siły zbrojnej, agresji i – przede wszystkim – napaści zbrojnej. Gdyby bowiem uznać, że napaścią zbrojną jest jedynie bezprawne użycie siły zbrojnej o odpowiednim stopniu ciężkości, to państwo zaatakowane zbrojnie poniżej takiego progu byłoby pozbawione możliwości zgodnej z prawem indywidualnej odpowiedzi zbrojnej⁷⁷, czego zaakceptować nie można. Próby natomiast dopuszczenia odpowiedzi zbrojnej, ale nadające im inny wymiar normatywny (eksterytorialnych działań policyjnych, zbrojnych środków odwetowych itp.) pozostają nie do pogodzenia z zakazem użycia siły zbrojnej, z zakazem zbrojnych środków odwetowych czy z zakazem nieinterwencji. Powtórzyć więc należy – odwołując się do proponowanej powyżej interpretacji, zgodnie z którą każde bezprawne użycie siły zbrojnej przeciwko państwu stanowi napaść zbrojną bez względu na stopień ciężkości danego aktu – że zawsze, gdy mamy do czynienia z bezprawnym użyciem siły zbrojnej przeciwko państwu w każdej jego emanacji, co pozostaje równoznaczne z naruszeniem jego suwerenności, to państwu temu przysługuje prawo do samoobrony. Nie jest ono jednak bezwarunkowe, lecz jego zakres wyznacza w faktycznych okolicznościach danej sprawy stosowanie zasad konieczności i proporcjonalności. Tam gdzie odpowiedź zbrojna zaatakowanego państwa nie będzie konieczna lub będzie nieproporcjonalna, tam dojdzie do przekroczenia dopuszczalnych ram działania w wykonaniu prawa do samoobrony i w konsekwencji do aktu bezprawnego pociągającego za sobą odpowiedzialność międzynarodową państwa.

⁷⁶ *Military and Paramilitary...*, par. 176.

⁷⁷ Taki pogląd prezentuje np. A. Randelzhofer, *Article 51*, w: B. Simma (ed.), dz. cyt., s. 790–792.

W tym ostatnim kontekście warto odnieść się też do relacji pomiędzy prawem do samoobrony a regułami odpowiedzialności międzynarodowej państw. Przyjęte w 2001 roku przez KPM artykuły dotyczące odpowiedzialności międzynarodowej państw⁷⁸, które w istotnej mierze odzwierciedlają prawo zwyczajowe, wprost do prawa do samoobrony odnoszą się w art. 21, zgodnie z którym działanie w samoobronie nie stanowi naruszenia prawa międzynarodowego i – jako takie – wyłącza odpowiedzialność międzynarodową. Jest to spójne z wykluczeniem dopuszczalności zbrojnych środków odwetowych (represaliów) w art. 50 ust. 1 lit. a artykułów KPM. Takie ujęcie wskazuje, że w relacji regulacji prawa do samoobrony w *ius ad bellum* i w regułach odpowiedzialności międzynarodowej państw mamy do czynienia z dwoma aspektami tej samej instytucji. Normy *ius ad bellum*, jako normy pierwszego rzędu, rozstrzygają o kształcie normatywnym prawa do samoobrony jako reguły postępowania, a normy odpowiedzialności międzynarodowej państw wskazują na wyłączenie bezprawności działań zbrojnych podejmowanych w wykonywaniu tego prawa, co podkreśla jego wyjątkowy charakter, oraz rozstrzygają o tym, że przekroczenie dopuszczalnego zakresu wykonywania prawa do samoobrony prowadzi do odpowiedzialności międzynarodowej danego państwa za akt bezprawny. Innymi słowy, *ius ad bellum* nie determinuje odpowiedzialności międzynarodowej za nielegalne użycie siły zbrojnej, a reguły odpowiedzialności międzynarodowej państw nie determinują warunków legalności użycia siły zbrojnej. W takim ujęciu regulacje te pozostają spójne i wzajemnie się uzupełniają. Równocześnie jednak należy zauważyć, że podział na reguły pierwszego i drugiego rzędu nie jest rozłączny i w pewnym zakresie może dochodzić do ich nakładania się na siebie. Przykładem tego typu sytuacji jest konstrukcja pozytywnych obowiązków państwa wynikających z zakazu użycia siły zbrojnej⁷⁹. W myśl tej konstrukcji państwo nie ma tylko negatywnego obowiązku powstrzymania się od użycia siły zbrojnej przeciwko innemu państwu, ale ma także pozytywny obowiązek niedopuszczenia do podejmowania działań zbrojnych z jego terytorium przeciwko innemu państwu przez aktorów niepaństwowych. Prowadzi to do uznania szczególnego w stosunku

⁷⁸ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, „Yearbook of the International Law Commission” 2001, vol. II, part 2, s. 38–54; polskie tłumaczenie artykułów zob. M. Balcerzak, *Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Studium prawnomiędzynarodowe*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, Toruń 2013, s. 289 i n.

⁷⁹ Konstrukcja taka jest szczegółowo przedstawiona w: M. Kowalski, dz. cyt., s. 202–206 i 258–263.

do ogólnych reguł odpowiedzialności międzynarodowej państw standardu przypisania, który jest inkorporowany do regulujących prawo do samoobrony norm *ius ad bellum* jako reguł pierwszego rzędu. W konsekwencji działania zbrojne dokonane przez aktora niepaństwowego z terytorium państwa, które nie chce lub nie jest w stanie im zapobiec, byłyby przypisane temu państwu na skutek zaniechania z jego strony, które polegałoby właśnie na niewypełnieniu wspomnianego wyżej pozytywnego obowiązku. Warto też podkreślić, że powoływana konstrukcja unaocznia jak duży potencjał ma i jak wielowymiarowa jest interpretacja kładąca nacisk na pozytywne obowiązki państwa jako podmiotu zobowiązanego na podstawie normy prawnomiędzynarodowej.

Odnosząc się do prawa do samoobrony, warto zatrzymać się jeszcze przy jednym spornym problemie współczesnego *ius ad bellum* – tzw. interwencji zbrojnej w celu ochrony własnych obywateli. Jest to problem zasadniczo odmienny od interwencji humanitarnej, gdyż interwencja zbrojna podejmowana jest nie w celu ochrony podstawowych praw człowieka jako takich, lecz konkretnie w celu ochrony obywateli państwa interweniującego, którzy przebywają poza jego terytorium. Innymi słowy, istotą takiej interwencji jest uprawnienie państwa do podejmowania działań zbrojnych na terytorium innego państwa w obronie obywateli własnych (ale już nie osób, które obywatelstwa nie posiadają, a łączą je z danym państwem jedynie więzy etniczne, językowe czy kulturowe). Do czasu przyjęcia KNZ prawo to nie było kwestionowane. Sytuacja zmieniła się jednak po ukształtowaniu *ius ad bellum* na podstawie KNZ w oparciu o zakaz użycia siły zbrojnej i zagadnienie to stało się sporne tak w praktyce państw⁸⁰, jak i w doktrynie⁸¹. Możliwe są tu cztery główne interpretacje:

⁸⁰ Jako główne przykłady praktyki państw uwzględnia się brytyjską interwencję w Egipcie w 1956 r., amerykańsko-belgijską interwencję w Kongu w 1960 r., izraelską akcję uwolnienia zakładników w Entebbe w Ugandzie w 1976 r., amerykańskie akcje zbrojne w celu uwolnienia zakładników w związku z tzw. incydem statku *Mayaguez* w 1975 r. i w Iranie w 1980 r., czy amerykańskie interwencje w Dominikanie w 1965 r., w Grenadzie w 1983 r. i w Panamie w 1989 r. W tym kontekście zwraca także uwagę rosyjska argumentacja uzasadniająca działania zbrojne przeciwko Gruzji w 2008 r. i na Ukrainie w 2014 r.

⁸¹ Poglądy doktryny pozostają istotnie zróżnicowane. Zob. np. D.W. Bowett, *The use of force for the protection of nationals abroad*, w: A. Cassese (ed.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1986, s. 39 i n.; A. Clark Arend, R.J. Beck, *International Law and the Use of Force*, Routledge, London–New York 1993, s. 93–111; S.A. Aleksandrov, *Self-Defense Against the Use of Force in International Law*, Kluwer Law International, The Hague 1996, s. 188–204; Th.M. Franck, dz. cyt., s. 76–96; A. Cassese, *Art. 51*, w: J.-P. Cot, A. Pellet, M. Forteau (eds.), *La Charte des Nations Unies: Commentaire article par article*, wyd. 3, Economica, Paris 2005, s. 135; T. Gazzini, *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*, Manchester University Press,

1) zakaz użycia siły zbrojnej nie obejmuje swym zakresem tego typu działań zbrojnych i w związku z powyższym państwa są władne podejmować działania zbrojne w celu ochrony własnych obywateli w ramach samopomocy dopuszczalnej wobec braku norm zakazujących;

2) w świetle obowiązującego zakazu użycia siły zbrojnej z wyjątkami w postaci systemu bezpieczeństwa zbiorowego i prawa do samoobrony oraz przy założeniu, że działania zbrojne w obronie własnych obywateli nie mieszczą się w ramach prawa do samoobrony, państwo nie miałoby możliwości podjęcia zgodnych z prawem indywidualnych działań zbrojnych tego typu;

3) działanie zbrojne w obronie własnych obywateli należy rozpatrywać w kontekście prawa do samoobrony i jest zgodne z prawem, gdy spełnione są przesłanki dopuszczalności tegoż;

4) działania zbrojne w obronie własnych obywateli należy rozpatrywać jako dodatkowy wyjątek od zakazu użycia siły zbrojnej, który jest przewidziany na gruncie prawa zwyczajowego.

Dwa pierwsze z wymienionych wyżej poglądów należy jednoznacznie odrzucić. Powyżej szeroko omówiona została interpretacja, zgodnie z którą zakaz użycia siły zbrojnej na podstawie KNZ i równoległe obowiązującej normie zwyczajowej ma charakter pełny i delegalizuje każde użycie siły zbrojnej poza dwoma wyjątkami – użyciem siły zbrojnej z autoryzacji RB ONZ i w wykonaniu prawa do samoobrony. Tylko takie ujęcie prowadzi do uznania regulacji *ius ad bellum* za wyczerpującą w znaczeniu kwalifikacyjnym, ale też warunkuje jej doniosłość prawną i praktyczną. Charakterystyczne zresztą, że państwa w sytuacjach, w których podejmują działania zbrojne w obronie własnych obywateli, starają się prawnie je uzasadnić przez wskazanie, że są dopuszczalne jako wyjątek od zakazu użycia siły zbrojnej. To z kolei wyraźnie wskazuje na konieczność odrzucenia także drugiej z powołanych wyżej interpretacji, która miałaby nie dopuszczać żadnych indywidualnych działań zbrojnych państwa w omawianym kontekście. Takie ujęcie pozostaje jaskrawo sprzeczne z praktyką i stanowiskami państw. Atak zbrojny na obywateli danego państwa bezpośrednio godzi w jego interes prawny i rodzi po jego stronie obowiązek podjęcia działań zaradczych. W tym kontekście ogromną doniosłość ma – podzielany przeze mnie – argument wskazujący, że w istocie atak zbrojny na

Manchester 2005, s. 170–174; Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, wyd. 4, Cambridge University Press, Cambridge 2005, s. 231–234; Ch. Gray, *International Law and the Use of Force*, wyd. 3, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 88–92 i 156–160; K.E. Eichensehr, *Defending nationals abroad: assessing the lawfulness of forcible hostage rescues*, „Virginia Journal of International Law” 2007, t. 48, s. 451 i n.; T. Ruys, dz. cyt., s. 213–249; w nowszej literaturze polskiej zob. M. Kowalski, dz. cyt., s. 124–129.

obywateli danego państwa jest atakiem skierowanym przeciwko emanacji tego państwa, a więc przeciwko samemu państwu⁸². Taka interpretacja pozwala kwalifikować atak zbrojny na obywateli danego państwa jako napaść zbrojną przeciwko temu państwu i wpisać jego ewentualną odpowiedź zbrojną w ramy normatywne prawa do samoobrony. Jest to też spójne z proponowanym wyżej ujęciem prawa do samoobrony jako ogólnej zasady prawa – w sytuacji działań zbrojnych przeciwko państwu ma ono prawo odpowiedniej, tj. koniecznej i proporcjonalnej, odpowiedzi siłowej na zadawane bezprawie. Reżim prawa do samoobrony jest najlepszą podstawą do weryfikacji zgodności z prawem podjętych działań zbrojnych w celu obrony własnych obywateli i pozwala wskazać – liczne w praktyce państw – sytuacje, w których obrona własnych obywateli powoływana jest jedynie jako pretekst dla zbrojnej interwencji w innym państwie, czego aktualną ilustracją jest argumentacja rosyjska mająca stanowić uzasadnienie dla działań zbrojnych na Ukrainie w 2014 roku. Szczególną rolę odgrywa tu zasada konieczności, która wyklucza podejmowanie działań zbrojnych o charakterze odwetowym, karzącym i dopuszcza tylko takie działania, które służą odparciu napaści zbrojnej skierowanej przeciwko obywatelom danego państwa – tak jak miało to miejsce np. w przypadku izraelskiego aktu zbrojnego w Entebbe w 1976 roku⁸³.

Oczywiście teoretycznie możliwe jest także przyjęcie czwartego z wyżej wymienionych stanowisk. Wymaga ono jednak odpowiedniego wykazania *usus* i *opinio iuris*, a to wydaje się obecnie niemożliwe, zwłaszcza że niemal we wszystkich przypadkach, w których państwa powołują się na prawo do samoobrony przynajmniej jako częściowe uzasadnienie swoich działań zbrojnych w obronie własnych obywateli⁸⁴. Poza tym konstrukcja takiego dodatkowego zwyczajowego wyjątku od zakazu użycia siły zbrojnej musiałaby przypominać konstrukcję prawa do samoobrony⁸⁵. Dlatego trafniejsze jest uznanie, że historycznie tradycyjne prawo do użycia siły zbrojnej w obronie własnych obywateli zostało odpowiednio dopasowane do reżimu prawnego wprowadzonego pod rządami KNZ i zaadaptowane do reżimu prawnego prawa do samoobrony. Ujęcie takie ponownie wskazuje, że systemowa interpretacja norm *ius ad bellum* jest nie tylko możliwa, ale ma też niezaprzeczalny walor porządkujący.

⁸² Tak D.W. Bowett, dz. cyt., s. 41.

⁸³ Zob. dokładną analizę prawną tego przypadku w: M. Kowalski, dz. cyt., s. 249–255.

⁸⁴ Ch. Gray, dz. cyt., s. 156–157.

⁸⁵ Zob. np. propozycję takiej konstrukcji w: T. Gazzini, dz. cyt., s. 148 i jej krytykę: M. Kowalski, dz. cyt., s. 126.

4.5. Zakończenie – systemowe ujmowanie *ius ad bellum* warunkiem jego efektywności

Niewątpliwie jest tak, że we współczesnym ujmowaniu problematyki prawnomiędzynarodowej dopuszczalności użycia siły zbrojnej mamy do czynienia z daleko idącym chaosem, który sprzyjać może deprecjonowaniu doniosłości prawnej *ius ad bellum*. Zasadne jest jednak twierdzenie, że w istotnym zakresie mamy do czynienia z chaosem interpretacyjnym – przede wszystkim w doktrynie prawa międzynarodowego, ale także, przynajmniej do pewnego stopnia, w orzecznictwie międzynarodowym. Krańcowo różne założenia ontologiczne i metodologiczne oraz związane z nimi „swobodne” podejście do analizy procesów prawotwórczych przy swoistym żonglowaniu przykładami z praktyki na potwierdzenia prezentowanych tez, koncentracja na problemach szczegółowych i brak ich ujmowania w szerszym kontekście, czy wreszcie wprowadzanie do oceny legalności określonych działań zbrojnych argumentów nieprawnych, to tylko najważniejsze z powodów, które leżą u podstaw tego interpretacyjnego chaosu. W konsekwencji rzutuje on na postrzeganie samych norm prawnych tworzących *ius ad bellum*. Tymczasem takie jego postrzeganie nie jest zasadne. W prezentowanych powyżej uwagach starano się wykazać, że możliwa jest taka interpretacja *ius ad bellum*, która przez jego systemowe ujmowanie przeczy postrzeganiu tego zespołu norm jako niedookreślonego, niepełnego i niespójnego. Taka systemowa interpretacja *ius ad bellum* istotnie warunkuje też jego efektywność. Normy regulujące dopuszczalność użycia siły zbrojnej będą efektywne tylko wtedy, gdy w sposób precyzyjny i spójny określać będą reguły należytego postępowania. W tym kontekście zasadne jest pytanie, czy ów chaos interpretacyjny, o którym była mowa powyżej, nie jest wynikiem instrumentalnego traktowania norm *ius ad bellum* i celowego deprecjonowania ich znaczenia. Dlatego też systemowe ujmowanie *ius ad bellum* – przez które wzmacniana zostaje systemowość prawa międzynarodowego – jest niezwykle pożądane. Aby było możliwe, konieczne jest spełnienie dwóch podstawowych warunków: zachowanie rygorystycznej konsekwencji w założeniach metodologicznych i wykazanie odwagi w przełamywaniu dominujących stanowisk interpretacyjnych.