

Michał Kowalski

Samoobrona w ujęciu Instytutu Prawa Międzynarodowego

Wprowadzenie

Założony w 1873 r. i skupiający wybitnych prawników międzynarodowych z całego świata Instytut Prawa Międzynarodowego (*Institute of International Law; Institut de droit international*; dalej: Instytut) od początku swojego istnienia stawiał sobie za cel wnoszenie wkładu w rozwój prawa międzynarodowego. O ile obecną rolę Instytutu w tym względzie trudno przyrównywać do tej z pierwszych kilkudziesięciu lat jego istnienia, kiedy to wniósł on bezprecedensowy wkład w kształtowanie prawa międzynarodowego, o tyle nadal istotnie przyczynia się on do rozwoju współczesnej doktryny. Przyjmowane przez Instytut na odbywających się co dwa lata sesjach rezolucje dotyczą kluczowych i aktualnych zagadnień tak prywatnego, jak i publicznego prawa międzynarodowego i mają w założeniu formułować, zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. e statutu Instytutu, „przemyślane opinie prawne w wątpliwych i kontrowersyjnych kwestiach”. Jako takie rezolucje stanowią istotny punkt odniesienia w toczących się debatach.

Oczywistym jest, że jednym z obszarów zainteresowania Instytutu – którego dewizą są słowa *iustitia et pace*, a statutowym celem pozostaje działanie na rzecz pokoju międzynarodowego¹ – musi być prawnomiędzynarodowa regulacja dopuszczalności użycia siły zbrojnej. Nie może też dziwić, że tematyka ta – która w ostatnich kilkunastu latach stała się jeszcze bardziej paląca i wymagająca pogłębionej refleksji ze względu na nowe uwarunkowania – pojawiła się w aktualnych pracach Instytutu. Warto w tym miejscu podkreślić, że stanowiska zajmowane przez Instytut ograniczają się wyłącznie do

¹ Warto nadmienić w tym miejscu, że działalność Instytutu przyniosła mu w 1904 r. Pokojową Nagrodę Nobla.

problematyki prawnej i zasadniczo abstrahują od konkretnego kontekstu politycznego. W ostatnich latach szczególnie widoczne było to podczas sesji w Brugii, która odbyła się w 2003 r., zaledwie kilkanaście tygodni po rozpoczęciu interwencji zbrojnej w Iraku, stanowiącej według opinii przeważających w doktrynie naruszenie obowiązującego prawa międzynarodowego². Wydana wówczas deklaracja dotycząca użycia siły – choć nie odniosła się bezpośrednio do interwencji w Iraku, stanowiła – przez stanowcze potwierdzenie podstawowych zasad rządzących *ius ad bellum* i *ius in bello*, wymowny głos w sytuacji ich naruszenia³.

Na sesji w Brugii Instytut nie ograniczył się jedynie do wydania wspomnianej deklaracji. Przede wszystkim bowiem, dziesiątej komisji naukowej Instytutu powierzono do opracowania temat „Aktualne problemy użycia siły w prawie międzynarodowym”. Ze względu na wieloaspektowość tej problematyki, w ramach dziesiątej komisji utworzono podgrupy tematyczne. Podgrupami, których prace poddano pod obrady plenarne podczas ostatniej sesji Instytutu w Santiago w 2007 r. były: podgrupa zajmująca się problematyką interwencji humanitarnej (sprawozdawca: M. Reisman), podgrupa zajmująca się kwestią samoobrony (sprawozdawca: E. Roucouas), oraz podgrupa zajmująca się problematyką interwencji na zaproszenie (sprawozdawca: G. Hafner)⁴. Prace dwóch pierwszych z wymienionych podgrup zakończyły się sformulowaniem stanowisk Instytutu wyrażonych w przyjętych rezolucjach⁵. Obecnie w ramach dziesiątej komisji funkcjonują dwie podgrupy. Jedna kontynuuje prace nad problematyką interwencji na zaproszenie, a kolejna zajęła się problematyką autoryzacji użycia siły udzielonej przez ONZ (sprawozdawca: R.E. Vinuesa).

Przedmiotem niniejszego opracowania jest analiza stanowiska Instytutu wyrażonego w przyjętej 27 października 2007 r. rezolucji dotyczącej samoobrony. Rezolucja składa się z dziesięciu paragrafów odnoszących się do poszczególnych aspektów prawa do samoobrony. Są one poprzedzone zwięzłą preambułą, w której Instytut wyraża swoje przekonanie o wzmacniającej międzynarodowy pokój i bezpieczeństwo roli systemu bezpieczeństwa zbiorowego ONZ, jak również uznaje podstawowe znaczenie indywidualnej

² W literaturze polskiej na ten temat zob.: W. Czaplinski, *Interwencja w Iraku z punktu widzenia prawa międzynarodowego*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 1, s. 18 i n.; J. Symonides, *Wojna z Irakiem a prawo międzynarodowe*, „Rocznik Strategiczny” 2003/2004, s. 366 i n.

³ O interesujących kuluarach przyjęcia ww. deklaracji zob.: K. Skubiszewski, *A gloss on the Bruges declaration on the use of force*, [w:] V. Crnić-Grotić, M. Matulović (red.), *International law and the use of force at the turn of centuries – Essays in honour of V.Đ. Degan*, Rijeka 2006, s. 151 i n.

⁴ Raporty przygotowane przez sprawozdawców dostępne są na stronie internetowej Instytutu pod adresem: http://www.idi-iil.org/idiE/navig_ann_2007.html (stan z 1 lutego 2009 r.).

⁵ Rezolucje przyjęte podczas sesji Instytutu w Santiago dostępne są na stronie internetowej Instytutu pod adresem: http://www.idi-iil.org/idiE/navig_chon2003.html (stan z 1 lutego 2009 r.).

i zbiorowej samoobrony jako odpowiedzi państw na bezprawne użycie siły. W preambule Instytut stwierdza również, że jest świadomy, iż dwie kwestie wymagają prowadzenia przez niego dalszych badań. Chodzi tu, po pierwsze, o problem odwołania się do samoobrony w sytuacji – jak ujmuje to Instytut – dokonania napaści zbrojnej przez aktorów niepaństwowych, oraz, po drugie, o relację pomiędzy prawem do samoobrony a organizacjami międzynarodowymi. Zwraca uwagę zwłaszcza wymienienie w tym kontekście pierwszej z przywołanych kwestii, gdyż zagadnienia tego dotyczy najbardziej rozbudowany – ale, antycypując dalsze rozważania, również wysoce enigmatyczny – paragraf omawianej rezolucji. Niewątpliwie wskazuje to na fakt, że problematyka odwoływania się przez państwa do samoobrony w sytuacji napaści zbrojnej dokonanej przez aktorów niepaństwowych należy do najistotniejszych, ale i najbardziej spornych, współczesnych aspektów samoobrony.

Komentarz

Poniżej przytoczono brzmienie dziesięciu paragrafów składających się na rezolucję (w przypisach podano tekst w językach angielskim i francuskim, w których rezolucja została sformułowana). Zostaną one omówione z odniesieniem do aktualnej praktyki i debaty doktrynalnej dotyczącej samoobrony z uwzględnieniem sprawozdania E. Roucounasa⁶ wraz z komentarzami członków podgrupy zajmującej się samoobroną⁷, które były punktem wyjścia dla dyskusji podjętej przez Instytut podczas sesji w Santiago. Wnioski końcowe zawarte w sprawozdaniu E. Roucounasa stały się następnie po przeformułowaniu podstawą sformułowania przez Instytut komentowanej rezolucji.

1.

*Artykuł 51 Karty Narodów Zjednoczonych uzupełniony zwyczajowym prawem międzynarodowym w sposób adekwatny reguluje wykonywanie prawa do samoobrony indywidualnej i zbiorowej*⁸.

⁶ Podzielone na paragrafy sprawozdanie E. Roucounasa zostało udostępnione pod wskazanym wyżej adresem internetowym jako *Provisional Draft* datowany na czerwiec 2007 r.

⁷ W skład podgrupy zajmującej się samoobroną, obok sprawozdawcy E. Roucounasa, wchodził: G. Arrangio-Ruiz, B. Conforti, J. Crawford, E.W. McWhinney, M. Pinto, A. Remiro Brotons, K. Skubiszewski, S. Torres Bernardéz, J. Verhoeven, D. Vignes, R.E. Vinuesa i K. Zemanek.

⁸ Article 51 of the United Nations Charter as supplemented by customary international law adequately governs the exercise of the right of individual and collective self-defence.
L'article 51 de la Charte des Nations Unies, tel que complété par le droit international coutumier, régit adéquatement l'exercice du droit de légitime défense individuelle et collective.

Powyższe stwierdzenie wydawać by się mogło oczywistym punktem wyjścia dla podjęcia prawnomiędzynarodowej analizy instytucji samoobrony. Obecnie takie stwierdzenie musi być jednak postrzegane w kontekście i – co warte szczególnego podkreślenia – w opozycji do coraz częściej wyrażanych stanowisk kwestionujących adekwatność ram prawnych KNZ jako podstawy normatywnej prawnomiędzynarodowej dopuszczalności użycia siły zbrojnej, zgodnie z którą od obowiązującego zakazu użycia siły zbrojnej dopuszczalne są tylko dwa wyjątki: użycie siły w ramach systemu bezpieczeństwa zbiorowego i właśnie samoobrona. Wśród tych poglądów można wyodrębnić dwa główne nurty. Po pierwsze są to poglądy, które zasadniczo negują obowiązywanie norm KNZ regulujących dopuszczalność użycia siły zbrojnej. Są one charakterystyczne na przykład dla części autorów amerykańskich, których bodaj najgłośniejszym przedstawicielem pozostaje M.J. Glennon⁹. Natomiast drugi nurt stanowią poglądy, które co prawda nie negują obowiązywania norm *ius ad bellum* na podstawie KNZ, ale wskazują na ich ograniczony zakres i na równoległą, i nie pokrywającą się regulację zwyczajową. Jako przykładowego przedstawiciela tego nurtu można wskazać jednego z członków Instytutu, Y. Dinstaina¹⁰.

Tym samym stanowisko Instytutu wyrażone w paragrafie 1. nabiera istotnego znaczenia jako wyraźne wskazanie normatywnych ram KNZ, a art. 51 w szczególności, jako podstawy współczesnej regulacji prawa do samoobrony. Do pewnego stopnia enigmatyczne pozostaje natomiast stwierdzenie dotyczące uzupełniającego w tym względzie charakteru prawa zwyczajowego. Wydaje się, że powinno być ono interpretowane w ten sposób, że zakłada tożsamość w swej istocie regulacji *ius ad bellum* na podstawie KNZ i prawa zwyczajowego. Staje się to tym bardziej ewidentne, gdy uzna się zakaz agresji za normę o charakterze *ius cogens*. Uzupełniający charakter prawa zwyczajowego przejawia się w tych aspektach, których KNZ nie reguluje. Chodzi tu na przykład o uwarunkowanie dopuszczalności samoobrony od spełnienia przesłanek proporcjonalności i konieczności, o których milczy art. 51 KNZ¹¹. Takie ujęcie tej kwestii prezentuje też w swoim sprawozdaniu E. Roucouas¹².

⁹ Zob. np. M.J. Glennon, *Military Action against Terrorists under International Law: The Fog of Law: Self-Defense, Inherence and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter*, „Harvard Journal of Law and Public Policy” 2002, Vol. 25, s. 546 i n.; zob. też M.J. Glennon, *How International Rules Die*, „Georgetown Law Journal” 2005, Vol. 93, s. 939 i n.

¹⁰ Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 4 wyd., Cambridge 2005, passim.

¹¹ Ujęcie takie jest zakorzenione w orzecznictwie Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement of 27 June 1986, I.C.J. Reports 1986, par. 176; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, I.C.J. Reports 1996, par. 41; wszystkie orzeczenia MTS są dostępne w języku angielskim i francuskim pod adresem internetowym: <http://www.icj-cij.org>, stan z 1 lutego 2009 r.

¹² Par. 41.

Ujęcie takie wpisuje się też w propozycję pewnego zredefiniowania pojęć KNZ regulujących dopuszczalność siły zbrojnej¹³. Propozycja ta oparta jest na założeniu, że wobec nowych uwarunkowań (zmiany w kształcie społeczności międzynarodowej; pojawienie się nowych zagrożeń takich jak zagrożenie terroryzmem międzynarodowym na niespotykaną dotychczas skalę) i wobec kształtującej się praktyki państw, konieczne jest pewne przemodelowanie prawnomiędzynarodowych zasad regulujących dopuszczalność użycia siły zbrojnej. Ponieważ wątpliwa jest możliwość uzyskania powszechnie akceptowanego przez państwa kompromisu i wprowadzenia odpowiednich zmian do KNZ, odpowiedzi należy szukać w zredefiniowaniu pewnych pojęć, którymi posługuje się KNZ. Podejście takie pozwala na uniknięcie ogromnego niebezpieczeństwa, jakie niesie za sobą zanegowanie norm KNZ, a równocześnie przez ich ostrożną rekonstrukcję pozwala dostosować je do nowych wyzwań. Przykładem, który szczególnie ukazuje potencjał takiego podejścia, jest pojęcie napaści zbrojnej determinujące konstrukcję prawa do samoobrony na podstawie art. 51 KNZ¹⁴.

Trzeba jednak stwierdzić, że zawarte w paragrafie 1. stwierdzenie dotyczące uzupełniającego wobec art. 51 KNZ charakteru prawa zwyczajowego nie wyklucza stanowiska – określonego wyżej jako drugi z wymienionych nurtów poglądów – wskazującego na równoległą, lecz rozszerzającą się nie pokrywającą z art. 51 KNZ regulację zwyczajową prawa do samoobrony. Tym samym nie wykluczono stanowisk opowiadających się za dopuszczalnością odwołania się do prawa do samoobrony w sytuacjach istotnie wykraczających poza zakres stosowania art. 51 KNZ.

2.

Konieczność i proporcjonalność stanowią kluczowe elementy normatywnych ram samoobrony¹⁵.

Zasady konieczności i proporcjonalności pozostają kluczowe w tym sensie, że pełnią zasadniczą rolę w wytyczaniu zakresu dopuszczalnych działań w samoobronie. A właśnie ta kwestia razem z konstrukcją pojęcia napaści zbrojnej tworzy normatywne ramy samoobrony. Innymi słowy, jeśli przeciwko państwu dokonano działań, które spełniają przesłanki napaści zbrojnej, dane państwo musi rozstrzygnąć czy podjęcie odpowiedzi zbrojnej jest konieczne; jeśli odpowiedź na to pytanie jest pozytywna, dane państwo

¹³ Szerzej zob. M. Kowalski, *Napaść zbrojna w prawie międzynarodowym – w poszukiwaniu współczesnej definicji*, „Studia Prawnicze” 2008, z. 3(177), s. 59-61.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Necessity and proportionality are essential components of the normative framework of self-defence. La nécessité et la proportionnalité sont des éléments essentiels des règles applicables à la légitime défense.*

musi dokonać wyboru środków spełniających wymóg proporcjonalności¹⁶. Jako takie kwestie te pozostają oczywiście w ścisłej wzajemnej korelacji. Trzeba jednak podkreślić, że zasady konieczności i proporcjonalności same wymagają jednak prawnomiędzynarodowego rozwinięcia i doprecyzowania w kontekście ich współczesnego zastosowania do *ius ad bellum*¹⁷, a prawa do samoobrony w szczególności. Szkoda, że Instytut nie podjął szerzej tych kwestii.

3.

*Prawo do samoobrony przynależy zaatakowanemu państwu w przypadku rzeczywistej lub w sposób oczywisty nieuchronnej napaści zbrojnej. Może być wykonane tylko wtedy, gdy w praktyce nie istnieje inna zgodna z prawem alternatywa prowadząca do uprzedzenia, powstrzymania lub odparcia napaści zbrojnej, do czasu w którym Rada Bezpieczeństwa podejmie efektywne środki w celu utrzymania lub przywrócenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa*¹⁸.

Jak wspomniano wyżej, pojęcie napaści zbrojnej istotnie determinuje konstrukcję prawa do samoobrony na podstawie art. 51 KNZ. Definiowanie tego pojęcia – wobec braku definicji legalnej w KNZ – jest wysoce złożone i wieloaspektowe¹⁹, a tak w praktyce, jak i w ujęciu doktrynalnym nie udało się jak dotąd wypracować powszechnie akceptowalnej definicji tego pojęcia²⁰. Przy okazji warto zwrócić uwagę, że począwszy od paragrafu 3. W całym tekście francuskim rezolucji konsekwentnie używany jest termin *l'attaque armée* zamiast użytego w autentycznym francuskim tekście KNZ pojęcia *agression armée*. Przywołanie za pierwszym razem drugiego z tych terminów w nawiasie wskazuje na świadomy wybór twórców rezolucji. Pozostaje on jednak niewyjaśniony. Domniemywać można, że chodziło o podkreślenie wyodrębnienia pojęcia napaści zbrojnej od pojęcia agresji.

¹⁶ J. Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge 2004, s. 138-139

¹⁷ W tym względzie zob. propozycje przedstawione przez J. Gardam, *ibidem*.

¹⁸ *The right of self-defence arises for the target State in case of an actual or manifestly imminent armed attack. It may be exercised only when there is no lawful alternative in practice in order to forestall, stop or repel the armed attack, until the Security Council takes effective measures necessary to maintain or restore international peace and security.*

Le droit de légitime défense de l'Etat visé prend naissance en cas d'attaque armée («agression armée») en cours de réalisation ou manifestement imminente. Il ne peut être exercé que lorsqu'il n'existe pas d'alternative licite praticable pour empêcher, arrêter ou repousser l'attaque armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures effectives nécessaires pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales.

¹⁹ Szeroko na temat definiowania pojęcia napaści zbrojnej w j. polskim zob. M. Kowalski, *op. cit.*, s. 59 i n.

²⁰ A. Randelzhofer, *Article 51*, [w:] B. Simma (red.), *Charter of the United Nations*, wyd. 2, Berlin 2002, s. 796.

Zdanie pierwsze paragrafu 3. ogranicza się do dookreślenia napaści zbrojnej jako rzeczywistej lub w sposób oczywisty nieuchronnej. Art. 51 KNZ mówi o prawie do samoobrony państwa, „przeciwko któremu dokonano zbrojnej napaści”. Tym samym, stanowisko Instytutu, w zakresie w jakim dopuszcza samoobronę w przypadku napaści zbrojnej w sposób oczywisty nieuchronnej, wykracza poza literalną interpretację art. 51 KNZ. Instytut podzielił tu pogląd zyskujący coraz szerszą akceptację tak w praktyce jak i w doktrynie. Kwestia ta jest ściśle powiązana z dopuszczalnością tzw. samoobrony prewencyjnej i jako taka zostanie w tym kontekście omówiona w komentarzu do paragrafu 6. rezolucji.

W drugim zdaniu 3. paragrafu rezolucji, w jego pierwszej części, Instytut wyraźnie podkreślił nadzwyczajny charakter prawa do samoobrony jako środka o charakterze *last resort*, dopuszczalnego tylko wtedy gdy nie istnieje inna zgodna z prawem możliwość prowadząca do uprzedzenia, powstrzymania lub odparcia napaści zbrojnej. Ograniczenie takie wynika zresztą jednoznacznie z warunkującej legalność samoobrony zasady konieczności, co mogło zostać wyraźnie zaznaczone w kontekście podkreślenia znaczenia zasady konieczności w paragrafie poprzedzającym.

Druga część drugiego zdania 3. paragrafu rezolucji podkreśla – przewidziane *explicite* w art. 51 KNZ – ograniczenie czasowe wykonywania prawa do samoobrony do czasu podjęcia przez Radę Bezpieczeństwa efektywnych środków koniecznych dla utrzymania lub przywrócenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Powyższe ograniczenie wynika z niewątpliwego podporządkowania w KNZ prawa do samoobrony systemowi bezpieczeństwa zbiorowego. Wyraźnym tego przejawem jest właśnie sama konstrukcja art. 51 KNZ i jego usytuowanie w rozdziale VII KNZ. Należy zgodzić się z poglądem, że praktyka wskazuje na akceptację takiego podporządkowania przez państwa²¹. Nie pozostaje jednak ono nieograniczone, a kluczowe znaczenie ma powszechnie akceptowane kryterium efektywności podjętych środków. Niemniej jednak, to właśnie ocena efektywności podjętych środków i kwestia kto do podjęcia tej oceny jest uprawniony pozostaje wysoce sporna, co zresztą odnotowuje w swoim sprawozdaniu E. Roucouas²². Kwestie te nie zostały jednak podjęte w stanowisku Instytutu.

²¹ N. Krisch, *Selbstverteidigung und kollektive Sicherheit*, Berlin 2001, s. 63 i n.

²² Par. 65.

4.

*Zaatakowane państwo ma obowiązek natychmiastowego poinformowania Rady Bezpieczeństwa o działaniach podjętych w samoobronie*²³.

Zobowiązanie danego państwa do natychmiastowego poinformowania Rady Bezpieczeństwa o podjęciu działań w samoobronie wynika *explicite* ze sformułowania art. 51 KNZ i jest przejawem wspomnianego wyżej podporządkowania w KNZ prawa do samoobrony systemowi bezpieczeństwa zbiorowego. Jako takie zobowiązanie to nie jest kontestowane, choć państwa nie zawsze go dopełniały. Jak trafnie podkreślił w swoim sprawozdaniu E. Roucouas²⁴, od czasu wydanego w 1986 r. przez MTS wyroku w sprawie Nikaragui brak wypełnienia tego obowiązku uznaje się za istotną przesłankę uznania, czy samo państwo było świadome działania w samoobronie, co może mieć znaczenie przy ocenie sytuacji, w których odwołanie się przez dane państwo do prawa do samoobrony pozostaje sporne. Podejście takie potwierdziła w 2005 r. Komisja ds. Roszczeń pomiędzy Erytreą a Etiopią²⁵.

5.

*Napaść zbrojna skutkująca powstaniem prawa do samoobrony musi osiągnąć pewien stopień ciężkości. Akty obejmujące użycie siły o mniejszej intensywności mogą pociągać za sobą przeciwdziałki w zgodzie z prawem międzynarodowym. W przypadku napaści o mniejszej intensywności zaatakowane państwo może ponadto podjąć ściśle konieczne środki policyjne w celu odparcia napaści. Zrozumiałym jest, że Rada Bezpieczeństwa może podjąć środki, o których mowa w paragrafie 3*²⁶.

Wskazując na konieczność osiągnięcia pewnego stopnia ciężkości aktu stanowiącego bezprawne użycie siły zbrojnej, aby można ten akt zakwalifiko-

²³ *The target State is under the obligation immediately to report to the Security Council actions taken in self-defence.*

L'Etat visé doit faire immédiatement rapport au Conseil de sécurité sur les actions de légitime défense qu'il a entreprises.

²⁴ Par. 57.

²⁵ *Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Jus Ad bellum, Ethiopia's Claims 1-8, 19 December 2005, par. 11; orzeczenie dostępne pod adresem internetowym: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/FINAL%20ET%20JAB.pdf>, stan z 1 lutego 2009 r.*

²⁶ *An Armed attack triggering the right of self-defence must be of a certain degree of gravity. Acts involving the use of force of lesser intensity may give rise to counter-measures in conformity with international law. In case of an attack of lesser intensity the target State may also take strictly necessary police measures to repel the attack. It is understood that the Security Council may take measures referred to in paragraph 3.*

Une attaque armée déclenchant le droit de légitime défense doit avoir un certain degré de gravité. Les actions impliquant un emploi de la force de moindre intensité peuvent donner lieu à des contre-mesures conformes au droit international. En cas d'attaque de moindre intensité, l'Etat visé peut également prendre les mesures de police strictement nécessaires pour repousser l'attaque. Il est entendu que le Conseil de sécurité peut prendre des mesures visées au paragraphe 3.

wać jako napaść zbrojną w rozumieniu art. 51 KNZ, Instytut potwierdził współcześnie dominujące stanowisko w tym względzie. W 1986 r. *explicite* zaprezentował je MTS w wyroku w sprawie Nikaragui²⁷. Pomimo pewnej krytyki takiego podejścia MTS-u w doktrynie²⁸, jego wyraźne i mocne potwierdzenie znalazło się po siedemnastu latach w wyroku w sprawie platform wiertniczych z 2003 r., gdzie zresztą wprost odwołano się do wyroku w sprawie Nikaragui w tym względzie²⁹. Podobnie, kryterium stopnia ciężkości zostało zastosowane w 2005 r. przez Komisję ds. Roszczeń pomiędzy Erytreą a Etiopią³⁰.

Niemniej jednak, stanowisko takie pozostaje wysoce kontrowersyjne. Założenie, że nie każde bezprawne użycie siły zbrojnej stanowi napaść zbrojną prowadzi w konsekwencji – jak już argumentowano w innym miejscu³¹ – bądź do akceptacji sytuacji, w której państwo, przeciwko któremu dokonano akcji zbrojnej poniżej progu kwalifikacji jako napaść zbrojna, będzie pozbawione możliwości jakiegokolwiek indywidualnej odpowiedzi zbrojnej (co należy uznać za zupełnie nierealistyczne i nie do przyjęcia), bądź alternatywnie prowadzi do – niemożliwego do zaakceptowania we współczesnym prawie międzynarodowym – uznania dopuszczalności pewnej formy zbrojnych przeciwsrodków (represaliów). Instytut zdaje się dostrzegać ten problem i jako rozwiązanie wskazuje możliwość zastosowania przez państwo wobec ataku o mniejszym stopniu ciężkości środków policyjnych w celu odparcia tegoż. Trudno jednak podzielić stanowisko Instytutu w tym względzie, gdyż bez względu na nazwę, ekstraterytorialne działania zbrojne podjęte przez zaatakowane państwo, jeśli nie stanowią działań w samoobronie, stanowią właśnie niedopuszczalne represalia zbrojne. Zwraca uwagę, że we wnioskach końcowych sformułowanych w sprawozdaniu E. Roucouasa, które były podstawą sformułowania przyjętej rezolucji, mowa była wyłącznie o środkach policyjnych podejmowanych na obszarze zaatakowanego państwa³².

Ponadto warto zwrócić uwagę, że bardzo trudne, jeśli w ogóle możliwe, pozostaje wprowadzenie precyzyjnych kryteriów kwalifikowania działań zbrojnych ze względu na stopień ciężkości jako napaści zbrojnej i innych

²⁷ *Military and Paramilitary...*, par. 191 i 247; w przywoływanym wyroku MTS posłużył się też w tym kontekście pojęciem incydentu granicznego (*a frontier incident*), jako aktu bezprawnego użycia siły zbrojnej nie stanowiącego ataku zbrojnego, zob. zwłaszcza par. 195.

²⁸ Zob. np. poglądy powoływane przez Ch. Gray i cytowaną tam literaturę; Ch. Gray, *International Law and the Use of Force*, wyd. 3, Oxford 2008, s. 179-180.

²⁹ *Oil Platforms...*, par. 51.

³⁰ *Eritrea Ethiopia...*, par. 11-12; Komisja stwierdziła między innymi: „*Localized border encounters between small infantry units, even those involving the loss of life, do not constitute an armed attack for purposes of the Charter*”.

³¹ M. Kowalski, *op. cit.*, s. 69 i szerzej s. 65-70.

³² II. *Conclusions*, par. 6 *in fine*.

mniej poważnych form użycia siły zbrojnej poniżej progu napaści zbrojnej. Kwestia ta została zupełnie pominięta w sprawozdaniu E. Roucounasa.

Należy więc przyjąć, że każde bezprawne użycie siły zbrojnej przeciw państwu – stanowiące samo przez się najpoważniejsze naruszenie KNZ – napaść zbrojną stanowi. Odpowiedź zbrojna zaatakowanego państwa w ramach prawa do samoobrony musi pozostawać zróżnicowana i odpowiednio dostosowana do charakteru napaści. W tym kontekście ocena stopnia ciężkości danej napaści zbrojnej jest jak najbardziej oczywista i zasadna. Wystarczające gwarancje stanowią jednak ograniczające prawo do samoobrony zasady konieczności i – przede wszystkim – proporcjonalności³³. Mogą one prowadzić także do wyłączenia możliwości odwołania się do samoobrony zbiorowej w sytuacji napaści zbrojnej o mniejszym stopniu ciężkości.

Warto zauważyć, że stojąc na stanowisku podtrzymującym kryterium stopnia ciężkości, Instytut nie odniósł się w żadnym stopniu do innej spornej kwestii, tj. czy napaść zbrojną mogą stanowić łącznie akty bezprawnego użycia siły zbrojnej, które samoistnie napaści zbrojnej nie stanowią (tzw. teoria akumulacji). Problem ten został też jedynie pobieżnie odnotowany w sprawozdaniu E. Roucounasa³⁴. Tymczasem interpretacji takiej nie wyklucza MTS w swoim orzecznictwie³⁵, choć wprost nie zajmuje stanowiska w tej kwestii. Natomiast kwestia ta traci na znaczeniu przy proponowanym wyżej odejściu od kryterium stopnia ciężkości dla celów definicyjnych pojęcia napaści zbrojnej.

6.

*Nie ma podstaw w prawie międzynarodowym dla doktryn samoobrony „prewencyjnej” (w sytuacji braku rzeczywistej lub w sposób oczywisty nieuchronnej napaści zbrojnej)*³⁶.

Instytut bardzo stanowczo wypowiedział się przeciwko doktrynie samoobrony prewencyjnej zdefiniowanej negatywnie jako samoobrona w sytuacji barku rzeczywistej lub w sposób oczywisty nieuchronnej napaści zbrojnej. Takie ujęcie niewątpliwie wprowadza pewien ład terminologiczny. W doktrynie panuje bowiem pewien zamęt pojęciowy i na określenie

³³ Rosalyn Higgins ujęła ten problem w 1994 r. w formie pytania retorycznego: „*Is the question of level of violence by regular forces not really an issue of proportionality, rather than a question of determining what is ‘an armed attack?’*”, R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford 1994, s. 251. Wśród członków podgrupy znaczenie proporcjonalności w tym kontekście podnosił J. Crawford.

³⁴ Par. 74-76.

³⁵ Tak też np. Ch. Gray, *op. cit.*, s. 155-156.

³⁶ *There is no basis in international law for the doctrines of «preventive» self-defence (in the absence of an actual or manifestly imminent armed attack). Les doctrines de légitime défense «préventive», en l'absence d'une attaque armée en cours de réalisation ou manifestement imminente, n'ont pas de fondement en droit international.*

samoobrony podejmowanej wobec braku rzeczywistej napaści zbrojnej używa się takich pojęć jak samoobrona prewencyjna, antycypująca, wyprzedzająca, czy przechwytyjąca. Co więcej, poszczególni autorzy nadają tym terminom odmienny zakres znaczeniowy. Trafnie ujął to w sprawozdaniu E. Roucouas, stwierdzając, że „[t]he confusion in terminology [...] is almost devastating”³⁷.

Instytut jednoznacznie dopuścił więc samoobronę wyłącznie w przypadku rzeczywistej lub w sposób oczywisty nieuchronnej napaści zbrojnej. Odejście od literalnej interpretacji art. 51 KNZ i uwzględnienie sytuacji napaści zbrojnej w sposób oczywisty nieuchronnej zasługuje na wsparcie. Ujęcie takie zyskuje też coraz szerszą aprobatę w doktrynie, gdyż jak w często przytaczanych słowach stwierdziła R. Higgins: „in a nuclear age, common sense cannot require one to interpret an ambiguous provision in a text in a way that requires a state passively to accept its fate before it can defend itself. And, even in the face of conventional warfare, this would also seem the only realistic interpretation of the contemporary right of self-defence”³⁸. Dodać można, że również przy rozciągnięciu pojęcia napaści zbrojnej na akt terrorystyczny uwidacznia się, że samoobrona jest podejmowana nie tylko w odpowiedzi na akt, który miał miejsce, ale także w odpowiedzi na zagrożenie kolejnymi atakami.

Główny problem polega jednak na tym, że brak precyzyjnego określenia przesłanek oczywistej nieuchronności napaści zbrojnej pozostawia kwestię zakresu dopuszczalności samoobrony otwartą. Dość powiedzieć, że nawet w przyjętej przez USA w 2002 r. Narodowej Strategii Bezpieczeństwa, jak i w jej wersji z 2006 r., które przyjęło się określać mianem tzw. „doktryny Busha” i które zdecydowanie na wyrost dowodziły powszechnej akceptacji w prawie międzynarodowym szeroko rozumianej samoobrony wyprzedzającej, nacisk położony był właśnie na wskazanie istnienia nieuchronnego zagrożenia i opowiadano się za koniecznością rozszerzającego przededefiniowania tego pojęcia. Instytut nie podjął niestety w swoim stanowisku kwestii określenia przesłanek oczywistej nieuchronności napaści zbrojnej i tym samym pozostawił ją otwartą na daleko zróżnicowane interpretacje.

³⁷ Par. 89 i par. 82; analizie omawianej problematyki poświęcono rozbudowaną część sprawozdania: zob. par. 82-102.

³⁸ R. Higgins, *op. cit.*, s. 242.

7.

*W przypadku groźby dokonania napaści zbrojnej przeciw państwu, tylko Rada Bezpieczeństwa jest uprawniona do podjęcia decyzji o użyciu siły lub jej autoryzowania*³⁹.

Paragraf 7. rezolucji jest ściśle powiązany z poprzedzającym go paragrafem. Wykluczenie samoobrony prewencyjnej skutkuje konsekwencją, że w sytuacji zaistnienia groźby dokonania napaści zbrojnej państwu nie będzie przysługiwało prawo do samoobrony i jedynie Rada Bezpieczeństwa – której kompetencje w tym względzie są oczywiste – będzie wówczas uprawniona do podjęcia decyzji o użyciu siły lub jej autoryzowania. Nie sposób jednak nie zauważyć, że przez swoje sformułowanie paragraf 6. (razem z pierwszym zdaniem paragrafu 3.) i paragraf 7. rezolucji mogą uchodzić za wzajemnie sprzeczne. W zwykłym znaczeniu użytych terminów napaść zbrojna, która jest w sposób oczywisty nieuchronna nie została zrealizowana i w dalszym ciągu pozostaje jedynie (nieuchronną) groźbą. Dla spójności wyrażonego w rezolucji stanowiska konieczne jest przyjęcie, że Instytut – wychodząc poza literalne brzmienie art. 51 KNZ – pod pojęciem napaści zbrojnej rozumie obok napaści rzeczywistej również napaść w sposób oczywisty nieuchronną. Wszystkie inne sytuacje stanowić będą natomiast groźbę dokonania napaści zbrojnej (która nie spełnia przesłanki nieuchronności) i wobec której samoobrona prewencyjna będzie wykluczona. Takie ujęcie sprowadza nas jednak na powrót do kluczowego i wysoce spornego wytyczenia progu nieuchronności.

8.

*Samoobrona zbiorowa może być wykonywana tylko na żądanie zaatakowanego państwa*⁴⁰.

Powyższy paragraf jako jedyny w rezolucji specyficznie odnosi się do samoobrony zbiorowej. Sprowadza się on do wyartykułowania wymogu sformułowania żądania przez zaatakowane państwo. Wymóg ten, podniesiony przez MTS w wyroku w sprawie Nikaragui z 1986 r.⁴¹ i potwierdzony w wyroku w sprawie platform wiertniczych z 2003 r.⁴², nie jest współcześnie kontestowany.

³⁹ *In case of threat of an armed attack against a State, only the Security Council is entitled to decide or authorize the use of force.*

En cas de menace d'une attaque armée contre un Etat, seul le Conseil de sécurité a le pouvoir de décider de l'emploi de la force ou de l'autoriser.

⁴⁰ *Collective self-defence may be exercised only at the request of the target State.*

La légitime défense collective ne peut être exercée qu'à la demande de l'Etat visé.

⁴¹ *Military and Paramilitary...*, par. 199.

⁴² *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Merits, Judgement of 6 November 2003, I.C.J. Reports 2003, par. 51.

Warto dodać, że kluczowe znaczenie w ocenie dopuszczalności samoobrony zbiorowej powinny mieć zasady konieczności i proporcjonalności, które mogą istotnie ją ograniczać, czy wręcz wykluczać. Ujęcie takie wpisuje się w stanowisko wyrażone przez Instytut w 2. paragrafie komentowanej rezolucji, że konieczność i proporcjonalność stanowią kluczowe elementy normatywnych ram samoobrony.

9.

Gdy Rada Bezpieczeństwa podejmuje, w ramach bezpieczeństwa zbiorowego, decyzję o środkach koniecznych dla utrzymania lub przywrócenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, może określić warunki, na jakich zaatakowane państwo jest uprawnione do kontynuowania użycia siły zbrojnej⁴³.

Powyższe uprawnienie wynika z podporządkowania w KNZ prawa do samoobrony systemowi bezpieczeństwa zbiorowego. Art. 51 KNZ przewiduje co prawda ograniczenie czasowe samoobrony do czasu podjęcia środków koniecznych dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, niemniej jednak możliwe jest także podjęcie przez Radę Bezpieczeństwa – w ramach jej uznaniowych kompetencji na podstawie rozdziału VII KNZ – działań, które będą równoległe do wykonywania prawa do samoobrony przez zaatakowane państwo. Działania podjęte przez Radę Bezpieczeństwa w takiej sytuacji sprowadzać się jednak będą do środków niewymagających użycia siły zbrojnej, bowiem ewentualna autoryzacja użycia siły będzie miała pierwszeństwo przed wykonaniem prawa do samoobrony. W praktyce relacje te unaocznili konflikt w Zatoce Perskiej w latach 1990-1991.

Warto zauważyć, że określenie przez Radę Bezpieczeństwa warunków, na jakich zaatakowane państwo jest uprawnione do kontynuowania użycia siły zbrojnej w wykonywaniu prawa do samoobrony wiąże się ze wskazaniem strony konfliktu, która stała się ofiarą napaści zbrojnej i tym samym z pośrednim określeniem agresora.

⁴³ *When the Security Council decides, within the framework of collective security, on measures required for the maintenance or restoration of international peace and security, it may determine the conditions under which the target State is entitled to continue to use armed force.*

Lorsque le Conseil de sécurité décide, dans le cadre de la sécurité collective, des mesures requises pour le rétablissement de la paix et de la sécurité internationale, il peut indiquer les conditions auxquelles l'Etat visé est en droit de continuer à employer la force armée.

10.

W przypadku napaści zbrojnej przeciwko państwu dokonanej przez aktorów niepaństwowych, co do zasady stosuje się art. 51 Karty uzupełniony zwyczajowym prawem międzynarodowym.

Podniesiono pewną liczbę sytuacji napaści zbrojnej przez aktorów niepaństwowych i pewne wstępne odpowiedzi na wynikające z nich złożone problemy mogą kształtować się w następujący sposób:

- (1) Jeśli aktorzy niepaństwowi podejmują napaść zbrojną zgodnie z instrukcjami, pod kierownictwem lub kontrolą danego państwa, to ostatnie może stać się obiektem akcji przeprowadzonej w samoobronie przez zaatakowane państwo.
- (2) Jeśli napaść zbrojna dokonana przez aktorów niepaństwowych jest podjęta z obszaru znajdującego się poza jurysdykcją jakiegokolwiek państwa, zaatakowane państwa może wykonać na tym obszarze swoje prawo do samoobrony przeciwko danym aktorom niepaństwowym.

Państwo, z którego podjęto napaść zbrojną dokonaną przez aktorów niepaństwowych ma obowiązek współpracować z zaatakowanym państwem⁴⁴.

Jak wspomniano już powyżej, problem odwołania się do samoobrony w sytuacji dokonania napaści zbrojnej przez aktorów niepaństwowych należy do najistotniejszych (ze względu na nasilenie się występowania takich przypadków zwłaszcza w kontekście działań organizacji terrorystycznych), ale i najbardziej spornych współczesnych aspektów samoobrony. Sam Instytut w preambule do omawianej rezolucji wymienił ten problem jako jedno z dwóch zagadnień wymagających dalszej analizy i debaty. W przeci-

⁴⁴ *In the event of an armed attack against a State by non-State actors, Article 51 of the Charter as supplemented by customary international law applies as a matter of principle.*

A number of situations of armed attack by non-State actors have been raised, and some preliminary responses to the complex problems arising out of them may be as follows:

(i) If non-State actors launch an armed attack at the instructions, direction or control of a State, the latter can become the object of action in self-defence by the target State.

(ii) If an armed attack by non-State actors is launched from an area beyond the jurisdiction of any State, the target State may exercise its right of self-defence in that area against those non-State actors.

The State from which the armed attack by non-State actors is launched has the obligation to cooperate with the target State.

En cas d'attaque armée d'un Etat par un acteur non étatique, l'article 51 de la Charte, tel que complété par le droit international coutumier, s'applique en principe.

Un certain nombre de situations d'attaque armée par des acteurs non étatiques ont été envisagées et quelques réponses préliminaires aux problèmes complexes qu'elles soulèvent pourraient être les suivantes:

(i) Si des acteurs non étatiques lancent une attaque armée sur les instructions, la direction ou le contrôle d'un Etat, ce dernier peut devenir l'objet de l'action en légitime défense de l'Etat visé.

(ii) Si une attaque armée par des acteurs non étatiques est lancée depuis un espace situé hors la juridiction de tout Etat, l'Etat visé peut exercer son droit de légitime défense dans cet espace contre ces acteurs non étatiques.

L'Etat à partir duquel l'attaque armée d'acteurs non étatiques est lancée doit coopérer avec l'Etat visé.

wieństwie jednak do drugiej z wymienionych kwestii, czyli relacji pomiędzy samoobroną a organizacjami międzynarodowymi, która to kwestia – poza oczywistymi i nieuniknionymi odniesieniami do ONZ – nie została podjęta w rezolucji, problem dokonania napaści zbrojnej przez aktorów niepaństwowych doczekał się rozbudowanego ujęcia w paragrafie 10. rezolucji.

Szczególną uwagę zwraca stwierdzenie, że do napaści zbrojnej przeciwko państwu dokonanej przez aktorów niepaństwowych co do zasady stosuje się art. 51 KNZ. Założenie takie wskazuje na odrzucenie przez Instytut – w moim przekonaniu jak najbardziej trafnie – możliwej interpretacji, zgodnie z którą kwestia ta nie mieści się w zakresie zastosowania art. 51 KNZ i pozostaje wyłącznie domeną kształtującego się prawa zwyczajowego. Rola zwyczajaju ma polegać jedynie na nieskonkretyzowanym przez Instytut uzupełnieniu podstawowej regulacji art. 51 KNZ.

Otwartym pozostaje jednak fundamentalne pytanie, w jaki sposób art. 51 KNZ stosuje się do napaści zbrojnej przeciwko państwu dokonanej przez aktorów niepaństwowych. Pierwszą alternatywą jest przyjęcie interpretacji, zgodnie z którą, w związku z tym, że art. 51 KNZ dopuszcza samoobronę przeciwko zbrojnej napaści bez wskazywania na źródło tejże, przyjęcie należy, że samoistnym źródłem napaści zbrojnej może być nie tylko państwo, ale także aktor niepaństwowy. Na przyjęcie takiego stanowiska przez Instytut mogłoby wskazywać wyraźne i konsekwentne posługiwanie się w rezolucji zwrotem „napaść zbrojna dokonana przez aktora niepaństwowego”. W konsekwencji takiej interpretacji państwo, przeciwko któremu aktor niepaństwowy dokonał napaści zbrojnej, może podjąć przeciwko niemu działania zbrojne w ramach prawa do samoobrony zgodnie z art. 51 KNZ. Interpretacja taka jest co prawda podzielana przez coraz szerszą część doktryny⁴⁵, jednakże pozostaje w wyraźnej sprzeczności ze stanowiskiem MTS-u w tej kwestii. MTS jednoznacznie – choć niestety bez sformułowania uzasadnienia prawnego tego zasługującego na wsparcie stanowiska⁴⁶ – postrzega samoobronę jako instytucję znajdującą zastosowanie wyłącznie w relacjach pomiędzy pań-

⁴⁵ W literaturze polskiej stanowisko takie prezentuje np. J. Kranz; zob. J. Kranz, *Wojna, pokój czy uspokajanie? Współczesne dylematy użycia siły zbrojnej*, Warszawa 2006, s. 71; w szerszym kontekście zob. reprezentatywnie np. E. Wilmshurst (red.), *Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence*, Chatham House, International Law ILP WP 05/01, October 2005, publikacja dostępna na stronie internetowej niezależnego instytutu badawczego Chatham House pod adresem: <http://www.chathamhouse.org.uk> (stan z 1 lutego 2009 r.).

⁴⁶ Zob. w tym względzie argumentację przedstawioną w: M. Kowalski, *op. cit.*, s. 77-78 i rozszerzoną następnie w: M. Kowalski, *Interpretując pojęcie napaści zbrojnej w świetle zasad odpowiedzialności międzynarodowej państwa*, [w:] A. Kozłowski, B. Mielnik (red.), *Odpowiedzialność międzynarodowa jako element międzynarodowego porządku prawnego*, Wrocław 2009, w druku.

stwami⁴⁷. Tym samym stoi on na stanowisku, że napaść zbrojna musi być rozumiana jako akt państwa. Pierwsza alternatywa prowadziłaby więc do wniosku, raczej trudnego do przyjęcia, że Instytut stanął na stanowisku jednoznacznie sprzecznym ze stanowiskiem prezentowanym przez MTS i to bez bezpośredniego odniesienia się do tego faktu.

Drugą alternatywą interpretacyjną przy założeniu, że art. 51 KNZ stosuje się do napaści zbrojnej przeciwko państwu dokonanej przez aktora niepaństwowego jest przyjęcie konieczności przypisania, zgodnie z zasadami odpowiedzialności międzynarodowej państw, działań zbrojnych aktorów niepaństwowych danemu państwu. Przy takiej interpretacji napaści zbrojnej dokonać może jedynie państwo, a działania zbrojne aktora niepaństwowego stają się napaścią zbrojną tylko wtedy, gdy obok spełniania przesłanek przedmiotowych mogą być przypisane państwu.

Do problemu przypisywania państwu działań zbrojnych aktorów niepaństwowych pośrednio odnosi się punkt (i) 10. paragrafu rezolucji, który stanowi, że w sytuacji, w której aktorzy niepaństwowi podejmują napaść zbrojną zgodnie z instrukcjami, pod kierownictwem lub kontrolą danego państwa, to przeciw temu państwu może być użyta siła zbrojna w wykonaniu prawa do samoobrony. Zaskakujące, że Instytut nie wskazuje w tym kontekście na to państwo jako państwo dokonujące w sposób pośredni napaści zbrojnej. Tymczasem to, że napaść zbrojna nie musi być dokonana bezpośrednio przez państwo nie budzi współcześnie żadnych wątpliwości. Wysoce spornym pozostaje natomiast stopień w jakim – jeśli w ogóle – działanie aktorów niepaństwowych mające stanowić napaść zbrojną musi być przypisane państwu⁴⁸. Ta kluczowa i bardzo aktualna⁴⁹ kwestia została w zupełności pominięta w stanowisku Instytutu, a E. Roucouinas w swoim sprawozdaniu ograniczył się zasadniczo do tyle obszernego co pobieżnego przedstawienia zróżnicowania poglądów⁵⁰.

⁴⁷ Tak w *Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, I.C.J. Reports 2004, zob. zwłaszcza par. 139; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Merits, Judgement of 19 December 2005, zob. zwłaszcza par. 106-147. Trzeba jednak zwrócić uwagę na głosy podniesione w zdaniach odrębnych, które krytykowały zaniechanie ustosunkowania się przez MTS do odmiennego interpretacyjnego ujęcia art. 51 KNZ wobec nowych zagrożeń; zob. zwłaszcza zdania odrębne sędziego P. Kooijmansa (par. 35-36) i sędzi R. Higgins (par. 33-35) do opinii doradczej w sprawie muru z 2004 r. i zdania odrębne sędziego P. Kooijmansa (par. 22-32) i sędziego B. Simmy (par. 4-15) do wyroku w sprawie Konga z 2005 r. Wszyscy wymienieni sędziowie są członkami Instytutu.

⁴⁸ Ch. Gray, *op. cit.*, s. 130.

⁴⁹ Jest ona przedmiotem bezprecedensowej polemiki pomiędzy MTS-em opowiadającym się za wąskim pojmowaniem standardu przypisania (tzw. standard kontroli efektywnej) a Międzynarodowym Trybunałem ds. Zbrodni w b. Jugosławii opowiadającym się za standardem znacząco poszerzonym (tzw. standard kontroli ogólnej); zob. szeroko M. Kowalski, *Napaść...*, s. 71 i n.

⁵⁰ Par. 120-148.

Wspomniana wyżej druga alternatywa interpretacyjna pozwala więc na zastosowanie art. 51 KNZ do działań zbrojnych aktorów niepaństwowych przez ich przypisanie państwu jako jedynemu możliwemu źródłu napaści zbrojnej. Co więcej, uzupełniający charakter prawa zwyczajowego w tym względzie przejawiałby się w zwyczajowym ustanowieniu szerszego standardu przypisania działań zbrojnych aktorów niepaństwowych państwu. Standard taki mógłby się rozciągać nawet na sytuację, w której państwo, z którego terytorium doszło do podjęcia działań zbrojnych przez zorganizowanego aktora niepaństwowego przeciw innemu państwu, nie chciało lub nie było w stanie tym działaniom zapobiec⁵¹. Kwestie te nie zostały jednak w żadnym stopniu podjęte przez Instytut.

Marginalne znaczenie praktyczne ma natomiast sytuacja, do której odniósł się Instytut w punkcie (ii) 10. Paragrafu rezolucji. Sytuacja bowiem, w której aktor niepaństwowy operuje w przestrzeni nie podlegającej jurysdykcji żadnego państwa jest zarówno mało realna, jak i nie budząca wątpliwości co do zgodności z prawem międzynarodowym podjęcia działań zbrojnych w odpowiedzi na atak ze strony takiego aktora. Dyskusyjne pozostaje jednak czy odpowiedź taka stanowiłaby wykonywanie prawa do samoobrony.

Podsumowanie

Konstrukcja normatywna prawa do samoobrony we współczesnym prawie międzynarodowym to niewątpliwie jeden z najbardziej spornych i najszerzej dyskutowanych problemów. Kwestia ta ma też niezwykle aktualne przełożenie praktyczne. Dlatego też zajęcie się tą problematyką przez Instytut rozbudziło nadzieję na istotne usystematyzowanie debaty. I to tym bardziej, że takiego niewątpliwie pożądanego usystematyzowania nie przynosi najnowsze orzecznictwo MTS-u, który bądź to nie przedstawia uzasadnień podejmowanych swoim autorytetem rozstrzygnięć (tak na przykład odnośnie postrzegania samoobrony jako instytucji znajdującej zastosowanie wyłącznie w relacjach pomiędzy państwami⁵²), bądź też w sposób ewidentny pomija współczesną praktykę państw (tak na przykład opowiadając się za wąskim pojmowaniem standardu przypisania, tzw. standardem kontroli efektywnej⁵³).

⁵¹ Konstrukcja taka jest proponowana w: M. Kowalski, *Napaść...*, s.79-80 i – w rozszerzonej wersji – w: M. Kowalski, *Interpretując...*

⁵² Zob. wyżej przypis 47.

⁵³ *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, par. 398-406; zob. też A. Cassese, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, „European Journal of International Law” 2007, Vol. 18, s. 651.

Nadzieje wobec Instytutu okazały się jednak płonne. Jak wykazała powyższa analiza, Instytut powstrzymał się od zajęcia stanowiska w najbardziej spornych kwestiach dotyczących prawa do samoobrony. Co więcej, nawet tam gdzie zdecydowanie formułuje swoje stanowiska (adekwatność regulacji art. 51 KNZ; odrzucenie samoobrony prewencyjnej) są one osłabiane przez niejednoznaczne ujęcie pozostawiające wielość możliwych interpretacji.

Jak wspomiano na wstępie, statutowym celem Instytutu pozostaje formułowanie stanowisk „w wątpliwych i kontrowersyjnych kwestiach”. Zajmując się problematyką samoobrony Instytut podjął kwestie wątpliwe i kontrowersyjne *par excellence*. Komentowana rezolucja wskazuje jednak, że różnicy zdań na ich temat nie udało się przewyciężyć w ramach samego Instytutu.