

## Pojęcia „osoba cywilna” oraz „bezpośredni udział w działaniach zbrojnych”

(wytyczne Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża)

1. *Uwagi wstępne.* Jedną z naczelnych zasad międzynarodowego prawa humanitarnego, obowiązującą w czasie każdego konfliktu zbrojnego, jest obowiązek rozróżniania osób cywilnych i kombatantów oraz obiektów cywilnych i wojskowych<sup>1</sup>. Przedmiotem ataku mogą być jedynie kombatanci oraz obiekty wojskowe<sup>2</sup>. Przestrzeganie tej zasady jest obecnie o tyle utrudnione, że osoby cywilne są w coraz większym stopniu angażowane w wysiłek wojenny. Przyczyny takiego stanu rzeczy to m.in.: niski koszt usług świadczonych przez nich w porównaniu do usług wykonywanych przez wojskowych (przykładem *Private Military Companies* czy *Private Security Companies*); brak odpowiedniej liczby wojskowych specjalistów zdolnych do obsługi wysokiej klasy sprzętu elektronicznego; łatwiejszy dostęp osób cywilnych do stref zajętych przez wrogie siły<sup>3</sup>.

Znaczący udział osób cywilnych w działaniach zbrojnych zmusza do poszukiwań odpowiedzi na pytanie, kogo należy traktować jako osobę cywilną i kie-

---

<sup>1</sup> Zob. art. 48, art. 51 ust. 2, art. 52 protokołu dodatkowego do konwencji genewskich z 12 VIII 1949 dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (dalej: p.d. D); art. 13 ust. 1 i 2 oraz 14 protokołu dodatkowego do konwencji genewskich z 12 VIII 1949 dotyczącego ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (dalej: p.d. II). Zasada rozróżnienia została również zidentyfikowana w przygotowanym przez Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża „Studium poświęconym zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitarnemu” z 2005 r. (szerzej na temat tego dokumentu w przypisie 11 niniejszego artykułu) jako norma zwyczajowa obowiązująca zarówno w konfliktach międzynarodowych, jak i niemiędzynarodowych (Zasada 1: „Strony konfliktu powinny zawsze odróżniać osoby cywilne i kombatantów. Ataki mogą być kierowane jedynie przeciwko kombatantom. Ataków nie wolno kierować przeciwko osobom cywilnym”); szerzej zob. J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck: *Customary International Humanitarian Law*, t. I. *Rules*, Cambridge 2005, s. 3 i n.

<sup>2</sup> Definicja ataku znalazła się w art. 49 ust. 1 p.d. I, gdzie za atak uznano „akty przemocy w stosunku do przeciwnika zarówno zaczepne, jak i obronne”.

<sup>3</sup> Zob. np. A. Wenger, S.J.A. Mason: *The civilianization of armed conflict: trends and implications*, „*International Review of the Red Cross*” nr 872/2008, s. 835 i n.; por. również M.N. Schmitt: *The Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis*, „*Harvard National Security Journal*” nr 1/2010, s. 7 i n.

dy może ona zostać legalnie zaatakowana. Protokoły dodatkowe z 1977 r. do konwencji genewskich o ochronie ofiar wojny z 1949 r. precyzują, że osoba cywilna traci przysługującą jej ochronę wyłącznie na czas bezpośredniego uczestnictwa w działaniach zbrojnych<sup>4</sup>. Kluczowe znaczenie ma zatem stwierdzenie, co stanowi „bezpośredni udział w działaniach zbrojnych”. Czy za taki udział można uznać odgrywanie roli żywej tarczy, kierowanie pojazdami przewożącymi materiały wojskowe, obsługę wojskowego komputera, udzielanie informacji wywiadowczych czy schronienia siłom przeciwnika?

Próbą odpowiedzi na to pytanie miały być przyjęte w dniu 26 II 2009 przez Zgromadzenie Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża „Wytyczne dotyczące interpretacji pojęcia »bezpośredni udział w działaniach zbrojnych«” (*Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation on Hostilities under International Humanitarian Law*; dalej: „Wytyczne”)<sup>5</sup>. Dokument ten nie jest wiążący dla państw. Stanowi jedynie oficjalne rekomendacje MKCK, jak należy interpretować niektóre terminy międzynarodowego prawa humanitarne go we współczesnych konfliktach zbrojnych. Fakt, że eksperci, którzy uczestniczyli w konsultacjach przy opracowywaniu „Wytycznych”, zdecydowali się nie firmować swoimi nazwiskami ich ostatecznego kształtu<sup>6</sup>, może posłużyć za argument, że dokument ten nie stanowi odzwierciedlenia obowiązującego prawa zwyczajowego. Mimo jednak niewiążącego charakteru i krytycznych uwag co do rozwiązań przyjętych w „Wytycznych”, warto im się bliżej przyjrzeć, gdyż rzucają one więcej światła na postanowienia – często celowo niejasne – konwencyjnego międzynarodowego prawa humanitarne go<sup>7</sup>.

2. *Definicja osoby cywilnej.* W przypadku konfliktów międzynarodowych definicję osoby cywilnej odnajdziemy w p.d. I. Definicja ma charakter negatywny, gdyż za osobę taką należy uznać, zgodnie z art. 50 p.d. I, każdą osobę, która nie należy do żadnej z kategorii wymienionych w art. 4A pkt 1, 2, 3 i 6 konwencji genewskiej o traktowaniu jeńców wojennych z 1949 r. (dalej: k.g. III). Osobą cywilną jest więc ten, kto nie jest członkiem sił zbrojnych strony konfliktu, członkiem jej oddziałów ochotniczych czy członkiem *levée en masse* (tj. ludności, która spontanicznie chwyciła za broń, by odeprzeć atak najeźdźcy, a nie miała czasu, by się zorganizować, lecz otwarcie nosi broń i przestrzega praw i zwycza-

<sup>4</sup> Zob. art. 51 ust. 3 p.d. I oraz art. 13 ust. 3 p.d. II.

<sup>5</sup> „Wytyczne” powstały w wyniku konsultacji z ekspertami pod kierunkiem N. Melzera w latach 2003–2008; zostały opublikowane w „*International Review of the Red Cross*” nr 872/2008, s. 991 i n.

<sup>6</sup> Zob. M.N. Schmitt, jw., s. 6. Zwrócono uwagę, że nie bez znaczenia był fakt, iż czas prac nad „Wytycznymi” zbiegł się z okresem prób reinterpretacji wielu pojęć z zakresu międzynarodowego prawa humanitarne go przez Stany Zjednoczone, tak C. Garraway: *To Kill or Not to Kill? – Dilemmas on the Use of Force*, „*Journal of Conflict and Security Law*” nr 14/2009, s. 505.

<sup>7</sup> Wśród ekspertów (zwłaszcza w kontekście tzw. wojny z terroryzmem) szczególnie podkreśla się, że nobliwie konwencje genewskie o ochronie ofiar wojny oraz przyjęte do nich protokoły nie dają jasnych wskazówek dla państw zaangażowanych w walkę z podmiotami niepaństwowymi, zob. np. J.B. Bellinger III, V.M. Padmanabhan: *Detention operations in contemporary conflicts: four challenges for the Geneva Conventions and other existing law*, „*American Journal of International Law*” nr 105/2011, s. 202.

jów wojennych). W związku z powyższym należy doprecyzować, kto należy do sił zbrojnych strony konfliktu.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 p.d. I, siły zbrojne strony konfliktu składają się ze wszystkich uzbrojonych i zorganizowanych sił, które podlegają dowództwu odpowiedzialnemu przed daną stroną za postępowanie jego podwładnych. Za siły zbrojne uznaje się zatem zarówno członków regularnej armii, jak i oddziałów ochotniczych. Należy tu zaznaczyć, że art. 4A pkt 2 k.g. III wymagał do zakwalifikowania członków oddziałów ochotniczych jako kombatantów, aby: pozostawali oni pod dowództwem, nosili stały i dający się z daleka rozpoznać znak rozpoznawczy, jawnie nosili broń, przestrzegali w swych działaniach praw i zwyczajów wojny. Jednak w p.d. I w zasadzie pozostawiono jedynie wymóg organizacyjnego podporządkowania i odróżniania się w momencie ataku lub podczas wojskowej operacji przygotowawczej do ataku. Jeśli członkowie sił zbrojnych nie przestrzegają prawa wojennego, to nie tracą statusu kombatanta czy jeńca wojennego, gdy wpadną w ręce wroga, lecz mogą być osądzeni za naruszenia konwencji genewskich czy protokołów (art. 44 ust. 2 p.d. I, por. również art. 85 k.g. III). Jeśli natomiast nie spełniają obowiązku odróżniania się od cywilów w czasie ataku lub czynności przygotowawczych do niego, to nadal należy ich traktować jako członków sił zbrojnych, lecz w razie dostania się w ręce nieprzyjaciela nie przysługują im status jeńca wojennego i przywileje kombatanckie, co oznacza, że mogą być osądzeni za sam fakt wzięcia udziału w działaniach zbrojnych (art. 44 ust. 4 p.d. I). Jeśli natomiast dana osoba nie jest częścią hierarchicznej organizacji zbrojnej danej strony konfliktu, a ponadto nie można stwierdzić, że prowadzi działania zbrojne w imieniu danej strony konfliktu i za jej zgodą, to nie może być traktowana jako członek sił zbrojnych; nie jest więc kombatantem, lecz osobą cywilną, i tym samym nie ma prawa brać udziału w działaniach zbrojnych<sup>8</sup>.

W p.d. I wprowadzono jasny dychotomiczny podział na kombatantów oraz osoby cywilne. Kombatanci mają prawo bezpośredniego uczestniczenia w działaniach zbrojnych (art. 43 ust. 2), ale nie są chronieni przed atakami, chyba że są wyłączeni z walki (*hors de combat*) i nie podejmują wrogich działań lub prób ucieczki (art. 41 ust. 2). Z kolei osoba cywilna nie może być obiektem ataku (art. 48), chyba że bierze bezpośredni udział w działaniach zbrojnych (*take a direct part in hostilities*), gdyż wówczas traci ochronę na czas takiego zaangażowania (art. 51 ust. 3)<sup>9</sup>.

„Wytyczne” potwierdziły powyższy podział, gdyż w ich pkt I podkreślono, że każdy, kto nie jest członkiem sił zbrojnych strony konfliktu ani członkiem *levée en masse*, jest osobą cywilną. Przysługuje mu więc ochrona przed bezpośrednimi atakami, chyba że bierze bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, gdyż wówczas ochronę traci, jednak tylko na czas takiego zaangażowania.

Gdy chodzi o konflikty międzynarodowe, w stosunku do których stosuje się, spośród norm konwencyjnych, jedynie art. 3 wspólny dla konwencji genew-

---

<sup>8</sup> Zob. komentarz do „Wytycznych” [w:] „*International Review of the Red Cross*” nr 872/2008, s. 1000.

<sup>9</sup> Zob. również M. Sassòli, A.A. Bouvier: *How does law protect in war?*, t. I, Geneva 2006, s. 143 i n.

skich oraz przepisy p.d. II, nie pokuszono się o definicję osoby cywilnej, a sprawa komplikuje się o tyle, że w przypadku tego typu konfliktów, co do zasady, nie mają zastosowania terminy „kombatant” czy „jeniec wojenny”<sup>10</sup>.

W art. 3 wspólnym dla konwencji genewskich mowa jest o ochronie „osób nie biorących bezpośredniego udziału w działaniach wojennych”; p.d. II również mówi o ochronie tego typu osób (art. 4), ale dodatkowo zawiera postanowienia dotyczące m.in. ochrony osób cywilnych (art. 13). Protokół ten potwierdza, że ludność cywilna nie może być przedmiotem ataku, ale osoby cywilne, jeśli biorą bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, nie korzystają z ochrony przez czas takiego udziału. W ramach regulacji prawnych odnoszących się do konfliktu międzynarodowego pojawia się więc zarówno pojęcie osoby cywilnej, jak i bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych, z którym związana jest utrata ochrony. Nie zdefiniowano jednak obu terminów.

W „Studium poświęconym zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitarnemu”<sup>11</sup>, w zasadzie 5, stwierdza się m.in., że osobami cywilnymi są te osoby, które nie są członkami sił zbrojnych, a zasada ta ma zastosowanie zarówno w konfliktach międzynarodowych, jak i niemiędzynarodowych. Zaznaczono jednak, że praktyka jest niejasna, gdy chodzi o kwalifikację członków zbrojnych sił opozycyjnych; nie wiadomo bowiem, czy należy traktować ich jako członków sił zbrojnych, czy jako osoby cywilne<sup>12</sup>.

W pkt II „Wytycznych” spróbowano określić, kogo należy traktować jako osobę cywilną w ramach konfliktu o charakterze niemiędzynarodowym. Stwierdzono więc, że za takie osoby należy uznać wszystkie te, które nie są członkami państwowych sił zbrojnych ani zorganizowanych grup zbrojnych strony konfliktu. Mają one prawo do ochrony, chyba że biorą bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, gdyż wówczas tracą ochronę na czas takiego zaangażowania. „Wytyczne” precyzują, że zorganizowane grupy zbrojne stanowią siły zbrojne niepaństwowej strony konfliktu i składają się jedynie z takich osób, których ciągłą funkcją jest branie bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych; chodzi więc o osoby wykonujące tzw. ciągłe funkcje bojowe (*continuous combat function*).

<sup>10</sup> W projekcie p.d. II początkowo planowano umieszczenie następującej definicji osoby cywilnej: „Każda osoba, która nie jest członkiem sił zbrojnych, jest uważana za cywila”; „Ludność cywilna składa się z wszystkich osób, które są cywilami”. W kolejnych wersjach protokołu wprowadzono poprawkę, zgodnie z którą za osobę cywilną uznawano każdego, kto nie jest członkiem sił zbrojnych lub zorganizowanej grupy zbrojnej”. Jednak ostatecznie propozycje te zostały usunięte z protokołu jako jeden z elementów uproszczenia i skrócenia brzmienia całego protokołu; zob. J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, jw., s. 19.

<sup>11</sup> Studium powstało jako wynik realizacji rekomendacji Międzyrządowej Grupy Ekspertów na Rzecz Ochrony Ofiar Wojny z 1995 r., aby MKCK stworzył raport – przy współudziale ekspertów z zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego, reprezentujących różne obszary geograficzne oraz różne systemy prawne, i w konsultacji z ekspertami reprezentującymi rządy oraz organizacje pozarządowe – dotyczący zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego mającego zastosowanie w konfliktach zbrojnych. W tym samym roku 26. Międzynarodowa Konferencja Czerwonego Krzyża i Czerwonego Półksiężyca zatwierdziła rekomendację i upoważniła MKCK do przygotowania raportu, który opublikowano w 2005 r. Szerzej na temat genezy i metod badawczych zastosowanych w Studium – J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, jw., s. XXVIII.

<sup>12</sup> Tamże, s. 17.

Zgodnie z pkt III „Wytycznych”, prywatni zleceniobiorcy, którzy są osobami cywilnymi, jak również inni pracownicy cywilni strony konfliktu, korzystają z ochrony (oczywiście, jeśli nie biorą bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych). Zauważono jednak, że ze względu na swoją działalność czy usytuowanie wystawiają się oni na zwiększone ryzyko przypadkowej śmierci, nawet jeśli nie biorą bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych. Skoro bowiem wspomniane osoby współpracują z siłami zbrojnymi i przebywają na terenie obiektów wojskowych, to muszą się liczyć z tym, że mogą zginąć czy zostać zranione, gdy atakujący uzna, iż ich liczba nie uzasadnia odstąpienia od ataku, a więc nie zostanie naruszona zasada proporcjonalności<sup>13</sup>. Obecność osób cywilnych nie skutkuje bowiem rozciągnięciem pełnej ochrony na obiekty wojskowe czy osoby niechronione. Warto przypomnieć, że ocena proporcjonalności ma charakter subiektywny i jest dokonywana *ad casum*, dlatego też w art. 9 ust. 2 lit. b (iv) Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego za zbrodnię wojenną uznano jedynie taki atak, którego skutkiem byłyby wyraźnie nadmierne straty w osobach cywilnych.

Na tej podstawie można stwierdzić, że „Wytyczne” w istocie wprowadzają trzy rodzaje statusów w ramach konfliktów niemiędzynarodowych: a) członka sił zbrojnych strony państwowej (rządowej); b) członka zorganizowanych grup zbrojnych strony niepaństwowej, którego stałą funkcją jest branie bezpośrednio udziału w działaniach zbrojnych; c) osoby cywilnej.

Pozycja osoby cywilnej jest jasna: jest ona chroniona, ale nie może brać udziału w działaniach zbrojnych. Jeśli weźmie bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, to traci na czas takiego zaangażowania przysługującą jej ochronę, a dodatkowo zarówno w przypadku bezpośredniego, jak i pośredniego udziału w działaniach zbrojnych może być za to osądzona, jeśli taką ewentualność przewidują przepisy karne danego państwa (zob. też pkt VII „Wytycznych”). Pod tym względem „Wytyczne” nie wychodzą poza to, co można było już wywnioskować z konwencji genewskich i protokołów.

W kolejnych przypadkach sprawa staje się bardziej złożona. Członkowie sił zbrojnych państwa z pewnością mogą uczestniczyć w działaniach zbrojnych przeciwko osobom biorącym bezpośredni udział w działaniach zbrojnych i takie działania nie będą postrzegane jako nielegalne. Wynika to z prawa krajowego poszczególnych państw i z braku zakazu w prawie międzynarodowym<sup>14</sup>. Nie oznacza to jednak, że państwa zgodziły się, aby członkowie ich sił zbrojnych mogli być legalnie atakowani przez grupy zbrojne przeciwnika, jak dzieje się w konfliktach międzynarodowych. Czy wobec tego członkowie rządowych sił

---

<sup>13</sup> Zasada proporcjonalności została wyrażona w art. 51 ust. 5 lit. b oraz art. 57 ust. 2 lit. a pkt 3 i lit. b p.d. I. Nie została wprost wyrażona w p.d. II, jednak uznaje się, że wynika ona z zasady humanitaryzmu i jest częścią prawa zwyczajowego obowiązującego w czasie konfliktów niemiędzynarodowych; zob. zasadę 14 prawa zwyczajowego zidentyfikowaną przez MKCK w „Studium prawa zwyczajowego” oraz komentarz do niej (tamże, s. 48).

<sup>14</sup> Zob. również N. Hayashi: *Continuous Attack Liability Without Right or Fact of Direct Participation in Hostilities – the ICRC Interpretative Guidance and Perils of Pseudo-Status* [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne. Antecedencje i wyzwania współczesności*, red. J. Nowakowska-Małusecka, Bydgoszcz–Katowice 2010, s. 64.

zbrojnych znajdują się pod ogólną ochroną? Teoretycznie nie, gdyż np. w komentarzu do zasady 3 prawa zwyczajowego mającego zastosowanie w konfliktach zbrojnych, która została zidentyfikowana przez MKCK w „Studium poświęconym zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitarnemu”, zaznaczono, że dla celów odróżnienia członkowie państwowych sił zbrojnych mogą być uznawani za kombatantów zarówno w konflikcie międzynarodowym, jak i niemiędzynarodowym, choć status kombatanta istnieje jedynie w konfliktach międzynarodowych<sup>15</sup>. Wynikałoby z tego, że członkowie rządowych sił zbrojnych, co do zasady, nie są chronieni. Jednakże każdy, kto ich zaatakuje, może być zgodnie z prawem krajowym za to osądzony. W art. 6 ust. 5 p.d. II jedynie zachęca się, aby po zakończeniu działań zbrojnych władze sprawujące rządy dołożyły starań w celu objęcia możliwie szeroką amnestią osób, które uczestniczyły w konflikcie zbrojnym, oraz takich, które były pozbawione wolności z powodów związanych z konfliktem zbrojnym, zarówno internowanych, jak i uwięzionych. W p.d. II nie wykluczono więc możliwości osądzenia każdego przypadku ataku na członka sił zbrojnych strony rządowej przez grupy rebelianckie. Można przyjąć, że członkowie państwowych sił zbrojnych są w praktyce chronieni.

Jeśli chodzi o członków zorganizowanych grup zbrojnych strony niepaństwowej, których ciągłą funkcją jest branie bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych, to – zgodnie z „Wytycznymi” – nie są oni chronieni, mogą więc być zaatakowani zawsze i wszędzie, chyba że trwale porzucą funkcje bojowe (pkt VII). Kłopot w tym, że trudno określić, ile czasu powinno upłynąć od złożenia broni, by dana osoba mogła być znów kwalifikowana jako osoba cywilna.

Warto zwrócić uwagę, że w „Wytycznych” użyto sformułowania *continuous combat function* zamiast *continuous direct participation in hostilities*. Oznacza to, że zamiast opierać się na ocenie jednostkowego działania danej osoby i tym samym ograniczać się w możliwości jej zaatakowania do momentu rzeczywistego brania bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych, wystarczy stwierdzić, że dana osoba należy do zbrojnej grupy i jej zadaniem było przeprowadzanie akcji bojowych; wówczas można atakować ją w każdym momencie, nawet jeśli w danej chwili nie bierze udziału w działaniach zbrojnych czy w przygotowaniach do nich<sup>16</sup>.

Zgodnie z „Wytycznymi”, członek grupy zbrojnej strony niepaństwowej nie korzysta z żadnej ochrony, chyba że trwale wyłączy się z walki. Nie przyznano mu jednak prawa do prowadzenia działań zbrojnych. Istnieje więc możliwość osądzenia go za sam fakt uczestnictwa w działaniach zbrojnych. Tym samym wolno uznać, że może być on w każdej chwili zaatakowany, ale sam nie może nikogo atakować.

Jak wytłumaczono w komentarzu do „Wytycznych”, stworzenie osobnego statusu członka grup zbrojnych strony niepaństwowej miało na celu wyeliminowanie sytuacji, w której partyzanci korzystają z ochrony, jako osoby cywilne, a w rzeczywistości prowadzą skryte działania zbrojne<sup>17</sup>. Problem w tym, że ani w konwencjach genewskich i protokołach do nich, ani tym bardziej w „Wytycz-

<sup>15</sup> J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, jw., s. 11.

<sup>16</sup> N. Hayashi, jw., s. 57; komentarz do „Wytycznych”, jw., s. 1036.

<sup>17</sup> Komentarz do „Wytycznych”, jw., s. 1036.

nych”, nie ma żadnej praktycznej zachęty dla członków grup zbrojnych strony nierządowej, aby odróżniali się od osób cywilnych, gdyż za wypełnieniem obowiązku odróżniania się nie idą dla nich żadne przywileje, jak choćby możliwość legalnego prowadzenia działań zbrojnych. Jediną korzyść z wyróżnienia osobnego statusu członka zorganizowanych grup zbrojnych strony niepaństwowej odnosiłyby więc siły rządowe, gdyż zamiast wykazywać, że dana osoba brała w konkretnym momencie rzeczywisty bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, wystarczyłoby stwierdzić, iż była ona członkiem zbrojnej grupy strony niepaństwowej i tym samym mogła być przedmiotem ataku. Wbrew pozorom jednak, „Wytyczne” zbytnio nie ułatwiają sytuacji państwowym siłom zbrojnym. Atakować można bowiem tylko tych członków grupy zbrojnej, którzy wykonują stałą funkcję bojową. Jeśli dana osoba takiej funkcji nie pełni, nie może być przedmiotem ataku, chyba że w danym momencie bierze bezpośredni udział w działaniach zbrojnych. Tym samym oczekuje się od walczących, żeby oprócz ustalenia członkostwa danej osoby w grupie zbrojnej dysponowali precyzyjnymi danymi co do jej konkretnej funkcji wewnątrz grupy, gdyż od tego uzależniona jest możliwość przeprowadzenia ataku<sup>18</sup>. Wymóg ten jest w praktyce trudny do spełnienia w warunkach bojowych.

Porównując różne (w zależności od rodzaju konfliktu) definicje osoby cywilnej zawarte w „Wytycznych”, można zauważyć pewną niekonsekwencję. Otóż autorzy „Wytycznych” nie dostrzegają problemu uczestnictwa w konflikcie międzynarodowym członków zorganizowanych grup zbrojnych niepodporządkowanych żadnej ze stron konfliktu międzynarodowego (państwom). Nie są oni zaliczani do sił zbrojnych, a więc należy ich traktować jako osoby cywilne, a atakować ich można wyłącznie wówczas, gdy biorą bezpośredni udział w działaniach zbrojnych<sup>19</sup>. Jednak ci sami członkowie grup zbrojnych w ramach konfliktu niemiędzynarodowego mogą być atakowani na podstawie przynależności do grupy zbrojnej, jeśli wykonują ciągłe funkcje bojowe, a przecież w tym samym czasie na jednym terenie może mieć miejsce zarówno konflikt międzynarodowy, jak i wewnętrzny (proces umiędzynarodawiania konfliktów). „Wytyczne” nie dają jasnej odpowiedzi, jak w takiej sytuacji mają być traktowani członkowie zorganizowanych grup zbrojnych niepaństwowych. Jedyne w pkt VIII „Wytycznych” podkreślono, że powinny być przedsięwzięte wszelkie możliwe środki ostrożności, by stwierdzić, czy dana osoba jest osobą cywilną, a jeśli nią jest, to czy bierze bezpośredni udział w działaniach zbrojnych. Jednak w razie wątpliwości dana osoba powinna być uważana za chronioną przed bezpośrednim atakiem<sup>20</sup>.

3. *Bezpośredni udział w działaniach zbrojnych.* Jak wspomniano, osoby cywilne tracą ochronę, jeśli biorą bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, stąd kluczowe znaczenie ma definicja tego sformułowania, której, niestety, nie zawarto w konwencyjnym prawie konfliktów zbrojnych. Warto zaznaczyć, że

<sup>18</sup> M.N. Schmitt, jw., s. 22–23.

<sup>19</sup> Tamże, s. 18 i n.

<sup>20</sup> Zob. art. 57 p.d. I; zasady 15–21 zidentyfikowane przez MKCK w „Studium prawa zwyczajowego”.

użycie tak podatnego na szerokie interpretacje terminu było celowe, gdyż pozwoliło na przyjęcie przez wszystkie państwa odpowiednich artykułów protokołów dodatkowych<sup>21</sup>. Oznaczało to jednak przyznanie znacznej swobody w określaniu przez poszczególne państwa – a dokładniej: przez ich siły zbrojne – co stanowi bezpośredni udział w działaniach zbrojnych i jaką grupę cywilów można pozbawić ochrony, a w konsekwencji uniknąć odpowiedzialności karnej za ataki skierowane przeciwko niej<sup>22</sup>. Nawet jeśli bowiem sąd uzna, że dane działania nie powinny być, wbrew opinii wojskowych, uznane za bezpośrednie działania zbrojne, to oskarżeni o zbrodnię wojenną w postaci ataku na osoby cywilne mogą powołać się z powodzeniem na działanie w błędzie co do prawa, skoro termin „bezpośredni udział w działaniach zbrojnych” nie jest jasno zdefiniowany.

„Wytyczne” w pkt IV stwierdzają, że „bezpośredni udział w działaniach zbrojnych” odnosi się do poszczególnych aktów dokonywanych przez jednostkę, będących częścią działań zbrojnych między stronami konfliktu. Jak podkreślono w komentarzu do „Wytycznych”, termin „bezpośrednie zaangażowanie w działania zbrojne” powinien być w ten sam sposób rozumiany zarówno w kontekście konfliktów międzynarodowych, jak i niemiędzynarodowych<sup>23</sup>. Dla stwierdzenia, czy mamy do czynienia z bezpośrednimi działaniami zbrojnymi, nie mają znaczenia status danej osoby, jej funkcja i przynależność, ważne jest jedynie indywidualne zaangażowanie we wrogie działanie<sup>24</sup>.

Aby zakwalifikować dane działanie jako bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, zgodnie z pkt V „Wytycznych”, muszą być spełnione łącznie trzy warunki: a) dany czyn powinien móc w sposób szkodliwy wpłynąć na operację wojskową czy zdolności wojskowe strony konfliktu zbrojnego lub (alternatywnie) spowodować śmierć, zranienie lub zniszczenie osób lub obiektów chronionych przed bezpośrednim atakiem (próg szkody); b) powinien istnieć bezpośredni związek przyczynowy między czynem a szkodą, która byłaby rezultatem albo tego czynu, albo skoordynowanej operacji wojskowej, której integralną częścią miał być dany czyn (związek kauzalny); c) czyn powinien być zaplanowany w ten sposób, aby bezpośrednio osiągnąć wymagany próg szkody dla wsparcia jednej strony konfliktu i dla szkody drugiej strony (związek bojowy).

Jak widać, szkoda nie musi nastąpić; wystarczy, że stwierdzi się, iż nastąpiłaby, gdyby nie przeszkodzono w jej wyrządzeniu. Pojęcie szkody jest dość szeroko interpretowane, gdyż niekoniecznie musi się ona wiązać ze śmiercią, zranieniem czy zniszczeniem osoby czy obiektu, lecz wystarczy stwierdzić, że dane działanie mogło mieć szkodliwy wpływ na operację wojskową lub zdolności

---

<sup>21</sup> E. Camins: *The past as prologue: the development of the „direct participation” exception to civilian immunity*, „*International Review of the Red Cross*” nr 872/2008, s. 877.

<sup>22</sup> Nie można jednak zapominać, że strony konwencji genewskich i protokołów są zobowiązane – zgodnie z art. 31 konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów – do interpretowania traktatu w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle jego przedmiotu i celu.

<sup>23</sup> Komentarz do „Wytycznych”, jw., s. 1014. Regulacje krajowe czasem odmiennie kwalifikują dane działania jako bezpośredni czy pośredni udział w działaniach zbrojnych, w zależności od rodzaju konfliktu, zob. J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, jw., s. 23.

<sup>24</sup> Komentarz do „Wytycznych”, jw., s. 1014.



operacyjne danej strony. Jako przykład takich czynności komentarz do „Wytycznych” podaje działania sabotażowe, jak również mające na celu przeszkodzenie rozmieszczeniu, komunikacji, logistyce albo przejściu kontroli nad wojskowym personelem, obiektami czy terytorium na szkodę przeciwnika<sup>25</sup>. Oznacza to, że za bezpośredni udział w działaniach zbrojnych można uznać zarówno odmowę użycia dla celów wojskowych pewnych obiektów, jak i usuwanie min czy zakłócanie pracy sieci wojskowych komputerów lub przekazywanie taktycznych informacji niezbędnych do przeprowadzania ataku<sup>26</sup>. W komentarzu do „Wytycznych” zaznaczono, że brak pozytywnego wspierania przeciwnika, np. odmowa kolaboracji jako informator, nie prowadzi do osiągnięcia odpowiedniego poziomu szkody<sup>27</sup>. Jest to zgodne z ogólną opinią, że udzielanie politycznego wsparcia czy wyrażanie sympatii dla jednej z walczących stron w zasadzie nie wyrządza szkody przeciwnikowi. Ponadto za szkodę będącą skutkiem bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych uznano nie tylko negatywne skutki dla wojskowych zdolności przeciwnika, ale również np. zranienie (uszkodzenie) lub zabicie osoby cywilnej czy innych chronionych kategorii osób (obiektów).

Wydaje się, że najtrudniejszym zadaniem jest stwierdzenie istnienia bezpośredniego związku przyczynowego między czynem a szkodą, gdyż oznacza to wyraźne określenie różnic między bezpośrednim a pośrednim udziałem w działaniach zbrojnych i wyodrębnienie tego pierwszego spośród wszystkich czynności mających na celu wsparcie wysiłku wojennego. Jakkolwiek duża byłaby bowiem rozciągłość terminu „bezpośredni udział w działaniach zbrojnych”, to interpretacja nie może być aż tak szeroka, by objąć wszelki udział w wysiłku wojennym<sup>28</sup>.

Wśród różnych przykładów czynności wspierających wysiłek wojenny komentarz do „Wytycznych” wymienia zarówno produkcję broni, budowę dróg i portów, jak też działalność polityczną, ekonomiczną czy choćby rolniczą<sup>29</sup>. Każda z tych czynności wpływa pozytywnie na zdolności militarne jednej ze stron i tym samym ma negatywny skutek dla drugiej ze stron, lecz w wielu przypadkach mają one spowodować jedynie zbudowanie zdolności do wyrządzenia szkody czy ułatwienie w tym celu, a nie samo wyrządzenie szkody.

Zgodnie z komentarzem do „Wytycznych”, konieczne jest stwierdzenie, że dana czynność może wyrządzić szkodę „za jednym kauzalnym krokiem” (*one causal step*)<sup>30</sup>. Oznaczałoby to, że użycie broni przeciwko wrogim siłom czy dostarczanie broni bojownikom wyrządza bezpośrednią szkodę, ale samo produkowanie, konstruowanie czy przewóz broni do magazynu – jeszcze nie. Niektórzy eksperci mieli jednak wątpliwości, czy w przypadku konstruowania IED (*Improvised Explosive Devices*) przez stronę niepaństwową nie należa-

<sup>25</sup> Tamże, s. 1017.

<sup>26</sup> Tamże, s. 1017–1018.

<sup>27</sup> Tamże, s. 1018.

<sup>28</sup> E. Camins, jw., s. 877; zob. również komentarz MKCK do art. 51 ust. 3 p.d. I [w:] Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann: *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève 1986, s. 633.

<sup>29</sup> Komentarz do „Wytycznych”, jw., s. 1020.

<sup>30</sup> Krytycznie o tej zasadzie zwłaszcza M.N. Schmitt, jw., s. 29.

łoby mówić już o bezpośrednich przygotowaniach do konkretnej operacji wojskowej. Pytania pojawiły się również przy rozpatrywaniu roli naukowców przy budowie broni, która mogłaby zadecydować o losach konfliktu, jak w przypadku bomby nuklearnej. Odpowiedź pozytywna oznaczałaby, w pierwszym przypadku, nierówne traktowanie strony państwowej i niepaństwowej (co nie jest jednak rzadkością w międzynarodowym prawie humanitarnym), a w drugim – konieczność spekulacji co do możliwych konsekwencji użycia broni. Jeśli natomiast odpowiedź negatywna budzi nasz sprzeciw, to należy podkreślić, że i tak atak na obiekty, gdzie produkowany jest dany typ broni czy prowadzone są badania nad nią, mógłby być z łatwością uzasadniony w świetle zasady konieczności wojskowej i proporcjonalności. Nie jest do tego niezbędne stwierdzenie, że pracujące w danym obiekcie osoby cywilne biorą bezpośredni udział w działaniach zbrojnych.

Warto też zaznaczyć, że twórcy „Wytycznych” zauważyli, iż zawsze należy postrzegać działania danej osoby z punktu widzenia całej operacji wojskowej, gdyż nawet jeśli pojedynczy akt nie wyrządza wymaganej szkody, to w kontekście całej operacji wojskowej taki związek można wykazać (gdy np. dana osoba oświetla cel dla bezzałogowego samolotu)<sup>31</sup>. Dla wykazania związku przyczynowego nie mają znaczenia bliskość czasowa (np. stawianie min) ani bliskość geograficzna (osoba kontrolująca bezzałogowy samolot może przebywać kilkanaście tysięcy kilometrów od niego).

Jednym z wielu kontrowersyjnych przykładów działania, które budzi wątpliwości co do kwalifikacji jako bezpośredni lub pośredni udział w działaniach zbrojnych, jest kwestia występowania z własnej woli w roli żywej tarczy. W komentarzu do „Wytycznych” zaznaczono, że gdy osoby cywilne osłaniają walczących przed atakiem w sytuacji walki w mieście, to można stwierdzić, że biorą bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, jednak gdy chodzi o atak artyleryjny czy lotniczy, osoby cywilne nie stanowią przeszkody fizycznej dla operacji zbrojnej, a jedynie przeszkodę prawną<sup>32</sup>. Ich obecność może tylko wpłynąć na decyzję o odłożeniu czy zaniechaniu ataku i tym samym takie działanie nie będzie uważane za bezpośredni udział w działaniach zbrojnych.

Trudno zgodzić się z powyższą opinią. Bez względu na to, czy udział ochotniczych ludzkich tarcz stanowi przeszkodę prawną czy fizyczną, nie ulega wątpliwości, że wpływa negatywnie na możliwości prowadzenia działań zbrojnych jednej ze stron, gdyż atak na dany obiekt, którego skutkiem byłyby duże straty wśród osób cywilnych, mógłby zostać uznany za nieproporcjonalny i wiązać się z odpowiedzialnością karną, a decyzja o jego odłożeniu mogłaby z kolei mieć duży wpływ na przebieg konfliktu. W istocie więc obrona za pomocą ludzkich tarcz może być o wiele skuteczniejsza niż środki kinetyczne<sup>33</sup>. Takie działanie powinno być uznane za bezpośrednie uczestniczenie w działaniach zbrojnych, a osoby

<sup>31</sup> Komentarz do „Wytycznych”, jw., s. 1022.

<sup>32</sup> Tamże, s. 1024; tak również S. Bouchié de Belle: *Chained to cannons or wearing targets on their T-shirts: human shields in international humanitarian law*, „International Review of the Red Cross” nr 872/2008, s. 883 i n.

<sup>33</sup> Zob. M.N. Schmitt: *Fault Lines in the Law of Attack [w:] Testing the Boundaries of International Humanitarian Law*, red. S. Breau, A. Jachec-Neale, London 2006, s. 299.

w ten sposób postępujące nie powinny być uwzględniane jako osoby cywilne pozostające pod ochroną przy kalkulacji proporcjonalności ataku<sup>34</sup>.

Gdy chodzi o ostatni element konieczny do zakwalifikowania danego działania jako bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych, czyli o tzw. związek bojowy, „Wytyczne” wskazują, że należy stwierdzić, iż obiektywnym celem danego aktu jest wyrządzenie szkody jednej ze stron konfliktu i działanie na korzyść drugiej strony. Przykładowo, blokowanie drogi przez kolumnę uchodźców wpływa na możliwości szybkiego przerzucenia sił, jednak celem działań uchodźców nie jest zaszkodzenie jednej ze stron. Chodzi zatem o to, aby działania danej osoby miały związek z działaniami zbrojnymi prowadzonymi przez strony konfliktu<sup>35</sup>.

Nie ma znaczenia osobisty stosunek sprawcy do jego czynu. Zaznaczono jednak w komentarzu do „Wytycznych”, że w sytuacjach ekstremalnych stan psychiczny osoby cywilnej może mieć znaczenie, gdy np. jest ona nieświadoma swego udziału w działaniach zbrojnych albo została zmuszona fizycznie do wykonywania pewnej czynności (np. niedobrowolne występowanie w roli żywej tarczy)<sup>36</sup>. „Wytyczne” nie dają jednak wskazówki, w jaki sposób żołnierz w warunkach bojowych ma oceniać stan psychiczny przeciwnika.

W pkt VI „Wytycznych” stwierdzono, że działania przygotowawcze do wykonania konkretnego czynu będącego bezpośrednim udziałem w działaniach zbrojnych, rozmieszczenie się czy powrót z miejsca wykonania czynu, stanowią integralną część tego czynu<sup>37</sup>. Stwierdzenie to ma ogromne znaczenie, gdyż osoba cywilna traci ochronę tylko na czas bezpośredniego zaangażowania w działania zbrojne. Możliwość jej zaatakowania nie powinna więc być ograniczona wyłącznie do czasu, gdy np. otwiera ona ogień do przeciwnika; winna być dopuszczalna również w okresie, gdy dana osoba bezpośrednio przygotowuje się do ataku lub jest tuż po nim. W innym przypadku osoba cywilna, która oddała strzały, a następnie porzuciła broń i ucieka z miejsca zdarzenia, nie mogłaby zostać zaatakowana; podobnie wówczas, gdy zbliża się do bazy wojskowej i ignoruje ostrzeżenia. Takie rozwiązanie byłoby absurdalne. Oczywiście, jeśli ktoś taki poddaje się lub w wyniku ataku jest ranny, czyli niezdolny do prowadzenia dalszych działań zbrojnych, jest chroniony jako osoba *hors de combat* czy też osoba, która znalazła się w rękach przeciwnika.

Jako przykład czynności przygotowawczych będących częścią bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych wymieniono w komentarzu do „Wytycznych”: wyposażenie, instruktaż, transport personelu, zbieranie informacji wywiadowczych, przygotowanie, transport i rozmieszczanie broni czy sprzętu. Jako natomiast przykład czynności stanowiących ogólne przy-

---

<sup>34</sup> Tamże; tak również Y. Dinstein: *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge 2004, s. 130.

<sup>35</sup> Przykładowo, kradzież sprzętu wojskowego na użytek własny stanowi szkodę dla danych sił zbrojnych, ale nie ma związku z konfliktem zbrojnym, więc nie stanowi „bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych” w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego. Takie działanie może być jednak karane według prawa krajowego.

<sup>36</sup> Komentarz do „Wytycznych”, jw., s. 1027.

<sup>37</sup> Zob. również komentarz MKCK do art. 51 ust. 3 p.d. I, jw., s. 633.

gotowania, które nie osiągają pułapu bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych, wymieniono: nabycie, produkcję, przemyt i ukrywanie broni, rekrutowanie i trenowanie osób, udzielanie wsparcia politycznego, finansowego i administracyjnego<sup>38</sup>.

4. *Skutki bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych.* Wcześniej zaznaczono, że gdy osoba cywilna bierze bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, traci na czas zaangażowania przysługującą jej ochronę, może więc być przedmiotem bezpośredniego ataku. Oznacza to również, że jej ewentualna śmierć czy zranienie nie muszą być brane pod uwagę przy rozważaniu proporcjonalności ataku. „Wytyczne” próbują jednak wywieść inną, opartą na humanitaryzmie zasadę, zgodnie z którą fakt bezpośredniego uczestnictwa danej osoby w działaniach zbrojnych niekoniecznie uprawnia do jej zabicia. W pkt IX stwierdzono bowiem: „Dodatkowo w stosunku do ograniczeń nałożonych przez międzynarodowe prawo humanitarne, jeśli chodzi o poszczególne środki i metody prowadzenia działań zbrojnych i bez uszczerbku dla dalszych ograniczeń, które mogą wynikać z innych gałęzi prawa mających zastosowanie w danym przypadku, rodzaj i stopień siły, której można użyć przeciwko osobie nieuprawnionej do ochrony przeciwko bezpośrednim atakom, nie może przekraczać tego, co jest rzeczywiście konieczne do osiągnięcia celu wojskowego w danych okolicznościach”.

Część ekspertów nie mogła się zgodzić z powyższym, gdyż – jak podkreślali – nie można wywieść z obowiązującego prawa reguły, zgodnie z którą „należy raczej schwytać niż zranić i raczej zranić niż zabić”. Taka reguła jest w praktyce niemożliwa do zastosowania w warunkach bojowych<sup>39</sup>. Żołnierz chce po prostu wiedzieć, czy może strzelać, czy nie. Tym samym, zdaniem niektórych, MKCK próbuje wprowadzać standardy typowe dla praw człowieka wobec osób, którym nie przysługuje ochrona<sup>40</sup>.

Zgodnie z pkt X „Wytycznych”, osoba cywilna, która przestaje brać bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, jak również członek zorganizowanych grup zbrojnych strony nierządowej, gdy przestaje wykonywać ciągłe funkcje bojowe, odzyskują pełną ochronę przed bezpośrednimi atakami. Nie oznacza to, że osoby te nie mogą być sądzone za naruszenia prawa krajowego czy międzynarodowego. W komentarzu do „Wytycznych” podkreślono, iż branie bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych nie jest zakazane przez międzynarodowe prawo humanitarne ani kryminalizowane przez statuty międzynarodowych trybunałów karnych, ale osoba biorąca bezpośredni lub pośredni udział w działaniach zbrojnych może być sądzona za naruszenia prawa krajowego, jak np. zdrada, zabójstwo, zniszczenie mienia<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Komentarz do „Wytycznych”, jw., s. 1032.

<sup>39</sup> Zob. R.S. Taylor: *The Capture versus Kill Debate: Is the Principle of Humanity Now Part of the Targeting Analysis When Attacking Civilians Who Are Directly Participating in Hostilities?*, „Army Lawyer”, czerwiec 2010 r., s. 104.

<sup>40</sup> C. Garraway, jw., s. 506 i n.

<sup>41</sup> Komentarz do „Wytycznych”, jw., s. 1045–1046.

W „Wytycznych” opracowanych przez MKCK podjęto się zadania sprecyzowania, kim jest osoba cywilna i co należy rozumieć przez bezpośredni udział w działaniach zbrojnych. Oba terminy mają kolosalne znaczenie z punktu widzenia prowadzenia działań zbrojnych. Zgodnie bowiem z międzynarodowym prawem humanitarnym, osoba cywilna nie może być obiektem ataku, chyba że weźmie bezpośredni udział w działaniach zbrojnych. Wówczas traci ochronę na czas takiego zaangażowania.

Jeśli chodzi o definicję osoby cywilnej, „Wytyczne” wprowadzają szczególnie nowatorskie rozwiązanie w przypadku konfliktów międzynarodowych, gdyż z kategorii osób cywilnych wyłączają członków zorganizowanych grup zbrojnych strony niepaństwowej, którzy pełnią stałą funkcję bojową. Osoby te mogą być obiektem ataku, a jednocześnie nie korzystają z żadnych przywilejów kombatanckich. Tym samym „Wytyczne” w żaden sposób nie zachęcają partyzantów do odróżniania się od ludności cywilnej. Nie ułatwiają też zbytnio działań siłom rządowym, gdyż stawiają przed nimi trudne do spełnienia w czasie konfliktu warunki, jak np. określenie dokładnej funkcji danej osoby w grupie zbrojnej czy uwzględnianie stosunku psychicznego danej osoby do jej czynów.

Wartość „Wytycznych” leży w rozważaniu konkretnych przykładów, w szczególności gdy chodzi o kategorie szkody czy związku przyczynowego, który należy stwierdzić, by mówić o bezpośrednim udziale w działaniach zbrojnych. Jednak nie wszystkie przyjęte w komentarzu do „Wytycznych” rozwiązania są niekontrowersyjne (przykład ochotniczych żywych tarcz). Należy dobrze ocenić fakt, że „Wytyczne” podkreśliły, iż bezpośredni udział w działaniach zbrojnych obejmuje również działania przygotowawcze do danego aktu, rozmieszczenie w celu jego dokonania i powrót z miejsca dokonania czynu.

„Wytyczne”, z jednej strony, stanowią zbiór użytecznych wskazówek dla prowadzących działania zbrojne, z drugiej – prowokują dalsze pytania, np. co do możliwości przyznania przywilejów kombatanckich członkom sił niepaństwowych. W celu zapewnienia lepszej ochrony osobom cywilnym, wątpliwości wywołane publikacją „Wytycznych” muszą w końcu zostać rozstrzygnięte przez państwa, a przynajmniej musi się z nimi zmierzyć MKCK jako strażnik międzynarodowego prawa humanitarnego.