

Wojna powietrzna a międzynarodowe prawo humanitarne



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

Prawo

Wojna powietrzna a międzynarodowe prawo humanitarne

Mateusz Piątkowski



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu
ŁÓDZKIEGO

Łódź 2021

Mateusz Piątkowski – Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Międzynarodowego i Stosunków Międzynarodowych
90-232 Łódź, ul. Kopcińskiego 8/12

RECENZENT

Agnieszka Szpak

REDAKTOR INICJUJĄCY

Monika Borowczyk

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Trzy kropki – Joanna Maź

SKŁAD I ŁAMANIE

Munda – Maciej Torz

KOREKTA TECHNICZNA

Leonora Gralka

PROJEKT OKŁADKI

Agencja Reklamowa efectoro.pl

Zdjęcie wykorzystane na okładce: © Depositphotos.com/Veneratio

© Copyright by Mateusz Piątkowski, Łódź 2021

© Copyright for this edition by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2021

<https://doi.org/10.18778/8142-942-9>

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego

Wydanie I. W.09779.20.0.M

Ark. wyd. 59,0; ark. druk. 50,125

ISBN 978-83-8142-942-9

e-ISBN 978-83-8220-111-6

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego

90-131 Łódź, ul. Lindleya 8

www.wydawnictwo.uni.lodz.pl

e-mail: ksiegarnia@uni.lodz.pl

tel. 42 665 58 63

*Książkę poświęcam mojej rodzinie i przyjaciołom,
zarówno w kraju, jak i za granicą.
Bez waszej modlitwy, wsparcia oraz serdeczności
jej powstanie nie byłoby możliwe.*

Spis treści

Ważniejsze skróty	17
Wstęp	19
Wybór głównego tematu monografii	22
Struktura opracowania	24
Cele i główne tezy opracowania	26
Metodologia badań	27
 Rozdział I	
Zjawisko wojny powietrznej od początków lotnictwa wojkowego do współczesności	29
1. Definicja wojny powietrznej	29
2. Wojna powietrzna w ujęciu historycznym	32
2.1. Narodziny lotnictwa wojkowego i jego rozwój do 1903 roku	32
2.2. Sterowce i pierwsze bombardowania strategiczne	34
2.3. Rozwój lotnictwa wojkowego w przededniu I wojny światowej	35
2.4. Przebieg działań wojennych podczas I wojny światowej (1914–1918)	36
2.5. Użycie lotnictwa w pierwszej wojnie światowej – konkluzje	41
3. Doktryna wojny powietrznej w okresie międzywojennym	41
3.1. Koncepcja Giulia Douheta	41
3.2. Koncepcja Amadea Mecozziego	45
3.3. „Skrzydłata obrona” Williama „Billy’ego” Mitchella. Amerykańska koncepcja bombardowań strategicznych	45
3.4. Hugh Trenchard. Brytyjska koncepcja prowadzenia wojny powietrznej	48
3.5. Doktryna powietrznej konieczności Jamesa M. Spaighta	52
3.6. Polskie spojrzenie na koncepcję wykorzystania lotnictwa w okresie międzywojennym	53
4. Lotnictwo w okresie międzywojennym	55
4.1. <i>Air policing</i>	55
4.2. Wojna powietrzna okresu międzywojennego	57

8 Spis treści

5. Zarys działań lotnictwa w okresie II wojny światowej	57
5.1. Okres początkowy	57
5.2. Rozwój koncepcji bombardowania moralnego	59
5.3. Początek nalotów saturacyjnych. Przybycie sił amerykańskich do Europy	63
5.4. Kontrowersyjne efekty połączonej ofensywy bombowej	66
5.5. Konkluzje związane ze strategią wojny powietrznej w okresie 1939–1945 na europejskim teatrze wojennym	68
5.6. Pacyficzny teatr walki 1939–1945	69
6. Powojenne wykorzystanie sił powietrznych	73
6.1. Korea – zapomniany konflikt	73
6.2. Wojna sześciodniowa i starcia powietrzne podczas konfliktu Jom Kippur	76
7. Konflikt zbrojny w Wietnamie – nowa perspektywa wykorzystania sił powietrznych	78
7.1. Operacja „Rolling Thunder”	78
7.2. Operacje „Linebacker I” i „Linebacker II” oraz wojna powietrzna o charakterze precyzyjnym	82
7.3. <i>Rules of Engagement</i> (ROE) oraz <i>targeting</i>	89
8. Współczesna wojna powietrzna	91
8.1. Starcia powietrzne w wojnie iracko-irańskiej w latach 1980–1988	91
8.2. Falklandy 1982 jako przykład konfliktu ograniczonego	91
8.3. Irak 1991 i zjawisko dominacji powietrznej	93
8.4. Strefy zakazu lotów w Iraku	97
8.5. Wojna domowa w byłej Jugosławii i strefa zakazu lotów	98
8.6. Serbia 1999 – potwierdzenie doktryny Douheta?	100
8.7. Irak 2003 i selektywna eliminacja	102
8.8. Libia 2011	104
8.9. Ukraina 2014	105
9. Lotnictwo na tzw. wojnie z terrorem	106
9.1. Użycie bezzałogowych wojskowych statków powietrznych	106
9.2. Operacja lotnicza w Afganistanie 2001	108
9.3. Syria 2011–2018	110
9.4. Lotnictwo w działaniach przeciwko tzw. Państwu Islamskiemu	111
10. Wnioski	114

Rozdział II

Prawo wojny powietrznej i jego źródła 117

1. Uwagi wstępne	117
2. Definicja prawa wojny powietrznej	117
3. Definicja wojskowego statku powietrznego	118
4. Generacje prawa wojny powietrznej	119
5. Źródła międzynarodowego prawa wojny powietrznej	121
5.1. Uwagi wstępne	121
5.2. Klauzula Martensa jako źródło prawa wojny powietrznej	124

5.3. Reguła intertemporalna	128
5.4. Traktaty oraz sposoby ich interpretacji	130
5.5. Zwyczaj prawnomiędzynarodowy	135
5.6. Zasady uznawane przez państwa cywilizowane	143
5.7. Orzecznictwo międzynarodowe	146
5.8. Projekty traktatów międzynarodowych	147
5.9. Jednostronne oświadczenia państw	148
5.10. Stanowisko organizacji międzynarodowych	148
5.11. Stanowisko organów quasi-sądowych	149
5.12. Rozkazodawstwo wojskowe	152
5.13. Stanowisko doktryny, organizacji zrzeszających ekspertów, inicjatyw akademickich	153
6. Międzynarodowe standardy ochrony praw człowieka jako źródło prawa wojny powietrznej	156

Rozdział III

Materialny zakres prawa wojny powietrznej 167

1. Uwagi wstępne	167
2. Wojna jako instytucja prawa międzynarodowego	167
3. Historyczne spojrzenie na definicję wojny	168
4. Od „wojny” do „konfliktu zbrojnego”	171
5. Napad powietrzny i jego rola w określeniu granic obowiązywania temporalnego międzynarodowego prawa humanitarnego	176
6. Przykłady jednostronnych incydentów zbrojnych z udziałem lotnictwa	177
6.1. Zestrzelenie U-2 1 maja 1960 roku	177
6.2. Interwencja indyjska w Bangladeszu	177
6.3. Libia 1981–1989	178
6.4. Liban 1984	179
6.5. Zatoka Perska 1987	179
6.6. Wojna w Kaszmirze 1999	179
6.7. Operacja „Orchard”	180
6.8. Incydenty międzypaństwowe podczas konfliktu w Syrii	180
7. Subiektywna teoria konfliktu zbrojnego	181
8. Obiektywna teoria konfliktu zbrojnego. Kontrowersje związane z chwilą jego powstania oraz kryterium intensywności	184
9. Elementy subiektywne i obiektywne konfliktu zbrojnego	189
9.1. Sprawa por. Roberta O. Goodmana i stosowanie międzynarodowego prawa humanitarnego poza konfliktem zbrojnym	193
10. Konkluzje	198
11. Temporalny zakres obowiązywania międzynarodowego prawa humanitarnego	199
11.1. Spojrzenie historyczne	199
11.2. Powrót do deklaracji wojny. Wojna japońsko-rosyjska z 1905 roku	203

10 Spis treści

11.3. III Konwencja haska z 1907 roku	207
11.4. Zbrodnia niezapowiedzianego ataku lotniczego?	208
12. Niemieckozwrotnarodowa wojna powietrzna	209
13. Niemieckozwrotnarodowy konflikt zbrojny	210
14. Status załogi wojskowego statku powietrznego w niemieckozwrotnarodowym konflikcie zbrojnym	215
15. Geograficzny zakres stosowania prawa wojny powietrznej	217

Rozdział IV

Rozwój prawa wojny powietrznej **221**

1. Prawo wojny powietrznej jako część tzw. prawa haskiego. Uwagi wstępne	221
2. Depesza Otto von Bismarcka z 18 listopada 1870 roku	225
3. Prawo bombardowań artyleryjskich	227
4. Konferencja brukselska z 1874 roku	232
5. Projekt prawa wojny lądowej z 1880 roku Instytutu Prawa Międzynarodowego	235
6. Próba delegalizacji wojny powietrznej – Haga 1899	235
7. Projekt Instytutu Prawa Międzynarodowego bombardowań morskich miast otwartych z 1896 roku	238
8. Bombardowania lądowe i morskie – Haga 1899	240
9. Status prawny przestrzeni powietrznej na początku XX wieku	243
10. I projekt Paula Fauchille'a z 1902 roku	244
11. Międzynarodowe prawo wojny powietrznej w projekcie Paula Fauchille'a z 1902 roku	248
12. Sesja Instytutu Prawa Międzynarodowego w Gandawie w 1906 roku	251
13. Rozwój prawa lotniczego przed I wojną światową	254
14. Rozwój zasady wyłącznej suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej	257
15. II konferencja pokojowa w Hadze z 1907 roku	258
15.1. Uwagi ogólne	258
15.2. Przedłużenie IV Deklaracji z 1899 roku w sprawie zakazu zrzucania z balonów pocisków i środków wybuchowych	259
15.3. Przyjęcie art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku	261
15.4. Fiasco XIV Deklaracji haskiej z 1907 roku	264
15.5. Bombardowania morskie na konferencji haskiej z 1907 roku	265
15.6. Deklaracja interpretacyjna Den Beer Poortugaela	267
15.7. Dyskusja nad listą celów wojskowych w IX Konwencji haskiej z 1907 roku	268
15.8. Odmienność zasad regulujących bombardowania lądowe i morskie	270
16. Sesja Instytutu Prawa Międzynarodowego w 1910 roku	271
17. Sesja Instytutu Prawa Międzynarodowego w 1911 roku	273
18. Projekt prawa wojny powietrznej Paula Fauchille'a	273
19. Komentarz do projektu kodeksu wojny powietrznej z 1911 roku	278
20. Projekt praw wojny powietrznej V. Le Moyné'a	280
21. Projekt prawa wojny powietrznej autorstwa Jamesa M. Spaighta	281
22. Regulacja statusu prawnego przestrzeni powietrznej w latach 1911–1918	285

22.1. Brytyjska ustawa o żegludze powietrznej – Air Navigation Act z 1911 roku	285
22.2. Porozumienie francusko-pruskie z 1913 roku	285
22.3. I wojna światowa a postawa państw neutralnych	286
23. Erozja immunitetu miast niebronionych	289
24. Krytyka art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku. Dyskusja nad prawnym statusem Londynu jako miasta bronionego	290
25. I wojna światowa – doktryna francuska a bombardowania powietrzne	292
26. Artykuł 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku i jego wymiar w wojnie powietrznej	296
27. Projekt bombardowań powietrznych Paula Fauchille'a	297
28. Atak na Lipawę z 29 stycznia 1915 roku	300
29. Kazuistyczne podejście do teorii celu wojskowego	301

Rozdział V

Haskie reguły wojny powietrznej i ich wpływ na prawo wojny powietrznej w okresie II wojny światowej. Stan prawa wojny powietrznej w latach 1945–1972	303
1. Doświadczenia I wojny światowej – wojna powietrzna w perspektywie prawnej. Status XIV Deklaracji haskiej z 1907 roku	303
2. Waszyngtońska konferencja rozbrojeniowa 1921–1922	305
3. Zagadnienie wojny powietrznej na waszyngtońskiej konferencji rozbrojeniowej	307
4. Haskie reguły wojny powietrznej z 1923 roku	309
4.1. Uwagi ogólne	309
4.2. Przebieg prac komisji jurystów	309
4.3. Propozycja włoska i amerykańska uregulowania reżimu bombardowań powietrznych	311
4.4. Status wojskowego statku powietrznego i załogi w świetle reguł z 1923 roku	313
5. Prawo bombardowań powietrznych w regulacji z 1923 roku	323
5.1. Uwagi ogólne	323
5.2. Bombardowania terrorystyczne	323
5.3. Kryterium obszaru bronionego a kryterium celu wojskowego	324
5.4. Niepraktyczność testu obszaru niebronionego w kontekście wojny powietrznej	326
5.5. Konsekwencja uznania danego obszaru za broniony	328
5.6. IX Konwencja haska o bombardowaniach morskich a działania lotnicze	329
5.7. Definicja celu wojskowego w świetle art. 24 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku	331
5.8. Podział na bombardowanie taktyczne i strategiczne	333
6. Wady Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku	334
7. Recepcja Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku w doktrynie prawa międzynarodowego	338
8. Doktryna prawa międzynarodowego i teoria celu wojskowego	344
9. Pozostałe zagadnienia poruszone w ramach Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku	348

12 Spis treści

9.1. Ochrona dóbr kultury	348
9.2. Szpiegostwo w wojnie powietrznej	348
9.3. Władza nad nieprzyjacielskimi i neutralnymi statkami powietrznymi oraz osobami na pokładzie	349
9.4. Przypadki zestrzeliwania cywilnych statków powietrznych należących do walczących w okresie II wojny światowej	350
9.5. Obowiązki walczących względem państw neutralnych oraz obowiązki państw neutralnych względem państw walczących. Internowanie wojskowych statków powietrznych oraz załóg przez państwo neutralne	352
9.6. Przepisy końcowe Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku	355
10. Raport specjalistów MKCK z 1930 roku	357
11. Kongres praski z 1922 roku. Wojna powietrzna i międzynarodowe prawo lotnicze	360
12. Konferencja rozbrojeniowa 1932–1934 w Genewie	361
13. Stowarzyszenie Prawa Międzynarodowego – <i>International Law Association</i> (ILA)	369
13.1. Projekt wojny powietrznej ILA z Buenos Aires z 1922 roku	369
13.2. Konferencja w Sztokholmie w 1924 roku	371
13.3. Projekt konwencji dotyczącej bombardowań powietrznych – Amsterdam 1938	373
14. Projekt MKCK z Monako z 1934 roku	375
15. Liga Narodów i zagadnienie wojny powietrznej	378
16. Rezolucja Ligi Narodów z 1938 roku w sprawie bombardowań powietrznych	381
16.1. Uwagi ogólne. Tak zwany plan pokojowy III Rzeszy	381
16.2. Wojna powietrzna w Chinach i Liga Narodów	382
16.3. Przemówienie Neville’a Chamberlaina w Izbie Gmin z 21 czerwca 1938 roku	383
16.4. Dyskusja w obrębie Rady Ligi Narodów	383
16.5. Rezolucja Zgromadzenia Ligi Narodów z 30 września 1938 roku	387
16.6. Międzynarodowa komisja ustalająca fakty dotyczące bombardowań lotniczych w Hiszpanii	389
17. Studium André Henry-Coüanniera	391
18. Próby ratyfikacji dokumentu z 1923 roku	392
18.1. Analiza korespondencji dyplomatycznej	396
19. Przykłady implementacji treści Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku do regulaminów wojskowych	398
19.1. Włochy	398
19.2. Japonia	400
19.3. Zjednoczone Królestwo	400
19.4. Rzeczpospolita Polska	401
19.5. III Rzesza	402
19.6. Francja	403
19.7. Stany Zjednoczone	404
20. Czy Haskie reguły wojny powietrznej z 1923 roku uzyskały status zwyczajowy przed 1 września 1939 roku?	406
21. II wojna światowa i stan przestrzegania norm prawa wojny powietrznej	410

21.1. Deklaracja prezydenta Roosevelta z 1 września 1939 roku	410
21.2. Wieluń, 1 września 1939 roku – jedyne miasto niebronione?	413
21.3. Erozja <i>opinio iuris</i> i początek totalnej wojny powietrznej	414
21.4. Afirmacja nieograniczonej wojny powietrznej	416
22. Represalia w wojnie powietrznej jako uzasadnienie totalnej wojny powietrznej	419
23. Stan prawa wojny powietrznej w początkowym okresie II wojny światowej	425
24. Upadek norm rządzących wojną powietrzną w okresie II wojny światowej	428
24.1. <i>Desuetudo</i>	428
24.2. <i>Non-liquet</i>	429
24.3. Rajd 1000 bombowców na Kilonię – koniec obowiązywania Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku	430
25. MKCK w okresie II wojny światowej	434
26. Projekt MKCK z New Delhi z 1956 roku	434
26.1. Uwagi ogólne	434
26.2. Cele wojskowe w świetle projektu MKCK z 1956 roku	435
26.3. Definicja pojęcia „atak”	436
26.4. Rozwój amerykańskiej wizji prawa wojny powietrznej w latach 1956–1976	439
27. Doktryna prawa międzynarodowego wobec zjawiska nieograniczonej wojny powietrznej	442

Rozdział VI

Prawo wojny powietrznej w świetle PD I	447
1. Uwagi ogólne	447
2. Definicja pojęcia ludności cywilnej. Problem quasi-kombatantów	449
3. Bombardowanie strefowe w PD I	456
4. Zakaz ataków bez rozróżnienia w PD I	460
4.1. Środki ataku	460
4.2. Metody ataku	463
4.3. Typy bombardowań powietrznych	465
4.4. Krytyczny punkt prawa bombardowań powietrznych	468
5. Zasada proporcjonalności w PD I	469
5.1. Uwagi ogólne	469
5.2. Subiektywizm zasady proporcjonalności w PD I	473
5.3. Stosowanie zasady proporcjonalności w praktyce	476
5.4. Zasada proporcjonalności – wskazówki interpretacyjne	478
5.5. Ochrona załogi wojskowego statku powietrznego jako element zasady proporcjonalności	480
5.6. Nielegalne metody prowadzenia działań wojennych jako element równania proporcjonalności	481
6. Definicja ataku	484
7. Deklaracje interpretacyjne do treści PD I	486
8. Definicja celów wojskowych w PD I	488

14 Spis treści

8.1. Uwagi ogólne. „Cel wojskowy” czy „obiekt wojskowy”?	488
8.2. Przebieg prac przygotowawczych	490
8.3. Artykuł 52 PD I jako centralny punkt zasady rozróżniania	494
8.4. Klasyfikacja celów wojskowych w świetle PD I	496
8.5. Obiekty podwójnego zastosowania w świetle art. 52 PD I	498
8.6. Abstrakcyjny charakter definicji celu wojskowego w PD I	503
8.7. Istotny wkład do działalności wojskowej	504
8.8. Określona korzyść wojskowa	505
8.9. PD I i zasada konserwacji energii wojskowej	506
8.10. Rozszerzenie koncepcji celu wojskowego w amerykańskiej doktrynie militarnej	508
8.11. Domniemanie cywilnego przeznaczenia pewnych dóbr	511
9. Ochrona dóbr kultury	512
10. Ochrona środowiska naturalnego a prawo wojny powietrznej	517
11. Ochrona infrastruktury szczególnego typu	520
12. Stosowanie środków ostrożności	525
12.1. Uwagi ogólne	525
12.2. Przebieg prac przygotowawczych nad treścią obowiązku stosowania środków ostrożności	526
12.3. Wykładnia art. 57 PD I	528
13. Status obszarów niebronionych	537
14. IV Konwencja genewska z 1949 roku i prawo wojny powietrznej	545
15. III Konwencja genewska z 1949 roku i prawo wojny powietrznej	547
16. II Konwencja genewska z 1949 roku	551
17. Relacja PD I w stosunku do wcześniejszych norm prawa bombardowań powietrznych	551
18. Granice kodyfikacji prawa wojny powietrznej przez PD I	556

Rozdział VII

Wybrane aspekty prawa wojny powietrznej o charakterze szczegółowym

561

1. Uwagi wstępne	561
2. Status osób ewakuujących się w sytuacji awaryjnej z uszkodzonego samolotu	561
3. Wiarołomstwo, stosowanie fałszywych oznaczeń	569
4. Perfidia a fortele wojenne	574
5. Kamuflaż w wojnie powietrznej	578
6. Oznakowanie wojskowych statków powietrznych	584
7. Oznaczenie o zmniejszonej widoczności. Oznaczenie bezzałogowych wojskowych statków powietrznych	591
8. Obowiązek umundurowania załogi wojskowego statku powietrznego	595
9. Zasady rządzące legalnością uzbrojenia wojskowego statku powietrznego	598
9.1. Zakaz czynienia zbędnych cierpień i nadmiernych obrażeń	598
9.2. Obowiązek przeprowadzenia przeglądu prawnego broni	607

10. Wybrane zagadnienia związane z wykorzystaniem uzbrojenia lotniczego	609
10.1. Broń precyzyjnego rażenia	609
10.2. Amunicja zapalająca poniżej 400 gramów	616
10.3. Bomby zapalające	619
10.4. Białe fosfor	625
11. Wojna powietrzna w świetle międzynarodowego prawa lotniczego	627
11.1. Konwencja paryska z 1919 roku	627
11.2. Konwencja chicagowska z 1944 roku	628
11.3. Samolot cywilny w strefie konfliktu zbrojnego	629

Rozdział VIII

Wojna powietrzna i orzecznictwo międzynarodowe	633
1. Uwagi wstępne	633
2. Sprawa poruczników Walkera i Smitha – stosowanie amunicji zapalającej w wojnie powietrznej	633
3. Wyrok grecko-niemieckiego Mieszanego Trybunału Arbitrażowego w sprawie Coenca Bros v. Niemcy oraz wyrok rumuńsko-niemieckiego Mieszanego Trybunału Rozjemczego w sprawie Kiriadolou v. Niemcy	634
4. Sprawa Lotus i jej wpływ na międzynarodowe prawo humanitarne	637
5. <i>Kommandobefehl</i>	639
6. Sprawa linczu w Essen	639
7. Ustawa o nieprzyjacielskich lotnikach	640
8. Sprawa zatopienia statku „Laconia”	643
9. Międzynarodowy Trybunał Wojskowy w Norymberdze	645
9.1. Dowódcy Luftwaffe przed MTW	645
9.2. Proces Einsatzgruppe	651
9.3. Proces Erharda Milcha	653
10. Międzynarodowy Trybunał Wojskowy dla Dalekiego Wschodu	654
11. Zasada Rendulica	658
12. Ryuichi Shimoda i inni v. Państwo	661
13. Opinia doradcza MTS z 1996 roku	665
14. Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii	671
14.1. Stanislav Galić – atakowanie ludności cywilnej, sądowe stosowanie zasady proporcjonalności, zwyczajowy status Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku	671
14.2. Kupreškić i pozorne bombardowanie celów wojskowych	676
14.3. Milan Martić – wykorzystanie broni kasetowej w obszarze zaludnionym	678
14.4. Dragomir Milošević – bomby paliwowo-powietrzne, stacja TV jako cel wojskowy	680
14.5. Slobodan Praljak i klasyfikacja mostów jako celów wojskowych	682
14.6. Gotovina – nieuzasadnione niszczenie miejscowości oraz bombardowanie bez rozróżnienia	684

16 Spis treści

15. Raport Komitetu przy Prokuratorze MTKJ w sprawie bombardowań NATO w Serbii w 1999 roku	690
16. Raport Goldstone'a	700
17. Libia 2011	703
18. Operacja „Protective Edge”	704
19. <i>Eritrea-Ethiopia Claims Commission</i> (Komisja do spraw roszczeń Erytrea – Etiopia)	708
20. Sprawa płk. Georga Kleina	709
21. Niezależna Międzynarodowa Komisja Śledcza do spraw Syryjskiej Republiki Arabskiej	711
22. Raport do Kongresu Stanów Zjednoczonych z przebiegu działań podczas I wojny w Zatoce Perskiej	712

Rozdział IX

Bezzałogowość i autonomia w wojnie powietrznej 715

1. Bezzałogowość w wojnie powietrznej	715
1.1. Uwagi ogólne	715
1.2. Bezzałogowość i prawo wojny powietrznej	719
1.3. Status cywilnych operatorów bezzałogowych wojskowych statków powietrznych	722
2. Autonomia i przyszła wojna powietrzna	724
2.1. Uwagi wstępne	724
2.2. Definicja autonomiczności	726
2.3. Idealna autonomiczność w wojnie powietrznej	728
2.4. Legalność zabójczej autonomii	730
2.5. Kapitulowanie przed autonomicznym bezzałogowym wojskowym statkiem powietrznym	737
2.6. Rozwiązanie traktatowe w przedmiocie LAWS	739
2.7. „Znacząca ludzka kontrola”	743
2.8. Lekcje z historii prawa wojny powietrznej co do przyszłych regulacji w dziedzinie LAWS. Postulaty <i>de lege ferenda</i>	746

Zakończenie 751

Bibliografia 757

Ważniejsze skróty

- AKPC** Amerykańska konwencja praw człowieka z 22 listopada 1969 r.
- CDDH** *Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Applicable in Armed Conflicts*, zapisy Konferencji dyplomatycznej o potwierdzeniu i rozwoju prawa międzynarodowego w konfliktach zbrojnych w latach 1974–1977

IV Deklaracja haska z 1899 roku, Deklaracja z 1899 roku

Deklaracja w sprawie zakazu rzucania, przez okres 5 lat, z balonów pocisków i środków wybuchowych z 29 lipca 1899 r.

XIV Deklaracja haska z 1907 roku

Deklaracja w sprawie zakazu rzucania z balonów pocisków i środków wybuchowych z 18 października 1907 r.

Deklaracja petersburska z 1868 roku

Deklaracja w sprawie pocisków wybuchających małego kalibru z 11 grudnia 1868 r.

Dz.U. Dziennik Ustaw

EKPC Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.)

ETPC Europejski Trybunał Praw Człowieka

ILA *International Law Association*

Instrukcja harwardzka

Humanitarian Policy and Conflict Research, Manual on International Law – Applicable to Air and Missile Warfare, Instrukcja prawa wojny powietrznej i rakietowej Centrum Polityki Humanitarnej i Konfliktów Zbrojnych Uniwersytetu Harvarda

KNZ Karta Narodów Zjednoczonych (Dz.U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90 ze zm.)

Konwencja CCW

Konwencja o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki, sporządzona w Genewie 10 października 1980 r. (Dz.U. z 1984 r. Nr 23, poz. 104 ze zm.)

KPM Komisja Prawa Międzynarodowego

KPT Konwencja wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu 23 maja 1969 r. (Dz.U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439)

MKCK	Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża
MPPOP	Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167)
MTK	Międzynarodowy Trybunał Karny
MTKJ	Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii
MTPC	Międzylamerykański Trybunał Praw Człowieka
MTS	Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości
MTW	Międzynarodowy Trybunał Wojskowy
MTWDW	Międzynarodowy Trybunał Wojskowy dla Dalekiego Wschodu
NATO	<i>North Atlantic Treaty Organization</i> , Sojusz Północnoatlantycki
NGO	<i>non-governmental organization</i> , organizacja pozarządowa
ONZ	Organizacja Narodów Zjednoczonych
PD I, Protokół dodatkowy I	Protokół dodatkowy I dla Konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych, sporządzony w Genewie 8 czerwca 1977 r. (Dz.U. z 1992 r. Nr 41, poz. 175)
PD II, Protokół dodatkowy II	Protokół dodatkowy II dla Konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych, sporządzony w Genewie 8 czerwca 1977 r. (Dz.U. z 1992 r. Nr 41, poz. 175, zał.)
RAF	<i>Royal Air Force</i> , Królewskie Siły Powietrzne
RB ONZ	Rada Bezpieczeństwa ONZ
RE	Rada Europy
Regulamin haski	Załącznik do Konwencji haskiej: Regulamin dotyczący praw i zwyczajów wojny lądowej z Hagi, 18 października 1907 r.
SAM	<i>Surface to Air Missile</i> , rakietka ziemia – powietrze
Statut rzymski MTK	Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, sporządzony w Rzymie 17 lipca 1998 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708 ze zm.)
STSM	Staty Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej
UA	Unia Afrykańska
UE	Unia Europejska
USAF	<i>United States Air Force</i> , Siły Powietrzne Stanów Zjednoczonych
USAAF	<i>United States Army Air Force</i> , Siły Powietrzne Stanów Zjednoczonych podczas II wojny światowej
ZO ONZ	Zgromadzenie Ogólne ONZ

Wstęp

Osoba, która stworzy pierwszy akceptowalny zbiór zasad regulujący sposób prowadzenia wojny powietrznej, uzyska podziękowania milionów istnień ludzkich i otrzyma tytuł Francisa Liebera XX wieku¹.

Zadaniem prawnika badającego prawo międzynarodowe dotyczące wojny, który nie uzurpuje sobie przy tym funkcji moralisty, filantropa czy międzynarodowego ustawodawcy, jest zrozumienie istoty wojny jako faktu, ze wszystkimi jej okropnościami i nieregularnościami. Jest on wezwany do wskazania i przedstawienia zasad praktycznych, bazujących na wyraźnej zgodzie narodów oraz pozostających w szacunku względem abstrakcyjnie pojmowanej sprawiedliwości dającej się ująć, nie jest przy tym uprawniony do formułowania stronniczych i pobieżnych ocen danego zagadnienia w drodze spekulacji czy lekkomyślnego proponowania reform².

Lotnictwo we współczesnej erze wydaje się najważniejszym środkiem prowadzenia walki orężnej. Przykład kampanii lotniczych toczących się na przestrzeni ostatnich trzech dekad wskazuje na formowanie się decydującego czynnika mającego decydować o sukcesie w przyszłym konflikcie zbrojnym. Organizowanie się sił powietrznych uważano już od początków XX wieku za przedmiot szczególnej normy międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych³.

1 Francis Lieber – amerykański prawnik niemieckiego pochodzenia, autor tzw. Instrukcji dla Armii Stanów Zjednoczonych z 1863 roku, z okresu wojny secesyjnej, uznawanej za pierwszy, nowoczesny dokument *ius in bello*. W. G. Downey, *Revision of the Rules of Warfare*, Proceedings of the American Society of International Law at its Forty-Third Annual Meeting Held at Washington, April 28–30 1949, s. 108.

2 A. Sheldon, *Political and Legal Remedies for War*, Londyn 1880, s. 1.

3 Termin „międzynarodowe prawo humanitarne” zaproponowany przez MKCK w latach 50. XX wieku stopniowo stał się zaaprobowaną nazwą określającą konglomerat norm i przepisów prawa międzynarodowego obowiązujący w ramach konfliktów zbrojnych. Na potrzeby spójności językowej należy wskazać, że wykorzystywanymi wciąż sformułowaniami są pojęcia

Wynikało to ze szczególnej, dotychczas nieznanej, zdolności nowego narzędzia prowadzenia działań wojennych do rażenia nieprzyjaciela na nieosiągalne dotychczas dystanse. Po raz pierwszy geograficzne ujęcie wojny przestało być ograniczone tylko i wyłącznie do obszarów znajdujących się w zasięgu artylerii lądowej bądź morskiej. Siła ognia wojskowych statków powietrznych zaczęła przewyższać zdolność pojedynczego żołnierza, by wraz z nastaniem ery ciężkich czterosilnikowych bombowców strategicznych wywierać na przeciwnika większe oddziaływanie niż jakakolwiek dywizja czy też armia urządzona na wzór XIX-wieczny. Projekcja powyższej siły względem kombatantów wymagała przyjęcia ograniczeń, zwłaszcza w zakresie dysponowania środkami powodującymi nadmierne obrażenia oraz zbędne cierpienia, a także broni niekontrolowanych w czasie i przestrzeni⁴.

Pojawienie się balonów, sterowców, a następnie samolotu otworzyło trzeci żywioł ziemski jako nowy wymiar prowadzenia działań wojennych. Był to przełom w dotychczas bipolarnym reżimie prawnym obejmującym tradycyjnie wojnę morską i lądową. Autonomia statków powietrznych stanowiła wyzwanie badawcze w kontekście statusu prawnego przestrzeni powietrznej. Co znamienne, o ile w przypadku lotnictwa cywilnego zawarcie pierwszych porozumień międzynarodowych jest niemal chronologicznie zbliżone do dat pionierskich osiągnięć braci Wright czy Louisa Blériota, o tyle w kontekście prawa wojny powietrznej materia szybko stała się przedmiotem wyjątkowo żmudnego procesu legislacyjnego, którego tempo rozwoju nie było w stanie korespondować z postępami technologicznymi lotnictwa wojskowego. Samolot szybko przestał odgrywać rolę wyłącznie taktyczną, operując jedynie w pobliżu strefy bezpośredniej styczności bojowej, a stał się narzędziem strategicznym rozstrzygającym losy bitew z dala od frontu. Wielki wpływ na negatywne doświadczenia okresu I i II wojny światowej miały wizje teoretyków lotnictwa, uznających maszyny bombowe za środek zdolny do samodzielnego zwycięstwa w wojnie. Co znamienne, sukces ten nie miał zostać osiągnięty poprzez pokonanie nieprzyjaciela w bitwie, lecz wskutek załamania jego zdolności ekonomiczno-społecznych do prowadzenia działań wojennych. Tak pojmowana wizja wykorzystania lotnictwa wojskowego doprowadziła do podważenia fundamentalnych zasad rozróżniania pomiędzy walczącymi a ludnością cywilną. Bezpośrednio także wpłynęła na fakt nieratyfikowania przez żadne państwo jednego w historii „kodeksu” wojny powietrznej w postaci projektu komisji jurystów z 1923 roku. Konsekwencją tego jest brak do dnia dzisiejszego traktatu, który regulowałby kompleksowo wszelkie zagadnienia wykorzystania lotnictwa wojskowego w przyszłym konflikcie zbrojnym. Społeczność międzynarodowa na zjawisko woj-

„prawo konfliktów zbrojnych” czy też „*ius in bello*”. Pomiedzy tymi sformułowaniami a pojęciem „międzynarodowe prawo humanitarne” występują jedynie różnice o charakterze semantycznym. Zob. D. Schindler, *International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and Its Persistent Violation*, „*Journal of the History of International Law*” 2003, vol. 5, s. 171.

4 Zob. M. Piątkowski, *O wartości normatywnej Deklaracji petersburskiej z 1868 roku*, „Międzynarodowe Prawo Humanitarne” 2018, t. IX, s. 101.

ny powietrznej reagowała zawsze retroaktywnie, często próbując regulować użycie samolotu w wojnie przez zupełnie nieadekwatne rozwiązania, m.in. poprzez analogię dostosować działanie lotnictwa do warunków obowiązujących w wojnie morskiej i lądowej. Okazało się to nie tylko rozwiązaniem błędnym naukowo i techniczne, ale także miało bardzo poważne następstwa w praktyce działań wojennych. Wady te przetrwały zasadniczo aż do 1977 roku, kiedy tragedia bombardowań powietrznych stała się kołem zamachowym zmian w myśleniu polityczno-prawnym poprzez odejście od teorii wojny totalnej do zasady koncentracji wysiłku wojennego. Powody tej zmiany nie miały charakteru czysto humanitarnego, lecz były inherentnie związane z sukcesem operacji „Linebacker II”, gdzie skupienie całości energii wojskowej na celach wyłącznie militarnych doprowadziło Stany Zjednoczone do osiągnięcia sukcesu politycznego, jakim było zawarcie porozumień paryskich w 1973 roku i wycofanie się tego państwa z wojny w Indochinach.

Pomimo przełomu i rzeczywistego postępu przepisów *ius in bello*, zwłaszcza w przedmiocie ochrony ludności cywilnej i gwarancji praw kombatantów przed oddziaływaniami pewnych typów uzbrojenia, współczesna rzeczywistość pola walki wciąż jest wyzwaniem dla wielu norm prawa wojny powietrznej. W dalszym ciągu klasyfikowanie przedmiotu akcji wojskowej – jakim jest cel wojskowy – napotyka na obiektywne trudności. Wzrost precyzji środków uzbrojenia i rozpoznania nie wpływa w każdych warunkach na całkowite wyeliminowanie zjawiska strat towarzyszących (*collateral damage*). Asymetryczność konfliktów XXI wieku, w których strony walczące często wykorzystują prawo międzynarodowe jako swoisty „oręż” czy też doktrynę polityczno-wojskową, oddziałuje także na przebieg operacji lotniczych. Oprócz dotychczasowych wyzwań pojawiają się również nowe, związane ze stopniową eliminacją człowieka jako operatora systemów uzbrojenia. Zjawisko autonomiczności w wojnie powietrznej wydaje się przełomem nie tylko technicznym, ale także filozoficzno-prawnym, który może być trudny do pogodzenia z istniejącą siatką międzynarodowego prawa humanitarnego.

Należy wskazać, że zjawisko wojny powietrznej nie obejmuje wyłącznie zjawiska bombardowań powietrznych. Przedmiotem regulacji prawnych są również zasady obowiązujące względem statusu wojskowych statków powietrznych, sytuacji prawnej załogantów, a także reguły obowiązujące względem doboru uzbrojenia lotniczego. Rozwój tych norm był wynikiem długotrwałej praktyki, mającej często swoje źródła blisko 100 lat temu, u zarania lotnictwa wojskowego. Przy braku relewantnego współczesnego traktatu międzynarodowego, który w kompleksowy sposób reguluje powyższe zagadnienia, wymagane jest dokonanie głębokiej analizy historyczno-prawnej rozwoju techniki lotniczej oraz myśli prawniczej.

Niniejsza praca jest zwieńczeniem badań prowadzonych w ciągu 5 lat studiów doktoranckich, których efektem była rozprawa doktorska pt. „Współczesna wojna powietrzna w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych”, obroniona 22 grudnia 2018 roku na Wydziale Prawa Administracji Uniwersytetu Łódzkiego.

Wybór głównego tematu monografii

Zagadnienie wojny powietrznej w ujęciu międzynarodowego prawa humanitarnego wciąż oczekuje w polskiej nauce prawa międzynarodowego na kompleksowe opracowanie. Badaczami, którzy w formie fragmentów monografii bądź też artykułów publikowanych w czasopismach poświęcili część swoich wywodów kwestii wojny powietrznej, byli przede wszystkim dwaj znamienici pracownicy Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego: Remigiusz Bierzanek⁵ oraz Zbigniew Rotocki⁶, którzy wspólnie pochylił się nad zagadnieniem związanym z przypisaniem Haskim regułom wojny powietrznej mocy normy o charakterze zwyczajowym. Zbigniew Rotocki jako bezpośredni uczestnik kampanii wrześniowej sporządził również doskonałą analizę aktywności Luftwaffe podczas tego konfliktu⁷.

W okresie poprzedzającym I wojnę światową zagadnienie wojny powietrznej w ujęciu prawnym poruszała jako pierwsza doktryna francuska. Czołowym jej przedstawicielem był profesor Paul Fauchille, autor pierwszych prac naukowych poświęconych kwestii prawnego reżimu przestrzeni powietrznej, a także sprawozdawca trzech sesji Instytutu Prawa Międzynarodowego w latach 1902–1911. Szeroko w tym aspekcie wypowiadał się też profesor Uniwersytetu w Nancy Louis Rolland, a rozprawę doktorską pt. „Le Droit Futur De La Guerre Aérienne” sporządził V. Le Moyné⁸. W okresie przedwojennym wiele z ważnych prac poświęconych prawnym aspektom użycia lotnictwa w wojnie zostało opublikowanych na łamach czasopisma „Revue Générale de Droit Aérien” ukazującego się w latach 1932–1940. Wojnie powietrznej odrębny wolumen swojego traktatu o reżimie międzynarodowego prawa lotniczego poświęcił Joseph Kroell⁹. Najważniejszym przedstawicielem nauki brytyjskiej był James Malory Spaight, który w okresie poprzedzającym I wojnę światową, a także w latach późniejszych wydał trzy kompleksowe opracowania¹⁰.

5 R. Bierzanek, *Commentary, 1923 Hague Rules for the Control of Radio in Time of War*, [w:] N. Ronzitti (red.), *The Law of Naval Warfare. A Collection of Agreements and Documents with Commentaries*, Haga 1988.

6 Z. Rotocki, *Polish Directives of 1939 Concerning Aerial Bombardment in the Light of International Rules of Air Warfare*, „Polish Yearbook of International Law” 1970, vol. 3.

7 Z. Rotocki, *Operations de l'Aviation Allemande en Pologne en 1939 a la Lumiere du Droit International*, „Polish Yearbook of International Law” 1970, vol. 231.

8 V. Le Moyné, *Le Droit Futur de la Guerre Aérienne*, Nancy 1913; L. Rolland, *Les pratiques de la guerre aérienne dans la conflit de 1914 et le droit des gens*, „Revue Générale de Droit International Public” 1916.

9 J. Kroell, *Traité de Droit international public aérien: L'Aéronautique en temps de guerre*, Vol. II, Paryż 1936.

10 J. M. Spaight, *Air Bombardment*, „The British Yearbook of International Law” 1923–1924, vol. 4; J. M. Spaight, *Air Power and War Rights*, Londyn 1947; J. M. Spaight, *Air Power and War Rights*, Londyn 1924; J. M. Spaight, *Bombing Vindicated*, Londyn 1944; J. M. Spaight, *Aircraft in War*, Londyn 1914.

O wojnie powietrznej pisali w swych podręcznikach prawa międzynarodowego William Edward Hall czy Lassa Oppenheim¹¹. W Stanach Zjednoczonych zagadnieniami związanymi z bombardowaniami lotniczymi zajmowali się James Winford Garner¹², a także Morton William Royse¹³. Wybitnym przedstawicielem doktryny niemieckiej był Alex Meyer¹⁴. Warto wspomnieć o opracowaniu profesora Erika Castréna z Uniwersytetu w Helsinkach z 1938 roku¹⁵ oraz sędziego Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej Johna Basseta Moore'a¹⁶. Włoską perspektywę na prawo wojny powietrznej przedstawił Roberto Sandiford¹⁷.

Z istotnych powojennych opracowań warto wskazać osobę Hansa Blixa¹⁸, Georga Schwarzenbergera¹⁹, Davida Johnsona²⁰, Hamiltona DeSaussure²¹, a także Williama Haysa Parksa²². Prace dwóch niemieckich autorów (Heinza Marcusa Hanke²³ oraz Eberharda Spetzlera²⁴) zasługują w tej mierze na szczególne wyróżnienie. Wojna powietrzna była także przedmiotem wypowiedzi światowych autorytetów w dziedzinie prawa międzynarodowego – Herscha Lauterpachta²⁵ czy Philipa Caryla Jessupa²⁶. Po 1990 roku wojna powietrzna i jej relacja względem międzynarodowego prawa humanitarnego doczekała się dwóch opracowań o charakterze zbiorowym. Pierwszym był zbiór pod redakcją profesorów Natalino Ronzittiego i Gabrielli Venturini, natomiast drugim zbiór materiałów konferencyjnych pod kierownictwem profesor Anne-Sophie Millet-Devalle²⁷. Rozdziały poświęcone

11 W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, Oxford 1904; L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Londyn 1920.

12 J. W. Garner, *Proposed Rules for the Regulation of Aerial Warfare*, „American Journal of International Law” 1924, vol. 18.

13 M. W. Royse, *Aerial Bombardment and the International Regulation*, Nowy Jork 1928.

14 A. Meyer, *Völkerrechtlicher Schutz der friedlichen Personen und Sachen gegen Luftangriffe*, Berlin 1935.

15 E. Castrén, *Ilmasota – kansainvälisoikeudellinen tutkimus*, Helsinki 1938.

16 J. B. Moore, *International Law and Some Current Illusions and Other Essays*, Chicago 1924.

17 R. Sandiford, *Diritto Aeronautico di Guerra*, Rzym 1937.

18 H. Blix, *Area Bombardment: Rules and Reasons*, „The British Yearbook of International Law” 1978, vol. XLIX.

19 G. Schwarzenberger, *The Law of Air Warfare and the Trend Towards Total War*, „University of Malaya Law Review” 1959, vol. 1; G. Schwarzenberger, *Das Luftkriegsrecht und der Trend zum Totalen Krieg*, „German Yearbook of International Law” 1959, vol. 8.

20 D. Johnson, *Rights in Air Space*, Manchester 1965.

21 H. DeSaussure, *The Laws of Air Warfare: Are There Any?*, „International Law Lawyer” 1971, vol. 5.

22 W. H. Parks, *Air War and the Law of War*, „Air Force Law Review” 1990, vol. 32.

23 H. M. Hanke, *Luftkrieg und Zivilbevölkerung*, Frankfurt n. Menem 1992.

24 E. Spetzler, *Luftkrieg und Menschlichkeit*, Getynga 1956.

25 H. Lauterpacht, *The Problem of the Revision of the Law of War*, „The British Yearbook of International Law” 1952, vol. 29.

26 P. C. Jessup, *A Modern Law of Nations – An Introduction*, Nowy Jork 1949.

27 N. Ronzitti, G. Venturini (red.), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues (Essential Air and Space Law)*, Utrecht 2006; A.-S. Millet-Devalle (red.), *Guerre aérienne et droit international humanitaire*, Paryż 2015.

wojnie powietrznej można odnaleźć w pracach współczesnych autorów: Michaela Bothe, Matthew C. Waxmana, Matthew Lippmana, Anthonego Rogersa, Yorama Dinstein, Michaela N. Schmitta oraz Marca Sassòli.

Ostatnie lata to też intensywny rozwój polskiej doktryny prawa międzynarodowego humanitarnego, również w kontekście badań nad tzw. prawem haskim. Wiele z cennych wystąpień oraz publikacji w tym zakresie powstało w ramach cyklu wieloletnich konferencji organizowanych przez Akademię Marynarki Wojennej w Gdyni przy współpracy z Uniwersytetem Gdańskim. Z autorów zajmujących się także powyższym zagadnieniem warto wskazać prace Marcina Marcinko²⁸ (temat tzw. *targetingu*), Kai Kowalczewskiej (bezzałogowce)²⁹, Agnieszki Szpak³⁰ oraz Patrycji Grzebyk³¹.

Jednakże w trakcie swoich badań autor nie natrafił na kompleksowe opracowanie poświęcone wyłącznie prawu wojny powietrznej, które oprócz dekodowania samego pojęcia przedstawiałoby podstawowe założenia problemu. Z uwagi na powyższe nauka prawa międzynarodowego humanitarnego wymaga uzupełnienia w ocenie autora o pozycję poświęconą w całości kwestii, która w swej istocie najbardziej wpłynęła na rozwój *ius in bello* w XX wieku.

Z uwagi na zakres pracy autor musiał pominąć szerszą analizę zagadnień związanych z neutralnością w wojnie powietrznej i statusem sanitarnych statków powietrznych.

Struktura opracowania

Monografia została podzielona na dziewięć głównych rozdziałów.

Pierwszy rozdział to próba zdefiniowania zjawiska wojny powietrznej jako wymiaru prowadzenia działań zbrojnych. Obejmuje analizę zarysu rozwoju technicznego lotnictwa, jego genezę jako środka walki zbrojnej oraz wpływu na pole walki w XIX i XX wieku. Przyjęta struktura jest niezbędna, aby zrozumieć znaczenie zjawiska i powody, dla których materia stała się podstawowym wyzwaniem

28 M. Marcinko, *Prowadzenie wojny powietrznej w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych*, [w:] Z. Falkowski, M. Marcinko (red.), *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych*, Warszawa 2014, s. 303–348.

29 K. Kowalczevska, J. Kowalewski (red.), *Systemy dronów bojowych: analiza problemów i odpowiedź społeczeństwa obywatelskiego*, Warszawa 2015.

30 A. Szpak, *Bezpośredni udział w działaniach zbrojnych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*, Toruń 2013; A. Szpak, *Międzynarodowe prawo humanitarne*, Toruń 2014.

31 P. Grzebyk, *Cele osobowe i rzeczowe w konfliktach zbrojnych w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 2018.

dla nauki międzynarodowego prawa humanitarnego oraz przedmiotem szczególnej troski społeczności międzynarodowej. Analiza obejmuje w tej mierze także przedstawienie zmian w doktrynie, strategii oraz taktyce wykorzystania sił powietrznych aż do dnia dzisiejszego.

Rozdział drugi to próba zdefiniowania pojęcia „prawo wojny powietrznej” oraz umiejscowienia go w ramach międzynarodowego prawa humanitarnego.

Następnym elementem wywodu jest przedstawienie ram i fundamentów reżimu *ius in bello*, który ma charakter tożsamy i paralelny z wymiarem pojęcia „prawo wojny powietrznej” w zakresie stosowania przedmiotowego, podmiotowego, temporalnego i geograficznego, z uwzględnieniem okoliczności istotnie związanych z charakterystyką wojny powietrznej, jak np. kwestia pierwszego uderzenia i związanej z nim klasyfikacji tego aktu, będącego pierwszym elementem konfliktu zbrojnego (rozdział trzeci).

Rozdział czwarty jest poświęcony historycznemu rozwojowi historii prawa wojny powietrznej do 1923 roku.

Rozdział piąty obejmuje analizę dogmatyczno-porównawczą skupioną wokół Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku oraz ocenia ich status jako zwyczajowe prawo w okresie poprzedzającym okres II wojny światowej. Część ta obejmuje również analizę stopniowego „upadku” norm prawa międzynarodowego wskutek prowadzenia nieograniczonej wojny powietrznej w latach 1939–1945.

Rozdział szósty to przegląd relewantnych norm Protokołu dodatkowego I mających zastosowanie w prawie bombardowań powietrznych, a także analiza granic kodyfikacji prawa wojny powietrznej.

Rozdział siódmy prezentuje wybrane zagadnienia szczegółowo związane ze statusem osób ewakuujących się z uszkodzonego samolotu, z zagadnieniami perfidii, forteli wojennych, regułami rządzącymi oznakowaniem wojskowych statków powietrznych, a także normami obowiązującymi przy doborze środków walki.

Rozdział ósmy to zebranie relewantnych orzeczeń mających wartość w kontekście prawa wojny powietrznej, wydanych przez różnego rodzaju organy: sądy międzynarodowe, sądy krajowe bądź komisje śledcze.

Rozdział dziewiąty to analiza współczesnych wyzwań związanych z bezzałogowością i autonomicznością w działaniach lotnictwa wojskowego.

Autor ma świadomość, że znaczna część książki poświęcona jest zagadnieniom *prima facie* historycznym. Należy jednakże zwrócić uwagę, że rozwiązania te mają jedynie chronologicznie charakter wcześniejszy, gdyż ich wartość w kontekście prawnym, doktryny oraz praktyki państw jest wciąż relewantna. W pierwszej kolejności trzeba zaznaczyć, że do dnia dzisiejszego nie powstał kodeks prawa wojny powietrznej regulujący w sposób kompleksowy wszelkie zagadnienia tego prawa. Po drugie, szczególna instytucja międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych opiera się na historii rozumianej w istocie jako praktyka państw, będącej jednym z niezbędnych elementów wytworzenia się normy o charakterze zwyczajowym.

Cele i główne tezy opracowania

Celem prowadzenia badań jest uzupełnienie luki w nauce prawa międzynarodowego humanitarnego o rozprawę, która zostanie poświęcona w całości kwestii najbardziej wpływającej na rozwój *ius in bello* w XX wieku. Oprócz przedstawienia samego rozwoju koncepcji prawa wojny powietrznej, niezbędne jest zrealizowanie samodzielnych badań, opierając się na potrzebie zidentyfikowania zasadniczych problemów związanych z interpretacją norm międzynarodowego prawa humanitarnego, określających zakres dopuszczalnego użycia lotnictwa w konflikcie zbrojnym, nie tylko jako narzędzia (nowej broni), ale także jako **autonomicznego wymiaru prowadzenia działań wojennych, równoległego do zjawiska wojny lądowej oraz morskiej**. Z uwagi na przekrój tematu, uwzględnienie w znacznym stopniu perspektywy historycznej, należy podnieść, że międzynarodowe prawo humanitarne posiada specjalne unormowania rozwiązujące konflikt pomiędzy normami wcześniejszymi a późniejszymi. Rozwiązanie powyższych kolizji docelowo następuje poprzez stosowanie reguły kolizyjnej *lex posterior derogat legi priori*, zawartej w art. 30 ust. 3 KPT z 1969 roku, który wyłącza stosowanie traktatu wcześniejszego w takim zakresie, w jakim nie może on zostać pogodzony z przepisami traktatu późniejszego. Specyfika międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych, zwłaszcza w zakresie rozwoju tzw. prawa haskiego, bardziej wskazuje na rozwijanie i uzupełnianie regulacjami późniejszymi zapisów wcześniejszych (*lex posterior „amplificat” legi priori*), niż zastępowanie go wprost nowszym traktatem bądź zwyczajem międzynarodowym³². Dotyczy to w szczególności przepisów IV Konwencji haskiej i jej regulaminu o prawach i zwyczajach w wojnie lądowej z 1907 roku, której przepisy stanowią fundament *ius in bello*. Moc ich obowiązywania nie została w żaden sposób wprost bądź dorozumianie podważona przez późniejsze regulacje. Z uwagi na powyższą konstatację praca nie może zawęzać się jedynie do najbardziej adekwatnie współczesnej normy międzynarodowego prawa humanitarnego w postaci Protokołu dodatkowego I, lecz powinna zdaniem autora obejmować przekrój na pozór historycznych, ale wciąż aktualnych i obowiązujących rozważań o charakterze traktatowym bądź zwyczajowym. Stąd też znaczna część opracowania zostanie poświęcona chronologicznie pierwszym dokumentom *ius in bello* składającym się na wymiar pojęcia „prawo wojny powietrznej”. Metoda ta będzie zasadniczym czynnikiem porządkującym wywód w niniejszej pracy, który będzie zbudowany wokół zasadniczych, wzajemnie powiązanych tez:

1. Na gruncie międzynarodowego prawa humanitarnego nie występuje pojęcie „prawo wojny powietrznej” i niezbędne jest jego usystematyzowanie.

32 R. Kolb, K. Del Mar, *Treaties for Armed Conflict*, [w:] A. Clapham, P. Gaeta (red.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford 2014, s. 76.

2. Rozwój norm prawa wojny powietrznej jest inherentnie powiązany z przełomami technologicznymi w lotnictwie wojskowym, na które prawo międzynarodowe reaguje z opóźnieniem, nie będąc zdolne do proaktywnego uregulowania zagadnienia z uwagi na względy natury militarnej.
3. Nieprawidłowość konstrukcji art. 25 Regulaminu haskiego z IV Konwencji haskiej z 1907 roku o prawach i zwyczajach obowiązujących w wojnie lądowej i jej niedostosowanie do warunków wojny powietrznej, przy założeniu braku obowiązywania innych, zwyczajowych norm regulujących zasady bombardowań powietrznych, spowodowała, że przebieg operacji lotniczych w latach 1939–1977 (najpóźniej od 31 maja 1942 roku) mógł się odbywać się w warunkach próżni prawnej o charakterze *non-liquet*.
4. Szeroko rozpowszechnione działania lotnicze o charakterze saturacyjnym wymierzone w ludność cywilną, podejmowane w latach 1939–1970, uniemożliwiają jednoznaczne stwierdzenie, czy działania te były naruszeniem istniejących norm prawa zwyczajowego.
5. Odejście w latach 70. i 80. XX wieku od działań skierowanych względem ludności cywilnej wynikało zarówno ze zmiany doktryny użycia lotnictwa w konflikcie zbrojnym, jak i rozwoju międzynarodowego prawa humanitarnego.
6. Przepisy Protokołu dodatkowego I są jedynie częściową kodyfikacją prawa wojny powietrznej, w pozostałym zakresie obowiązują normy zwyczajowe będące refleksem Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku.
7. Nie istnieje w prawie międzynarodowym obowiązek wykorzystywania amunicji precyzyjnego rażenia, ale jej brak może poważnie ograniczyć możliwości operacyjne strony atakującej.
8. Istniejąca obecnie siatka międzynarodowego prawa humanitarnego adekwatnie odpowiada na wyzwania związane z trzecią i częściowo czwartą fazą rozwoju lotnictwa wojskowego.
9. Istniejąca obecna siatka międzynarodowego prawa humanitarnego jest nieadekwatna do zjawiska idealnej autonomiczności w działaniach powietrznych.

Metodologia badań

Złożoność zagadnienia wojny powietrznej w kontekście międzynarodowego prawa humanitarnego wymaga przyjęcia spojrzenia holistycznego, obejmującego szeroki kontekst pozaprawny, związany z historią wojskowości, techniki lotniczej, doktryny wykorzystania lotnictwa w konflikcie zbrojnym oraz znajomości realiów w stosunkach międzynarodowych. Perspektywa prawna obejmuje w pierwszej kolejności analizę opartą na istniejących źródłach prawa wojny powietrznej, które

z uwagi na brak jednoznacznej definicji wymagają wyodrębnienia jako mające istotną wartość z punktu widzenia zakresu monografii. W ramach pracy wykorzystano w pierwszej kolejności metodę historyczną zarówno w płaszczyźnie prawnej (jako genezę reżimu prawnego wojny powietrznej) oraz pozaprawnej (jako źródła pojęcia „wojna powietrzna”, ewolucji doktryny oraz techniki lotniczej), metodę dogmatyczną (rozumianą jako krytyczna analiza norm międzynarodowego prawa humanitarnego, orzecznictwa międzynarodowego oraz stanowisk międzynarodowych instytucji o znacznym autorytecie). Ograniczone zostało wykorzystanie analizy prawnoporównawczej z uwagi na fakt, że większość współczesnych instrukcji wojskowych i zasad użycia siły (tzw. *Rules of Engagement*) ma charakter tajny i nie może być wykorzystana do badań naukowych.

Rozdział I

Zjawisko wojny powietrznej od początków lotnictwa wojskowego do współczesności

1. Definicja wojny powietrznej

Istotnym komponentem pojęcia „prawo wojny powietrznej” jest sformułowanie „wojna powietrzna”. Do początków XX wieku istniał podział na wojnę lądową – związaną z działaniami sił zbrojnych na lądzie, oraz konfrontację o charakterze morskim – wynikającą z walki okrętów wojennych¹. W okresie poprzedzającym bezpośrednio wybuch I wojny światowej dostrzeżono pojawienie się nowej formy prowadzenia rywalizacji pomiędzy walczącymi w przestrzeni powietrznej. Pomiedzy wskazanymi wyżej rodzajami działań zbrojnych ze względu na rodzaj wymiaru (żywiołu), w jakim się toczą, można wyróżnić działania o charakterze mieszanym, np. bitwę powietrzno-morską (z udziałem lotniskowców bądź lotnictwa morskiego) lub lądowo-morską (w postaci bombardowań morskich obszarów przybrzeżnych)².

Analizę pojęcia warto zacząć od prezentacji istniejących definicji. J. G. Gomez przez pojęcie wojny powietrznej rozumie „ogół operacji powietrznych o charakterze ofensywnym oraz defensywnym, wykonanych przez siły powietrzne z zamiarem wywarcia nacisku na nieprzyjaciela poprzez osiągnięcie przewagi w powietrzu”³.

1 Zob. D. Jordan, J. Kiras, D. Lonsdale, I. Speller, C. Tuck, C. D. Walton, *Understanding Modern Warfare*, Cambridge 2016.

2 Charakter taki miały w pierwszej kolejności starcia w okresie II wojny światowej związane z działaniami lotniskowców (np. bitwa o Midway). Koncepcja tzw. bitwy powietrzno-morskiej (Air-Sea Battle) jest jedną z zasadniczych doktryn strategicznych Stanów Zjednoczonych (zob. Department of Defense, *Air-Sea Battle: Service Collaboration to Address Anti-Access and Area Denial Challenges*, 2013).

3 „In principle, it could be said that air warfare is a set of offensive and defensive aerial operations carried out using the air force with the intention of imposing one's will on the adversary by achieving a sufficient degree of aerial superiority. On the other hand, when the court of Montpellier had to define air warfare in September 1945, it did so indirectly, limiting itself to an enumeration of the specific hardware involved, namely, balloons, dirigibles, aeroplanes, seaplanes and helicopters”. J. G. Gomez, *The Law of Air Warfare*, „International Review of the Red Cross” 1998, no. 323.

Definicja autora zwraca uwagę na powiązanie zjawiska wojny powietrznej ze zjawiskiem przewagi powietrznej, czyli ogółu działań lotnictwa mających na celu uzyskanie sukcesu taktyczno-strategicznego, pozwalającego na skuteczne i niezakłócone od wrogiej aktywności lotniczej operowanie wszystkich rodzajów sił zbrojnych⁴.

Encyklopedia „Britannica” określa wojnę powietrzną jako „konglomerat operacji wojskowych wykonywanych przez samoloty, helikoptery oraz załogowe statki powietrzne. Wojna powietrzna może być wykonywana przeciwko celom zlokalizowanym w powietrzu, na lądzie, pod powierzchnią morza i na jego powierzchni”⁵. Amerykański *think-tank* RAND definiuje zjawisko wojny powietrznej jako „zdolność do wyłączenia z walki nieprzyjacielskich zasobów poprzez wykonanie strategicznych uderzeń z użyciem statków załogowych i bezzałogowych”⁶.

C. H. Stockton zwrócił uwagę w przededniu I wojny światowej, że wojna powietrzna była docelowo na tyle normatywnie powiązana z normami obowiązującymi w wojnie lądowej i morskiej, że wojnę powietrzną definiował jako „wojnę powietrzno-lądową bądź wojnę morsko-lądową”⁷. Francuski badacz J. Kroell, autor opracowania dedykowanego prawu wojny powietrznej w okresie międzywojennym, określał wojnę powietrzną jako „zestaw operacji przeprowadzonych przez wojującego przeciwko siłom zbrojnym drugiego wojującego”⁸. G. Schwarzenberger wskazał, że wojna powietrzna jest odmiennym zarówno w płaszczyźnie prawnej, jak i wojskowej wymiarem prowadzenia działań wojennych mających w pewnym zakresie autonomię, niemniej zdaniem autora „celem wojny powietrznej jest osłabienie potencjału wojennego wroga, ale działania lotnicze nie mogą prowadzić do osiągnięcia celu strategicznego” (kwestionował tym samym możliwość rozróżnienia ze względu na bombardowanie taktyczne i strategiczne)⁹.

4 „Przewaga w powietrzu (air superiority) – to taki stan dominacji sił powietrznych jednej strony nad siłami powietrznymi drugiej strony, który pozwala siłom lądowym i morskim tej pierwszej strony na prowadzenie działań w danym miejscu i czasie w warunkach braku skutecznego przeciwdziałania sił powietrznych drugiej strony”. J. Marszałkiewicz, *Rozwój doktryn powietrznych w okresie zimnej wojny*, „Rocznik Bezpieczeństwa Międzynarodowego” 2011/2012, s. 181; W. Michalak, *Przewaga w powietrzu i z powietrza*, „Zeszyty Naukowe AON” 2013, nr 3(92), s. 210.

5 „Air warfare, also called aerial warfare, the tactics of military operations conducted by airplanes, helicopters, or other manned craft that are propelled aloft. Air warfare may be conducted against other aircraft, against targets on the ground, and against targets on the water or beneath it. Air warfare is almost entirely a creation of the 20th century, in which it became a primary branch of military operation”, <http://www.britannica.com/topic/air-warfare> (dostęp: 16.10.2020).

6 RAND, *Air Warfare*, <https://www.rand.org/topics/air-warfare.html> (dostęp: 16.10.2020).

7 „By this term is included aerial warfare over the land and aerial warfare over the sea, or what has been termed «aerial land and aerial maritime warfare»”. C. H. Stockton, *Outlines of International Law*, Nowy Jork–Chicago–Boston 1914, s. 355.

8 „La guerre aérienne est un ensemble d’opérations effectués par les forces militaires d’un belligérant contre celles de son adversaire”. J. Kroell, *Traité de Droit international public aérien: L’Aéronautique en temps de guerre*, Vol. II, Paryż 1936, s. 49.

9 G. Schwarzenberger, *The Law of Air Warfare and the Trend Towards Total War*, „University of Malaya Law Review” 1959, vol. 1, s. 120.

Instrukcja harwardzka z 2009 roku przyjęła dość szeroką definicję zjawiska wojny powietrznej jako „operacji powietrznych odnoszących się do działań zbrojnych, co oprócz działań bojowych obejmują misje zwiadowcze, rozpoznania, ratunkowe oraz transportowe, podejmowane zarówno w ataku, jak i obronie”¹⁰.

Dokonując analizy przedstawionych powyżej definicji i pojęć, można przyjąć, że wojna powietrzna jest elementem działań zbrojnych, odbywających się w przestrzeni powietrznej pomiędzy walczącymi za pośrednictwem ich sił powietrznych. Wojna powietrzna to konglomerat bojowych operacji lotniczych odbywających się w przestrzeni powietrznej, zmierzających ostatecznie do osiągnięcia supremacji w powietrzu poprzez zwalczenie możliwości prowadzenia aktywnych działań lotniczych przez stronę przeciwną¹¹. Operacje lotnicze obejmują działania w przestrzeni powietrznej, w relacji powietrze – ziemia oraz powietrze – ląd, w ramach których dochodzi do wspierania wojsk lądowych i morskich oraz ograniczenia potencjału przeciwnika pozwalającego na prowadzenie wojny¹². Podnieść należy, iż wspólnym mianownikiem wszystkich przedstawionych definicji jest uznanie, iż przedmiotem wojny powietrznej jest ogół działań bojowych lotnictwa wojskowego podczas konfliktu zbrojnego. Pojęcie to ma dwa wymiary:

- a) *sensu stricto* – obejmujące swym zasięgiem zbrojną interakcję pomiędzy wrogimi statkami powietrznymi;
- b) *sensu largo* – ogół aktywności bojowej wojskowego statku powietrznego, obejmującej również działania lądowe i morskie, związane ze zwalczaniem celów nawodnych i naziemnych, a także działania innego typu statków powietrznych w strefie konfliktu zbrojnego¹³.

10 „The phrase «air and missile warfare», as used in the title of this Manual, adverts to air or missile operations that are specifically related to hostilities. In addition to air or missile combat operations (see Rule 1(c)), air or missile operations include surveillance, weather, reconnaissance, search-and-rescue, transport and other operations that may not be directly related to ongoing hostilities. The inclusion of operations «whether in offence or defence» is intended to highlight the fact that an operation's tactical or operational character has no bearing on the law of international armed conflict applicable to it. Thus, for instance, there is no distinction in the terminology of this Manual between an offensive attack and a defensive counter-attack”. Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge 2013, s. 9.

11 W literaturze wskazuje się na trzy stopnie kontroli nad przestrzenią powietrzną w warunkach konfliktu zbrojnego: a) korzystnej sytuacji powietrznej (gdy nieprzyjacielskie siły powietrzne nie są w stanie zapobiec sukcesowi wojsk lądowych bądź marynarki wojennej), b) przewagi powietrznej (gdy operacje wojskowe mogą odbywać się w danym czasie i przestrzeni bez większego oddziaływania nieprzyjacielskich sił powietrznych), c) supremacji powietrznej (gdy nie istnieje żadne realne oddziaływanie ze strony nieprzyjaciela). Odnaleźć można pojęcie tzw. dominaty powietrznej, gdzie wróg nie ma możliwość jakiegokolwiek działania w kontrolowanej przestrzeni powietrznej.

12 M. Piątkowski, *A Brief History of the Law of Aerial Warfare*, Beau Bassin 2017, s. 9.

13 Y. Dinstein, *The Laws of War in the Air*, „Israel Yearbook of Human Rights” 1981, vol. 11, s. 41.

2. Wojna powietrzna w ujęciu historycznym

2.1. Narodziny lotnictwa wojskowego i jego rozwój do 1903 roku

Od czasów Dedala i Ikara jednym z niespełnionych marzeń ludzkości było pokonanie siły grawitacji oraz wynalezienie obiektu zdolnego do lotu w powietrzu. Równolegle pojawiła się jednoczesna wola korzystania z powietrza jako nowego wymiaru prowadzenia działań zbrojnych. R. Higham i M. Parillo podają, że już podczas kampanii Aleksandra Macedońskiego w Baktrii (obszar dzisiejszego Afganistanu i Pakistanu) w 327 r. p.n.e. zdobycie tzw. Skały w Sogdianie zawdzięczane jest zajęciu wyżej położonej pozycji nad broniącymi się oblężonymi¹⁴. Podczas bitwy pod Legnicą w 1241 r. zwycięstwo wojsk tatarskich przypisywane jest m.in. wykorzystaniu mikstur chemicznych przenoszonych na wysokich chorągwiach¹⁵. Tatarzy wprowadzili elementy chińskiej sztuki prowadzenia działań wojennych, gdzie powszechne było korzystanie z latawców jako swoistych przyrządów mierniczych i rozpoznawczych. Latawcom, jako pierwowzoru platformy bezzałogowej, przypisuje się udział w pierwszym bombardowaniu lotniczym. Panujący w latach 1688–1703 król Tajlandii (ówczesnego Syjamu) Phetracha przymocował do latawców proch strzelniczy, co doprowadziło do zmniejszenia oporu jednej ze zbuntowanych prowincji¹⁶. Próby zbudowania pierwszych konstrukcji lotniczych, wzorowanych na anatomii ptactwa lotnego, były przedmiotem wysiłku jednego z geniuszy epoki renesansu – Leonarda da Vinci¹⁷. Realne efekty osiągnięto dopiero pod koniec XVIII wieku, kiedy zajmująca się produkcją papieru na terenie południowej Francji rodzina Montgolfier rozpoczęła pierwsze eksperymenty z wykorzystaniem papierowego materiału oraz wypełnionego nim ciepłego powietrza do unoszenia się w powietrzu. 4 lip-

14 R. Higham, M. Parillo, *The Influence of Airpower Upon History: Statesmanship, Diplomacy and Foreign Policy since 1903*, Lexington 2013, s. 1.

15 „Była tam w ich (mongolskim) wojsku między innymi chorągiewami jedna ogromnej wielkości. (...) na wierzchołku jej drzewca tkwiła postać głowy wielce szpetnej i potwornej z brodą, kiedy więc Tatarzy o jedną stając w tył się byli cofnęli i zabierali do ucieczki, chorągwy niosący ów porządek poczęli tą głową z całej siły machać, a natychmiast buchnęła z niej jakaś para gęsta, dym i wiew tak smrodliwy, że za rozejściem się między wojskami tej zabójczej woni Polacy mdlejący i ledwo żywi ustali na siłach i niezdolnymi się stali do walki”. J. Długosz, *Roczniki Czyli Kroniki Sławnego Królestwa Polskiego*, księga VII, rok pański 1241, https://www.dbp.wroc.pl/biblioteki/wroclaw/attachments/article/714/Jan%20D%C5%82ugosz_Roczniki%20czyli%20Kroniki%20s%C5%82awnego%20Kr%C3%B3lestwa%20Polskiego_VII-VIII.pdf (dostęp: 16.10.2020).

16 P. Wooning, *A Short History of Kites: History of Flying – The Kites Role in Aviation and the Airplane, History of Things Series Book III*, ebook 2015.

17 J. D. Anderson, *A History of Aerodynamics: And Its Impact on Flying Machines*, Cambridge 1997, s. 21–25.

ca 1783 roku pierwszy balon (bezzałogowy) oderwał się skutecznie od ziemi. 19 września 1783 roku wynalazek załadowany zwierzętami przez 8 minut latał nad rezydencją Ludwika XVI w Wersalu. W tym samym roku, w dniu 15 października, J.-F. Pilâtre de Rozier i markiz d'Arlandes byli pierwszymi pasażerami na pokładzie balonu braci Montgolfier. Rozpoczęła się tym samym pierwsza era rozwoju lotnictwa – era lotnictwa balonowego. Wynalazek szybko znalazł realną użyteczność wojskową, gdyż już 2 kwietnia 1794 roku Komitet ds. Bezpieczeństwa Publicznego rewolucyjnej Francji podjął decyzję o utworzeniu pierwszej formacji lotniczej w obrębie francuskich sił zbrojnych, jaką był 1 Korpus Aerostatów (*La Compagnie d'aérostiers*)¹⁸. 2 czerwca 1794 roku balon o nazwie „L'Entreprenant” wykonał pierwszą misję bojową w charakterze rozpoznawczym, a podczas bitwy pod Fleurus (26 czerwca 1794 roku) dostarczał dowódcy armii francuskiej informacje o położeniu wojsk austriackich¹⁹. W trakcie wojny secesyjnej w 1861 roku siły zbrojne Unii („Północy”) utworzyły Armijny Korpus Balonowy (*Union Army Balloon Corps*), którego trzon stanowiły balony napełniane wodorem. Ich sposób przeznaczenia był podobny jak w przypadku jednostek francuskich, a podczas tzw. bitwy pod siedmioma sosnami pomiędzy 31 maja a 1 czerwca 1861 roku (*Battle of Seven Pines*) przyjmuje się, że informacje dostarczone przez załogę balonów „Constitution”, „Interpid” i „Washington” uratowały wojska Północy od okrążenia przez siły Konfederatów²⁰. Podczas oblężenia Paryża w latach 1870–1871 francuskie balony zapewniały dopływ materiałów, informacji oraz poczty dla otoczonych wojsk francuskich, wywołując w drodze powrotnej najważniejsze osoby w państwie (m.in. szefa francuskiego rządu Léona Gambette)²¹.

Pierwsza informacja o próbie bombardowania powietrznego (co interesujące, w formie bezzałogowej) została zanotowana w 1849 roku, kiedy wojska austriackie przygotowały 200 balonów zasilanych gorącym powietrzem, uzbrojonych w bomby z nastawnikami czasowymi, by zbombardować Wenecję, jednak przeszkodził temu przeciwny wiatr²². Istnieją także informacje dotyczące użycia bojowego balonów w formie bombowców podczas interwencji francuskiej w Indochinach (w trakcie bitwy pod Dien Bien Phu w 1884 roku) oraz wojny japońsko-rosyjskiej w 1905 roku²³. Jako ciekawostkę można przytoczyć fakt, że w 1812 roku wojska rosyjskie planowały wypełnić balon ładunkami wybuchowymi, by zaatakować miejsce postoju cesarza Francuzów²⁴.

18 F. Stansbury Haydon, *Military Ballooning During the Early Civil War*, Baltimore 2000, s. 8.

19 F. Lyall, B. Larsen, *Space Law. A Treatise*, Nowy Jork 2009, s. 156.

20 H. Driver, *The Birth of Military Aviation, Britain 1903–1914*, Suffolk 1997, s. 131.

21 E. Castrén, *Ilmasota – kansainvälistöikeudellinen tutkimus*, Helsinki 1938, s. 25.

22 J. MacKenzie Bacon, *The Dominion of the Air: The Story of Aerial Navigation*, Londyn 1902, s. 141.

23 R. N. Macomber, *Honor Bound*, Sarasota 1911, s. 264.

24 J. Lefebvre, *Le droit des gens moderne dans la guerre continentale*, Paryż 1886, s. 68.

2.2. Sterowce i pierwsze bombardowania strategiczne

Nową erę w historii baloniarstwa otworzyło pojawienie się sterowców, wypełnionych wodorem oraz posiadających zainstalowane silniki wraz z przestronną i zamkniętą gondolą, uzależniając w znacznym stopniu sterowce od czynników atmosferycznych, nadając im niespotykaną ówczesnie autonomię operacyjną. Konstrukcja ta została szczególnie udoskonalona przez niemieckiego konstruktora Ferdinanda Grafa von Zeppelina. Zwiększenie udźwigu aerostatów nowego typu pozwoliło na wyposażenie sterowców w pierwsze prymitywne bomby lotnicze, a nawet uzbrojenie typu obronnego. Przed wybuchem I wojny światowej niemieckie siły zbrojne posiadały 11 statków powietrznych typu Zeppelin. Obawy przed działaniem sterowców wzbudziły zaniepokojenie brytyjskich kręgów wojskowych, w tym ówczesnego lorda admiralicji Winstona Churchilla, który nakazał brytyjskiemu lotnictwu przygotować prewencyjne ataki na bazy zeppelinów, a także nakreślić pierwsze plany zorganizowanej obrony przeciwlotniczej Londynu²⁵. 21 listopada 1914 roku doszło do pierwszych ataków lotniczych Sprzymierzonych na bazę niemieckich sterowców w Friedrichshafen. Z kolei niemieckie dowództwo uważało, że lotnicze uderzenia powietrzne wymierzone w centra miast pozwolą na wywołanie stanu paniki wśród brytyjskiej ludności cywilnej, obniżając poparcie społeczeństwa brytyjskiego dla zaangażowania sił Wspólnoty Brytyjskiej na kontynencie. Pomimo dysponowania środkiem pozwalającym na bezpośredni atak przeciwko Wyspom Brytyjskim, cesarz Wilhelm II osobiście sprzeciwiał się atakowi sterowców przeciwko stolicy Zjednoczonego Królestwa, obawiając się strat wśród brytyjskiej rodziny królewskiej. 9 stycznia 1915 roku dowodzący sztabem marynarki wojennej admirał Paul Behncke przekonał kanclerza Bethmanna Hollwega oraz cesarza Wilhelma II do ataków na Londyn, uznając, że może doprowadzić to do wymiernych skutków psychologicznych²⁶. 5 maja 1915 roku zakazano atakowania celów położonych na zachód od londyńskiego Tower (był to efekt wcześniejszego ataku lotniczego na Norfolk, gdzie część bomb prawie trafiła w rezydencję królewską)²⁷. Dopiero 31 maja 1915 roku niemieckie zeppeliny wykonały pierwszy rajd bombowy na Londyn. W trakcie swej kampanii zrzucały na Wyspy Brytyjskie ok. 6000 bomb, zabijając 556 osób i raniąc dalsze 1357²⁸. Działania sterowców były obserwowane także na innych frontach I wojny światowej, m.in. w 1914 roku jednostka SL-2 zbombardowała Warszawę, a zeppeliny działały również na Bałkanach²⁹.

25 T. D. Biddle, *Rhetoric and Reality in Air Warfare: The Evolution of British and American Ideas about Strategic Bombing, 1914–1945*, Princeton 2002, s. 19–21.

26 S. H. Ross, *Strategic Bombing by the United States in World War II: The Myths and the Facts*, Jefferson 2003, s. 21–22; E. Spetzler, *Luftkrieg und Menschlichkeit*, Getynga 1956, s. 142–143.

27 A. Hyde, *The First Blitz*, Barnsley 2012, s. 65–66.

28 A. Finlan, *Contemporary Military Culture and Strategic Studies: US and UK Armed Forces in the 21st Century*, Nowy Jork 2013, s. 109.

29 W. Behrends, *The Great Airships of Count Zeppelin*, 2015 ebook, s. 31.

Początkowo zeppelin były nieuchwytne dla brytyjskiego lotnictwa wojkowego, a ich górny pułap znajdował się poza zasięgiem donośności dział artylerii przeciwlotniczej. Erę lotnictwa wojkowego opartego na balonach i sterowcach zakończyło wynalezienie zapalającej artylerii przeciwlotniczej. Konwencjonalna amunicja samolotów myśliwskich i karabinowych albo nie posiadała odpowiedniej donośności, albo pomimo przebicia powłoki aerostatu nie powodowała negatywnych skutków dla statku powietrznego. Dopiero pociski typu zapalającego powodowały eksplozję wodoru, co natychmiast przełożyło się na tak wysokie straty, że zakończyło to definitywnie wyprawy zeppelinów na Wyspy Brytyjskie³⁰. Po roku 1916 wszystkie niemieckie sterowce zostały przeznaczone jedynie do służby patrolowej obszarów morskich. W efekcie w późniejszym okresie balony miały jedynie charakter obserwacyjny bądź stanowiły sposób powietrznej zapyry przed działaniami lotnictwa nieprzyjacielskiego. Podczas bitwy o Anglię, w trakcie fazy bombardowania angielskich lotnisk, balony zaporowe stanowiły poważną przeszkodę dla nisko nadlatującego lotnictwa bombowego Luftwaffe. W czasie II wojny światowej, w ramach próby odwrócenia losów wojny, dowództwo japońskie zaaprobowało plan wysłania tysięcy balonów wypełnionych ładunkami zapalającymi przeciwko zachodnim terytoriom Stanów Zjednoczonych i Kanady³¹.

2.3. Rozwój lotnictwa wojkowego w przededniu I wojny światowej

Prawdziwie przełomowym wydarzeniem okresu poprzedzającego wybuch I wojny światowej był udany przelot Louisa Blériota w 1909 roku, gdy płatowiec jego konstrukcji pokonał kanał La Manche. Natychmiast ten sukces techniczny spowodował uruchomienie w wielu krajach różnego rodzaju przedsiębiorstw i szkół lotniczych. W październiku 1910 roku utworzono we Francji pierwszą samodzielną jednostkę sił powietrznych (*Aéronautique Militaire*). W tym samym okresie podobne formacje zostały sformowane w Niemczech (*Fliegertruppen des deutschen Kaiserreich*), Wielkiej Brytanii (*Royal Flying Corps*), Włoch (*Regia Aeronautica*), Austro-Węgrzech oraz Rosji. 1 listopada 1911 roku porucznik włoskich sił powietrznych Giulio Gavotti na płatowcu Blériota zrzucił na pozycję wojsk tureckich granaty ręczne – ten fakt uznaje się za pierwsze bombardowanie lotnicze w historii³². Pierwsza próba bombardowania miasta przypada na okres I wojny bałkańskiej (1912–1913), gdy bułgarski samolot wojskowy zbombardował turecki Adrianopol (Edirne). W lipcu 1913 roku podczas wojny domowej w Meksyku

30 D. Sloggett, *Drone Warfare: The Development of Unmanned Aerial Conflict*, Barnsley 2014, s. 20.

31 R. Mikesch, *Japan's World War II Balloon Bomb Attacks on North America*, Waszyngton 1973, s. 38.

32 A. Tiwary, *Attrition in Air Warfare: Relationship with Doctrine, Strategy and Technology*, New Delhi 2000, s. 55.

statek powietrzny zaatakował okręt wojenny³³. Pierwsze oficjalne zwycięstwo powietrzne jest przypisywane sierż. Josephowi Frantzowi z francuskich sił powietrznych, który 5 października 1914 roku zestrzelił ogniem karabinu maszynowego niemiecki dwupłatowiec w okolicach Reims³⁴. Problemem technicznym związanym z walkami w powietrzu była kwestia montażu uzbrojenia pokładowego, u którego brak sprzężenia z ruchem obrotowym śmigła doprowadzał do jego uszkodzenia – rewolucją w tym przypadku okazało się wynalezienie tzw. synchronizatora.

2.4. Przebieg działań wojennych podczas I wojny światowej (1914–1918)

Roli samolotu początkowo nie doceniano, a wręcz lekceważono. Na początku konfliktu gen. Douglas Haig, dowódca Królewskich Sił Zbrojnych we Francji twierdził, że samoloty nie są w stanie zastąpić konwencjonalnej kawalerii w działaniach rozpoznawczych³⁵. Podobne stanowisko wyraził przyszły marszałek Francji i autor ostatecznego zwycięstwa w okresie I wojny światowej Ferdinand Foch³⁶. Opinie te uległy szybkiej rewizji. Już we wrześniu 1914 roku ówczesny dowodzący siłami brytyjskimi we Francji gen. John French w depeszy do Londynu dziękował lotnikom *Royal Air Corps* za ich zaangażowanie, odwagę oraz dokładność w zbieraniu danych o ruchach przeciwnika³⁷.

W okresie I wojny światowej zasadniczą część operacji powietrznych była ograniczona do lokalnego wspierania własnych oddziałów lądowych oraz próby uzyskania supremacji w ramach określonej strefy powietrznej. Na przeszkodzie misji o większym rozmachu stały względy natury technicznej. Jednakże podjęte działania lotnicze wyraźnie sygnalizowały możliwe kierunki rozwoju głębokich bombardowań strategicznych – zwłaszcza wspomniana wyżej kampania lotnicza przeciwko Wyspom Brytyjskim. Warto wspomnieć w tym miejscu o wykonywanych przez sterowce typu Zeppelin oraz czterosilnikowe płatowce typu Gotha lotach długodystansowych nad Wielką Brytanią w latach 1915–1918 i atakach na większe ośrodki miejskie. Pewne sukcesy osiągnięto poprzez atakowanie bry-

33 C. H. Stockton, *Outlines...*, s. 356.

34 J. Black, *The World at War, 1914–1945*, Londyn 2019, s. 82.

35 „I hope none of you gentlemen is so foolish as to think that aeroplanes will be usefully employed for reconnaissance purposes in war. There is only one way for commanders to get information by reconnaissance and that is by the cavalry”, cyt. za E. Ash, *Sir Fredrick Sykes and the Air Revolution 1912–1918*, Londyn 1999, s. 29.

36 „Aviation is a good sport, but for the army is useless”, cyt. za S. Tucker, *The Great War, 1914–1918*, Londyn 1998, s. 15.

37 „I wish to bring your Lordships' notice to the admirable work done by the Royal Flying Corps. They have furnished me with the most complete and accurate information, which has been of incalculable value”. J. French, *Complete Despatches of Lord French 1914–1916*, Londyn 2012, s. 12.

tyjskiej infrastruktury kolejowej – nawet pojedyncze ataki wpływały na przerwy w ruchu kolejowym. Ważnym celem ataków na Londyn była dzielnica City oraz stanowiska obsługi żeglugi nad Tamizą³⁸. Niemieckie bombowce Gotha nadlatywały na cel w formacjach liczących od kilku do kilkunastu samolotów, atakując bombami ważącymi do 500 kg z wysokości ok. 20 000 stóp (powyżej efektywnego pułapu brytyjskich myśliwców), w tym także nocą³⁹. Bombardowania przyniosły znaczne straty ludzkie – w nalotach 13 czerwca 1917 roku oraz 7 lipca 1917 roku zabitych i rannych w Londynie zostało prawie 750 osób (stosunek strat do tonażu wynosił ok. 121 rannych i zabitych na jedną tonę bomb) i to pomimo zamontowania w nowych samolotach jednego z pierwszych celowników bombardierskich, wyprodukowanych przez przedsiębiorstwo Goerz⁴⁰. Pojedynczy atak samolotów typu Gotha wywołał większe straty ludzkie i materialne niż wszystkie wcześniejsze ataki sterowców⁴¹. W odpowiedzi na ataki niemieckie przedstawiciel Izby Gmin stwierdził, że: „Za każdy atak Niemców na Londyn brytyjscy lotnicy powinni odpowiadać zniszczeniem niemieckiego miasta”⁴².

W ostatnim etapie wojny obydwie strony zdecydowały się na znaczne wzmocnienie potencjału powietrznych uderzeń dalekonośnych. Niemieckie siły powietrzne, wykorzystując wynalezienie nowej bomby zapalającej o nazwie „Elektron”, przygotowywały operację „Plan Ognia” (*Feurplan*), przewidyającej użycie całości sił powietrznych w ramach terrorystycznych nalotów na Paryż i Londyn⁴³. Ich celem było zrzucenie wielkiej ilości bomb zapalających na ośrodki miejskie aliantów i spowodowanie dewastacji na tyle potężnej, aby wywołać masowe demonstracje ludności cywilnej. Z kolei w ramach *Royal Air Force* utworzono w 1918 roku specjalną formację pod nazwą *Independent Force*, która będąc wyposażona w nowe typy samolotów bombowych, miała dokonać dalekonośnych uderzeń powietrznych na głębokie zaplecze frontu. Była to zasadnicza część planu prowadzenia wojny względem strony niemieckiej w wypadku jej przedłużenia do roku 1919⁴⁴. W ramach powyższego zamierzano ob-

38 Zob. I. Castle, *London 1917–18: The Bomber Blitz*, Oxford 2010.

39 J. Sutherland, D. Canwell, *Battle of Britain 1917: The First Heavy Bomber Raids on England*, Barnsley 2006, s. 50–63.

40 P. Laurie, *Beneath the City Streets: A Private Enquiry Into Government Preparations for National Emergency*, Londyn 1992, s. 16; M. Veuthey, *Histoire du droit international humanitaire dans la guerre aérienne*, [w:] A.-S. Millet-Devalle (red.), *Guerre aérienne et droit international humanitaire*, Paryż 2015, s. 40.

41 J. D. Murphy, *Military Aircraft, Origins to 1918: An Illustrated History of Their Impact*, Santa Barbara 2005, s. 66.

42 A. J. Smithers, *Cambrai: The First Great Tank Battle*, Barnsley 1992, s. 32.

43 D. Preston, *A Higher Form of Killing: Six Weeks in World War I That Forever Changed the Nature of Warfare*, Londyn 2015, s. 254–255.

44 Wprowadzenie tego planu było związane z pojawieniem się nowego samolotu (czterosilnikowego brytyjskiego Handley Page V/1500) zdolnego do osiągnięcia stolicy Cesarstwa Niemieckiego.

jąc bombardowaniami strategicznymi obszar niemal 250 celów położonych na terenie całych Niemiec⁴⁵.

Praktyka aliantów w odniesieniu do bombardowań powietrznych nie była jednolita. W roku 1915 francuskie naczelne dowództwo zabroniło bombardowania obiektów wojskowych położonych zbyt blisko ludności cywilnej w Alzacji i Lotaryngii, rozszerzając ten zakaz na inne obszary okupowane przez wojska niemieckie⁴⁶. Dowódca francuskiej armii marszałek Joseph Joffre nakazał lotnictwu, aby dobierać jako cel „wyłącznie obiekty wojskowe i przemysłowe wyraźnie odróżniające się od cywilnych obszarów mieszkalnych, które nigdy nie powinny być trafione bombami”⁴⁷. W przypadku nalotów na same Niemcy lotnictwo francuskie wykonywało tego typu uderzenia tylko w formie represaliów wobec pogwałcenia statusu francuskich miast otwartych⁴⁸. Miejscami ataków odwetowych był Trewir, Essen oraz Koblencja⁴⁹. Francuskie władze wojskowe z chwilą rozpoczęcia konfliktu zbrojnego ogłosiły część swych miast obszarami otwartymi. Jednym z najbardziej znanych wydarzeń była sprawa miasta Lille w północnej części Francji, które z uwagi na początkowe szybkie postępy wojsk niemieckich miało zostać ewakuowane w celu ochrony jego infrastruktury oraz ludności cywilnej. Podobny status ogłoszono względem miejscowości Nancy. Obydwa obszary zurbanizowane szczególnie ucierpiały wskutek uderzeń lotniczych. W przypadku tego drugiego charakterystyczne jest, że sporządzona lista poległych w 1917 roku obejmowała w znacznej części personel francuskiej piechoty⁵⁰. Przedmiotem kilkunastu ataków powietrznych była także stolica Francji – Paryż, podczas których zginęło i zostało rannych ok. 850 osób⁵¹. Alianckie ataki lotnicze połączonego lotnictwa brytyjsko-francuskiego oraz włoskiego spowodowały śmierć 746 osób oraz rany wśród 1843⁵². D. François zwrócił uwagę, że koszty produkcji sterowców oraz samolotów utraconych przez stronę niemiecką podczas operacji bojowych nad Anglią były niewspółmierne do skali zniszczeń, które zostały spowodowane. Łączne straty brytyjskie powstałe skutek ataków zepelinów szacowano na ok. 2000 zabitych i rannych, a straty materialne wynosiły

45 R. Blank, *Strategischer Luftkrieg Gegen Deutschland 1914–1918*, https://www.erster-weltkrieg.clio-online.de/_Rainbow/documents/einzelne/Luftkrieg14_181.pdf (dostęp: 16.10.2020).

46 A. Barros, *Strategic Bombing and Restraint in ‘Total War’, 1915–1918*, „The Historical Journal” 2009, vol. 52, s. 419.

47 *Ibidem*.

48 *Ibidem*, s. 420.

49 F. W. Halsey, *The Literal Digest History of the World War: Compiled from Original And Contemporary Sources: American, British, French, German and Others, The United States Enters the War Western Front December 1916 – March 1918*, Nowy Jork 1920, s. 286.

50 E. Badel, *Les Bombardements de Nancy. Ville Ouverte 1914–1918. Eglises and Monuments Meurtris Les Victimes, Les Degats*, Nancy 1919.

51 <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/premiere-guerre-mondiale/sort-civils.shtml> (dostęp: 16.10.2020).

52 A. D. Harvey, *Collision of Empires: Britain in Three World War, 1793–1945*, Londyn 1992, s. 403.

30 mln USD (przy koszcie budowy jednego sterowca w wysokości 500 000 USD – ze 140 zeppelinów prawie 2/3 zostało zestrzelonych bądź zniszczonych wskutek różnych incydentów). Uzyskano jednakże inny efekt – naloty na Londyn zmusiły brytyjskie dowództwo do zwiększenia obecności sił powietrznych oraz personelu towarzyszącego wokół stolicy Zjednoczonego Królestwa kosztem zmniejszenia zaangażowania na innych frontach⁵³.

W konsekwencji należy stwierdzić istnienie dwóch przeciwstawnych poglądów na wpływ strategicznej kampanii sterowców Zeppelin oraz bombowców typu Gotha w latach 1915–1918. Pierwszy wskazuje, że pomimo braku wymiernych szkód materialnych naloty wprowadziły atmosferę ogólnego niepokoju wśród społeczeństwa brytyjskiego, spełniając przesłankę skutecznego bombardowania o charakterze terrorystycznym, osiągając cel moralny. Z kolei T. D. Biddle, analizując niemiecką kampanię powietrzną przeciwko Wyspom Brytyjskim, zwrócił uwagę, że wbrew przewidywaniom niemieckiego dowództwa brytyjska opinia społeczna nie uległa terrorowi ataków, zamiast tego znacząco wzrosła chęć odwetu względem strony niemieckiej⁵⁴. Głosy krytykujące wpływ bombardowań strategicznych na morale ludności cywilnej zostały zmarginalizowane przez wpływ teorii masowego użycia lotnictwa w przyszłym konflikcie zbrojnym, która w rzeczywistości opierała się na wadliwych przesłankach⁵⁵. Brytyjskie Ministerstwo Lotnictwa stwierdziło, że negatywny wpływ bombardowań powietrznych w I wojnie światowej na morale ludności cywilnej może zostać pogłębiony poprzez zniszczenie istotnej infrastruktury miejskiej oraz miejsc usług dla ludności – przy sprzeciwie Ministerstwa Wojny, uznającego powyższe dane za niedokładne⁵⁶. Szczególnie naloty bombowców typu Gotha okazały się wyjątkowo efektywne i dewastujące (w stosunku do skali użytych sił i środków)⁵⁷. Należy hipotetycznie rozważyć, jak wyglądałyby dalsze operacje bombowe w wypadku przedłużenia się wojny do roku 1919, w którym obydwie strony mogłyby wprowadzić do walki masowe ilości nowych bombowców (alianci), bądź nowe uzbrojenie (państwa centralne) – być może skala dewastacji przekroczyłaby znacząco dopuszczalny próg społecznej odporności na bombardowania lotnicze, zwłaszcza biorąc pod uwagę wciąż rozwojowy i nieznany charakter prowadzenia wojny powietrznej⁵⁸.

53 D. François, *La première bataille d'Angleterre et la naissance du bombardement stratégique*, <http://lautrecotedelacolline.blogspot.com/2014/07/la-premiere-bataille-dangleterre-et-la.html> (dostęp: 16.10.2020).

54 T. D. Biddle, *Rhetoric and Reality...*, s. 22–24. „In the popular view, moral effect and material destruction seemed equal. The experience of London under the Gothas legitimized the demand for retaliation in kind”. G. K. Williams, *Biplanes and Bombsights British Bombing in World War I*, Maxwell Air Force Base 1999, s. 42.

55 M. N. Vego, *Joint Operational Warfare: Theory and Practice*, Newport 2009, s. 75–76.

56 J. Terraine, *The Right of the Line: The Role of the RAF in the World War Two*, Barnsley 2010, s. 11–12.

57 J. Abbatiello, *Anti-Submarine Warfare in World War I: British Naval Aviation and the Defeat of U-Boats*, Oxon 2006, s. 69.

58 A. Levine, *The Strategic Bombing of Germany, 1940–1945*, Westport 1992, s. 5.

Jednakże pominięty w analizach okresu powojennego efektem pierwszego *Blitz* nad Wyspami Brytyjskimi był skutek czysto wojskowy, który wiązał się m.in. z koniecznością osłabienia obecności królewskich jednostek powietrznych na innych teatrach wojennych, w tym szczególnie we Francji oraz na Bliskim Wschodzie⁵⁹.

Tabela 1. Liczba ofiar bombardowań strategicznych w I wojnie światowej w Wielkiej Brytanii oraz Niemczech

Typ bombardowania	Ranni	Zabici	W tym personel wojskowy	Tonaż bomb (t)	Stosunek strat do tonażu
Sterowce Zeppelin	1358	557	58 zabitych ^a	196 ^b	~2, 8
Bombowce Gotha	1900–2000	857	354 zabitych, 642 rannych	b.d.	
Łącznie Anglia	ok. 3300	ok. 1400	345 zabitych, 642 rannych	300 ^c	~15 ^d
Naloty alianckie	1843	746	b.d.	543 ^e	~4
Łączne straty	ok. 5000	ok. 2200			

^a A. Cellier, *Bombing in the World War*, „Popular Aviation” 1934, vol. 14, s. 80.

^b A. Simpson, *Air Raids on South-West Essex in the Great War: Looking for Zeppelins at Leyton*, Barnsley 2015, s. 158.

^c D. T. Zabecki, *Germany at War 400 Years of Military History*, Santa Barbara 2014, s. 778.

^d P. Laurie, *Beneath the City Streets: A Private Enquiry Into Government Preparations for National Emergency*, Londyn 1992, s. 16–17.

^e M. Clodfelter, *Warfare and Armed Conflicts: A Statistical Encyclopedia of Casualty and Other Figures, 1492–2015*, Jefferson 2017, s. 429.

Źródło: A. Wiest, *The Western Front 1917–1918: The History of World War I: From Vimy Ridge to Amiens and the Armistice*, Londyn 2011, s. 29.

Na podstawie powyższych statystyk brytyjskie Ministerstwo Wojny wskazało, że wskutek przyszłej wojny powietrznej nieprzyjaciół może zrzucić na Wyspy ok. 3500 ton bomb pierwszego dnia oraz 600 ton każdego następnego, co w efekcie doprowadzi do 600 000 zabitych oraz 1,2 mln rannych, przyjmując przelicznik 50 rannych i zabitych za każdą zrzuconą tonę bomb⁶⁰. Około pół miliona domostw zostałoby opuszczonych i nie nadawałoby się do zamieszkania⁶¹. Wszystkie te szacunki były wynikiem analizy dwóch pojedynczych akcji przeprowadzonych w czerwcu 1917 roku przez czterosilnikowce typu Gotha.

59 D. S. Highman, *One Hundred Years of Air Power and Aviation*, Nowy Jork 2003, s. 53.

60 J. Sutherland, *Battle of Britain 1917: The First Heavy Bomber Raids on England*, Barnsley 2006, s. 145.

61 R. H. Fredette, *The Sky on Fire: The First Battle of Britain, 1917–1918*, Alabama 2007, s. 233.

2.5. Użycie lotnictwa w pierwszej wojnie światowej – konkluzje

Należy zwrócić uwagę, że prezentowane dane wskazują, iż prawie ok. 70–80% ofiar ataków powietrznych stanowiła ludność cywilna. Wynikało to ze splotu kilku czynników. Z pewnością dominującym była archaiczność techniki bombardierskiej (która jednak także przeszła istotną ewolucję od ataków bez jakichkolwiek przyrządów do teleskopów obliczających kierunek wiatru, prędkość i własny pułap), co przekładało się na poważną niedokładność ataków⁶². Jednakże co bardziej alarmujące, informacje o ofiarach wśród ludności cywilnej nie powodowały zmiany sposobu wykonywania uderzeń powietrznych czy też ich zaprzestania, a wręcz intensyfikację działań przeciwko niewalczącym. Prowadzi to do konkluzji, że zasadność bombardowania ludności cywilnej opierała się wyłącznie na aspektach pragmatycznych (opartych zresztą na wadliwych danych). Całość tej dyskusji toczyła się (oprócz instrukcji cesarza Wilhelma II z 1915 roku) poza jakimikolwiek zagadnieniami związanymi z ówczynie obowiązującym prawem konfliktów zbrojnych. Schwytni w grudniu 1917 roku piloci z zestrzelonego bombowca typu Gotha zeznali, że ich celem był atak na budynki brytyjskiego kierownictwa wojskowego, jednocześnie dodając, że nie ponieśliby żadnych konsekwencji, jeśli ataki nie zostałyby wykonane dokładnie, gdyż celem wojny powietrznej nad Anglią było załamanie morale ludności cywilnej⁶³.

3. Doktryna wojny powietrznej w okresie międzywojennym

3.1. Koncepcja Giulia Douheta

*Nie będzie żadnego rozróżnienia pomiędzy żołnierzem i cywilem (...)*⁶⁴. *Bombardowanie lotnicze nigdy nie osiągnie dokładności artylerii, ale jest to nieistotne*⁶⁵.

Jak zostało wskazane wcześniej, zaledwie dwa przypadki bombardowań powietrznych z lipca 1917 roku zadecydowały w znacznym stopniu o obrazie koncepcji wykorzystania sił powietrznych w przyszłym konflikcie zbrojnym oraz miały

62 S. H. Ross, *Strategic Bombing by the United States...*, s. 127.

63 Zob. A. Gillespie, *A History of the Laws of War: The Customs and Laws of War with Regards to Civilians in Times of Conflict*, Oxford 2011.

64 G. Douhet, *The Command of the Air: Translated by Dino Ferrari*, Waszyngton 1988, s. 10.

65 *Ibidem*, s. 17.

wpływ na rozwój prawa międzynarodowego. Rozwój pierwszej z przedstawionych koncepcji miał swe początki we Włoszech, które w okresie wojennym oraz powojennym stały się swoistym laboratorium badawczym i centrum studiów nad ideami przyszłej wojny powietrznej.

Giulio Douhet, autor jednej z najbardziej rozpoznawalnych prac na gruncie koncepcji użycia lotnictwa w warunkach konfliktu zbrojnego, rozpoczynał swoją pracę badawczą, opierając się bezpośrednio na doświadczeniach wyniesionych z okresu wojny pomiędzy Włochami a Imperium Osmańskim w Libii. W swoim raporcie z przebiegu kampanii powietrznej podkreślił, że samoloty mogą być wykorzystywane w celu bombardowania celów naziemnych z dużej wysokości⁶⁶. Douhet po objęciu stanowiska dowódcy jednej z jednostek lotniczych we Włoszech, jeszcze przed wybuchem I wojny światowej popadł w niełaskę kół wojskowych, gdyż z pominięciem drogi służbowej zlecił przedsiębiorstwu Caproni budowę maszyny bombowej, a jego poglądy były traktowane jako zbyt radykalne. Ostatecznie pierwszy okres I wojny światowej spędził jako szef sztabu dywizji piechoty w pobliżu granicy austriackiej. Zakłady Caproni zbudowały zgodnie z wizją Douheta długodystansowy bombowiec strategiczny, dwupłatowiec typu Caproni Ca.1, który już w 1915 roku został zakwalifikowany do służby operacyjnej w siłach powietrznych. Z początkiem I wojny światowej włoski generał głosił w swych memorandach konieczność budowy przez włoskie siły powietrzne 500 samolotów bombowych, zdolnych do zrzucenia 125 ton bomb na najważniejsze cele zlokalizowane w państwach centralnych⁶⁷. Uznawał, że sparaliżowanie wysiłku wojennego Austro-Węgier i Niemiec może zostać osiągnięte poprzez ataki na centra wojskowe, przemysłowe, arsenały oraz porty, podnosząc m.in. konieczność masowego uderzenia powietrznego na obszar Istambułu, w celu otwarcia połączenia Morza Śródziemnego z Morzem Czarnym⁶⁸. Krytyka Douheta względem działań włoskiego dowództwa doprowadziła go ostatecznie do aresztowania i osadzenia w wojskowym zakładzie karnym, z którego został zwolniony w 1917 roku⁶⁹. Odbывая karę pozbawienia wolności, włoski pułkownik przygotował kolejne memorandum, w którym postulował z kolei najpierw koncentryczne uderzenie przeciwko siłom powietrznym państw centralnych, wobec lotnisk i zakładów produkcyjnych, a następnie atak przeciwko ludności cywilnej nieprzyjaciela, proponując przygotowanie armady 20 000 samolotów mających zrzucić na cele w Niemczech i Austrii po 1000 ton bomb w jednym nalocie⁷⁰. Po zwolnieniu

66 T. Hippler, *Bombing the People: Giulio Douhet and the Foundations of Air-Power Strategy, 1884–1939*, Cambridge 2013, s. 67–68.

67 R. S. Dudley, *Douhet*, „Air Force Magazine” 2011, no. 4, s. 65.

68 J. H. Morrow, *The Great War in the Air Military Aviation from 1909 to 1921*, Tuscaloosa 1993, s. 129.

69 H. D. Sokolski, *Getting MAD: Nuclear Mutual Assured Destruction: It's Origins And Practice*, Carlisle 2004, s. 23.

70 A. Gat, *A History of Military Thought from the Enlightenment to the Cold War*, Oxford 2001, s. 579.

z zakładu karnego wrócił na krótko do służby w lotnictwie, by po wojnie rozpocząć pracę pisarską. Dziełem życia Giulia Douheta była książka pt. „Panowanie w powietrzu”, w której umieścił zarys swoich poglądów na użycie sił powietrznych w konflikcie zbrojnym⁷¹.

Dla włoskiego teoretyka pojawienie się samolotu otworzyło zupełnie nowe i nieznane możliwości prowadzenia działań zbrojnych w strefach dotychczas niezwiązanych ze strefą konfliktu zbrojnego w sposób bezpośredni. Samolot redefiniował cel wojny samej w sobie – zdaniem Douheta nie jest już wymagane, aby przełamać opór sił lądowych, skoro woła kapitulacji może wynikać nie tylko ze skutku w postaci przegranych bitew morskich czy lądowych, ale także z utraty woli walki⁷². Wymiar przyszłego konfliktu będzie ograniczony jedynie granicami państw, będących stronami wojny, natomiast ludność cywilna stanie się walczącymi i zostanie narażona na konsekwencje ofensywy powietrznej wroga⁷³. Środkiem do przyszłego zwycięstwa jest działanie ofensywne, będące jednocześnie najlepszą obroną przed działaniem nieprzyjaciela. Bezpośrednim narzędziem w tej mierze jest użycie samodzielnego lotnictwa bombowego, którego nie jest w stanie powstrzymać obrona przeciwlotnicza. Wywód ten Douhet opierał na (błędnej) analizie doświadczeń z okresu I wojny światowej⁷⁴. Włoski autor posunął się wręcz do stwierdzenia, że artyleria przeciwlotnicza jest tak nieefektywna, że jakkolwiek inwestycja w jej potencjał jest marnotrawstwem zasobów państwa⁷⁵. Warunkiem skutecznej ofensywy powietrznej było wyeliminowanie nieprzyjacielskiego lotnictwa strategicznego w pierwszej kolejności, w celu osiągnięcia tytułowego panowania w powietrzu⁷⁶. Ostatecznym krokiem jest złamanie woli walki ludności cywilnej, poprzez masowe ataki lotnicze z użyciem bomb zapalających i burzących⁷⁷. Pozostała część pracy jest poświęcona głównie zaleceniom dotyczącym or-

71 G. Douhet, *The Command...*

72 „But that situation is a thing of the past; for now it is possible to go far behind the fortified lines of defense without first breaking through them. It is air power which makes this possible”. *Ibidem*, s. 9.

73 „On the contrary, the battlefield will be limited only by the boundaries of the nations at war, and all of their citizens will become combatants, since all of them will be exposed to the aerial offensives of the enemy. There will be no distinction any longer between soldiers and civilians. The defenses on land and sea will no longer serve to protect the country behind them; nor can victory on land or sea protect the people from enemy aerial attacks unless that victory insures the destruction, by actual occupation of the enemy's territory, of all that gives life to his aerial forces”. *Ibidem*.

74 *Ibidem*, s. 17.

75 *Ibidem*, s. 18.

76 *Ibidem*.

77 „A complete breakdown of the social structure cannot but take place in a country subjected to this kind of merciless pounding from the air. The time would soon come when, to put an end to horror and suffering, the people themselves, driven by the instinct of self-preservation, would rise up and demand an end to the war – this before their army and navy had time to mobilize at all!”. *Ibidem*, s. 58.

ganizacji lotnictwa, organizacji jednostek taktycznych oraz poradom dotyczących rozwoju technicznego lotnictwa bombowego.

Oceniając pracę Giulia Douheta z perspektywy międzynarodowego prawa humanitarnego, należy dojść do wniosku, że autor zdecydowanie nie wierzył w jakąkolwiek rolę norm *ius in bello* w przedmiocie kształtowania praw i obowiązków stron walczących⁷⁸. Nie wynikało to jednakże z doświadczeń I wojny światowej i nie była to charakterystyczna dla wielu ekspertów tego okresu gorzka refleksja nad stanem prawa międzynarodowego. Wnioski z konfliktu z lat 1914–1918 nie były podstawą, zdaniem autora, do sugerowania społeczności międzynarodowej, poprzez obraz konsekwencji bombardowań powietrznych, konieczności regulacji nieograniczonej wojny powietrznej⁷⁹. Dla włoskiego pilota nieograniczona wojna powietrzna była naczelną zasadą przyszłego konfliktu zbrojnego, warunkiem *sine qua non* sukcesu. Pierwszym osiągnięciem lotnictwa wojskowego w zakresie jego użyteczności militarnej było pojawienie się możliwości rażenia ludności cywilnej znajdującej się na zapleczu frontu⁸⁰. Jednakże aby osiągnąć ten cel, niezbędne było w pierwszej kolejności pokonanie nieprzyjacielskiego lotnictwa, zdobycie panowania powietrznego, zniszczenie potencjału militarnego wroga oraz złamanie woli walki ludności cywilnej. Douhet podkreślał, że dla lotnictwa bombowego nie istnieje zasada rozróżnienia kombatanów od niewalczących. Silne zindustrializowane społeczeństwa jako całość pracują na potrzeby wojskowe i bombardowanie skupisk ludności cywilnej przyniesie wymierne korzyści strategiczne⁸¹. W rezultacie załogi bombowe nie muszą dokonywać swych ataków z nadmierną dokładnością i podczas bombardowań miasta mogą stosować wszelkie dostępne bomby lotnicze, nie wyłączając substancji zapalających i gazowych, by maksymalnie rozszerzyć zakres dokonanych szkód oraz utrudnić akcję gaśniczą⁸². Douhet wierzył w skuteczność bombardowania terrorystycznego, uznając, że masowe uderzenia powietrzne doprowadzą w ostateczności do rozkładu społecznego, który zmusi

78 „It is useless to delude ourselves. All the restrictions, all the international agreements made during peacetime are fated to be swept away like dried leaves on the winds of war (...). The limitations applied to the so-called inhumane and atrocious means of war are nothing but international demagogic hypocrisies”. *Ibidem*, s. 181. „We dare not wait for the enemy to begin using so-called inhuman weapons banned by treaties before we feel justified in doing the same”. *Ibidem*, s. 189.

79 D. Turns, *Targets*, [w:] N. D. White, C. Henderson (red.), *Research Handbook on International Conflict and Security Law*, Northampton 2013, s. 350.

80 „Behind those lines, or beyond certain distances determined by the maximum range of surface weapons, the civilian populations of the warring nations did not directly feel the war (...). But that situation is a thing of the past. It is airpower which makes this possible”. G. Douhet, *The Command...*, s. 9.

81 A. C. Grayling, *War: An Enquiry*, Londyn 2017, s. 94–95.

82 „Aerial bombardment can certainly never hope to attain the accuracy of artillery fire; but this is an unimportant point because such accuracy is unnecessary”. G. Douhet, *The Command...*, s. 19–20.

ząd państwa przeciwnego do kapitulacji⁸³. Włoski pilot nie dostrzegał zagrożenia w broni przeciwlotniczej, uznając je za nieefektywną. Podbój danego obszaru powietrznego miał być dokonany wyłącznie siłami lotnictwa, składającego się z samolotów pościgowych i bombowych. Zasadniczą miarą skuteczności danej operacji powietrznej był jej plan oraz odpowiedni dobór celów, uwzględniający priorytety nowoczesnej wojny powietrznej, oraz maksymalna projekcja siły ognia. Douhet zwrócił uwagę także na możliwość lotnictwa w zakresie wykonania pierwszego obezwładniającego uderzenia, jakie może się odbyć niezależnie od działań wojsk lądowych i marynarki wojennej, zalecając użycie lotnictwa jeszcze przed oficjalną deklaracją wojny⁸⁴.

3.2. Koncepcja Amadea Mecozziego

Antagonistą na polu teoretyki Giulia Douheta był Amadeo Mecozzi, włoski as lotnictwa myśliwskiego z okresu I wojny światowej. Mecozzi krytykował Douheta za zbyt wysokie przecenianie wartości lotnictwa jako czynnika strategicznego, zamiast tego proponował skupienie się na budowaniu lotnictwa taktycznego, mającego głównie wspierać postępy własnych wojsk lądowych⁸⁵. Uznawał tezy zawarte w dziele pt. „Panowanie w powietrzu” za niedopuszczalne, w tym krytykował możliwość skierowania wojny powietrznej przeciwko ludności cywilnej⁸⁶. Mecozzi postulował także rozwijanie artylerii przeciwlotniczej oraz lotnictwa myśliwskiego. To właśnie jego projekty, a nie idee Douheta, były podstawą do podjęcia wiążących decyzji co do rozwoju włoskich sił powietrznych w połowie lat 30. XX wieku jako lotnictwa taktycznego o charakterze defensywnym⁸⁷.

3.3. „Skrzydłata obrona” Williama „Billy’ego” Mitchella Amerykańska koncepcja bombardowań strategicznych

Rozgrywana według koncepcji Williama „Billy’ego” Mitchella bitwa lotnicza nad Saint-Mihiel, trwająca 4 dni (od 12 do 16 września 1918 roku), była największym starciem powietrznym I wojny światowej. Połączone siły alianckie, liczące ok. 1500 samolotów, zmierzyły się z niemieckim lotnictwem, dysponującym ok. 500 płatowcami. Zasadniczym celem operacji było w pierwszej kolejności

83 *Ibidem*, s. 57–58, 126.

84 *Ibidem*, s. 196.

85 T. Hippler, *Bombing the People...*, s. 234–235.

86 J. S. Corum, *Airpower Thought in Continental Europe*, [w:] P. S. Meilinger (red.), *The Paths of Heaven. The Evolution of Airpower Theory*, The School of Advanced Airpower Studies, Maxwell Air Force Base Alabama 1997, s. 160–161.

87 W. J. Boyne, *The Influence of Air Power upon History*, Barnsley 2005, s. 140.

rozbić nieprzyjacielskich zasobów lotniczych w celu uzyskania supremacji w powietrzu na danym obszarze. Następnie samoloty rozpoznawcze miały dostarczyć niezbędnych informacji o położeniu jednostek lądowych i koordynować ogień artylerii. Końcowym etapem było bezpośrednie wsparcie natarcia sił Amerykańskiego Korpusu Ekspedycyjnego (*American Expedition Force*) poprzez bombardowanie i ostrzeliwanie (*strafing*) niemieckich oddziałów. Operacja zakończyła się całkowitym sukcesem, a jej efekty wskazały na postępujące znaczenie doktryny panowania w powietrzu jako warunkującej osiągnięcie sukcesu w danej kampanii militarnej. Po wojnie Mitchell poświęcił się spisaniu swych doświadczeń i rekomendacji w przedmiocie użycia lotnictwa w ramach sił powietrznych Stanów Zjednoczonych.

W swej pracy z 1921 roku (pt. „Nasze siły powietrze. Podstawa obrony narodowej”) William Mitchell już w przedmowie zwrócił uwagę, że amerykańskie społeczeństwo jako całość jest częścią personelu wojskowego niemającego prawa do noszenia broni, ale mającego wpływ na ogół wysiłku zbrojnego państwa⁸⁸. Przewidywał, że w przyszłej wojnie użycie gazu bojowego doprowadzi do powstania wielkiego zagrożenia bombardowaniami bombami wypełnionymi bronią chemiczną. Mitchell uważał, że najważniejszym czynnikiem sukcesu w wojnie powietrznej jest koncentracja i zmasowanie, postulując utworzenie wielkich liczebnie dywizji lotniczych⁸⁹. W przeciwieństwie do Giulia Douheta, amerykański teoretyk dopuszczał bombardowanie obszarów zamieszkałych zasadniczo tylko wtedy, gdy zostały one zajęte dla potrzeb sił zbrojnych przeciwnika. Postulował również rozbudowę lotnictwa myśliwskiego, przewidywał jednakże przyjęcie w przyszłości postulatów przemawiających za tzw. teorią nieograniczonego walczącego⁹⁰. Jednym z celów lotnictwa bombowego są fabryki zbrojeniowe, a także pracujący w nich robotnicy, ale ataki powinny być wykonywane precyzyjnie. Mitchell wydaje się pośrednio sprzeciwiać niemieckiej koncepcji o zaniku zasady odróżniania, w jego pracy nie pojawia się też wyrażone wprost przekonanie o konieczności bezpośredniego bombardowania ludności cywilnej. Prace amerykańskiego pilota miały ogromny wpływ na rozwój amerykańskiej wizji bombardowań strategicznych jako tzw. teorii sieci przemysłowych (*theory of the industrial web*), która zakładała koncentryczne i precyzyjne uderzenia powietrzne przeciwko zasobom gospodarczym⁹¹. Koncepcja ta została później znacznie udoskonalona i opracowana w ramach Szkoły Lotnictwa Taktycznego (*Air Corps Tactical School* – ACTS), która w okresie międzywojennym zajęła się kształceniem kadr przyszłych struktur dowódczych amerykańskiego lotnictwa⁹².

88 W. Mitchell, *Our Air Forces. The Base of National Defense*, Waszyngton 1921, s. xxii.

89 *Ibidem*, s. 37.

90 *Ibidem*, s. 65.

91 J. Brauer, H. van Tuyll, *Castles, Battles and Bombs: How Economics Explains Military History*, Chicago 2009, s. 207.

92 B. Grosscup, *Strategic Terror: The Politics and Ethics of Aerial Bombardment*, Cumbria 2006.

W 1925 roku William Mitchell wydał pracę teoretyczną pt. „Skrzydłata obrona”. Zwracał w niej uwagę na zdolności sił powietrznych w zakresie swobody operacyjnej oraz możliwości swobodnego rażenia różnych obiektów poza linią frontu dotychczas w zakresie niedostępnym. Była to szczególna uwaga w kontekście kontynentu amerykańskiego, dotąd uważanego za znajdujący się zupełnie poza zasięgiem skutecznego oddziaływania jakiegokolwiek konfliktu (poza geograficznie bliskim). Mitchell podkreślił wzrost znaczenia lotnictwa morskiego, również w kontekście możliwości znacznego ograniczenia funkcjonowania konwencjonalnej floty morskiej, a także przerzutu znacznych ilości wojska z wykorzystaniem transportu oceanicznego. Autor ubolewał nad – jego zdaniem – brakiem jasnej koncepcji użycia lotnictwa wojskowego w Stanach Zjednoczonych, co utrudnia prace konstrukcyjne, organizacyjne oraz szkoleniowe⁹³. Według niego amerykańskie siły powietrzne powinny być w stanie odeprzeć pierwsze uderzenie powietrzne przeciwnika, osłonić mobilizację i koncentrację własnego potencjału wojennego, a następnie wykonać strategiczne uderzenie na zaplecze wroga⁹⁴.

Pomimo braku tak wyraźnego odwołania się do potrzeby bombardowania ludności cywilnej jak w przypadku idei włoskiego analityka, wśród kół amerykańskich nie były zupełnie odosobnione koncepcje kierowania działań bombowych wprost w centra miast. Mitchell analizując przebieg wielkiego trzęsienia w Tokio w 1923 roku, wskazał, że drewniana konstrukcja miast japońskich sprawia, że stają się łatwym celem dla masowych bombardowań przy użyciu broni zapalających⁹⁵. Regulamin ASTS (*Air Service Tactical School* – poprzednik ACTS) z 1926 roku w sprawie użycia lotnictwa zakładał atak wymierzony przeciwko ośrodkom miejskim za sprzeczny z prawami wojny⁹⁶. Instrukcja w zakresie doborów celu stanowiła, że przy dobrze celów należy się kierować przewidywanym efektem w postaci destrukcji materiałowej lub efektem moralnym o charakterze negatywnym. Na początku konfliktu bombardowanie lotnicze jest użytecznym środkiem utrudniającym nieprzyjacielowi możliwości koncentracji wojskowej, zdolności produkcyjne oraz powodującym osłabienie nieprzyjacielskiej woli walki poprzez atakowanie centrów mieszkalnych. Instrukcja oddzielała tzw. cele polityczne i strategiczne. Uznawano, że „bombardowanie centrów politycznych jest zabronione przez prawa wojny”⁹⁷. Dopuszczano odstępstwo od powyższej zasady, jeśli atak jest wykonywany w formie represaliów, zwłaszcza jeżeli obszary są miejscami

93 W. Mitchell, *Our Air Forces...*, s. 19–20.

94 J. S. Underwood, *The Wings of Democracy: The Influence of Air Power on the Roosevelt Administration 1933–1941*, Austin 1991, s. 186.

95 L. Eden, *Whole World of Fire: Organization, Knowledge and Nuclear Weapons Devastation*, Nowy Jork 2004, s. 81.

96 D. Jones, *Art of War Papers, Perception of Airpower and Implications of the Leavenworth Schools: Intewar Student Papers*, Fort Leavenworth 2014, s. 36.

97 Air Service Tactical School, *Bombardment*, Waszyngton 1926, s. 63. *Air Service Tactical School* została w 1926 roku przekształcona w *Air Command and Tactical School*.

produkcji zbrojeniowej. Regulamin wskazywał, że nie można stwierdzić z całą stanowczością, czy ataki przeciwko centrom politycznym w istocie doprowadzają do upadku morale nieprzyjaciela. W sytuacji ataku powietrznego na obiekt tego typu misja bombowa powinna być wykonywana podobnie jak w przypadku ataków na cele przemysłowe, z uwzględnieniem dodatkowych celów w postaci budynków publicznych, ujęć wody, linii kolejowych oraz elektrowni. Zalecano omijanie obszarów zamieszkałych. Zabraniano stosowania bomb gazowych jako zabronionych traktatami międzynarodowymi⁹⁸.

Stopniowo w ramach szkoły ACTS zaczęto analizować przedstawioną już przez Williama Mitchella teorię tzw. sieci ekonomicznych, jako sposobu na załamanie łańcucha dostaw (*vital links*) i w konsekwencji upadek gospodarki zindustrializowanej. W połowie lat 30. XX wieku uznano, że najlepszą drogą do osiągnięcia zdecydowanego sukcesu w tej mierze są dzienne naloty precyzyjne, odbywające się na znacznej wysokości⁹⁹. B. Grosscup podaje, że zorganizowane w 1939 roku ćwiczenia, przy pomocy których symulowano uderzenia na ośrodki miejskie, zaowocowały raportem postulującym masowy atak przeciwko ludności cywilnej Berlina¹⁰⁰. Należy zaznaczyć, że w 1940 roku gen. Henry „Hap” Arnold (późniejszy dowódca europejskiego teatru wojennego) stwierdził, że „stosowanie amunicji zapalającej przeciwko miastom jest sprzeczne z naszą narodową polityką atakowania celów wojskowych”¹⁰¹.

Interesującą informację na temat dokładności bombardowania lotniczego pod koniec lat 30. XX wieku przedstawił F. E. Quindry, podnosząc, że w ramach ćwiczeń przeprowadzonych w 1927 roku, podczas których symulowano atak na most z wysokości 6000 stóp, jedynie 27% bomb trafiło w cel¹⁰².

3.4. Hugh Trenchard. Brytyjska koncepcja prowadzenia wojny powietrznej

Hugh Trenchard, szef sztabu sił powietrznych, w okresie I wojny światowej od 1915 do 1918 roku był dowódcą Królewskiego Korpusu Lotniczego (*Royal Flying Corps*). Latem 1918 roku objął dowodzenie tzw. *Independent Force*. W tym samym roku objął nowo utworzone stanowisko Szefa Sztabu Sił Powietrznych (*Chief of the Air Staff*), by później przejąć kierownictwo nowo utworzonych Królewskich Sił Powietrznych (*Royal Air Force* – RAF). Głównym zapisem poglądów Trencharda na użycie sił powietrznych są memoranda i oficjalne komunikaty kierowane do różnych urzędów administracji Zjednoczonego Królestwa, w których

98 Air Service Tactical School, *Bombardment*, Waszyngton 1926, s. 64.

99 R. T. Finney, *History of the Air Corps Tactical School 1920–1940*, Waszyngton 1992, s. 68.

100 B. Grosscup, *Strategic...*

101 M. Hastings, *Retribution: The Battle for Japan, 1944–45*, Nowy Jork 2007, s. 283.

102 F. E. Quindry, *Aerial Bombardment of Civilian and Military Objectives*, „Journal of Air Law and Commerce” 1931, vol. 2, s. 501.

dokonywał spostrzeżeń będących analizą jego własnych doświadczeń frontowych. W styczniu 1919 roku w raporcie z działania *Independent Force* opisywał przebieg bombardowań powietrznych celów przemysłowych (zakładów produkcji gazów bojowych, rafinerii, fabryk lotniczych oraz silników) w Zagłębiu Ruhry, wskazując, że wpływ na efekty moralne przewyższał nad rzeczywistymi stratami materialnymi w stosunku 20:1¹⁰³. Komisje śledcze powołane po wojnie do zbadania skutków bombardowań, nie mogąc doszukać się wyraźnych zniszczeń sprzętu i infrastruktury, skupiły się na podkreśleniu wpływu efektu psychologicznego ataków¹⁰⁴. W 1919 roku Trenchard przedstawił ówczesnemu ministrowi lotnictwa Winstonowi Churchillowi koncepcję stałej organizacji brytyjskich sił powietrznych. Trenchard uznawał ofensywne uderzenia bombowe za zasadniczy element przyszłego zwycięstwa w konflikcie, ale nie uznawał lotnictwa za środek zdolny wygrać wojnę samodzielnie¹⁰⁵. Ocena wizji Trencharda dotycząca bombardowania obszarów miejskich nie jest jednoznaczna. Brytyjski dowódca wskazywał, że celem powinna być infrastruktura działająca na potrzeby produkcji zbrojeniowej. Zdaniem P. Meilingera, Trenchard nie afirmował bombardowań o charakterze terrorystycznym, wymierzonych wprost w ludność cywilną¹⁰⁶. Co interesujące, w 1928 roku w jednym ze swoich memorandumów podkreślił istnienie zarysów prawa wojny powietrznej, uznając za nielegalne atakowanie obszaru miejskiego wyłącznie dla celów terrorystycznych, dopuszczając powstanie strat towarzyszących w związku z atakiem na legalne cele wojskowe (zob. rozdział poniżej)¹⁰⁷. Z kolei oceniający wypowiedzi Trencharda z 1923 roku A. C. Grayling sugerował, że brytyjski dowódca w pewnych okolicznościach zgadzał się na atak wymierzony wprost w ludność cywilną¹⁰⁸. Pojawia się przy tym spojrzenie na kwestię

103 „By attacking as many centers as could be reached, the moral effect was first of all very much greater, as no town felt safe, and it necessitated continued and thorough defensive measures on the part of the enemy to protect the many different localities over which my force was operating. At present the moral effect of bombing stands undoubtedly to the material effect in a proportion of 20 to 1, and therefore it was necessary to create the greatest moral effect possible”. *Report on the work of the Independent Air Force from the 5th June to the signing of the Armistice on the 11th November, 1918, Tenth Supplement to The London Gazette of Tuesday, the 31st of December 1918.*

104 J. Buckley, *Air Power in the Age of Total War*, Londyn 1999, s. 78.

105 T. D. Biddle, *Rhetoric and Reality...*, s. 94–95.

106 P. S. Meilinger, *Airwar: Theory and Practice*, Oxon 2003, s. 50. Podobnie także N. Jones, *The Beginnings of Strategic Air Power: A History of the British Bomber Force 1923–1939*, Oxon 2003, s. 44.

107 Wypowiedź H. Trencharda cytowana za: P. J. Goda, *The Protection of Civilians from Bombardment by Aircraft: The Ineffectiveness of the International Law of War*, „Military Law Review” 1993, vol. 33, s. 99.

108 A. C. Grayling, *Among the Dead Cities: Is the Targeting of Civilians in War Ever Justified*, Londyn 2006, s. 113. Komentarze Trencharda dotyczyły wizji możliwego konfliktu z Francją (który rozważano jako możliwy po I wojnie światowej). Zdaniem brytyjskich teoretyków Francja nie wytrzymałaby zmasowanych uderzeń lotniczych z uwagi na znaczące osłabienie pozycji kraju wielkimi stratami ludzkimi z okresu I wojny światowej.

tzw. *morale bombing*, gdzie efekty psychologiczne miałyby zostać osiągnięte przy okazji ataków kierowanych przeciwko fabrykom produkującym sprzęt dla sił zbrojnych, a ich efektami byłiby objęci pracujący w tych zakładach jako skutek uboczny¹⁰⁹. Dla brytyjskiego marszałka lotnictwo bombowe miało stać się głównym arsenałem samodzielnych sił powietrznych, zdolnym do zadania uderzeń na kluczowe elementy przemysłu zbrojeniowego, powodujących oddziaływanie na psychologię społeczeństwa państwa-adwersarza, by osiągnąć kilka celów naraz¹¹⁰. Pierwszym z nich było spowodowanie spadku wydajności pracy klasy robotniczej i obniżenie potencjału zbrojeniowego. Drugim – osiągnięcie określonego skutku psychologicznego oddziałującego na społeczeństwo, mającego w efekcie prowadzić do upadku morale i buntu przeciwko rządowi. Trzecim – spowodowanie utrudnień w osiągnięciu przez przeciwnika zakładanych poziomów produkcji, jak również możliwości przemieszczania się i mobilizowania wojsk lądowych – jako konglomerat czynników ekonomicznych i moralnych¹¹¹. W ostateczności kampania powietrzna miała doprowadzić do umożliwienia własnym oddziałom osiągnięcia sukcesów na lądzie oraz na morzu¹¹².

Trenchard był także pierwszym, który wskazał na listę niezbędnych celów w przyszłej kampanii strategicznej, takich jak: kopalnie, huty, zakłady produkujące chemikalia oraz amunicję, przemysł zbrojeniowy, fabryki produkujące komponenty dla lotnictwa i łodzi podwodnych, stocznie¹¹³. Dla brytyjskiego marszałka wielka operacja powietrzna miała być poprzedzona rozstrzygającą bitwą powietrzną, uderzenie na lotniska miało mieć znaczenie jedynie pomocnicze (było to związane z jego doświadczeniami z okresu I wojny światowej, gdy ataki na bazy lotnictwa przeciwnika nie były dostatecznie skuteczne)¹¹⁴. W swych rozważaniach brytyjski teoretyk definiował cel wojny powietrznej jako „zmuszenie wrogiego rządu do kapitulacji wskutek nacisku opinii publicznej, dokładnie w ten sam sposób jak w przypadku klęski głodu lub blokady państwa”¹¹⁵. W podobnym kontekście wskazywał także na rozumienie pojęcia celu wojskowego tj. „takiego który ma efektywną wartość dla nieprzyjaciela, a jego zniszczenie spowoduje zmniejszenie możliwości sprawowania skutecznego oporu i zmniejszy wolę walki przeciwnika”¹¹⁶. Wnioski powyższe zawarte zostały w ramach oficjalnej doktryny

109 P. S. Meilinger, *Airwar...*, s. 42.

110 W. J. Boyne, *The Influence...*, s. 130.

111 N. Jones, *The Beginnings of Strategic Air Power: A History of the British Bomber Force 1923–1939*, Oxon 1987, s. 44.

112 C. A. Synder, *Contemporary Security and Strategy*, Nowy Jork 1999, s. 42.

113 M. W. Kirby, *Operational Research in War and Peace: The British Experience from the 1930s to 1970*, Londyn 2003, s. 134.

114 C. K. S. Chum, *Aerospace Power in the Twenty-First Century: A Basic Primer*, Alabama 2001, s. 51.

115 T. Hippler, *Bombing the People...*, s. 251.

116 W. H. Parks, *The Rolling Thunder and the Law of War*, „Air University Review” 1982, vol. 33, no. 2, s. 16.

użycia Królewskich Sił Powietrznych z 1928 roku, tzw. *Royal Air Force Manual AP 1300*¹¹⁷. Koncepcja określona w tym dokumencie wskazywała, że bombardowanie zasadniczo powinno mieć charakter ograniczony do określonego celu, przy założeniu powstania również „ubocznego” efektu moralnego¹¹⁸. Dokument podkreślał paradygmat strategiczny, poprzez który stosowanie środków ofensywnych jest najlepszą formą ochrony przed wrogim napadem powietrznym¹¹⁹.

Pomimo dość wyraźnego zdefiniowania celów oraz środków służących do osiągnięcia przyszłego zwycięstwa w konflikcie zbrojnym, wprowadzenie idei Trencharda w całej rozciągłości wymagało odpowiedniego przejścia od koncepcji do środków. Podobnie jak całą Europą, w latach 20. i 30. XX wieku, także Wielką Brytanią wstrząsnął poważny kryzys finansowy, który wpłynął na znaczne zmniejszenie wydatków na potrzeby różnych rodzajów sił zbrojnych Zjednoczonego Królestwa, a zwłaszcza uzbrojenia ofensywnego. Dzięki wysiłkom swego dowódcy *Royal Air Force* zachowało swoje finansowanie. Siły powietrzne okazały się także efektywnym i tanim narzędziem utrzymywania panowania brytyjskiego w koloniach w ramach tzw. polityki patrolowania powietrznego (*air policing*)¹²⁰. Natomiast budowa potencjału strategicznego postępowała niezwykle opornie, gdyż priorytety związane z nastawieniem się na obronę Wysp Brytyjskich i brak realnego zagrożenia dla bezpieczeństwa międzynarodowego nie przynosiły bodźców rozwojowych zarówno na poziomie organizacyjnym, jak i technicznym. Sytuację zmieniły dopiero realne kroki ze strony III Rzeszy, która w połowie lat 30. XX wieku rozpoczęła jawne naruszanie postanowień traktatu wersalskiego z 1919 roku, poprzez remilitaryzację oraz odbudowę własnych sił powietrznych. W tym okresie zdecydowano się na odbudowę potencjału RAF, m.in. poprzez budowę nowych bombowców typu Vickers Wellington. Tymczasem równolegle w niemal wszystkich państwach świata posiadających rozbudowane floty powietrzne prowadzono zakończone sukcesem prace nad rozwojem jednoosobowego, silnie uzbrojonego dolnopłataowego myśliwca o możliwościach pozwalających na swobodne przechwytywanie wypraw bombowych. Nie wpłynęło to jednakże na rewizję brytyjskiego przeświadczenia o możliwościach oddziaływania w przyszłej wojnie na III Rzeszę głównie poprzez działania powietrzne. W konsekwencji brytyjska wizja prowadzenia wojny powietrznej opierała się bardziej na sugestiach niż solidnych danych, których

117 D. Jordan, *Air and Space Warfare*, [w:] D. Jordan, J. Kiras, D. Lonsdale, I. Speller, C. Tuck, C. D. Walton, *Understanding Modern Warfare*, Cambridge 2016, s. 265.

118 R. T. Walkeman, *The Science of Bombing: Operational Research in RAF Bomber Command*, Toronto 2009.

119 P. Gray, *The Leadership, Direction and Legitimacy of the RAF Bomber Offensive from Inception to 1945*, Birmingham 2012, s. 63.

120 W 1925 roku w koloniach brytyjskich stacjonowało trzykrotnie więcej sił powietrznych niż w samej Wielkiej Brytanii. Zob. M. Kolinsky, *Law, Order and Riots in Mandatory Palestine, 1928-1935*, Londyn 1993, s. 23.

dostarczały ćwiczenia RAF odbywające się w drugiej połowie lat 30. XX wieku, gdy obecność samolotów myśliwskich typu Hurricane oraz Spitfire uwidaczniała poważne zagrożenie dla operacji bombowych¹²¹.

Analizując doktrynę Trencharda z perspektywy prawnomiędzynarodowej, niezbędne jest podkreślenie, że brytyjska koncepcja użycia lotnictwa nie akceptowała, aby ludność cywilną samą w sobie czynić przedmiotem ataku, bazując w tej mierze na pewnych podstawach norm *ius in bello*¹²². Dopuszczano jednakże powstanie efektu ubocznego w postaci oddziaływania psychologicznego. Powstają w związku z tym istotne wątpliwości, ponieważ granica pomiędzy bombardowaniem „ekonomicznym/moralnym” a atakowaniem z rozmysłem ludności cywilnej wydaje się niezwykle niedookreślona.

3.5. Doktryna powietrznej konieczności Jamesa M. Spaighta

Warto zwrócić uwagę na jeden z ciekawszych tekstów J. M. Spaighta odnoszący się do kwestii doktrynalnoprawnych z 1925 roku, w którym brytyjski autor posłużył się tzw. teorią powietrznej konieczności, rozumianej jako prawo do legalnego zniszczenia określonej własności prywatnej, o ile było to usprawiedliwione koniecznością wojskową i usprawiedliwionym interesem walczącego¹²³. Niszczenie mogło przybrać formę usprawiedliwionej destrukcji, będącej nieodłącznym przedmiotem działań wojennych, bądź też mieć charakter bezmyślnego, nieograniczonego i nieposiadającego związku z osiągnięciem konkretnego celu operacyjnego. Spaight uznawał, że prawo do tzw. legalnej destrukcji miało charakter niekwestionowany w odniesieniu do działań wojennych na lądzie oraz morzu i na tej samej zasadzie powinno przysługiwać załogantom wojskowych statków powietrznych. Brytyjski badacz zjawiska wojny powietrznej uznawał, że cele i skutki działania lotnictwa nie będą mogły być ograniczone tylko i wyłącznie względem niszczenia obiektów o znaczeniu wojskowym, lecz osiągną cel polityczny i psychologiczny oddziałujący na wszystkie warstwy funkcjonowania nowoczesnego, zindustrializowanego państwa¹²⁴.

121 Warto wskazać na przykładzie odwrotnym, że zorganizowane w latach 1938–1939 ćwiczenia polskich sił powietrznych z udziałem nowoczesnego bombowca typu Łoś, pokazały, że samoloty myśliwskie PZL-11 nie są w stanie dorównać szybkościowo nowoczesnym konstrukcjom.

122 „Trenchard’s targeting scheme against morale was vague, but he insisted on following international law, limiting collateral damage, selecting targets in urban areas for their military significance, and attacking vital centers in the infrastructure and production systems”. D. R. Mets, *The Air Campaign. John Warder and the Classical Airpower Theorists*, Alabama 1999, s. 23.

123 J. M. Spaight, *The Doctrine of Air-Force Necessity*, „British Yearbook of International Law” 1925, vol. 1, s. 2.

124 *Ibidem*, s. 4.

3.6. Polskie spojrzenie na koncepcję wykorzystania lotnictwa w okresie międzywojennym

Toż samo rachuba na humanitaryzm w przyszłej wojnie byłaby tragicznym błędem. Dla ludów dobrej woli oznaczałaby ona zdanie się na łaskę i niełaskę tych przeciwników, którzy bez względu na międzynarodowe zakazy przygotowują się do wykorzystania w razie wojny wszystkich możliwych środków zniszczenia¹²⁵.

O teorii i doktrynie lotniczej szeroko pisano na łamach „Przeglądu Lotniczego”, miesięcznika wydawanego przez Dowództwo Lotnictwa. Wiele prac badawczych poświęcono rozważaniom nad kwestią efektywnego działania lotnictwa w warunkach wojny. Warto w tym miejscu podkreślić wysoki poziom merytoryczny prac, celność oraz aktualność uwag. Major Olgierd Tuskiewicz wskazał, że główna oś rozważań Douheta, obejmująca wizję zwycięstwa w konflikcie zbrojnym poprzez złamanie woli walki ludności cywilnej w wyniku masowych bombardowań obszarów zabudowanych, nie ma oparcia w istniejących danych oraz uwzględnia zbyt wiele niepewnych przesłanek¹²⁶. Autor zwracał uwagę, że uzyskanie dokładności i rzeczywistej eliminacji danego celu wymaga znacznego nakładu środków oraz czasu, często nieproporcjonalnego do możliwości zaangażowania wojsk lądowych. Poglądy mjr. Tuskiewicza wskazywały także na możliwość skutecznego oddziaływania lotnictwa obronnego, które unikając ostatecznej bitwy powietrznej, może znacznie utrudnić możliwość zdobycia przewagi w przestrzeni powietrznej przez przeważające liczebnie lotnictwo wroga.

W tym miejscu warto wspomnieć o gen. Ludomile Rayskim, który w połowie lat 30. XX wieku objął funkcje odpowiedzialne za rozwój polskiego lotnictwa wojaskowego¹²⁷. Rayski pozostawał pod wpływem koncepcji Douheta i w konsekwencji zdecydował o przeznaczeniu skromnych środków i zasobów na produkcję samolotów bombowych (PZL-37 Łoś) bądź też ciężkich myśliwców eskortowych (PZL-38 Wilk), nadając lotnictwu charakter ofensywny¹²⁸. Fiasko tej drugiej konstrukcji spowodowało utratę cennego czasu i środków, które mogły zostać wykorzystane do modernizacji przestarzałego lotnictwa myśliwskiego. W ten sposób koncepcja Douheta została zastosowana w warunkach gospodarczych

125 W. Sikorski, *Przyszła wojna*, Kraków 2010, s. 40.

126 „Douhet natomiast twierdzi, że pustosząc gospodarczo kraj nieprzyjacielski z powietrza, bo taki jest istotny sens wyczerpywania źródeł zasobów przez bombardowania, można spowodować moralne załamanie się przeciwnika. Być może. Ale nie ma co do tego ani pewności, ani dowodów. Na kartę duchowej słabości wroga nie można stawiać zbyt wiele”. O. Tuskiewicz, *Rozważania nad doktryną Douheta*, „Przegląd Lotniczy” 1938, nr 1, s. 5.

127 A. Stachula, *Obrona powietrzna Polski 1918–1939*, Jelenia Góra 2009.

128 *Rozbudowa jednostek bojowych według projektu Szefa Departamentu Aeronautyki, Program rozwoju Wojska Polskiego i jego realizacja*, Centralne Archiwum Wojskowe dostępne na: <https://caw.wp.mil.pl/plik/file/wydawnictwa/lotnictwo.pdf> (dostęp: 1.06.2018).

i strategicznych, które nie pozwalały na jej pełną realizację, a w dodatku doprowadziły do opóźnienia w kluczowym programie modernizacji polskiego samolotu myśliwskiego. Z kolei dla utworzonych jednostek lotnictwa bombowego, takich jak Brygada Bombowa, nie było jasnych koncepcji użycia ich, co skutkowało zmarnowaniem ofensywnego potencjału maszyn typu PZL-37 Łoś i wyniszczeniem eskadr Brygady Bombowej w operacjach taktycznych. Zbyt wiele czasu i skromnych w okresie II Rzeczypospolitej środków finansowych zostało skierowanych na konstrukcję i produkcję maszyn o wątpliwej przydatności do jedynego rozsądnego w polskich warunkach geopolitycznych modelu lotnictwa defensywnego, opierającego się przede wszystkim na lotnictwie przechwytyjącym¹²⁹.

Podpułkownik Stanisław Jasiński jest uznawany za prekursora pojęcia wojny powietrznej w polskiej doktrynie użycia lotnictwa¹³⁰. Autor dostrzegał wzajemne interakcje technicznych możliwości bojowych samolotu wraz z koniecznością osadzenia go w ramach strategiczno-taktycznego użycia lotnictwa¹³¹. Polski autor podnosił, że zadaniem lotnictwa nie jest wyłącznie wspieranie sił lądowych, lecz uczynienie narodu przeciwnika „niezdolnym do dalszego prowadzenia wojny”¹³². Jasiński uznawał konieczność utworzenia samodzielnej floty powietrznej, gdyż jej właściwości oraz zasady użycia są tak odmienne od tradycyjnego pojmowania wojny morskiej i lądowej, że nie sposób doszukiwać się jakiegokolwiek analogii. Z punktu widzenia tematyki pracy, autor dokonuje także ciekawej analizy ówczesnej prasy lotniczej w kontekście oceny skuteczności parasola ochronnego prawa międzynarodowego. Jasiński w tej mierze nie wyrażał jednoznacznego stanowiska, dostrzegając, że istnieje obiektywna trudność w przewidzeniu losów wojny, a tym samym konieczności użycia lotnictwa w kontekście bliskiego wsparcia własnych oddziałów bądź strategicznych ataków na zaplecze. Jednocześnie autor podniósł, że następna wielka wojna powietrzna będzie dotyczyła ludności kraju nieprzyjacielskiego, jako niezbędnej siły utrzymującej i pracującej na rzecz wysiłku zbrojeniowego państwa¹³³.

129 „Utopijna idea Douheta, zakładająca szybkie zniszczenie całości lotnictwa nieprzyjaciela, poprzez nagłe i zmasowane naloty na jego lotniska, okazała się bowiem nietrafna. Wykazała to m.in. wojna domowa w Hiszpanii. Zauważyli to także polscy specjaliści. Niektórzy z nich zdawali sobie sprawę z tego już dużo wcześniej, gdy oficjalnie świat «upajał» się jeszcze teorią Douheta w pierwotnej wersji. Mimo wielu przemysłanych i słusznych opinii, przez cały okres dwudziestolecia międzywojennego lotnictwo było uzależnione od wojsk lądowych; te zaś uparcie lansowały poglądy, które w świetle francuskiej odmiany teorii Douheta propagowały głównie lotnictwo bombowe i obserwacyjne (towarzyszące)”. W. Michałak, *Wpływ teorii Douheta na rolę lotnictwa w walce zbrojnej*, „Zeszyty Naukowe Akademii Sztuki Wojennej” 2014, nr 97, s. 136.

130 T. Kmieciak, *Węzłowe problemy wykorzystania lotnictwa w przyszłej wojnie w polskiej myśli lotniczej lat 1919–1939*, „Stupskie Studia Historyczne” 2003, nr 10, s. 134–135.

131 S. Jasiński, *Wojna powietrzna*, „Przegląd Lotniczy” 1929, nr 3, s. 179.

132 *Ibidem*, s. 180.

133 „Wojna powietrzna umożliwiła zaatakowanie ducha mas walczących u jego źródła – przez zaatakowanie ducha ojczyzny, tak w podstawach ich technicznego zaopatrzenia, jak i w przemyśle wojennym. Czy więc wojna powietrzna będzie skierowana przeciwko masom

Generał Władysław Sikorski, który w okresie międzywojennym pełnił wiele czołowych funkcji kierowniczych, w połowie lat 30. XX wieku przygotował pracę pt. „Przyszła wojna”, w której dokonał szczegółowej analizy przyczyn, przebiegu oraz środków przypuszczalnie mogących zostać użytych w przyszłym konflikcie. Cały rozdział rozważań został poświęcony lotnictwu wojskowemu, które jak uważał przyszły Naczelny Wódz, uległo ogromnym przeobrażeniom technicznym w porównaniu do okresu I wojny światowej. W swej wizji Sikorski uważał, że ataki lotnictwa bombowego skierują się w pierwszej kolejności przeciwko miejscom koncentracji sił zbrojnych przeciwnika oraz infrastrukturze transportowej, by następnie zaatakować bazy przemysłowe i inne cele strategiczne. Zwracał uwagę, że lotnictwo myśliwskie jest już tak zaawansowane konstrukcyjnie, że może w dostatecznym stopniu zwalczać wyprawy bombowe i chronić własne kluczowe cele i obiekty, co wymusza obecność maszyn eskortujących przy własnych samolotach uderzeniowych¹³⁴. Obserwacja wieloletniego ministra spraw wojskowych jest w tej mierze niezwykle trafna i jednocześnie zupełnie przeciwna popularnemu w zachodnich kręgach wojskowych przeświadczeniu, że „bombowce zawsze przejdą” (*the bombers always get through*)¹³⁵.

4. Lotnictwo w okresie międzywojennym

4.1. *Air policing*

Doktryna *air policing* przyjęta jako koncepcja wojskowo-politycznego władztwa w obszarach kolonialnych Imperium Brytyjskiego była efektem rozważań głównie natury ekonomicznej. Po zakończonej w 1918 roku wojnie podjęto decyzję o radykalnym zmniejszeniu wydatków na utrzymanie wszystkich rodzajów

wojsk skoncentrowanym na froncie, czy też przeciw ludności kraju nieprzyjacielskiego jako źródła siły, przeciw przemysłowi wojennemu – zawsze skierowana ona będzie wyłącznie i bezpośrednio przeciwko czynnikom, podtrzymującym opór narodu, z którym walczymy i co w dzisiejszym pojęciu, znacznie bardziej rozszerzonym niż ongiś, określimy przez «siły zbrojne». *Ibidem*, s. 184.

134 „A zatem nie należy żywić zbyt przesadnych nadziei co do możliwości całkowitego opanowania powietrza, które z reguły będzie tą samą chimerą, co i bezzwzględne opanowanie mórz. A jest to warunek wstępny sprawdzenia się w przyszłej wojnie teorii Douheta”. W. Sikorski, *Przyszła...*, s. 216.

135 To fragment słynnej wypowiedzi brytyjskiego szefa rządu Stanleya Baldwina z 10 listopada 1932 roku, komentującego przebieg obrad na konferencji rozbrojeniowej w Genewie w latach 1932–1934. G. Thorburn, *Bomber Command 1939–1940: The War before the War*, Barnsley 2013, s. 1.

brytyjskich sił zbrojnych. Cięcia budżetowe dotknęły także garnizony znajdujące się poza Wyspami Brytyjskimi. Powstanie w Somalii w 1919 roku uwidocznilo problem słabości brytyjskiego panowania w dalszych częściach Imperium, które wymagało wielkich nakładów i stałej obecności wojskowej. W tym samym okresie kryzys rozwojowy przeżywało usamodzielnione lotnictwo brytyjskie – Królewskie Siły Powietrzne (*Royal Air Force*). By utrzymać niezależność komponentu powietrznego, ówczesny dowódca RAF Hugh Trenchard zaproponował, aby zamiast kosztownego transportu i utrzymania kontyngentu lądowego zadanie stłumienia rebelii powierzyć lotnictwu. Nieznany ludom tubylczym nowy środek walki wypełnił swoje zadanie, skutecznie niszcząc punkty oporu powstańców oraz wspierając własne oddziały lądowe. Sukces pierwszej kampanii przekonał brytyjskie koła polityczne, by lotnictwo w obszarach kolonialnych stanowiło rodzaj tzw. powietrznej policji – *air police*, której zadaniem było w pierwszej kolejności pełnienie służby porządkowej i represyjnej na terenach kolonialnych¹³⁶. Lotnictwo powtórzyło swój sukces podczas operacji wykonywanych w Afganistanie – gdzie raportowano o atakach powietrznych powodujących straty wśród niewalczących na pograniczu afgańsko-indyjskim, co spotkało się z oskarżeniami wysuwanymi przez stronę afgańską odpartych przez stronę brytyjską¹³⁷. RAF przejęło główną rolę operacyjną w działaniach na Bliskim Wschodzie, w Iraku, Palestynie oraz tzw. Transjordanii, które były terytoriami administrowanymi na podstawie mandatu Ligi Narodów¹³⁸. W latach 20. XX wieku lotnictwo brytyjskie dzięki działaniom bombowym oraz transportowym wielokrotnie skutecznie interweniowało przeciwko różnego rodzaju rebeliom oraz powstaniom. Utwierdziło to koła wojskowe o potrzebie utrzymywania sił powietrznych, a także w błędnym przekonaniu o możliwości rozstrzygnięcia konfliktu zbrojnego za pośrednictwem samego działania lotniczego. Podobne działania wykonywało lotnictwo francuskie – np. bombardowanie Damaszku w roku 1925¹³⁹. W późniejszej doktrynie działań przeciwpowstańczych tzw. *counterinsurgency* odwołuje się często do doświadczeń brytyjsko-francuskich związanych z prowadzeniem działań powietrznych w ramach tzw. *air police*.

136 D. E. Omissi, *Air Power and Colonial Control: The Royal Air Force 1919–1939*, Manchester 1990, s. 35–38.

137 „During British operations against Afghans on the northwest frontier of India, the General Officer commanding reported on May 17, 1919, that nearly 12 cwt. of explosives had been dropped on Basawal, on the ridge to the west of Dakka, and on Jalalabad; and the Afghan Commander-in-Chief declared that these British air bombs inflicted heavy losses on the civil population and army of Afghanistan”. E. Colby, *Aerial Law and War Targets*, „American Journal of International Law” 1925, vol. 19, s. 711.

138 P. Towle, *The RAF and Air Control between the Wars*, „Proceedings of the Royal Air Force Historical Society” 1990, Issue 8, September, s. 7–25.

139 M. Provence, *French Mandate Counterinsurgency and the Repression of the Great Syrian Revolt*, [w:] C. Schayegh, A. Arsan (red.), *The Routledge Handbook of the History of the Middle East Mandates*, Nowy Jork 2015, s. 140.

4.2. Wojna powietrzna okresu międzywojennego

W latach 30. XX wieku przed wybuchem II wojny światowej doszło do zmasowanego użycia lotnictwa w konflikcie chińsko-japońskim oraz podczas inwazji Włoch na Etiopię. Konflikty te z uwagi na ich charakter miały wymiar typowo asymetryczny. Warto wskazać, że pierwszym przykładem bombardowania saturacyjnego (powierzchniowego) kierowanego przeciwko ludności cywilnej był atak na dzielnice mieszkalne Szanghaju – Chapei w 1932 roku, gdzie samoloty startujące z dwóch japońskich lotniskowców zabiły wielu niewalczących oraz dokonały znaczących zniszczeń dóbr cywilnych¹⁴⁰. Obydwa konflikty, podobnie jak wojna domowa w Hiszpanii, były przedmiotem szerokiego zainteresowania i dyskusji w obrębie Ligi Narodów i zostaną omówione w stosownym rozdziale, z uwagi na ich wpływ na rozwój prawa wojny powietrznej.

5. Zarys działań lotnictwa w okresie II wojny światowej

5.1. Okres początkowy

Koncepcja Trencharda zakładająca dominację sił bombowych nad każdym innym rodzajem sił powietrznych, a także pośrednio koncepcje Douheta i Mitchella pomimo swego nagłośnienia i popularności nie były pozbawione wad, które były podkreślane już w okresie międzywojennym. Ponadto wbrew pozorom niewiele państw zdecydowało się oprzeć na koncepcji budowy lotnictwa wojскоwego zgodnie z modelem proponowanym przez teoretyków wojny powietrznej, począwszy od powodów utylitarnych, a skończywszy na ekonomicznych. Niemiecka Luftwaffe od początku swego istnienia aż do ostatniego dnia wojny pozostała lotnictwem czysto taktycznym¹⁴¹. Wiązało się to z przyjęciem jako

140 „I watched last Friday the aerial bombardment, without warning, of an open and defenseless city, and saw how Japanese spectators on the same roof with me capered in joy, shouting, «Banzai» (hurrah) and embracing each other as explosions spread fire and death in Chinese territory. It was a terrible sight, this dropping of bombs on a crowded territory far down below, death and mangling were the fate of many Chinese, caught without a chance”. W. Brown, *Japanese bombard civilians in Shaghai's Chapei*, UPI Archive, <https://www.upi.com/Archives/1932/02/02/Japanese-bombard-civilians-in-Shanghais-Chapei/1703141119892/> (dostęp: 12.10.2020); D. A. Jordan, *China's Trial by Fire: The Shanghai War of 1932*, Ann Arbor 2001, s. 47.

141 D. Uziel, *Arming the Luftwaffe The German Aviation Industry in World War II*, Jefferson 2012, s. 51–52.

wiodącego strategicznego poglądu gen. Heinza Guderiana, wyrażonego w jego książce pt. „Uwaga Czołgi!” (*Achtung Panzer!*), będącego „fundamentem” sztuki wojny błyskawicznej, w której lotnictwo miało odgrywać rolę artylerii powietrznej i wspierać tym samym ofensywę wojsk lądowych¹⁴². Stąd Luftwaffe zamawiała przede wszystkim bombowce typu taktycznego, które miały operować w bezpośredniej bliskości frontu, pozostawiając poza swoją koncepcją długodystansowe uderzenia strategiczne¹⁴³. Nowością było wprowadzenie nowego typu uzbrojenia w postaci bombowca nurkującego typu Junkers Ju 87 Stuka (tzw. sztukas), gdzie dostrzegano zalety precyzyjnego uderzenia w cele o charakterze taktycznym¹⁴⁴. Strona amerykańska z kolei dopiero pod koniec lat 30. XX wieku zdecydowała się na budowę ciężkiego bombowca strategicznego (Boeing B-17 Flying Fortress). W ramach projektu konstrukcji tego samolotu zdecydowała się uznać możliwość implementowania strategii precyzyjnych ataków powietrznych¹⁴⁵.

Z wojskowego punktu widzenia zarówno pierwszy dowódca Królewskich Sił Powietrznych, jak i Giulio Douhet nie docenili właściwości dobrze zorganizowanej obrony przeciwlotniczej, opierającej się na współpracy artylerii, punktów obserwacyjnych oraz samolotów myśliwskich. Przecenione zostały możliwości samodzielnych wypraw bombowych, które nie dysponowały osłoną myśliwską. Pierwsze przykłady wadliwości koncepcji Trencharda i Douheta w tej mierze zostały uwidocznione przez starcia II wojny światowej w jej początkowym okresie. Z perspektywy kampanii wrześniowej w 1939 roku warto dodać, że osiągnięcie przez Luftwaffe całkowitej przewagi w powietrzu nie zagwarantowało znaczącego ograniczenia strat osiągniętych przez niemieckie lotnictwo¹⁴⁶. Przecenione zostały możliwości zniszczenia lotnictwa przeciwnika pierwszym i obezwładniającym uderzeniem (np. skutek ewakuacji polskiego lotnictwa na przygotowane lotniska polowe). Dobrze zorganizowana obrona powietrzna Warszawy pomimo ograniczonych środków była w stanie skutecznie utrudnić ataki na miasto do

142 J. S. Corum, *A Comprehensive Approach to Change: Reform in the German Army in the Inter-war Period*, [w:] H. Winton, D. Mets (red.), *The Challenge of Change Military Institutions and New Realities, 1918–1941*, Lincoln 2000, s. 53–54.

143 Osobiście Adolf Hitler pozostawał pod wpływem terrorystycznych aspektów bombardowania powietrznego, co ujawniło się podczas tworzenia Protektoratu Czech i Moraw oraz w groźbie, skierowanej do prezydenta Czechostowacji, pojawienia się bombowców nad Pragą w marcu 1939 roku. P. S. Meilinger, *Airwar: Theory...*, s. 29.

144 R. Hargreaves, *Blitzkrieg Unleashed: The German Invasion of Poland, 1939*, Mechanicsburg 2008, s. 50.

145 A. Levine, *The Strategic Bombing...*, s. 13–15.

146 Ostateczny poziom strat Luftwaffe w 1939 roku jest wciąż przedmiotem kontrowersji pomiędzy historykami. Część samolotów klasyfikowanych jako uszkodzone została później wyremontowana i powróciła do służby. Ostrożne szacunki wskazują na liczbę ok. 200–300 samolotów uszkodzonych bądź zestrzelonych przez polskie lotnictwo myśliwskie bądź artylerię przeciwlotniczą, co stanowiło ok. 10–20% poziomu wyjściowego. C. Bowyer, *Air War Over Europe: 1939–1945*, Barnsley 1981, s. 20.

7 września 1939 roku¹⁴⁷. Znacznie większym sukcesem okazały się operacje taktyczne, mające na celu atakowanie miejsc koncentracji, dróg przemarszu czy też wspieranie własnych oddziałów. Warto w tym miejscu wspomnieć, że uderzenia powietrzne z 17 września 1939 roku wymierzone w zgrupowanie Armii „Poznań” oraz „Pomorze” doprowadziły do rozproszenia oddziałów polskich i ostatecznej utraty ich siły bojowej. Z kolei pozbawione osłony myśliwskiej wyprawy samolotów bombowych typu Łoś i Karaś mające na celu zatrzymanie kolumn pancernych skutkowały ogromnymi stratami¹⁴⁸. 18 grudnia 1939 roku wysłane w pierwszej misji strategicznej *Bomber Command* bombowce Vickers Wellington miały za zadanie zaatakować niemiecką flotę na Zatoce Helgoland. W wyniku wyprawy stracono 50% maszyn¹⁴⁹. 14 maja 1940 roku wyprawa bombowców typu Blenheim (w celu zatrzymania niemieckiego przełamania w Ardenach) poniosła wielkie straty wskutek działania artylerii przeciwlotniczej oraz niemieckiego lotnictwa (41 z 70 maszyn zostało zniszczonych)¹⁵⁰. W konsekwencji Królewskie Siły Powietrzne zaprzestały wykonywania nalotów o charakterze dziennym. Jednakże idea strategicznych uderzeń powietrznych nie została całkowicie pogrzebana, a jej odrodzenie wiązało się z pojawieniem odpowiedniego narzędzia wojny, jakim był ciężki, czterosilnikowy bombowiec strategiczny.

5.2. Rozwój koncepcji bombardowania moralnego

Bitwa o Anglię była ważną lekcją dla teoretyków wojny powietrznej. Starcia nad Wyspami Brytyjskimi udowodniły, że niewielka, ale dobrze zorganizowana i wyposażona obrona przeciwlotnicza (opierająca się na systemie już opracowanym i sprawdzonym w okresie I wojny światowej) jest w stanie skutecznie uniemożliwić uzyskanie przewagi w powietrzu stronie dysponującej znaczną przewagą liczebną¹⁵¹. Sama Luftwaffe, podobnie jak np. francuskie czy częściowo polskie siły powietrzne, koncepcyjnie wciąż była jedynie lotnictwem taktycznym. Niemieckie

147 Zob. J. Pawlak, *Brygada pościgowa – Alarm!*, Warszawa 1977.

148 „Spośród użytych w 1939 r. samolotów Polacy stracili ok. 120 Karasi, czyli ok. 86% stanu wyjściowego. Był to najwyższy wskaźnik strat wśród wszystkich typów samolotów bojowych naszego lotnictwa. Jako przyczynę można wskazać to, że Karasie potraktowano jako samoloty wielozadaniowe i nałożono na ich załogi wyjątkowo trudne i liczne zadania, do wypełniania których maszyny te nie były przystosowane. Karaś został bowiem skonstruowany do wypełniania zadań rozpoznawczych i lekkiego bombardowania z lotu poziomego na średnim pułapie. Tymczasem w 1939 r. musiał spełniać funkcję bombowca nurkującego i jednocześnie samolotu szturmowego, atakującego cele punktowe – pojazdy pancerne”. T. Kopański, *PZL.23 Karaś*, „Polskie Skrzydła” 2013, nr 17.

149 T. D. Biddle, *Rhetoric and Reality...*, s. 183.

150 C. More, *The Road to Dunkirk: The British Expeditionary Force and the Battle of the Ypres-Comines Canal, 1940*, Barnsley 2013, s. 11.

151 A. Classen, *Dogfight: The Battle of Britain*, Auckland 2012, s. 16.

samoloty bombowe nie mogły pełnić funkcji samodzielnych bombowców strategicznych, a samoloty myśliwskie z uwagi na zasięg nie były w stanie skutecznie chronić wypraw bombowych (myśliwiec typu Messerschmitt Me-109 był w stanie przebywać w obszarze operacyjnym nad Wielką Brytanią jedynie ok. 10–20 minut)¹⁵². Dodatkowo znaczna część arsenału Luftwaffe nie mogła operować w warunkach braku opanowania przestrzeni powietrznej (jak choćby bombowce nurkujące typu Sztukas, które musiały zostać wycofane z pierwszej linii z uwagi na wysokie straty)¹⁵³. Braki niemieckiego lotnictwa jeszcze bardziej uwiarydlały się podczas inwazji na Związek Radziecki w 1941 roku, gdyż Luftwaffe nie posiadała bombowca mogącego razić skutecznie radziecki przemysł zbrojeniowy położony na głębokim zapleczu¹⁵⁴.

W przypadku aliantów Wielka Brytania – po zakończeniu bitwy o Anglię – stanęła przed koniecznością określenia przyszłego charakteru prowadzenia wojny. Zagrożenie inwazją zostało zażegnane, ale do zwycięstwa nad III Rzeszą niezbędne było prowadzenie akcji ofensywnej. Brytyjskie siły lądowe nie posiadały samodzielnie dostatecznych środków do podjęcia inwazji na Stary Kontynent, a Królewska Marynarka Wojenna (*Royal Navy*) była zaangażowana na teatrze atlantyckim oraz śródziemnomorskim. Jedyną drogą do realnego osłabienia niemieckiej maszyny wojennej były działania lotnicze. W tym samym czasie brytyjskie kierownictwo wojskowo-polityczne zmieniło podejście do kwestii bombardowań powietrznych. Na powyższą zmianę miało wpływ wiele czynników. Wraz z objęciem urzędu premiera Winston Churchill zrewidował poprzednią brytyjską politykę w przedmiocie operacji lotniczych, która nakazywała unikanie nalotów na obszary zamieszkane przez ludność cywilną. W ten sposób premier rządu JKM odszedł od stanowiska wyrażonego w lipcu 1938 roku przez swojego poprzednika Neville'a Chamberlaina (patrz więcej w rozdziale poświęconym prawu wojny powietrznej). Brytyjski premier swoje działania opierał na dwóch przekonaniach:

152 Zob. więcej M. P. Barley, *Contributing to its Own Defeat: The Luftwaffe and the Battle of Britain*, „Defence Studies” 2006, vol. 4, s. 387–411.

153 J. T. Correll, *How the Luftwaffe Lost the Battle of Britain*, „Air Force Magazine” 2008, vol. 91, no. 8, s. 62–66.

154 Niemiecki plan budowy tzw. Ural bombera okazał się fiaskiem, a jedyny niemiecki bombowiec o charakterze strategicznym Heinkel He-177 Greif był konstrukcją nieudaną. W późniejszym etapie wojny, wraz z postępującą wojną powietrzną nad Europą, Luftwaffe zdecydowanie zwiększała nacisk na produkcję maszyn myśliwskich – program ten był jednak utrudniony przez samego Hitlera, który np. żądał, aby nowoczesny myśliwiec typu odrzutowego Me-262 wyposażony w zdolność do przenoszenia ładunków bombowych, co opóźniło wprowadzenie go do służby. Dopiero w drugiej połowie 1944 roku niemiecki przemysł zbrojeniowy przystąpił do wdrożenia projektu *Jagdnottfallprogram*, który przyznawał priorytet na budowę samolotów myśliwskich i przechwytyjących. Jedynym bombowcem produkowanym w ograniczonych ilościach był odrzutowy Arado Ar-234. Po wprowadzeniu awaryjnego programu budowy maszyn myśliwskich istniejące typy bombowców taktycznych przerabiano na myśliwce nocne.

po pierwsze, skala zniszczeń wyrządzanych ludności cywilnej przez niemieckie siły powietrzne w Polsce, Norwegii, Belgii, Holandii, we Francji oraz w samej Wielkiej Brytanii uprawnia to ostatnie państwo do adekwatnej odpowiedzi – poprzez koncepcję represaliów (zagadnienie rozwinięte w rozdziale poniżej). Po drugie, Churchilllem kierowały względy aksjologiczne, sugerujące głębokie przekonanie o konieczności brutalnego prowadzenia wojny w celu uratowania wolnego świata i zwycięstwa, przy uznaniu bombardowania za niezbędny środek w tym celu oraz swoistego rodzaju odwet. Interesująca w tej mierze jest charakterystyka Winstona Churchilla dokonana przez Martina Gilberta. Były lord admiralicji pozostawał pod wielkim wrażeniem efektów niemieckich ataków powietrznych w okresie I wojny światowej, zamierzając doprowadzić do uderzeń odwetowych względem Niemiec¹⁵⁵. Nie dostrzegał jednakże faktu, że brytyjska ludność cywilna nie uległa presji bombardowań, lecz w przeciwnie, domagała się uderzeń odwetowych, wymierzonych w niemiecką ludność cywilną. Charakterystyczne jest, że niemal jednocześnie z chwilą objęcia urzędu szefa rządu JKM w maju 1940 roku Churchill wyraźnie dążył do budowy silnej floty bombowców strategicznych, jako jedyne sposobu oddziaływania Wielkiej Brytanii na III Rzeszę. Ataki powietrzne, wymierzone początkowo w obiekty przemysłowe, a następnie w miasta przemysłowe, by w końcu doprowadzić do ataków na robotnicze dzielnice mieszkalne, miały być dla brytyjskiego premiera widocznym dla sojuszników wkładem Wielkiej Brytanii w ostateczne zwycięstwo nad III Rzeszą¹⁵⁶.

Pierwsze operacje ofensywne *Bomber Command* Królewskich Sił Powietrznych doskonale potwierdzają pierwszą z przesłanek decyzyjnych Winstona Churchilla. 24 sierpnia 1940 roku, w odpowiedzi na bombardowanie Londynu przez Luftwaffe (skądinąd będące bardziej efektem błędu niż zamierzonego działania), pierwsze brytyjskie maszyny zbombardowały stolicę III Rzeszy¹⁵⁷. Kolejny nalot (10 grudnia 1940 roku), wymierzony już bezpośrednio w centralne dzielnice

155 „In August 1942 Churchill flew to Moscow for his first meeting with Stalin. Bombing policy was much on the agenda. Churchill told Stalin that Britain looked upon German morale «as a military target». Churchill added: «We sought no mercy and would show no mercy. We hoped to shatter twenty German cities as we had shattered Cologne, Lübeck, Düsseldorf and so on... If need be, as the war went on, we hoped to shatter almost every dwelling in almost every German city»”. M. Gilbert, *Churchill and Bombing Policy*, Waszyngton 2005.

156 Nie zastępowało to jednakże w ocenie brytyjskiego przywódcy potrzeby dokonania inwazji na kontynent. A. F. Witt, *War from the Top: German and British Decision-Making during World War II*, Indiana 1990, s. 228.

157 Nalot ten bezpośrednio doprowadził do przelomu w Bitwie o Anglię. Hitler wskutek brytyjskiego nalotu zarządził, aby Luftwaffe w odwecie rozpoczęła kampanię bombową przeciwko stolicy Wielkiej Brytanii. Rozkaz ten nadszedł w chwili, w której dotychczasowe działania niemieckich sił powietrznych, mające za zadanie eliminację brytyjskiego lotnictwa myśliwskiego, zaczęły przynosić wymierne efekty. Przerzucenie nacisku ofensywy powietrznej na bombardowania Londynu pozwoliło RAF na reorganizację i uzupełnienie strat, co w konsekwencji doprowadziło do porażki Luftwaffe.

miasta Mannheim, został dokonany w odwecie na atak na Coventry¹⁵⁸. Efekty tych ataków nie były dla brytyjskiego dowództwa strategicznie zadowalające, również z uwagi na niedoskonałości techniczne ówczesnych brytyjskich samolotów. Dzielne naloty na wybrane cele o charakterze czysto wojskowym przynosiły poważne straty i nie wpływały na działanie niemieckiego przemysłu zbrojeniowego z uwagi na niską celność. W ciągu 1941 roku brytyjskie bombowce atakujące nocą zaczęły ponosić znaczne straty wskutek wprowadzenia na wyposażenie niemieckiego lotnictwa nocnej wersji samolotu Messerschmitt Bf-110 wyposażonej w radar FuG 202 Lichtenstein, a także utworzenia tzw. Linii Kamhubera – systemu obrony przeciwlotniczej zakładającego możliwość namierzania z ziemi pojedynczych brytyjskich maszyn¹⁵⁹.

Z uwagi na powyższe brytyjskie lotnictwo zdecydowało się zmienić koncepcję działań strategicznych. W literaturze często spotykanymi zwrotami na określenie nowej metody prowadzenia działań są sformułowania „bombardowanie strefowe” (*area bombing*), „bombardowanie wymierzone w morale ludności cywilnej” (*morale bombing*) bądź też „burzenie domów” (*dehousing*). Koncepcje te, wywodzące się w prostej linii od teorii Hugh Trencharda z okresu międzywojennego, zostały zrewidowane w specjalnym memoriale lorda Fredericka Lindemanna, doradcy premiera Winstona Churchilla¹⁶⁰. W lutym i marcu 1942 roku brytyjski naukowiec przedstawił rządowi JKM sprawozdanie dotyczące dotychczasowego przebiegu kampanii powietrznej przeciwko III Rzeszy. Raport wskazywał na stosunkowo niewielkie korzyści bombardowań selektywnych, wskazując na brak osiągania wymiernych efektów wojskowych przy znacznych stratach własnych. Raporty z rozpoznania fotograficznego podkreślały, że jedynie 10–30% bombowców było w stanie rzucić bomby w okręgu 5 mil od celu. Z uwagi na to celem *Bomber Command* miały zostać niemieckie miasta, z dużym odsetkiem ludności pracującej w fabrykach i zakładach wytwarzających na potrzeby produkcji zbrojeniowej. Ataki miały mieć charakter powierzchniowy i oprócz niszczenia infrastruktury przemysłowej miały doprowadzić do załamania morale niemieckiej klasy robotniczej poprzez efekt *dehousing* – czyli niszczenia domostw¹⁶¹. Precyzja w tej mierze miała charak-

158 Zob. R. Hansen, *Fire and Fury: The Allied Bombing of Germany*, Londyn 2008.

159 R. Forczyk, *Bf 110 vs Lancaster: 1942–1945*, Oxford 2013, s. 8.

160 M. W. Kirby, *Operational Research...*, s. 74.

161 „Investigation seems to show that having one's house demolished is most damaging to morale. People seem to mind it more than having their friends or even relatives killed. At Hull, signs of strain were evident, though only one-tenth of the houses were demolished. On the above figures we should be able to do ten times as much harm to each of the fifty-eight principal German towns. There seems little doubt that this would break the spirit of the people. Our calculation assumes, of course, that we really get one-half of our bombs into built-up areas. On the other hand, no account is taken of the large promised American production (6,000 heavy bombers in the period in question). Nor has regard been paid to the inevitable damage to factories, communications, etc., in these towns and the damage by fire, probably accentuated by breakdown of public services”. M. Hastings, *Bomber Com-*

ter drugorzędny. Koncepcja zbiegła się z wprowadzeniem do wyposażenia RAF dużej liczby ciężkich, czterosilnikowych bombowców typu Avro Lancaster, Stirling czy Handley Page Halifax. Maszyny te dysponowały większym zasięgiem oraz udźwigiem bomb, a także posiadały silniejsze opancerzenie i uzbrojenie obronne. Ataki miały przybrać charakter masowy i w tym celu Lindemann zaproponował wybudowanie kilkutysięcznej (ok. 4000–6000 maszyn) armady bombowców, by w ten sposób doprowadzić do destrukcji¹⁶². Na akceptacji planu przeważało też przeświadczenie o konieczności efektywnego udziału Wielkiej Brytanii w dalszej części wojny, zwłaszcza w sytuacji, w której realne możliwości lądowania we Francji były ograniczone, a ZSRR przejęło główny ciężar walki z III Rzeszą.

5.3. Początek nalotów saturacyjnych. Przybycie sił amerykańskich do Europy

23 lutego 1942 roku nastąpił kolejny przełom, bowiem dowódcą *Bomber Command* został mianowany Arthur „Bomber” Harris, orędownik planu Lindemanna. Dla brytyjskiego dowódcy niezwykle ważne były doświadczenia związane z placówkami zajmowanymi w lotnictwie bombowym w okresie kolonialnym, zwłaszcza podczas powstań przeciwko brytyjskiemu panowaniu w Iraku w okresie międzywojennym. Dla osłabionego I wojną światową Imperium nowy środek walki, jakim były siły powietrzne, okazał się przydatny w ramach tzw. doktryny *air policing*, czyli korzystania z destrukcyjnej siły lotnictwa w celu utrzymywania porządku na danym obszarze oraz likwidowania ewentualnych przejawów buntu. Zwycięstwo Brytyjczyków nad rebelią w Iraku przypisywano głównie psychologicznym efektom nalotów. Będący wówczas dowódcą jednego z dywizjonów Królewskich Sił Powietrznych Arthur Harris ukształtował wtedy swoje spojrzenie na możliwości lotnictwa¹⁶³. Zdaniem przyszłego dowódcy *Bomber Command* odpowiednio zorganizowana i wyekwipowana siła lotnictwa bombowego jest w stanie doprowadzić samodzielnie do zwycięstwa w wojnie – zarówno wskutek osłabienia zdolności produkcyjnych III Rzeszy, jak i załamania morale niemieckiego społeczeństwa¹⁶⁴. Zakres prowadzonych działań miał objąć wszystkie obszary zabudowane o znaczeniu przemysłowym, a skala ataków miała być masowa¹⁶⁵. W wyniku

mand: The Myths and Realities of the Strategic Bombing Offensive, 1939–1945, Nowy Jork 1977, s. 127–128; A. Levine, *The Strategic Bombing...*, s. 31–32.

162 T. Joel, *The Dresden Firebombing: Memory and the Politics of Commemorating Destruction*, Nowy Jork 2013, s. 51–52.

163 C. Coulter, *Sir Arthur Harris: Different Perspectives*, [w:] G. Sheffield, G. Till (red.), *The Challenges of High Command: The British Experience*, Hampshire 2003, s. 127.

164 A. Harris, *Bomber Offensive*, Barnsley 2005, s. 54–56.

165 M. Connelly, *Reaching For the Stars: A New History of Bomber Command in the World War II*, Londyn 2001, s. 63–64.

procesu selekcji celu (dokonywanego przez Ministerstwo Wojny Ekonomicznej – *Ministry of Economic Warfare*) liczba miast wpływających na produkcję niemieckiego przemysłu zbrojeniowego wynosiła ok. 400, by później wzrosnąć do 518 miejscowości, często nie większych niż 1000 mieszkańców¹⁶⁶. Koncepcja *area bombing* sprowadzała się do ustalenia rangi danego obszaru zabudowanego z uwagi na przemysł, jaki znajdował się w jego obrębie. Priorytetem były miasta, w których znajdowały się fabryki o szczególnym znaczeniu dla wysiłku zbrojeniowego III Rzeszy (szerzej o liście celów w rozdziale poświęconym celom wojskowym), a także o dużej liczbie ludności i znacznym oddziaływaniu ekonomicznym. Zamierzano w ten sposób doprowadzić do osiągnięcia kilku celów naraz: poprzez jednoczesne zniszczenie niemieckiej infrastruktury przemysłowej oraz pozbawienie klasy robotniczej zasobów mieszkaniowych miano doprowadzić do załamania zarówno wysiłku zbrojeniowego III Rzeszy, jak i upadku morale społeczeństwa. Pierwszym aktem nowego otwarcia w działaniach powietrznych nad III Rzeszą był nalot na Lubeckę 28 marca 1942 roku, który zniszczył część zabytkową miasta. 30 maja 1942 roku nowa strategia została wdrożona po raz pierwszy podczas operacji „Millenium” – czyli pierwszego rajdu 1000 bombowców na Kolonię¹⁶⁷. Podczas niej użyto także z sukcesem taktyki strumienia bombowców, która w przeciwieństwie do poprzednich prób nieskoordynowanych pojedynczych ataków pozwoliła znacznej liczbie bombowców na skomasowane uderzenie w krótkim czasie. Rozbudowano także środki walki elektronicznej – np. w celu zakłócenia niemieckich radarów zrzucono z pokładów samolotów RAF paski aluminium, które generowały sztuczne odbicie radiolokacyjne¹⁶⁸.

W ciągu 1942 roku do Wielkiej Brytanii zaczęły przybywać pierwsze jednostki 8 Armii Sił Powietrznych Armii Stanów Zjednoczonych (*The 8th Army Air Force*). Będące na wyposażeniu bombowce B-17 *The Flying Fortress* z celownikami bombardierskimi typu Norden rozpoczęły pierwsze ograniczone działania o charakterze dziennym. Koordynacja zadań pomiędzy lotnictwem amerykańskim i brytyjskim została przypieczętowana na konferencji w Casablance w styczniu 1943 roku pod

166 „The MEW issued the Bomber’s Baedeker: an extensive collection of German towns of more than 15,000 inhabitants, evaluated according to the war-economic significance of their industries, infrastructure and traffic. In the 1944 second edition of the Bomber’s Baedeker the number of towns had risen considerably from 392 to 518. Even municipalities with fewer than 1,000 inhabitants had been included, provided that they housed industries of war-economic significance”. U. Hohn, *The Bomber’s Baedeker Target Book for Strategic Bombing in the Economic Warfare against German Towns 1943–45*, „Geo-Journal” 1994, vol. 34, s. 213–230.

167 M. Bowman, *Bomber Command: Reflection of War*, Barnsley 2011, s. 235–236.

168 H. Boog, *The Strategic Air War in Europe and Air Defense of the Reich, 1943–1944*, [w:] H. Boog, G. Krebs, D. Vogel (red.), *Germany and the Second World War: The Strategic Air War in Europe and the War in the West and East Asia 1943–1944/5*, Oxford 2006, s. 203.

kryptonimem „Połączona ofensywa bombowa” (*Combined Bomber Offensive*)¹⁶⁹. Pomimo początkowych wahań Brytyjczyków ostatecznie zdecydowano, że amerykańskie lotnictwo strategiczne rozpocznie operację przeciwko przemysłowi III Rzeszy w formie dziennej, a brytyjskie będzie kontynuowało praktykę *area bombing* w nocy – w ramach wykonania tzw. dyrektywy „Pointblank”¹⁷⁰. Pierwszym „polowym” współdziałaniem *Bomber Command* RAF i 8 Armii USAAF była operacja „Gomora”, która na przełomie lipca i sierpnia 1943 roku doprowadziła do wywołania w Hamburgu zjawiska tzw. burzy ogniowej i spowodowania ogromnych zniszczeń w mieście¹⁷¹. Amerykańscy dowódcy (Carl Spaatz, Ira Eaker i Henry „Hap” Arnold) ufali, że precyzyjne ataki powietrzne mogą skutecznie doprowadzić do załamania ekonomicznego rozwiniętego państwa, a dokładność jest w tej mierze zasadniczym narzędziem¹⁷². Wierzono także w potencjał amerykańskich formacji bombowych, które będą skutecznie bronić się przed niemieckimi myśliwcami¹⁷³. Zaufanie to zostało wystawione na próbę w październiku 1943 roku, gdy podczas nalotu na fabrykę łożysk w Schweinfurt stracono ok. 10–20% maszyn uczestniczących w ataku¹⁷⁴. *Bomber Command* RAF-u także ponosiło straty – podczas ataku

169 „Primarily the progressive destruction and dislocation of the German military, industrial and economic system, and the undermining of the morale of the German people to a point where their capacity for armed resistance is fatally weakened... Subject to weather and tactical considerations targets to be attacked were: (a) Submarine construction yards. (b) The aircraft industry. (c) Transport. (d) Oil plants. (e) Other targets in war industry”. *Plan Submitted to the Combined Chiefs of Staff, Plan for Combined Bomber Offensive from the United Kingdom 1943*.

170 H. S. Wolk, *Decision at Casablanca*, „Air Force Magazine” 2003, vol. 86, s. 78–82; L. Douglas Keeney, *The Pointblank Directive: Three Generals and the Untold Story of the Daring Plan That Saved D-Day*, Oxford 2012, s. 57.

171 Szczególnie intensywny przebieg miało bombardowanie 27 lipca 1943 roku, gdzie prawie 800 brytyjskich bombowców doprowadziło do powstania ognistych podmuchów o prędkości osiągającej ok. 200 km/h, doprowadzającej do samozapłonu asfaltu na drogach. Szacuje się, że w trakcie ataków mogło zginąć nawet do ok. 40 000 mieszkańców Hamburga. Zob. R. Grant, *Operation Gomorrah*, „Air Force Magazine” 2007, s. 66–70.

172 „The disruption of the enemy’s industrial network is the real target, because such a disruption might produce a collapse in morale sufficient to induce surrender”. C. Arbush, *Bombing the European Axis Powers: A Historical Digest of the Combined Bomber Offensive 1939–1945*, Maxwell Air Force Base 2006, s. 34; R. Schaffer, *Wings of Judgment: American Bombing in World War II*, Oxford 1985, s. 38.

173 Rozwiązaniem było przyjęcie tzw. *box formation*, w ramach której każdy z samolotów osłaniał maszynę sojuszniczą. Formacja została wprowadzona przez ówczesnego dowódcę jednej z grup bombowych, późniejszego dowódcę amerykańskich sił strategicznych Curtisa LeMaya. J. Lee Hutchinson (red.), *B-17 Memories From Memphis Belle to Victory*, Bloomington 2014, s. 31–32.

174 Straty przewyższające poziom 10% ogółu maszyn uczestniczących w wyprawie bombowej oceniano jako „bardzo wysokie”. S. H. Ross, *Strategic Bombing by the United States...*, s. 68. Odsetek strat wśród 8 Armii USAAF był wyższy „niż Korpusu Piechoty Morskiej i Marynarki razem wzięte”. Łącznie ok. 30 000 załogantów zginęło bądź zaginęło, dalsze 30 000 zostało wziętych do niewoli. Przykładowo 91 Grupa Bombowa ze składu początkowego 36 maszyn straciła 82% stanu wyjściowego (M. Smith, *Bearing Silent Witness: A Grandfathers Secret*

w nocy z 30 na 31 marca 1944 roku na Norymbergę z 700 maszyn atakujących miasto zostało zestrzelonych ok. 100 samolotów (stracono 545 załogantów – więcej niż w trakcie całej bitwy o Anglię)¹⁷⁵. Odsetek utraconych maszyn uległ wydatnemu zmniejszeniu w chwili wprowadzenia myśliwców eskortowych typu P-51 Mustang i P-47 Thunderbolt, które skutecznie ochraniały strumień bombowców.

Na marginesie warto wspomnieć, że czysto terrorystyczny cel miały loty bojowe Luftwaffe dokonywane w ramach operacji „Steinbock” pomiędzy styczniem a majem 1944 roku (nazywanej przez aliantów *Baby Blitz*). Niemieckie maszyny zostały wyposażone w nowe przyrządy nawigacyjno-radarowe (radar typu FuG Neptun) i zaadaptowały taktykę strumienia bombowców, jednak kilkumiesięczne ataki przyniosły znikome efekty przy znacznych stratach własnych (wynikających z aktywności brytyjskiego lotnictwa myśliwskiego, usterek technicznych oraz błędów nawigacyjnych). W nocy z 18 na 19 lutego 1944 roku ok. 180 niemieckich maszyn pojawiło się nad Londynem i pomimo wywołania pewnych zniszczeń w mieście oraz jego okolicach nie osiągnięto żadnego skutku „moralnego” – kosztem utraty prawie 330 maszyn i załóg w trakcie całej kampanii¹⁷⁶. Porażka operacji „Steinbock” spowodowała, że niemieckie kierownictwo wojskowe zdecydowało się na skoncentrowanie wysiłków związanych z terrorystycznymi bombardowaniami za pośrednictwem pocisków rakietowych typu V-1 i V-2.

5.4. Kontrowersyjne efekty połączonej ofensywy bombowej

Tymczasem paradoksalnie z punktu widzenia zwycięstwa nad III Rzeszą najbardziej efektywne militarnie okazały się bombardowania fabryk i instalacji ściśle związanych z niemieckim wysiłkiem wojennym. Szczególnym sukcesem okazała się kampania kierowana w latach 1944–1945 przeciwko rafineriom paliwa syntetycznego, stacjom paliw oraz fabrykom chemikaliów, powodując realne utrudnienia w dostawie materiałów pędnych do oddziałów lądowych. Drugim elementem była walka o ostateczną eliminację możliwości operacyjnych Luftwaffe, koncentrująca się na fabrykach, lotniskach, liniach zaopatrzeniowych przemysłu lotniczego, a w późniejszym okresie (od jesieni 1944 roku) skupiona na miejscach produkcji komponentów oraz maszyn typu odrzutowego, uznawanych za poważne zagroże-

Attestation to German War Crimes in Occupied France, „Florida Journal of International Law” 2013, vol. 25, s. 35). Wykonanie pełnej tury bojowej – 25 misji bojowych było jednym z najtrudniejszych wyzwań II wojny światowej (pierwszym samolotem była słynna „Ślicznotka z Memphis” – Memphis Belle).

175 R. T. Walkeman, *The Science...*; J. Furner, *100 Group – ‘Confound And...’*, „Royal Air Force Historical Society Journal” 2003, vol. 28, s. 27. Straty RAF były spowodowane wyjątkowo sprzyjającymi warunkami pogodowymi dla działań niemieckich myśliwców nocnych oraz artylerii przeciwlotniczej.

176 A. Saunders, *Arrival of Eagles: Luftwaffe Landings in Britain 1939–1945*, Londyn 2014, s. 67.

nie¹⁷⁷. W efekcie produkcja paliwa lotniczego spadła we wrześniu 1944 roku do poziomu zaledwie 52 000 ton produkcji (z pierwotnych 170 000)¹⁷⁸. Oznaczało to, że pomimo rekordowego wzrostu liczb wyprodukowanych pojazdów i samolotów w 1944 roku przez niemiecki przemysł zbrojeniowy braki paliwowe skutecznie uniemożliwiały wykorzystanie możliwości nowych pojazdów. Warto w tym miejscu posłużyć się przykładem nowoczesnych myśliwców Me-262, których wyprodukowano imponującą jak na warunki III Rzeszy liczbę ok. 1400 sztuk, jednak brak paliwa spowodował, że większość maszyn nigdy nie weszła do użytku. Upadek produkcji paliwowej spowodował także załamanie przemysłu chemicznego¹⁷⁹.

Ostatnią fazą *Combined Bomber Offensive* były uderzenia w ostatnich miesiącach wojny bezpośrednio w niemieckie miasta, gdzie fazą kulminacyjną był atak 13 i 14 lutego 1945 roku na Drezno. Operacja lotnicza przeciwko niemieckim miastom miała znaczenie w kontekście ofensywy Armii Czerwonej na froncie wschodnim, a Drezno według informacji wywiadowczych posiadało znaczny potencjał transportowy dla wsparcia kierunków kluczowych dla niemieckiej obrony¹⁸⁰. Alianckie siły powietrzne w pełnym zakresie wykorzystywały zdobycze taktyczne i jakościowe w postaci radarów typu H2X, obecności pathfindera prowadzącego strumień bombowców, by skutecznie symulować rzeczywiste kierunki ataku. Efekty ataku były bardzo poważne, zwłaszcza w kontekście ofiar cywilnych, wskutek masowego wykorzystania przez alianckie lotnictwo zjawiska tzw. *firestorm*, czyli burzy ogniowej (szerzej w tym kontekście patrz rozdział poświęcony zasadom dotyczącym uzbrojenia lotniczego). Sens zniszczenia miasta jest po dzień dzisiejszy przedmiotem licznych kontrowersji. Część specjalistów uznaje atak na Drezno za czysty przykład zbrodni wojennej, gdy część uznaje, że bombardowanie miasta było uzasadnione na szczeblu strategicznym i taktycznym¹⁸¹.

177 „With the invasion date coming ever closer and the CBO yet to achieve the intermediate objective, on 13 February 1944, the CCS modified the CBO objective to focus air attacks on the attainment of air superiority”. W. Parramore, *The Combined Bomber Offensive Destruction of Germany's Refined-Fuels Industry*, „Air Space and Power Journal” 2012, no 4/5, s. 75.

178 F. A. Vajda, P. Dancey, *German Aircraft Industry and Production, 1933–1945*, Yorkshire 1998, s. 90.

179 T. Redding, *Bombing Germany: The Final Phase: The Destruction of Pforzheim and the Closing Months of Bomber Command's War*, Barnsley 2015, s. 324.

180 „A and contrary to popular belief, Dresden in 1945 was far more than just a beautiful baroque center of cultural significance. It was also an armed camp and was home, most importantly, to a vital communications and transportation hub as well as a control node for the resupply and sustainment of Eastern Front operations. In addition, it hosted scores of embedded factories that produced goods vital to the German war effort, including the massive Zeiss-Ikon complex. Furthermore, it had been a long time since Zeiss-Ikon had produced anything as innocent as a holiday snapshot camera. Dresden, in short, was a highly legitimate military target”. D. Bashov, *In Praise of Bomber Harris and Area Bombing*, „The Royal Canadian Air Force Journal” 2014, vol. 3, s. 41–42.

181 P. Battersby, J. M. Siracusa, S. Ripiloski, *Crime Wars: The Global Intersection of Crime, Political Violence, and International Law*, Santa Barbara 2011, s. 24–25.

Z punktu widzenia doktrynalnego przebieg połączonej ofensywy bombowej był w pewnym sensie zaprzeczeniem arkanów strategii lotniczej. Decyzja o przerzuceniu głównego ciężaru prowadzenia działań na uzyskanie supremacji w powietrzu powzięta została dopiero w połowie 1944 roku w związku z przygotowaniami do operacji „Overlord” w Normandii. Niemieckie społeczeństwo nie wykazało oznak rozkładu moralnego, a powierzchniowe bombardowanie obszarów industrialnych nie przyniosło trwałych efektów – większość z fabryk czy instalacji po trzech miesiącach wracała do niemal 80% efektywności sprzed nalotu¹⁸². Ponadto, dzięki wysiłkom ministra do spraw uzbrojenia III Rzeszy Alberta Speera, dokonano relokacji wielu z najbardziej kluczowych fabryk (w tym także poprzez budowę instalacji podziemnych), by osiągnąć szczyt wysiłku produkcyjnego. W tym świetle największą korzyścią wojskową dla aliantów były precyzyjne uderzenia w przemysł paliwowy, które zniwelowały profity płynące ze zwiększonej produkcji przemysłowej, a wręcz zbyteczne wydają się naloty wykonywane w ramach *area bombing* w ostatniej fazie wojny. Warto w tym miejscu wspomnieć o głosach aprobujących zasadność podejmowanych działań w ramach połączonej ofensywy bombowej, wskazujących że globalne efekty bombardowań miały wydatny wpływ na ogół ekonomii III Rzeszy, zmuszając jej przemysł do pochłaniania znacznej części swych zasobów na odbudowę zniszczonych fabryk, domostw, instalacji czy infrastruktury – zasobów, które mogłyby zostać przeznaczone na produkcję ściśle zbrojeniową¹⁸³. Z drugiej strony chociażby niemiecka ofensywa w Ardenach podjęta na przełomie 1944 i 1945 roku oraz ostatnia operacja ofensywna na Węgrzech w marcu 1945 roku świadczą o zdolności ciągle bombardowanej III Rzeszy do transportu, wyposażenia, dostarczenia rezerw dla operacji zaczepnych wojsk lądowych.

5.5. Konkluzje związane ze strategią wojny powietrznej w okresie 1939–1945 na europejskim teatrze wojennym

Koncepcja Douheta w kontekście połączonej ofensywy bombowej miała jedynie częściowe odniesienie. Z punktu widzenia celów pracy istotne jest stwierdzenie, że zupełnie nietrafne było przekonanie o wpływie zjawiska bombardowania powierzchniowego na morale ludności cywilnej jako jedynej przyczynie klęski. Klęska III Rzeszy była skutkiem pokonania niemieckich sił lądowych, a nie rozkładu społecznego (co było w pewnym sensie przeciwieństwem sytuacji z listopada 1918

182 Inną kampanią powietrzną o niewykorzystanym potencjale była możliwość systematycznego niszczenia niemieckiej sieci energetycznej. Możliwość oddziaływania na ludność cywilną zostałaby w ten sposób osiągnięta w zupełnie inny sposób niż bezpośrednie jej bombardowania. Zob. T. E. Griffith, *Strategic Attack of National Electrical Systems*, Maxwell 1994, s. 17–22.

183 K. Hartley, *The Strategic Bombing of Germany in the Second World War: An Economic Perspective*, [w:] D. L. Braddon, K. Hartley (red.), *Handbook on the Economics of Conflict*, Cheltenham 2011, s. 466–467.

roku, kiedy to wzrastający stan oburzenia społecznego wpłynął na rząd Cesarstwa na tyle, aby rozpocząć rozmowy o kapitulacji). Koncepcja włoskiego teoretyka miała częściowe zastosowanie w kontekście wywalczenia panowania w powietrzu. Wyprawy bombowe angażowały do obrony III Rzeszy znaczną część niemieckiego lotnictwa myśliwskiego. W efekcie toczonych bitew powietrznych doszło do znacznego wytracenia potencjału obronnego Luftwaffe. Ponadto оголоcono z jednostek myśliwskich inne obszary frontowe, np. podczas operacji w Normandii Luftwaffe była w stanie przygotować do osłony swoich wojsk lądowych tylko ok. 140 samolotów (podczas tzw. *D-Day* alianckie lotnictwo wykonało prawie 15 000 lotów, niemieckie zaledwie ok. 300)¹⁸⁴. Tym samym alianckie wojska lądowe, zmagające się z bardziej doświadczonymi oraz lepiej uzbrojonymi (zwłaszcza w uzbrojenie pancerne) wojskami III Rzeszy uzyskały niezbędne wsparcie lotnictwa taktycznego, skutecznie niwelując niemiecką przewagę technologiczną i jakościową. W efekcie jedynie te operacje, które były ograniczone do celów czysto wojskowych, takich jak fabryki amunicji, przemysłu naftowego czy chemicznego oraz zgodne z podstawami sztuki operacyjnej – dążące do eliminacji wrogiego lotnictwa, okazały się najbardziej efektywnym środkiem prowadzenia walki w powietrzu.

Zgodnie z końcowym raportem dotyczącym skali amerykańskich bombardowań strategicznych w wyniku kampanii powietrznej liczba ofiar wśród ludności cywilnej wskutek ataków powietrznych wynosiła łącznie ok. 1 mln zabitych i rannych, 20% zabudowy mieszkalnej zostało zniszczonej, a dalsze 7,5 mln osób zostało pozbawionych dachu nad głową. Podczas tzw. połączonej ofensywy bombowej zrzucono łącznie 2,7 mln ton bomb. Około 160 000 alianckich lotników zostało zabitych oraz zniszczono 40 000 samolotów. Dokument wskazywał, że pomimo znacznych strat i upadku morale ludność niemiecka była wciąż gotowa do wspierania wysiłku produkcyjnego, dopóki posiadała ku temu środki techniczne¹⁸⁵.

5.6. Pacyficzny teatr walki 1939–1945

Pierwsze operacje lotnicze japońskiego lotnictwa potwierdziły korzyści taktyczne wynikające z pierwszych godzin konfliktu i niezapowiedzianego charakteru tzw. napadu powietrznego skierowanego przeciwko celom wojskowym, jako narzędzia

184 O. Wieviorka, *Normandy: The Landings to the Liberation of Paris*, Londyn 2008, s. 207.

185 „The mental reaction of the German people to air attack is significant. Under ruthless Nazi control they showed surprising resistance to the terror and hardships of repeated air attack, to the destruction of their homes and belongings, and to the conditions under which they were reduced to live. Their morale, their belief in ultimate victory or satisfactory compromise, and their confidence in their leaders declined, but they continued to work efficiently as long as the physical means of production remained. The power of a police state over its people cannot be underestimated”. *The United States Strategic Bombing Survey. Summary Report (European War)*, September 30 1945.

osiągnięcia przewagi w powietrzu. Wojna na Pacyfiku rozpoczęła się 7 grudnia 1941 roku od niezapowiedzianego napadu powietrznego japońskiego lotnictwa pokładowego startującego z pokładów sześciu lotniskowców grupy uderzeniowej admirała Nagumo na bazę amerykańskiej Floty Pacyfiku w Pearl Harbor, eliminując zespół pancerników¹⁸⁶. Tego samego dnia japońskie lotnictwo wraz z jednostkami desantowymi rozpoczęło inwazję brytyjskich Malajów oraz Filipin. Amerykańskie plany obronne przewidywały m.in. wykorzystanie stacjonujących na Wyspach Filipińskich ciężkich bombowców strategicznych typu B-17 w celu wykonania przewencyjnego uderzenia wymierzonego w lotniska na japońskiej Formozie (obecnie Tajwan)¹⁸⁷. Jednakże 8 grudnia 1941 roku skutek zaskakującego ataku japońskich bombowców większość potencjału obronnego Sił Powietrznych Dalekiego Wschodu (*Far East Air Force*) została zniszczona i Japonia uzyskała panowanie w powietrzu¹⁸⁸. Jednocześnie brytyjskie i australijskie dywizjony lotnicze stacjonujące na Malajach straciły pierwszego dnia walk ok. 60 samolotów. 10 grudnia 1941 roku japońskie samoloty torpedowe i bombowe zatopiły okręty liniowe HMS „Prince of Wales” i HMS „Repulse” – w historii wojny morskiej i powietrznej moment ten uznaje się za koniec ery panowania ciężkich okrętów wojennych na morzu działających bez osłony z powietrza¹⁸⁹. Dalsze działania powietrzne na teatrze Pacyfiku miały w początkowej fazie głównie wymiar taktyczny, a punktem zwrotnym działań wojennych w tym obszarze świata była bitwa powietrzno-morska pod Midway w lipcu 1942 roku, w której lotnictwo wykazało swoją decydującą rolę w walkach na morzu¹⁹⁰.

186 Sam atak uznawany był za sukces strategiczny, ale niemający decydującego charakteru. W pierwszej kolejności należy wskazać, że w chwili nalotu w bazie na Hawajach nie znajdował się żaden z amerykańskich lotniskowców (USS „Hornet”, USS „Lexington”, USS „Enterprise”, USS „Yorktown”, USS „Saratoga” wykonywały zadania na innych akwenach morskich bądź znajdowały się w portach Kalifornii). Nie zniszczono także znacznych zapasów ropy naftowej oraz infrastruktury samego portu wojennego. Admirał Nagumo był krytykowany za nieprzeprowadzenie trzeciego ataku z lotniskowców. E. Kosiarz, *Bitwy morskie*, Warszawa 1998, s. 512–515.

187 Y. Miwa, *Japan's Economic Planning and Mobilization in Wartime, 1930s–1940s*, Cambridge 2015, s. 402.

188 Uznaje się, że lotnictwo amerykańskie na Filipinach pomimo znacznego potencjału bojowego było nieprzygotowane do japońskiego ataku i w większości zostało zniszczone na ziemi. Szczególnym błędem było zgromadzenie większości dostępnych maszyn w bazie Clark Air Base pod Manilą, gdzie w wyniku chaosu decyzyjnego zniszczona została w ciągu godziny prawie połowa samolotów myśliwskich i bombowych *Far East Air Force*. Decyzja ta bezpośrednio obciążała głównodowodzącego siłami amerykańskimi na Filipinach gen. Douglasa MacArthura.

189 HMS „Prince of Wales” był okrętem wstawionym pościgiem za „Bismarckiem”, w którym wspólnie z HMS „Hood” nawiązał pierwszy kontakt bojowy (HMS „Hood” został zatopiony w wyniku eksplozji, a HMS „Prince of Wales” ciężko uszkodzony). HMS „Repulse” był uważany w *Royal Navy* za okręt z najlepiej wyszkoloną załogą. Dla Winstona Churchilla wiadomość o utracie okrętów była „jednym z największych ciosów w czasie całej wojny”. M. Stille, *Malaya and Singapore 1941–42: The Fall of Britain's Empire in the East*, Oxford 2016, s. 50–52.

190 Z 10 japońskich lotniskowców 6 największych stanowiło trzon Sił Uderzeniowych Cesarskiej Marynarki Wojennej. W wyniku bitwy na Morzu Koralowym, zakończonym utra-

18 kwietnia 1942 poprzez tzw. rajd Doolittle'a, wykonany przez bombowce B-25 Mitchell z pokładu USS „Hornet”, po raz pierwszy alianckie lotnictwo pojawiło się nad Wyspami Japońskimi (większość z załóg uczestniczących w nalocie została schwytana i osądzona przez stronę japońską, patrz rozdział poniżej). Ofensywa powietrzna w pełnej skali rozpoczęła się dopiero wraz z zajęciem archipelagu Wysp Mariańskich, gdzie z lotnisk na Guam i Sajpanie rozpoczęły operowanie amerykańskie siły powietrzne dysponujące bombowcami typu B-29. Pierwsze ataki w grudniu 1944 roku były kierowane przeciwko japońskiemu przemysłowi zbrojeniowemu (głównie zakładom Mitsubishi oraz Kawasaki) w Nagoji oraz Tokio, kierując się schematem „precyzyjnych ataków” mających miejsce w Europie, także z uwagi na obecność H. Hansella – twórcy bombardowania precyzyjnego i uczestnika połączonej ofensywy powietrznej nad III Rzeszą. Efekty ataków nie były jednak zadowalające w stosunku do ponoszonych nakładów (głównie poprzez rozproszenie produkcji przemysłowej) i w marcu 1945 roku dowodzenie przejął gen. Curtis LeMay¹⁹¹. Nowa strategia obejmowała przyjęcie taktyki bombardowań ogniowych – amerykańscy planiści mieli świadomość, że japoński sposób konstrukcji budynków jest szczególnie wrażliwy na niebezpieczeństwo pożaru, a rozmieszczenia zakładów produkcyjnych w obrębie miast wymaga skierowania uderzeń powietrznych bezpośrednio w zabudowę miejską. B-29 miały atakować w nocy (ponieważ Japonia nie posiadała zasadniczo programu nocnych myśliwców), z niskiego pułapu oraz przy użyciu bomb kerozynowych oraz napalumu. W efekcie w nocy z 9 na 10 marca 1945 roku doszło do najbardziej rozległego bombardowania powietrznego w okresie II wojny światowej – ataku na Tokio, w wyniku którego wskutek wytworzenia zjawiska burzy ogniowej zginęło nawet do 100 000 cywilów (więcej niż w przypadku ataków bombowych na Hiroszimę i Nagasaki). Kampania została rozszerzona względem większych oraz mniejszych ośrodków miejskich, powodując znacznie bardziej rozległe zniszczenia niż w przypadku nalotów na III Rzeszę. Dopiero w ostatniej fazie kampanii w lipcu 1945 roku skierowano wysiłki lotnicze przeciwko przemysłowi naftowemu¹⁹². Efekty ataków wydają się kontrowersyjne – LeMay uznawał, że taktyka *firebombing* będzie wystarczającym narzędziem do kapitulacji Cesarstwa Japońskiego.

tą USS „Lexington”, wyłączone z walki z powodu uszkodzeń zostały najnowsze japońskie jednostki: „Shōkaku” i „Zuikaku”. Utrata dalszych 4 pod Midway („Akagi”, „Hiryū”, „Sōryū”, „Kaga”) była niemożliwa do odtworzenia przez stronę japońską. Charakterystyczne jest, że w ciągu 1942 roku flota amerykańska utraciła dokładnie taką samą liczbę lotniskowców co japońska. Oprócz USS „Lexington” zatopione zostały USS „Yorktown”, USS „Hornet” i USS „Wasp”. A. Czubiński, *Historia drugiej wojny światowej*, Warszawa 2004, s. 253.

191 G. P. Gentile, *How Effective is Strategic Bombing? Lessons Learned from World War II to Kosovo*, Nowy Jork 2001, s. 86.

192 W rezultacie jeden z ostatnich japońskich okrętów liniowych, superpancernik „Yamato”, wyruszając do bitwy o Okinawę w kwietniu 1945 roku, nie posiadał dostatecznych zapasów paliwa pozwalających na powrót okrętu do macierzystej bazy.

Znaczący był wpływ ataków saturacyjnych na spadek produkcji przemysłowej, natomiast dyskusyjne pozostaje oddziaływanie na morale ludności cywilnej. Wydaje się, że konsekwencje psychologiczne nie były na tyle poważne, aby rząd Cesarstwa rozważał rezygnację z oporu w ramach spodziewanej inwazji na Wyspy Japońskie. W rezultacie w obliczu szacowanych strat wynoszących ok. 1 mln żołnierzy i cywilów (bazując na szacunkach związanych z oceną bitwy o Okinawę) podjęto decyzję w sierpniu 1945 roku o wykonaniu uderzeń za pośrednictwem bomby atomowej, co ostatecznie skłoniło cesarza Hirohito do przyjęcia warunków bezwarunkowej kapitulacji¹⁹³.

Analiza oficjalnego raportu z przebiegu kampanii powietrznej dostarcza interesujących informacji co do stanu japońskiej gospodarki w chwili rozpoczęcia ofensywy powietrznej. Uzależniona od surowców ekonomia Kraju Kwitnącej Wiśni bazowała na transporcie morskim z podbitych obszarów Azji Południowo-Wschodniej – wyniszczenie floty handlowej Imperium doprowadziło do zupełnego załamania dostaw paliwa, co spowodowało zarówno ograniczenie treningu załóg, jak i wykonywania misji bojowych lotnictwa japońskiego w drugiej połowie 1944 roku¹⁹⁴. Odmiennie jednakże niż w przypadku III Rzeszy, izolowana geograficznie Japonia nie prowadziła na swoim macierzystym terytorium otwartych działań zbrojnych i dopiero użycie środków masowego rażenia uświadomiło japońskiemu kierownictwu wojskowemu brak możliwości skutecznego przeciwdziałania amerykańskim atakom lotniczym, które doprowadziły do zniszczenia ok. 30% zabudowy miejskiej w całym kraju.

193 Plan amerykańskiego ataku na Wyspy Japońskie nosił nazwę „Upadek” (*Downfall*). Ze strony alianckiej zamierzano wykorzystać ok. 2 mln ludzi i prawie 40 dywizji różnego rodzaju. Strona japońska w ramach planu obronnego zdecydowana była na wykorzystanie wszelkiego potencjału wojennego, łącznie z tzw. Korpusem Ochotniczym (*Kokumin Giyūtai* – odpowiednikiem niemieckiego *Volkssturm*), zamierzając powołać pod broń nawet do 17 mln kobiet i mężczyzn dotychczas niezmbolizowanych (W. Murray, A. R. Millet, *A War To Be Won: Fighting the Second World War*, Harvard 2009, s. 520–521). Dyskusja na temat potencjalnie katastrofalnych skutków lądowego ataku na Japonię jest do dzisiejszego dnia istotną częścią zagadnienia zasadności użycia broni atomowej w sierpniu 1945 roku.

194 „In addition to steel, other basic elements of the economy were involved. Oil, although not as important as steel in its broad impact on the remainder of the economy, was of critical importance to Japan's military machine and to her merchant marine. Oil imports from the south began declining in August 1943, and had been eliminated by April 1945. Crude oil stocks were virtually exhausted; refinery operations had to be curtailed; and stocks of aviation gasoline fell to less than 1,500,000 barrels, a point so low as to require a drastic cut in the pilot-training program and even in combat air missions. Bauxite imports declined from 136,000 tons in the second quarter of 1944, to 30,000 tons in the third, and stockpiles were only 3,000 tons. Stockpiles and the time delay between the various stages of production cushioned for a time the inevitable effects of the blockade on finished munitions production, but by November 1944, the over-all level of Japanese war production had begun to turn down, including even the highest priority items, such as aircraft engines”. *United States Strategic Bombing Survey Summary Report (Pacific Report)*, Waszyngton 1946, s. 17.

6. Powojenne wykorzystanie sił powietrznych

6.1. Korea – zapomniany konflikt

25 czerwca 1950 roku wojska Korei Północnej przekroczyły 38 równoleżnik i rozpoczęły zmasowaną inwazję na południe, wykorzystując siły powietrzne składające się z maszyn produkcji radzieckiej. W odpowiedzi 30 czerwca 1950 roku pierwsze amerykańskie B-29 pojawiły się nad Pyongyang i zaatakowały lokalny węzeł lotniskowy. W początkowym okresie wojny amerykańskie lotnictwo skupiło się na celach natury taktycznej, dążąc do spowolnienia komunistycznej inwazji, po to aby osłonić niezbędne przegrupowanie na południu wokół portu Pusan, bombardując głównie linie komunikacyjne oraz punkty zaopatrzenia, co spotkało się z protestem teoretyków lotnictwa dążących do wykorzystania B-29 w swej zasadniczej roli – jako bombowca przeznaczonego do dalekich rajdów na zaplecze wroga. Latem 1950 roku skoncentrowane uderzenia B-29 doprowadziły do zlikwidowania niemal całości celów strategicznych o charakterze przemysłowym, jednak ze względów politycznych nie zdecydowano się na atakowanie miast i obszarów zabudowanych, wykorzystując bombowce strategiczne w celach bezpośredniego wsparcia pola walki¹⁹⁵. Wysiłki lotnictwa sprzymierzonych pozwoliły 5 sierpnia 1950 roku na zatrzymanie postępów armii północnokoreańskiej, a następnie znacząco wsparły działania wojsk ONZ, które 15 września 1950 roku rozpoczęły kontratak spod miejscowości Incheon, wypierając niemal całkowicie stronę komunistyczną z Korei Południowej i zajmując znaczne obszary Korei Północnej.

W kontekście prowadzenia działań powietrznych 29 lipca 1950 roku prezydent USA Harry Truman oświadczył swoim doradcom, że jego życzeniem jest, aby wojna powietrzna w Korei nie miała charakteru „bez rozróżnienia” – w konsekwencji odpowiednie wytyczne wskazywały na konieczność atakowania „celów natury wyłącznie wojskowej”¹⁹⁶. Podobne wytyczne wydał gen. MacArthur, wskazując na potrzebę stosowania „rozsądnej ostrożności” podczas atakowania celów zlokalizowanych w obszarach zurbanizowanych¹⁹⁷. 8 sierpnia 1950 roku na forum sesji nr 484 RB ONZ rozpoznawano skargę rządu Korei Północnej na przebieg prowadzenia działań wojennych przez Stany Zjednoczone, a zwłaszcza zmasowane użycie lotnictwa. W telegramie kierowanym do Narodów Zjednoczonych rząd w Pyongyangu informował o „barbarzyństwie sił powietrznych USA atakujących niebronione miejscowości, w obrębie których nie znajdują się cele wojskowe”. Potępiano „ostrzeliwanie ludności cywilnej, ataki na transport kolejowy oraz fabryki

195 H. Deane, *The Korean War 1945–1953*, San Francisco 1999, s. 151.

196 R. F. Futrell, *The United States Air Force in Korea 1950–1953*, Waszyngton 1983, s. 41–42.

197 S. Conway-Lanz, *Collateral Damage, Americans, Noncombatant Immunity and Atrocity after World War II*, Oxon 2006; S. K. Hwang, *Korea's Grievous War*, Filadelfia 2016, s. 144.

niemające wartości wojskowej, a także składy żywności”¹⁹⁸. W toku dyskusji nad treścią protestu przedstawiciel ZSRR zaproponował przyjęcie przez RB ONZ rezolucji (S/1679) odnoszącej się do „niehumanitarnej i barbarzyńskiej praktyki bombardowań powietrznych podejmowanych przez USAF”. Projekt dokumentu wskazywał na konieczność „uznania, że ataki lotnicze USAF przeciwko ludności cywilnej koreańskich miast i wsi są szczególnie rażącym pogwałceniem norm prawa międzynarodowego” (*gross violation of the universally accepted rules of international law*)¹⁹⁹. W odpowiedzi na powyższe zarzuty we wrześniu 1950 roku sekretarz stanu Dean Acheson wskazał, że „ataki sił powietrznych ONZ są skierowane wyłącznie przeciwko celom wojskowym w tym miejscach nieprzyjacielskiej koncentracji, składom zaopatrzenia, fabrykom zbrojeniowym oraz liniom komunikacyjnym”, podnosząc fakt wykorzystywania przez wojska komunistyczne ludności cywilnej w celu rozmyślnego osłaniania przemarszu swych wojsk²⁰⁰.

Interwencja chińska w listopadzie 1950 roku całkowicie odwróciła przebieg konfliktu, a także sposób użycia sił strategicznych. Nowy rozdział działań lotnictwa ONZ rozpoczął się od przygotowania kampanii powietrznego nacisku (*Air Pressure Campaign*). Przygotowana lista celów obejmowała 17 pozycji w postaci m.in.: 1) samolotów i lotnisk, 2) elektrowni, 3) radarów oraz instalacji radiowych, 4) centrów dowodzenia, 5) fabryk i warsztatów naprawczych, 6) lokomotyw oraz infrastruktury kolejowej, 7) składów materiałów pędnych, 8) wrogiego personelu wojskowego, 9) mostów, dróg, wiaduków oraz tuneli²⁰¹. 8 listopada 1950 roku 80 bombowców B-29 rozpoczęło bombardowania miast położonych przy granicy chińskiej o charakterze saturacyjnym, przy użyciu bomb zapalających z „dewastującymi efektami” w celu opóźnienia postępów wojsk chińskich²⁰². W związku z odwrotem sił ONZ zdecydowano się przystąpić do ataków na stolicę Korei Północnej w styczniu 1951. W połowie 1952 roku doszło do największych wypraw bombowych z użyciem bomb konwencjonalnych oraz napalmu²⁰³. 11 czerwca

198 United Nations Security Council Official Records, Fifth Year 484th Meeting: 8 August 1950, Complaint of aggression upon the Republic of Korea, s. 2–4.

199 *Ibidem*, s. 20.

200 Zob. S. Conway-Lanz, *The Struggle to Fight a Humane War: The United States, the Korean War and the 1949 Geneva Conventions*, [w:] M. Evangelista, N. Tannenwald (red.), *Do the Geneva Conventions Matter?*, Oxford 2017.

201 M. Clodfelter, *The Limits of Air Power: The American Bombing of North Vietnam*, Lincoln 2000, s. 17.

202 „On November 8, 79 B–29s struck Sinuiju, nine trying unsuccessfully to drop the bridges and the other 70 saturating the city with more than 500 tons of incendiary bombs, released in clusters. «General O'Donnell indicates,» Stratemeyer recorded in his diary, «that the town was gone.» Aerial reconnaissance found that about 60 percent of the city had been destroyed”. W. Thompson, B. Nalty, *Within Limits The U.S. Air Force and the Korean War*, Waszyngton 1996, s. 23; J. Endicott, *The USAF in Korea Campaigns, Units and Stations 1950–1953*, Waszyngton 2011, s. 15–16.

203 C. Malkasian, *A History of Modern Wars of Attrition*, Wesport 2002, s. 171.

i 29 sierpnia 1952 roku nad Pyongyangiem lotnictwo USAF wykonało ok. 1500 lotów dziennie²⁰⁴. Przed nalotem dowództwo ONZ rzuciło nad miastem ulotki ostrzegające ludność cywilną o możliwości bombardowania, apelując o opuszczenie miasta (*Operation Blast*)²⁰⁵. Istnieją wątpliwości co do zakresu bombardowania – część autorów wskazuje, że ataki miały charakter powierzchniowy, mający na celu osłabienie morale ludności cywilnej, druga grupa wskazuje, że przedmiotem ataku były ściśle wyselekcjonowane cele natury wojskowej, położone jednakże w pobliżu obszarów zabudowanych²⁰⁶. Kontrowersje wywoływało także atakowanie zapór oraz tam wodnych w celu zatrzymania produkcji energii elektrycznej, oraz pośrednio zniszczenia zaplecza infrastrukturalnego oraz rolnego Korei Północnej²⁰⁷. Łącznie amerykańskie siły powietrzne rzuciły w trakcie konfliktu w Korei ok. 635 000 ton bomb – jest to liczba większa od ogólnego tonażu wykorzystanego podczas II wojny światowej na obszarze Pacyfiku (z czego 32 357 ton stanowiły bomby wypełnione napalmem)²⁰⁸.

Amerykańska siła powietrzna (w tym strategiczne bombowce B-29) została w ramach konfliktu koreańskiego wykorzystana do działania w kraju o stosunkowo niskim poziomie industrializacji, w którym brakowało skoncentrowanego przemysłu oraz linii komunikacyjnych zdolnych do efektywnego podtrzymywania wysiłku wojennego wroga. Z uwagi na fakt utrzymywania się gospodarczego

204 „When attacking in 1952, Air Force bombers did not drop incendiary clusters, judged less accurate than high explosives and more likely to cause widespread collateral damage. The Truman administration wanted accuracy against Pyongyang, mainly to protect American prisoners of war believed held there. Other towns harboring large concentrations of enemy troops or stocks of supplies were attacked with incendiary clusters or napalm, along with high explosives. On July 11, 1952, United Nations fighter-bombers flew 1,200 sorties and B-29s flew 54 against the North Korean capital. Radio Pyongyang attributed 7,000 casualties and the destruction of 1,500 buildings to this raid, and reports from intelligence agents indicated that a direct hit had destroyed the headquarters of the North Korean Ministry of Industry. Despite the effects of this attack, Generals Weyland and Clark decided to send 1,400 sorties by Air Force and Navy fighter-bombers against surviving warehouses, barracks, and public buildings in Pyongyang”. B. C. Nalty, *Winged Shield, Winged Sword 1950–1997: A History of the United States Air Forces*, Honolulu 1997, s. 46.

205 C. Crane, *Searching for Lucrative Targets in North Korea: The Shift from Interdiction to Air Pressure*, [w:] J. Neufeld, G. Watson (red.), *Coalition Air Warfare in the Korean War 1950–1953*, Andrews 2002, s. 163.

206 P. M. Edwards, *Combat Operations of the Korean War: Ground, Air, Sea, Special and Covert*, Jefferson 2010, s. 93; R. A. Pape, *Bombing to Win: Air Power and Coercion in War*, Nowy Jork 1996, s. 161; C. A. MacDonald, *Korea: The War Before Vietnam*, Londyn 1999, s. 241; M. N. Vego, *Joint Operational Warfare...*, s. 77.

207 B. Cumings, *The Korean War: A History*, Nowy Jork 2010, s. 155–157; M. Burleigh, *Small Wars, Far Away Places: The Genesis of the Modern World 1945–1965*, Londyn 2013, s. 160; H. Ammi, *Big Ocean Navy in a Little Ocean War*, „Air University Quarterly Review” 1953, vol. 4, s. 46.

208 M. Selden, *A Forgotten Holocaust: U.S. Bombing Strategy, the Destruction of Japanese Cities, and the American Way of War from the Pacific War to Iraq*, [w:] Y. Tanaka, M. B. Young (red.), *Bombing Civilians: A Twentieth-Century History*, Londyn 2009, s. 93.

Korei Północnej dzięki masowym dostawom broni oraz zaopatrzenia bezpośrednio od Chin oraz ZSRR cele o charakterze strategicznym zostały zastąpione celami taktycznymi. O ile w pierwszej fazie kampanii kwestia strat wśród ludności cywilnej była przedmiotem troski dowództwa sprzymierzonych, o tyle rozważania tego typu zostały porzucone wskutek ofensywy chińskiej w listopadzie 1950 roku. Przynajmniej częściowo zdecydowano się na powrót do koncepcji Douheta, poprzez bombardowanie obszarów zabudowanych. Wymuszała to także taktyka stosowana przez wojska komunistyczne, jak również trudna sytuacja strategiczna wojsk ONZ związana ze skalą chińskiej interwencji.

Kontrowersyjny był status wziętych do niewoli jeńców wojennych należących do sił zbrojnych ONZ. O ile strona chińska złożyła oświadczenie, w ramach którego zobowiązała się do stosowania Konwencji genewskich z 1949 roku (z zastrzeżeniem – o podobnej treści jak ZSRR – co do treści art. 85 III Konwencji genewskiej z 1949 roku), o tyle Korea Północna nie była stroną ani też w żaden inny sposób nie związała się powyższymi umowami międzynarodowymi. W konsekwencji obozy, w których znajdowali się członkowie personelu sił zbrojnych ONZ, nie były oznakowane wymaganymi znakami konwencyjnymi, co powodowało, że stawały się one przedmiotem bombardowania lotniczego²⁰⁹.

6.2. Wojna sześciodniowa i starcia powietrzne podczas konfliktu Jom Kippur

Błyskawiczny sukces izraelskiej ofensywy na półwyspie Synaj należy w znacznym stopniu zawdzięczać doskonale skoordynowanej akcji sił powietrznych Izraela, które w godzinach porannych 5 czerwca 1967 roku zniszczyły 90% sił powietrznych Egiptu i większość stacji radarowej w ramach operacji „Focus”²¹⁰. Powodzenie misji zapewniło odpowiednie planowanie i zaskoczenie przeciwnika – lotnictwo izraelskie na małej wysokości i w całkowitej ciszy radiowej skierowało się w najpierw nad Morze Śródziemne i zaatakowało bazy lotnictwa egipskiego od północy – kierunku, który był zupełnym zaskoczeniem dla stacji radarowych. W trakcie ataku szeroko stosowano bomby typu przeciwbetonowego, które powodowały wymagające długotrwałych napraw zniszczenia pasów startowych.

Praktyka rozpoczynania konfliktu zbrojnego od przeprowadzenia niezapowiedzianego napadu powietrznego stała się utrwalonym „zwyczajem” konfliktów bliskowschodnich i miała miejsce także w przypadku wojny Jom Kippur w 1973 roku. Egipska operacja „Badr”, zmierzająca do odzyskania kontroli nad półwyspem Synaj i zmuszenia do odwrotu sił izraelskich znad Kanału Sueskiego, rozpoczęła się

209 S. Carvin, *Caught in the Cold: International Humanitarian Law and Prisoners of War during the Cold War*, „Journal of Conflict and Security Law” 2006, vol. 11, s. 80.

210 J. B. McNabb, *A Military History of the Modern Middle East*, Santa Barbara 2017, s. 160–161.

6 października 1973 roku od zmasowanego ataku powietrznego. Około 200 samolotów egipskich uderzyło na izraelskie bazy lotnicze, centra dowodzenia oraz stanowiska rakiet przeciwlotniczych typu Hawk. Podobną operację rozpoczęło także lotnictwo syryjskie, które zaatakowało pozycje izraelskie na Wzgórzach Golan. Kontrataki lotnictwa izraelskiego przeciwko bazom lotnictwa syryjskiego oraz egipskiego były przechwytywane przez arabskie lotnictwo myśliwskie, prowadząc do bitew z udziałem kilkuset samolotów, takich jak starcie powietrzne pod Al-Mansurą 14 października 1972 roku²¹¹. W wyniku walk obronnych Izraelskie Siły Powietrzne utraciły ok. 100 samolotów, lecz ich stan liczebny nie zmniejszył się wskutek amerykańskich dostaw (głównie myśliwców F-4 Phantom)²¹². Pomimo wyciągnięcia wniosków przez państwa arabskie z przebiegu działań wojennych z 1967 roku, inwestycji w poprawę infrastruktury drogowej oraz rozmieszczenia środków obrony przeciwlotniczej typu raketowego doświadczenia wojny Jom Kippur wskazują, że osiągnięcie przewagi w powietrzu nie było uzależnione od zniszczenia nieprzyjacielskiego lotnictwa na ziemi, lecz skuteczności lotnictwa myśliwskiego (prawie połowa arabskich samolotów została zniszczona podczas walk powietrze – powietrze)²¹³.

Koncentracja obrony typu ziemia – powietrze przez państwa arabskie sprawiła, że lotnictwo izraelskie zdecydowało się w latach 1973–1980 na zwiększenie „zdolności do przetrwania” swoich samolotów bojowych działających w warunkach znacznej koncentracji środków rakiet przeciwlotniczych. Podczas wojny domowej w Libanie toczącej się w latach 1979–1982 Izrael zareagował na rozmieszczenie baterii rakiet typu SAM przez Syrię w dolinie Bekaa skoncentrowanym uderzeniem 9 czerwca 1982 roku. W ramach ataku wykorzystano w sposób szeroki bezzałogowe pojazdy latające, dostarczające ciągle aktualizowane dane dotyczące rozmieszczenia pocisków typu ziemia – powietrze, a także kreujące sztuczny obraz radarowy względem syryjskich stacji radiolokacyjnych, umożliwiając wykorzystanie F-4 Phantom do zniszczenia wykrytych stanowisk. W ramach najnowszych amerykańskich dostaw piloci izraelscy dysponowali nowoczesnymi F-15 oraz F-16 oraz nową generacją uzbrojenia powietrze – powietrze, które zdecydowanie przeważało technologicznie nad syryjskimi MiG-21 i MiG-23. W trakcie dwugodzinnej bitwy powietrznej przy zerowych stratach własnych zestrzelono ok. 80 syryjskich samolotów i zniszczono wszystkie wrogie wyrzutnie rakietowe²¹⁴.

211 P. P. Barua, *The Military Effectiveness of Post-Colonial States*, Leiden 2013, s. 74–76.

212 Straty lotnictwa państw arabskich były ok. 4–5 razy wyższe. Wynikało to w znacznej mierze z lepszego wyszkolenia izraelskich pilotów oraz skuteczniejszego uzbrojenia typu powietrze – powietrze, takich jak rakiety typu AIM-9 Sidewinder.

213 R. Sivron, *Air Power and Yom Kippur*, [w:] E. Feuchtwanger, R. A. Mason (red.), *Air Power in the Next Generation*, Londyn 1979, s. 89–90.

214 J. Brungess, *Seeting the Context: Suppresion of Enemy Air Defenses and Joint War Fighting in an Uncertatin World*, Maxwell Air Force Base 1994, s. 21–22.

Jeden z izraelskich pilotów Avraham Lanir został zestrzelony podczas wykonywanej misji zwiadowczej nad Syrią 13 października 1973 roku i zmarł w syryjskiej niewoli wskutek tortur. Łącznie 28 izraelskich pilotów zostało pojmanych w Syrii. W sześciu przypadkach ewakuujący się z zestrzelonych maszyn piloci zostali zabici w powietrzu z broni małokalibrowej. W liście z 8 grudnia 1973 roku kierowanym do ZO ONZ i MKCK rząd Izraela traktował powyższe naruszenia jako złamanie art. 13 III Konwencji genewskiej z 1949 roku²¹⁵.

7. Konflikt zbrojny w Wietnamie – nowa perspektywa wykorzystania sił powietrznych

7.1. Operacja „Rolling Thunder”

Obok zagadnień istniejących w kontekście samej wojny powietrznej warto wspomnieć, że klasyfikacja prawna konfliktu zbrojnego w Wietnamie budziła wątpliwości natury politycznej. Administracja Białego Domu obawiała się wizerunku związanego z istnieniem stanu otwartej wojny pomiędzy DRW (Demokratyczna Republika Wietnamu) a USA, wskazując w pierwszej kolejności na fakt konfliktu o charakterze wewnętrznym pomiędzy siłami Republiki Wietnamu (Wietnam Południowy) z komunistyczną partyzantką Vietkong, w ramach którego siły zbrojne Stanów Zjednoczonych są stroną „interwenującą” po stronie rządu w Sajgonie²¹⁶. Z perspektywy doktryny oraz stanowiska MKCK wyrażonego na początku konfliktu po lądowaniu wojsk amerykańskich na plaży w Da Nang w 1965 roku nie było wątpliwości, że konflikt ten miał charakter międzynarodowy, ze względu na: 1) pozostawanie ruchu partyzanckiego w Wietnamie Południowym pod bezpośrednią kontrolą DRW, 2) ataki lotnictwa amerykańskiego na cele w Wietnamie Północnym, 3) bezpośrednie starcia zbrojne sił USA z oddziałami DRW na terenie Wietnamu Południowego – bitwa w dolinie Ia Drang od 14 do 18 listopada 1965 roku²¹⁷.

215 Letter dated 8 December 1973 from the Permanent Representative of Israel to the United Nations addressed to the Secretary-General, United Nations General Assembly A/9429.

216 D. G. Partan, *Legal Aspects of the Vietnam Conflict*, „Boston University Law Review” 1966, vol. 46, s. 281–289.

217 „As professor Howard Levie notes in his study of Maltreatment of Prisoners of War in Vietnam, «the items so specified clearly indicate that the I.C.R.C. considered the armed conflict in Vietnam to be of an international character. Indeed, the tenor of the letter leaves no doubt on this score». T. Farer, *Humanitarian Law and Armed Conflicts: Toward the Definition of 'International Armed Conflict'*, „Columbia Law Review” 1971, vol. 71, s. 58.

Co interesujące, podobnie jak bombardowania Londynu w trakcie kluczowego momentu bitwy o Anglię we wrześniu 1940 roku, amerykańskie naloty na Wietnam Północny (DRW) rozpoczęły się także jako represalia, związane z atakiem komunistycznej partyzantki Vietkong (operacja „Flaming Dart”) na amerykańskie bazy w Wietnamie Południowym w lutym 1965 roku. Następnie ataki te zostały zorganizowane w nową operację „Rolling Thunder”, która z przerwami trwała zasadniczo do 1972 roku. Zasadniczą zmienną wpływającą na sposób prowadzenia kampanii powietrznej w Wietnamie były względy polityczne – zarówno sekretarz stanu USA Robert McNamara, jak i prezydent USA Lyndon Johnson obawiali się nadmiernej eskalacji konfliktu, uznając, że amerykańskie lotnictwo będzie autoryzowane do celu wykonywania uderzeń powietrznych w DRW tylko na wypadek uprzednich działań wojennych prowadzonych względem Wietnamu Południowego (tatyka „wet za wet”)²¹⁸. Stanowisko to było w jawnej opozycji do poglądów amerykańskich generałów m.in. gen. Curtisa LeMaya, który postulował, aby szybko objąć cały obszar DRW zasięgiem skoncentrowanych uderzeń strategicznych celem załamania struktury wojennej państwa („bomb them back to the Stone Age”)²¹⁹. Amerykański generał wskazywał, aby uczynić przedmiotem ataków powietrznych system ekonomiczny państwa, w tym: zasoby materiałów pędnych w pierwszej kolejności, które spowodują utrudnienia w transporcie oraz dostarczaniu energii elektrycznej, zaminowanie portu w Hajfongu i zniszczenie infrastruktury przeładunkowej. LeMay wyrażał w tym miejscu pogląd, że „należy wykorzystywać każdą dostępną siłę by zatrzymać bieg wydarzeń możliwie natychmiast – im wcześniej to nastąpi, tym więcej istnień ludzkich przetrwa”²²⁰. Zastrzegł jednakże przy tym, że takie działania nie mogą obejmować ataków na ludność cywilną, lecz powinny być ukierunkowane na niszczenie obiektów typu POL (*petroleum, oil, lubricants*), transportu oraz ekonomii. Docelowo działania te miały prowadzić do zniszczenia zdolności DRW do agresji na Wietnam Południowy, ale nie afirmowały masowych rzezi²²¹. LeMay ustąpił z funkcji dowódczych Szefa Sztabu Lotnictwa w przededniu operacji „Rolling Thunder” i w późniejszych latach

218 Zob. W. H. Parks, *The Rolling Thunder...*

219 „My solution to the problem would be to tell them frankly that they’ve got to draw in their horns and stop their aggression, or we’re going to bomb them back into the Stone Age. And we would shove them back into the Stone Age with Air power or Naval power – not with ground forces”. W. C. Gibbons, *The U.S. Government and the Vietnam War: Executive and Legislative Roles and Relationships, Part II 1961–1964*, Princeton 1986, s. 210.

220 K. H. Williams, *Le May on Vietnam*, Waszyngton 2017, s. 22–23.

221 „Destruction of oil storage is a beginning, but the thumb screws will need much more tightening before «uncle» is called. This does not mean the bombing of populations, but rather of important industrial, transportation and agricultural objectives. Third, we must not try to fight a benign war against an enemy who utilizes terror as a basic tactic. If we take up arms against an enemy, we should hit him hard. This means that we should destroy his economy and his will to wage war. Again, let me say, as I have often said, this does not mean mass slaughter”. *Ibidem*, s. 24.

szeroko komentował błędy popełnianie przez amerykańskie dowództwo w doborze celów. Wskazał w latach 1967–1968, że USAF ma zdolność do selektywnego niszczenia obiektów bez narażenia życia ludności cywilnej oraz postulował, aby powrócić do dogmatu ataków strategicznych wymierzonych w: 1) najważniejsze fabryki, 2) elektrownie, 3) tamy, 4) porty oraz 5) statki handlowe. Amerykański dowódca uznawał, że dostateczną ochroną ludności cywilnej jest udzielenie uprzedniego ostrzeżenia, a straty towarzyszące atakom na cele wojskowe są nieuniknione i mają miejsce w każdym konflikcie zbrojnym²²².

O sposobie prowadzenia operacji „Rolling Thunder” przesądziły jednak w pierwszej kolejności motywy polityczne. Lista tzw. 94 stałych celów Szefów Połączonych Sztabów (*Joint Chiefs of Staff* – JCS) obejmowała zasadniczo podczas operacji „Rolling Thunder” składy amunicji, POL, elektrownie, fabryki zbrojeniowe, lotniska, mosty oraz stacje radarowe. Intensywność misji bojowych przeciwko naturalnym celom wojskowym, takim jak np. lotniska czy stacje radiolokacyjne była jednak nadzwyczaj niska²²³. Ponadto amerykańskie siły powietrzne otrzymały sztywne wytyczne w zakresie sposobów prowadzenia misji powietrznych. W pierwszej kolejności z możliwości ataku wyłączono strefy Hanoi oraz Hajpongu (ustanawiając 20-milową strefę zamkniętą nad stolicą DRW i 8-milową nad największym portem państwa), które mogły być atakowane jedynie na podstawie upoważnienia Białego Domu²²⁴. Zakazywano także atakowania obszarów zamieszkałych oraz stanowisk obrony przeciwlotniczej w nich rozmieszczonych. Ponadto nakazywano wykonywanie ataków na cele wojskowe jedynie w warunkach dobrej widoczności oraz według określonego schematu²²⁵. Amerykańskie kierownictwo polityczne nie było jednak w stanie zdeterminować zasadniczego celu prowadzonych działań wojennych i faktu, czy interwencja amerykańska w Wietnamie powinna jedynie wspierać działania przeciwpartzanckie w Wietnamie Południowym czy też rozszerzyć zakres działania kampanii na obszary DRW, które stanowiły zaplecze dla działań Vietkongu przeciwko rządowi w Sajgonie²²⁶.

O skali konfliktu powietrznego niech świadczy fakt, że w 1968 roku – w momencie największego zaangażowania amerykańskiego w Wietnamie Południo-

222 „My answer to that was to warn the civilian population of North Vietnam that you’re going to hit the military targets wherever they’re found and advise them to get away from them”. *Ibidem*, s. 76.

223 Intelligence Memorandum, The Effectiveness of the rolling Thunder Program in North Vietnam, 1 January – 30 September 1966, s. 12.

224 „At the operational level, these restrictions hindered the achievement of the three stated aims. A 30 nautical mile (NM)-radius ring around Hanoi and a 10 NM-radius ring drawn around Haiphong delineated no-strike zones and so gave these areas of war resource sanctuary against strikes”. G. R. Jackson, *Linebacker II: An Examination of Strategic Use of Airpower*, Alabama 1989, s. 23.

225 A. J. Bellamy, *Massacres and Morality Mass Atrocities in an Age of Civilian Immunity*, Oxford 2012, s. 174.

226 R. A. Pape, *Bombing To Win: Air Power...*, s. 177.

wym, gdzie w szczytowym okresie stacjonowało ok. 550 000 żołnierzy – USAF w Azji Południowo-Wschodniej dysponowało ok. 85 dywizjonami lotniczymi liczącymi łącznie prawie 1800 maszyn bojowych. W październiku 1968 roku służby amerykańskie raportowały o zniszczeniu prawie 80% składów broni, 60% składów materiałów pędnych, 50% mostów oraz blisko 20 000 różnych pojazdów (morskich, lądowych) służących do transportu²²⁷. Pomimo tej okoliczności osiągnięcie celów konfliktu było wciąż dalekie. Wynikało to głównie ze strategicznej relokacji najważniejszych elementów gospodarki wojennej DRW na obszary znajdujące się w pobliżu granicy z Chinami, względnie gęsto zaludnione. Ponadto w latach 1966–1972 nastąpiła gwałtowna rozbudowa systemu obrony przeciwlotniczej kraju, dzięki dostawom chińsko-radzieckich rakiet przeciwlotniczych typu SS-2, SS-3 oraz myśliwców typu MiG-17 i MiG-21²²⁸. Dowództwo DRW szybko rozpoznało model prowadzenia działań przez amerykańskie siły powietrzne i dążyło do rozmieszczenia infrastruktury wojskowej w rejonach, które były według treści wytycznych „Rolling Thunder” uznawane za strefy zastrzeżone bądź zakazane.

Oprócz działań w ramach uderzeń przeciwko DRW, amerykańskie siły powietrzne udzielały szerokiego wsparcia lotniczego własnym wojskom lądowym w ramach misji CFS (*Close Fire Support*) na terenie Wietnamu Południowego, Laosu oraz Kambodży. Ocenia się, że blisko 62% ogólnego tonażu bomb zrzuconego przez amerykańskie siły powietrzne w Indochinach w latach 1965–1971 spadło na Wietnam Południowy, a blisko 75% ogólnej liczby misji powietrznych zostało wykonanych nad tym państwem²²⁹. Słynne było wykorzystanie bombowców typu B-52 w ramach misji „Arc Light” jako bombardowań bezpośredniego wsparcia pola walki w celu niszczenia w sposób saturacyjny pozycji Vietkongu i wojsk DRW. Część amerykańskich autorów podnosi, że powyższe działania w wielu wypadkach wiązały się z działaniem pozbawionym wojskowego uzasadnienia, wskazując nadużycie wykorzystania amerykańskiej przewagi w powietrzu w ramach misji typu *search and destroy*, których głównym zadaniem było strefowe oczyszczanie danego terenu z obecności wojsk DRW bądź jednostek Vietkongu²³⁰.

227 „By October 1968, Rolling Thunder attacks were reported to have destroyed 77 percent of all ammunition depots, over 60 percent of all POL storage facilities, nearly 60 percent of North Vietnamese power plants, over 50 percent of all major bridges, and 40 percent of all railroad shops. In addition, 12,500 vessels, 10,000 vehicles, and 2,000 railroad cars and engines were reported destroyed”. Zob. D. M. Drew, *Rolling Thunder 1965: Anatomy of Failure*, Maxwell 1998.

228 M. Clodfelter, *The Limits of Airpower or the Limits of Strategy: The Air Wars in Vietnam and Their Legacies*, „Joint Force Quarterly” 2015, vol. 78, s. 115.

229 M. A. Kocher, T. B. Pepinsky, S. N. Kalyvas, *Aerial Bombing and Counterinsurgency in the Vietnam War*, „American Journal of Political Science” 2011, vol. 55, s. 205.

230 „Deliberate or negligent unit abuse of firepower, unfortunately, is difficult to prove. In the Vietnam War it is common for troops to spray or saturate suspicious or possibly dangerous areas with many forms of firepower. Troops in defense perimeters are given to cutting loose with their own weapons and calling in artillery and air support whenever in their

Należy jednakże wspomnieć, że w literaturze historycznej pomija się okoliczności związane z rozmyślnym w istocie rozmieszczaniem przez jednostki komunistycznej partyzantki celów wojskowych w pobliżu obszarów zamieszkałych. Ponadto określenie *free fire zone* nie odnosiło się w żaden sposób do uznania, że na danym obszarze strona wojskowa jest zwolniona od obowiązku obserwacji wymogów prawa konfliktów zbrojnych²³¹. Opracowanie powyższego zagadnienia z perspektywy prawnej nadal oczekuje na szczegółową analizę amerykańskich archiwów oraz krytyczne spojrzenie²³².

7.2. Operacje „Linebacker I” i „Linebacker II” oraz wojna powietrzna o charakterze precyzyjnym

30 marca 1972 roku rozpoczęła się tzw. ofensywa wielkanocna – czyli zmasowany atak wojsk DRW na pozycje Armii Republiki Wietnamu w pobliżu tzw. strefy zdemilitaryzowanej i granicy z Laosem. Początkowe sukcesy oddziałów Wietnamu Północnego zostały zatrzymane dzięki obecności pozostałego amerykańskiego kontyngentu wojskowego oraz zmasowanych uderzeń powietrznych (w lipcu 1972 roku USAF oraz lotnictwo US Navy wykonało ponad 5000 lotów bojowych oraz 2000 misji bojowych z udziałem bombowców typu B-52). Zdecydowana, aby doprowadzić kierownictwo polityczne DRW do stołu negocyjacyjnego i zatrzymać możliwość upadku Republiki Wietnamu administracja prezydenta Nixona, odstąpiła od dotychczasowych ograniczeń w prowadzeniu działań zbrojnych, decydując się po raz pierwszy w historii konfliktu wietnamskiego na rozpoczęcie operacji strategicznych, skierowanych przeciwko obiektom przemysłowo-infrastrukturalnym nad terenie całego Wietnamu Północnego²³³. 9 maja 1972 roku podczas ope-

judgment danger manifests itself outside the perimeter. Even if proven to have been absolutely unnecessary because based on ungrounded apprehensions, such use of firepower is not a war crime as long as it can be shown that the measures were honestly deemed necessary by those who took them”. W. V. O’Brien, *The Law of War, Command Responsibility and Vietnam*, „Georgetown Law Journal” 1971, vol. 60, s. 634; W. D. Verwey, *Bombing of the North After Tonkin and Pleiku: Reprisals?*, „Revue Belge de Droit International” 1969, vol. 5, s. 475–477.

231 C. Terry, *The Vietnam War in Perspective: Lessons Learned in the Law of War as Applied in Subsequent Conflict*, „Naval Law Review” 2007, vol. 54, s. 94.

232 „It must be left to the historians, at a time when careful factual inquiry is possible, to record to what extent the civilian population and their hamlets and villages have been destroyed by spill-over air attacks, or because they harbored military objectives. The Defense position has been repeatedly and clearly stated that”. H. DeSausure, *The Laws of Air Warfare: Are There Any?*, „International Law Lawyer” 1971, vol. 5, s. 535.

233 „The President (Nixon): Have we ever used B-52’s in North Vietnam? Secretary Laird: No. The President: We have never used them there, but have come close to the North Vietnamese border from time to time. Is there any reason for our not using B-52’s over North Viet-

racji „Pocket Money” samoloty bojowe *U.S. Navy* zaminowały port w Hajfongu, odcinając DRW od dostaw morskich od państw bloku komunistycznego. 10 maja 1972 roku rozpoczęła się operacja „Linebacker I” wraz z pierwszymi strategicznymi uderzeniami lotnictwa amerykańskiego zmierzającymi do odcięcia dostaw dla atakujących Wietnam Południowy jednostek DRW. Wytyczne Szefów Połączonych Sztabów (JCS) zakładały, że amerykańskie siły powietrzne będą od tej chwili stosować praktyczne i uzasadnione środki ostrożności względem ludności cywilnej zamiast sztywnych regulacji obowiązujących podczas operacji „Rolling Thunder”, nakazując m.in. zupełne unikanie stref zaludnionych nawet pomimo obecności legalnych celów wojskowych w nich się znajdujących. Od chwili rozpoczęcia operacji „Linebacker I” wskazano, że istnieje możliwość dopuszczenia pewnych strat cywilnych o charakterze towarzyszącym w zakresie samego bombardowania (względem osób pracujących w danych obiektach przemysłowych) oraz ewentualnych ofiar nalotów związanych z tzw. *strike force security* – czyli działaniami związanymi z rozmieszczeniem przez DRW wyrzutni typu SAM i baterii artylerii przeciwlotniczej w zaludnionych obszarach. Atakujące maszyny bojowe otrzymały także wolną rękę w odpowiedzi ogniowej na działania obrony powietrznej DRW. Część z cywili uznawano za bezpośrednio uczestniczących w działaniach zbrojnych, ale co interesujące, traktowano ich również jako część strat towarzyszących. Niektóre kategorie celów – w szczególności dotyczące sieci irygacyjnej oraz tam wodnych – z uwagi na konsekwencje wynikające z możliwych efektów ubocznych nalotów uznano za wymagające specjalnego upoważnienia²³⁴.

Kampania ta z wielu względów miała charakter sygnalizujący przełom technologiczny w prowadzeniu nowoczesnych operacji powietrznych. DRW było bronione systemami uzbrojenia przeciwlotniczego, zarówno w postaci środków artyleryjskich, jak i instalacji raketowo-radarowych oraz obecnością grupy ok. 200 maszyn produkcji radzieckiej typu MiG-17 i MiG-21²³⁵. By dokonać

nam? It is because they are more vulnerable? Of course, I'm not thinking of bombing Hanoi. Secretary Laird: We have put them in on the passes fairly close to the border. Admiral Mororer: We have had attacked against from them anti-aircraft guns, but haven't lost one yet. The President: I take it the reason is that they might be vulnerable. It would be a great psychological victory for North Vietnam to shoot one down, and their use has been restricted to South Vietnam. Secretary Laird: There has been no mass bombing of the North, and the decision was not to hit civilian centers, but only to use tactical fighters to go in and take out certain targets. We haven't used mass drops at night". *Foreign Relations of the United States 1969-1976 Volume VII, Vietnam, July 1970 - January 1972*, Waszyngton 2010, s. 938.

234 W. Harris, *The Linebacker Campaigns: An Analysis, A Research Report*, Alabama 1997, s. 15.

235 „Between 1968 and 1972, the North Vietnamese almost doubled the number of SAM sites to around 300, though not all were occupied at anyone time. The NVNAF grew in size from a handful of MiGs to a force of nearly 250 MIG-17s, -19s, and -21s. The North had improved its air defense communications system dramatically, integrating SAM sites with the over 1,500 AAA batteries throughout North Vietnam and the dozen or so air bases capable of launching MiGs". E. H. Tilford, *Setup - What the Air Force did in Vietnam and Why*, Maxwell 1991, s. 240.

przełamania obrony powietrznej Wietnamu Północnego, lotnictwo *U.S. Navy* oraz *USAF* stosowało taktykę *wild weasel* – tj. wykrywania systemów radarowo-rakietowych DRW poprzez prowokowanie przelotem specjalnie przystosowanej maszyny (początkowo F-105 Thunderchief, a w późniejszym okresie F-4 Phantom) do reakcji zbrojnej w celu zdobycia współrzędnych celu i nakierowania innych maszyn sojuszników, bądź wykorzystywało własne uzbrojenie w postaci pocisku antyradarowego AGM-78 Standard ARM, który mógł namierzać stanowiska radiolokacyjne DRW, także gdy były one wyłączone. Stosowano również na szeroką skalę środki zakłócania elektradarowego oraz wprowadzono na wyposażenie uzbrojenie typu precyzyjnego w postaci sterowanych laserowo pocisków typu Paveway. W 1972 roku było jasne, że z wojskowego punktu widzenia tylko obecność amerykańskiego lotnictwa bojowego była jedynym faktorem przesądzającym o utrzymaniu linii frontu. Przełomowa z punktu widzenia nie tylko polityki, lecz także strategii lotniczej była operacja „Linebacker II” (znana również jako tzw. bombardowania świąteczne – *Christmas bombing*), która rozpoczęła się od słynnej dyrektywy prezydenta Nixona skierowanej przez Szefów Połączonych Sztabów do dowództwa strategicznych operacji lotniczych na Pacyfiku i w Azji Południowo-Wschodniej:

Jesteście upoważnieni do podjęcia od godziny 12.00 czasu Zulu 18 grudnia 1972 roku z największym wysiłkiem, powtarzam z największym wysiłkiem trzydniowych uderzeń B-52 i lotnictwa taktycznego w rejonie Hanoi/Hajfongu przeciwko wybranym celom. Zadaniem jest osiągnięcie maksymalnego poziomu zniszczeń wobec wybranych celów wojskowych. Bądźcie w gotowości do rozciągnięcia operacji ponad 3 dni. Obowiązujące zadania to:

- 1) wykorzystanie środków wzrokowych oraz niezależnych od pogody;
- 2) wykorzystanie wszelkich dostępnych środków bez naruszenia niezbędnych sił do wsparcia Republiki Wietnamu bądź sytuacji awaryjnych w Laosie i Kambodży;
- 3) wykonanie ponowne uderzenia przeciwko autoryzowanym celom, w tym siłom powietrznym DRW, bazom lotniczym oraz aktywnym wyrzutniom pocisków SAM, jeżeli wymaga tego sytuacja taktyczna i ograniczenie strat własnych;
- 4) stosujcie środki ostrożności, by zminimalizować ryzyko powstania strat wśród ludności cywilnej poprzez wykorzystanie pocisków precyzyjnych przeciwko wyznaczonym celom. Ograniczcie straty²³⁶.

Zasadniczymi celami podczas operacji były linie kolejowe, bocznic kolejowe, stacje radiowe, elektrownie, lotniska, instalacje obrony przeciwlotniczej oraz mosty. Należy dostrzec, że struktura ekonomiczna Wietnamu Północnego nie pozwalała uznać tego rejonu świata za silnie zindustrializowany, w przeciwieństwie np. do Japonii bądź III Rzeszy w okresie II wojny światowej. Funkcjonowanie

236 W. H. Parks, *Linebacker and the Law of War*, „Air University Review” 1983, vol. 1–2.

DRW i możliwości prowadzenia ofensywy bojowej przeciwko Republice Wietnamu wynikały ze zdolności tego państwa do posiadania dostatecznej infrastruktury kolejowo-morsko-drogowej, która pozwalała na sprawne przemieszczanie dostaw uzbrojenia z państw Układu Warszawskiego czy Chin²³⁷. Stąd też stosunkowo niewielki nacisk został położony na niszczenie przemysłu, a priorytet nadano zadaniom uderzeniowym kierowanym na zniszczenie infrastruktury i łańcucha dostaw w obrębie samego DRW²³⁸. Zdaniem L. Teixeira zagadnienie związane z ochroną ludności cywilnej w ramach prowadzonych bombardowań było podstawowym kryterium doboru celów, a także środków oraz metod. W pierwszej kolejności zrezygnowano z przydzielania „wrażliwych” obiektów jako przedmiotu ataku bombardowań B-52, wykorzystując zamiast tego samoloty taktyczne uzbrojone w środki precyzyjnego rażenia (takie jak wspomniane pociski typu Paveway, które zapewniały ok. 50% bezpośredniego trafienia w cel z dokładnością do 2–3 metrów)²³⁹. O ile uszkodzenia infrastruktury drogowej bądź przesyłowej nie były uznawane za znaczące, to podkreślano wyczerpanie środków efektywnej obrony przeciwlotniczej przez przeciwnika (zniszczenie wyrzutni raketowych oraz samolotów znajdujących się na lotniskach).

Głównym motorem operacji „Linebacker II” i największą siłą uderzeniową USAF były wyprawy bombowców typu B-52, wykorzystujących konwencjonalne pociski. 18 grudnia 1972 roku 129 ciężkich strategicznych bombowców pojawiło się w rejonie Hanoi oraz Hajpongu, bombardując linie kolejowe oraz lotniska. Łącznie B-52 wykonały ok. 720 misji bojowych przez 11 dni, zrzucając 15 000 ton bomb i tracąc 15 maszyn. Największe straty poniesione zostały w ciągu pierwszych trzech dni kampanii, wiązały się ze sztywną dyrektywą zobowiązującą załogi do utrzymywania przez cały okres lotu jednolitego kursu ataku w celu zminimalizowania ewentualnych szkód wśród ludności cywilnej – wykluczało to możliwość podejmowania manewrów obronnych nad samym celem²⁴⁰. Do ochrony *Strike Force* (zespołu uderzeniowego składającego się z bombowców B-52) wyznaczono równolegle samoloty F-111 (nowe bombowce taktyczne), F-4, EB-66 oraz F-105, które atakowały jednocześnie stanowiska artylerii przeciwlotniczej,

237 C. T. Kamps, *The JCS 94-Target List: A Vietnam Myth that Still Distorts Military Thought*, „Aerospace Power Journal Spring” 2001, Spring, s. 78.

238 „Linebacker II’s military objectives included: (a) destroy war making industry and support infrastructure in North Vietnam, (b) choke the external supplies shipped to the port of Haiphong or arrived by rail from China, and (c) destroy North Vietnam’s internal transportation system (35). The operation employed strategic and tactical air power to the fullest to destroy important targets such as radio stations, railroads, POL and power plants, and airfields located in the Hanoi/Haiphong areas and to mine Haiphong port”. T. Phan, *An Analysis of Linebacker II Air Campaign: The Exceptional Application of US Air Coercion Strategy*, San Antonio 2002, s. 18.

239 L. D. Teixeira, *Linebacker II: A Strategic and Tactical Case Study*, Alabama 1990, s. 28; B. S. Lambeth, *The Transformation of American Air Power*, Nowy Jork 2000, s. 40.

240 J. T. Correll, *Arc Light*, „Air Force Magazine” 2009, vol. 1, s. 61.

nieprzyjacielskie samoloty oraz dokonywały zakłócania elektronicznego. Ataki powietrzne miały charakter wielokierunkowy, w celu rozproszenia uwagi dowództwa DRW co do pierwotnych kierunków uderzeń powietrznych formacji B-52, a także doprowadzenia do zużycia zasobów pocisków typu SAM (ok. 1000 wystrzelonych w ciągu 11 dni).

Okoliczności operacji „Linebacker I” i „Linebacker II” potwierdziły z militarnego punktu widzenia sens szerszego stosowania środków precyzyjnego rażenia. Przykładem tej sytuacji jest status mostu Thanh Hoa, znajdującego się na krytycznym szlaku zaopatrzeniowym łączącym południe kraju z Hanoi. Instalacja była regularnie bombardowana od 1965 roku przez amerykańskie lotnictwo, które łącznie wykonało blisko 900 misji bojowych, przy stracie 11 własnych maszyn, bez osiągnięcia skutku w postaci wyłączenia mostu z użytku. Obszar mostu był uznawany za szczególnie niebezpieczny – prawie 100 amerykańskich samolotów operujących w rejonie celu zostało w ciągu całego konfliktu zniszczonych przez wietnamską obronę przeciwlotniczą. Dopiero wykorzystanie pocisków typu Paveway kierowanych laserowo doprowadziło 27 kwietnia 1972 roku do wyeliminowania konstrukcji przez atak 12 myśliwców F-4 Phantom. Innym przykładem prawidłowego użycia pocisków precyzyjnego rażenia był atak 10 czerwca 1972 roku na elektrownię wodną w Lang Chi, gdzie konwencjonalna metoda bombardowania doprowadziłaby do zniszczenia tamy i wywołania poważnych zniszczeń środowiskowych oraz względem ludności cywilnej. Wykorzystanie amunicji namierzanej laserowo umożliwiło ograniczenie skutków ataku jedynie do zniszczenia transformatorów energii, chroniąc tamę przed zniszczeniem²⁴¹.

Efekty precyzyjnego uderzenia w strukturę gospodarczo-wojskową DRW przyniosły wymierne korzyści militarne. Siły zbrojne Wietnamu Północnego utraciły w znacznej mierze bazę surowcową oraz zaopatrzenia, a także wyczerpały środki obrony przeciwlotniczej²⁴². Ataki na elektrownie doprowadziły do 90% spadku produkcji energii elektrycznej²⁴³. Pomimo rozmiaru operacji straty wśród ludności cywilnej szacowane są na ok. 1300–1600 zabitych. Najistotniejszą konsekwencją operacji „Linebacker II” było prowadzenie kompleksowej kampanii powietrznej opierającej się na słusznych założeniach doktrynalnych, która przy ograniczeniu start wśród ludności cywilnej doprowadziła do osiągnięcia wymiernej korzyści wojskowej w postaci załamania struktury zaopatrzeniowej DRW i sparaliżowania

241 M. Clodfelter, *The Limits of Air Power: The American Bombing of North Vietnam*, Lincoln 2000, s. 144.

242 G. D. Joiner, A. Dean, *Operation Linebacker II: A Retrospective, Part 7: Consequences and Changes in Strategic Thought With an Introduction to the Series*, Report of the LSU Shreveport unit for the SAC Symposium 2017, s. 2.

243 „Overall, the attacks on electric power reduced the amount of operational generating capacity from 115,000 kilowatts to 29,000. These attacks, coupled with the damage done during Linebacker I, eliminated almost 90 percent of the generating capacity in North Vietnam”. T. Griffith, *Strategic Attack...*, s. 40.

możliwości dokonania inwazji na Republikę Wietnamu²⁴⁴. Wnioski z tej operacji bez wątpienia doprowadziły do ostatecznego pogrzebania mitu świadczącego o konieczności atakowania ludności cywilnej, względnie akceptowania wysokich strat towarzyszących jako niezbędnego, czy wręcz koniecznego celu prowadzenia operacji powietrznej o charakterze strategicznym²⁴⁵.

Jednym z głośniejszych przypadków incydentów, w ramach którego doszło do powstania strat towarzyszących wśród ludności cywilnej, był przypadek bombardowania szpitala Bach Mai. Jednostka medyczna znajdowała się obok bazy lotnictwa wojskowego DRW w odległości ok. 1000 metrów i 21 grudnia 1972 roku została trafiona bombami z atakującego lotnisko B-52²⁴⁶. W wyniku ataku zginęło ok. 30 osób personelu medycznego²⁴⁷. Atak na szpital uznano za dowód amerykańskiej „pogardy dla prawa międzynarodowego” oraz „dowód na plan saturacyjnego zniszczenia Hanoi”²⁴⁸. Tymczasem w istocie podczas ataku na lotnisko Bach Mai jeden z B-52 w chwili rozpoczynania zrzutu bomb został ugodzony dwoma rakietami typu SAM, które spowodowały niekontrolowany rozrzut broni i w efekcie upadek bomby poza granicą celu²⁴⁹. Istniejące informacje potwierdzają, że 21 grudnia 1972 roku dwa B-52 o kryptonimie „Scarlet 03” oraz „Blue 01” zostały utracone w trakcie bombardowania lotniska Bach Mai²⁵⁰.

Z perspektywy prawnej warto podkreślić, że dyskusja na temat przebiegu wojny powietrznej nad Wietnamem jest w doktrynie prawa międzynarodowego obecna w niewielkim stopniu. Co należy przyjąć z ubolewaniem, wydaje się także

244 „The crucial lesson from LINEBACKER II was to create target lists that minimized civilian casualties and focus on military units and facilities”. *Ibidem*, s. 21.

245 „When «terror bombing» was still considered an important part of air warfare, a belligerent could easily mistake inaccurate bombing for a «terror» attack calling for reprisals. Since it is now reasonably established that «terror» attacks against cities are counterproductive, inaccuracies can be more easily distinguished from deliberately illegal attacks. A heavy burden of proof should now rest on the belligerent claiming to be the victim of a «terror» attack from the air”. B. M. Carnahan, *The Law of Air Bombardment in its Historical Context*, „Air Force Law Review” 1935, vol. 17, s. 59.

246 W. M. Hammond, *Public Affairs: The Military and the Media, 1968–1973*, Waszyngton 1996, s. 607.

247 C. E. Bartecchi, *The Bach Mai Hospital Project*, Bennington 2013, s. 10.

248 „To pretend that we are doing otherwise – that we are making «enduring peace» by carpet-bombing our way across downtown Hanoi with B-52s – is to practice yet one more cruel deception upon an American public already cruelly deceived. It is, in brief, to compound what is perhaps the real immorality of this administration’s policy – the continuing readiness to dissemble; to talk of «military targets» when what we are hitting are residential centers and hospitals and commercial airports; to speak of our dedication to the return of our POWs and our missing in action even while we add more than seventy to their number in little more than a week”. M. F. Herz, *The Prestige Press and the Christmas Bombing, 1972: Images and Reality in Vietnam*, Waszyngton 1980, s. 91.

249 P. M. Shaw, *Collateral Damage and the United States Air Force*, Maxwell 1997, s. 37.

250 W. J. Boyne, *Linebacker II*, „Air Force Magazine” 1997, vol. 11, s. 57.

w znacznej mierze nacechowana ideologicznie bądź też oparta na bezkrytycznym ustaleniu stanu faktycznego w oparciu o ogólną przesłankę „masowych bombardowań ludności cywilnej przez bombowce typu B-52”²⁵¹ (lansowaną przez tzw. sąd Bertranda Russella – noblisty i filozofa angielskiego)²⁵² bądź też „pogardę dla prawa międzynarodowego podczas planowania misji bojowych nad Wietnamem Północnym”²⁵³. Refleksja dotycząca doktryny amerykańskiej opiera się w pierwszej kolejności na relacjach zaproszonych dziennikarzy i naukowców przez DRW w celu udokumentowania naruszeń prawa międzynarodowego przez siły zbrojne USA (np. raport H. Salisburys w „New York Times”)²⁵⁴. Jedno z najbardziej znanych, i jak do tej pory jedno z nielicznych, opracowań amerykańskich prawników pod redakcją prof. R. Falka, odnoszące się w sposób kompleksowy do *ius in bello* i przebiegu wojny w Wietnamie opiera się na co najmniej mało przekonujących raportach dziennikarskich, co w konsekwencji każe stawiać pytanie o wiarygodność ustaleń faktycznych, a w dalszej kolejności – o prawidłowość subsumpcji i prezentowanego wyводу prawniczego²⁵⁵. Drugą pozycję wydaną w podobnym duchu – chodź bardziej krytyczną w stosunku do zebranego materiału dowodowego, wydał T. Taylor (jeden z członków zespołu prokuratorskiego USA w Norymberdze)²⁵⁶. Powyższa pozycja spotkała się ze słuszną krytyką W. A. Solfa (późniejszego uczestnika konferencji dyplomatycznej w Genewie w latach 1974–1977), który wskazał na problematyczny kształt prawa wojny powietrznej oraz zakwestionował dokonywanie ustaleń faktycznych co do rzeczywistego przebiegu konfliktu na podstawie raportów dziennikarskich²⁵⁷. Drugim kontrowersyjnym poglądem

251 M. Selden, *A Forgotten Holocaust: US Bombing Strategy, the Destruction of Japanese Cities and the American Way of War from World War II to Iraq*, „The Asia-Pacific Journal” 2007, vol. 5.

252 Y. Beigbeder, *Judging War Criminals: The Politics of International Justice*, Londyn 1999, s. 139.

253 „US waged war against North Vietnam (from 1962 to 1972) largely without considering IHL in military decision-making”. J. Dill, *Legitimate Targets? Social Construction, International Law and US Bombing*, Cambridge 2015, s. 9, s. 148.

254 A. D’Amato, H. L. Gould, L. D. Woods, *War Crimes and Vietnam: The „Nuremberg Defense” and the Military Service Resister*, „California Law Review” 1969, vol. 57.

255 L. C. Petrowski, *Law and the Conduct of the Vietnam War*, [w:] R. Falk (red.), *The Vietnam War and International Law*, Vol. 2, Princeton 1968, s. 498–499.

256 Zob. T. Taylor, *Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy*, Nowy Jork 1971, s. 139–140. W podobnym duchu wypowiada się M. Lippman: „At the same time, the condemnation of their planned prosecutions, in part, was also indicative of the fact that aerial bombardment of civilian targets was sufficiently common that this practice had largely been removed from the purview of international legal regulation”. M. Lippman, *Aerial Attacks on Civilians and the Humanitarian Law of War: Technology and Terror from World War I to Afghanistan*, „California Western International Law Journal” 2002, vol. 33, s. 34.

257 „His reasoning is hard to follow. Strategic bombardment of populated places was not considered a war crime at Nuremberg. Neither was the tactical use of fire power in battle areas against military targets notwithstanding that civilian casualties resulted incidentally from both”. W. A. Solf, *A Response to Telford Taylor’s Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy*, „Akron Law Review” 1972, vol. 5, s. 54.

jednego z autorów opracowania R. A. Falka, H. DeSaussure jest założenie nielegalności *per se* operacji „Linebacker I i II” z uwagi na brak istnienia celu wojskowego w ich realizacji, lecz politycznego (kampania miała na celu zmuszenie DRW do podjęcia rokowań na temat zawieszenia broni z Wietnamem Południowym) – co dla autora niniejszej rozprawy nie znajduje żadnego uzasadnienia w treści prawa międzynarodowego (zwłaszcza w stopniu obowiązującym sprzed kodyfikacji PD I)²⁵⁸.

Na przeciwnym biegunie doktryny amerykańskiej znajdują się prace W. H. Parksa, B. M. Carnahana. Ten ostatni wskazał, że w przypadku konfliktu wietnamskiego nie można z perspektywy prawa międzynarodowego mieć zastrzeżeń co do prawidłowości klasyfikacji celów podczas operacji „Linebacker I i II”, a ewentualne straty cywilne mogą być wynikiem jedynie niedokładności, a nie działań o charakterze zamierzonym²⁵⁹. W. H. Parks wskazał, że w jego ocenie operacja „Linebacker II” odbyła się w pełnej kompatybilności prowadzonych działań powietrznych z obowiązującymi normami *ius in bello*. Wskazał, że kampania ustanowiła nowe standardy w dziedzinie tzw. aktywnych środków ostrożności o charakterze dotychczas nieznanym. Amerykański autor (bezpośredni uczestnik walk w Wietnamie) podniósł, że dyrektywy związane z wykorzystaniem bombowców B-52 przewidywały konieczność selekcji celów, wykluczając możliwość przypadkowego trafienia obszarów zabudowanych, m.in. poprzez dobór ścieżki ataku. Gdy powyższa metoda bombardowania nie była możliwa do realizacji z uwagi na niebezpieczeństwo wynikające z tego tytułu dla ludności cywilnej, do wykonania zadania przydzielano lotnictwo taktyczne, w szczególności maszyny typu F-111, zapewniające większą dokładność. Parks podkreślił, że załogi B-52 były zobowiązane do utrzymywania stałego kursu ataku, nawet jeżeli znajdowały się w sytuacji krytycznej, by uniknąć ewentualnego rozrzutu pocisków wynikającego z podjęcia manewrów obronnych²⁶⁰. A. P. V. Rogers, komentujący atak na tamę w Lang Chi w ramach operacji „Linebacker I”, wskazuje, że jest to praktyczny przykład stosowania tzw. aktywnych środków ostrożności i zasady proporcjonalności w jednym²⁶¹.

7.3. Rules of Engagement (ROE) oraz targeting

Pojęcie „zasady wykorzystania siły” bądź też „zasady użycia siły” przez siły zbrojne w konflikcie zbrojnym zdobyło obecnie znaczną popularność w doktrynie międzynarodowego prawa humanitarnego. Nie jest to jednak

258 W literaturze amerykańskiej pojawiły się opracowania dotyczące tzw. bombardowania ludobójczego. H. A. Bedau, *Genocide in Vietnam*, „Boston University Law Review” 1973, vol. 53.

259 B. M. Carnahan, *The Law of Air Bombardment...*, s. 58.

260 W. H. Parks, *Linebacker...*

261 A. P. V. Rogers, *Law on the Battlefield*, Manchester 1965, s. 19.

sformułowanie będące wytworem współczesnej praktyki państw, bowiem jak wskazano w rozdziałach poniżej, już w okresie II wojny światowej formułowano konkretne wytyczne dotyczące użycia lotnictwa w warunkach konfliktu zbrojnego. Należy jednak zwrócić uwagę, że dopiero od lat 70.–80. XX wieku (okresu konfliktu wietnamskiego) podkreślane jest istnienie w jego wytycznych prowadzenia działań wojennych zagadnienia związanego z występowaniem ograniczeń wynikających z międzynarodowego prawa humanitarnego. Dotyczyło to w szczególności wytycznych związanych z operacją „Linebacker II”, które po raz pierwszy prezentowały „nowoczesną” strukturę ROE uwzględniającą wszystkie trzy niezbędne sfery: polityczną (rozumianą jako cel), wojskową (rozumianą jako środek) oraz prawną (rozumianą jako warstwa limitująca)²⁶². R. Reed opisuje, że pojęcie ROE to konglomerat ograniczeń, wytycznych oraz postulatów wiążących sposób wykorzystywania przez siły zbrojnej przemocy zbrojnej, ograniczony wymogami natury wojskowej, wyznaczony ramami natury strategiczno-politycznej oraz regulowany dyspozycją prawa międzynarodowego²⁶³.

Jak już wspomniano, operacja „Linebacker II” oprócz przełomu technologicznego wskazała również nowy kierunek rozwinięcia koncepcji użycia sił powietrznych na wypadek konfliktu zbrojnego, w którą to włączono *ius in bello*. Efektem powyższego przełomu jest pojawienie się skondensowanych instrukcji o możliwie czytelnym i konkretnym kształcie, obejmujących podstawowy zbiór zasad, reguł i obowiązków związanych z działaniami sił zbrojnych (a także sił powietrznych) w warunkach konfliktu zbrojnego. Należy jednakże zgodzić się z J. C. van den Boogaardem, że poziom „zharmonizowania” ROE z obowiązkami wynikającymi z traktatowego oraz zwyczajowego *ius in bello* może być zróżnicowany i potencjalnie niekompletny z uwagi na ich charakter²⁶⁴. Dokładna treść ROE ma charakter ściśle strzeżony i istnieje obiektywna trudność badawcza w ich weryfikacji²⁶⁵.

262 G. D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge 2010, s. 476–477.

263 R. Reed, *Chariots of Fire: Rules of Engagement in Operation Deliberate Force*, [w:] R. Owen (red.), *Deliberate Force: A Case Study in Effective Air Campaigning: Final Report of the Air University Balkans Air Campaign Study*, Maxwell Air Force Base 2000, s. 382.

264 J. C. van den Boogaard, *Fighting by the Principles: Principles as a Source of International Humanitarian Law*, [w:] M. Matthee, B. Toebes, M. Brus (red.), *Armed Conflict and International Law: In Search of the Human Face: Liber Amicorum in Memory of Avril McDonald*, Haga 2013, s. 21–23.

265 „Rules of engagement regulate the use of force-either through the granting of permission to fire or by restricting the ability to employ the unit’s weapons. Obviously, such specifications, definitions of hostile intent, descriptions of the permitted responses to particular threats or indications, and other factors regarding the use of force would be of great value to an adversary”. G. R. Philips, *Rules of Engagement*, „The Army Lawyer” 1993, vol. 4, s. 4.

8. Współczesna wojna powietrzna

8.1. Starcia powietrzne w wojnie iracko-irańskiej w latach 1980–1988

Podobnie jak większość konfliktów na Bliskim Wschodzie, iracka inwazja lądowa rozpoczęła się 22 września 1980 roku i została poprzedzona uderzeniem lotniczym na bazy irańskiego lotnictwa. Grupy irackich MiG-23 oprócz lotnisk o charakterze wojskowym zbombardowały także międzynarodowy port lotniczy Mehrabad w Teheranie. Skutki ataku nie wyeliminowały możliwości odwetu ze strony lotnictwa irańskiego, które w operacji „Kaman” dokonało uderzeń na infrastrukturę lotnictwa wojskowego w Iraku, atakując też rafinerię paliw oraz zakłady petrochemiczne, co spowodowało zatrzymanie eksportu ropy naftowej. Warto w tej mierze podnieść, że irańskie siły powietrze składały się w znakomitej większości z maszyn produkcji amerykańskiej, w tym maszyn typu F-4 Phantom i F-5 Tiger. Zrealizowano również tuż przed upadkiem rządów szacha Rezy Pahlawiego zamówienie na 60 myśliwców typu F-14 Tomcat wyposażonych w pociski dalekiego zasięgu typu Phoenix i radary, które skutecznie uniemożliwiały przeciwdziałanie irackiego lotnictwa myśliwskiego. Siły powietrzne Iraku wykorzystywały samoloty produkcji radzieckiej (łącznie F-14 w ciągu 8 lat mogły zestrzelić nawet do 150 irackich samolotów przy stracie ok. 15 samolotów)²⁶⁶.

8.2. Falklandy 1982 jako przykład konfliktu ograniczonego

2 kwietnia 1982 roku argentyński kontyngent wojskowy zaatakował i zajął brytyjskie terytorium zależne na Falklandach (Malwiny), co spotkało się ze zdecydowaną reakcją *Royal Navy* oraz *Royal Air Force*. Zjednoczone Królestwo wykwiłkowało jako element komponentu lotniczego samoloty typu Sea Harrier w liczbie ok. 40 sztuk znajdujące się na wyposażeniu dwóch lotniskowców HMS „Hermes” oraz HMS „Invincible”. Konflikt od samego początku miał charakter ograniczonego geograficznie. Docelowo rozciągał się w ramach ustanowionej przez Wielką Brytanię 30 kwietnia 1982 roku strefy wyłącznej o rozmiarze 200 mil morskich, w ramach której siły brytyjskie na południowym Atlantyku zastrzegały sobie prawo do uznania każdego okrętu, a także wojskowych statków powietrznych oraz cywilnych statków powietrznych zaangażowanych w proces obserwacji ruchów sił brytyjskich jako wrogich²⁶⁷. Warto podkreślić, że ustanowienie obszaru o powyższym charakterze miało w pierwszej kolejności wymiar odnoszący się do

266 T. Cooper, F. Bishop, *Iranian F-14 Tomcat Units in Combat*, Oxford 2004, s. 84.

267 Powyższa uwaga dotyczyła samolotu Boeing 707, który znajdując się na stanie argentyńskich sił powietrznych, przeprowadzał misje zwiadowcze przeciwko brytyjskiej flocie wojennej.

działań w powietrzu, docelowo mając ograniczyć możliwość przebywania w tej strefie statków powietrznych o charakterze neutralnym bądź cywilnym. Według słów głównego doradcy prawnego *Royal Navy* ustanowienie strefy miało służyć „ułatwieniom” podczas procesu celowania zwłaszcza względem uzbrojenia typu morze – powietrze, zdolnego do zwalczania celów na wiele kilometrów od miejsca przebywania brytyjskich okrętów wojennych, a także było pewnego rodzaju „fortelem wojennym” sprawiającym, że *Royal Navy* mogła jednocześnie reagować adekwatnie wcześniej na pojawienie się wrogiego statku powietrznego²⁶⁸. *Implicite* ustanowienie strefy było oceniane głównie jako czynność techniczna o charakterze informacyjnym, której adresatem były państwa neutralne, natomiast w żaden sposób jej funkcjonowanie nie zwalniało dowódców brytyjskich od obowiązku klasyfikacji celów²⁶⁹. W kontekście morskim warto zaznaczyć, że jeden z najgłośniejszych incydentów konfliktu falklandzkiego, jakim było zatopienie argentyńskiego krążownika „General Belgrano” przez brytyjską łódź podwodną, miało miejsce poza rejonem „wyłączonej strefy bojowej” i mimo pewnych kontrowersji zostało uznane za czyn w pełni legalny²⁷⁰. Mimo zewnętrznej zachowawczości rządu JKM, który starał się przekazać opinii publicznej, że działania zbrojne pomiędzy Argentyną i Wielką Brytanią mają jedynie charakter lokalny i są uzasadnione w świetle prawa do samoobrony, wyrażonego na gruncie art. 51 KNZ, to nie było wątpliwości, że obydwa państwa są zaangażowane w międzynarodowy konflikt zbrojny, a okręty argentyńskiej marynarki wojennej są legalnymi celami wojskowymi w rozumieniu przepisów PD I z 1977 roku. Wyrazem wspomnianej wyżej „zachowawczości” władz w Londynie było m.in. podjęcie decyzji o zaniechaniu rozszerzenia wojny powietrznej względem baz lotnictwa argentyńskiego stacjonującego na stałym lądzie.

Z uwagi na okoliczność, że jedyna baza lotnicza na Falklandach znajdująca się w Port Stanley nie mogła przyjąć nowoczesnych samolotów, *Fuerza Area Argentina* operowała z lotnisk znajdujących się na kontynencie południowoamerykańskim. Jedynymi samolotami zdolnymi do działania w rejonie Malwinów

268 T. Young, *Maritime Exclusion Zones: A Tool for the Operational Commander*, Newport 1992, s. 10.

269 T. Stein, *No-Fly-Zones*, „Israel Yearbook on Human Rights” 1999, vol. 27, s. 197; M. Schmitt, *Air Warfare*, [w:] A. Clapham, P. Gaeta (red.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford 2014, s. 127.

270 C. Greenwood, *Self Defence and the Conduct of International Armed Conflict*, [w:] Y. Dinstein (red.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht 1989, s. 279. Należy zwrócić uwagę, że legalność ataku na argentyński krążownik była kwestionowana z uwagi na fakt zaprzestania ataków łodzi podwodnych na okręty wojenne po II wojny światowej, co powinno prowadzić do zdelegalizowania przedmiotowego prawa z uwagi na brak relewantnej praktyki. Doktryna zdecydowanie ten pogląd odrzuca, zob. W. H. Parks, *Asymmetries and the Identification of Legitimate Military Objectives*, [w:] W. Heintschel von Heinegg, V. Epping (red.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges: Symposium in Honor of Knut Ipsen*, Berlin 2007, s. 95.

w sposób bezpośredni były samoloty szturmowe typu Pucara, które były przeznaczone do bombardowania bombami niekierowanymi brytyjskiego zespołu okrętów wojennych oraz wspierania oddziałów lądowych. Większość z tych maszyn została zniszczona 15 maja 1982 roku podczas specjalnego rajdu SAS (*Special Air Service*). Największym zagrożeniem dla działań brytyjskich była obecność myśliwców bombardujących Super Etendard, wyposażonych w rakiety powietrze – morze typu Exocet, które 4 maja 1982 roku zatopiły brytyjski niszczyciel HMS „Sheffield”. 25 maja 1982 roku para argentyńskich A-4 Skyhawk zatopiła fregatę HMS „Coventry”. Pomimo zaciekłych ataków szturmowych argentyńskich pilotów atakujących z niskiej wysokości, obecność myśliwców Sea Harrier, sukcesy w ofensywie lądowej oddziałów brytyjskich oraz obawa przed możliwością skierowania ataków na bazy argentyńskiego lotnictwa na stałym lądzie doprowadziły do kapitulacji 14 czerwca 1982 roku garnizonu broniącego Port Stanley²⁷¹. Łącznie lotnictwo argentyńskie utraciło 75 wojskowych statków powietrznych i zestrzeliło tylko jeden śmigłowiec typu Lynx.

Konflikt falklandzki był jedną z największych bitew powietrzno-morskich, jakie miały miejsce po zakończeniu II wojny światowej. Z uwagi na jego charakter (izolowany obszar geograficzny oraz zasadniczy brak obecności ludności cywilnej), a także to, że bezpośrednio zaangażowane w walkę powietrzną były tylko i wyłącznie wojskowe statki powietrzne, nie występowały w ramach powyższego konfliktu większe kontrowersje natury prawnej. Potwierdzono zwyczajowy charakter zasady obowiązującej na gruncie prawa międzynarodowego, że okręty wojenne mogą stać się przedmiotem legalnego ataku wojskowego ze strony lotnictwa²⁷².

8.3. Irak 1991 i zjawisko dominacji powietrznej

W wyniku agresji Iraku na Kuwejt RB ONZ w rezolucji nr 678/1991 upoważniała państwa członkowskie do podjęcia „wszelkich niezbędnych środków” w celu wdrożenia Iraku do przestrzegania poprzednich rezolucji RB ONZ, w tym zaprzestania dalszej agresji i opuszczenia terytorium Kuwejtu²⁷³. W praktyce RB ONZ powyższe sformułowanie oznacza autoryzację na wykorzystanie przez członków ONZ siły zbrojnej²⁷⁴. 17 stycznia 1991 roku po upływie ultimatum wyznaczonego treścią

271 W składzie argentyńskiego lotnictwa znajdowały się samoloty produkcji izraelskiej Dagger oraz myśliwce Mirage IIIE, które zdecydowano się po odnotowaniu pierwszych strat pozostawić do ostony baz na lądzie.

272 W. Heintschel von Heinegg, *The Development of the Law of Naval Warfare from the Nineteenth to the Twenty-First Century – Some Select Issues*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2014, vol. 17, s. 83–84.

273 Resolution 678/1991, S/Res/678/1991.

274 Zob. D. Schweigman, *The Authority of the Security Council Under Chapter VII of the UN Charter: Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, Dordrecht 2001.

rezolucji koalicja (USA, Francja, Zjednoczone Królestwo, Arabia Saudyjska) rozpoczęła kampanię powietrzną trwającą do 23 lutego 1991 roku, która pozwoliła na podjęcie ofensywy lądowej, która ostatecznie doprowadziła do zakończenia wojny.

Amerykańskie dowództwo jako zasadnicze cele strategiczne kampanii wskazało: 1) działania zmierzające do osiągnięcia panowania w powietrzu poprzez eliminację nieprzyjacielskich sił powietrznych oraz środków obrony przeciwlotniczej, 2) *interdiction* – działania na bliskim zapleczu frontu zmierzające do zniszczenia celów umożliwiających nieprzyjacielowi prowadzenie operacji bojowych, 3) CAS (*Close Air Support*) – bezpośrednie wsparcie własnych oddziałów naziemnych²⁷⁵. Szczegółowy plan kampanii przewidywał potrzebę eliminacji możliwości sprawowania przez Saddama Husajna kontroli nad działaniem własnych sił zbrojnych, w tym w szczególności uwypuklał konieczność zniszczenia kluczowych węzłów telekomunikacyjnych oraz centrów dowodzenia. Drugim elementem strategii było wywarcie nacisku psychologicznego skierowanego przeciwko reżimowi partii Bass. Trzecim było atakowanie irackiego potencjału broni masowego rażenia, a czwartym zniszczenie energii elektrycznej, produkcji ropy naftowej, linii kolejowych oraz miejsc produkcji. Wszystkie wytyczne obejmowały nakaz ograniczenia strat wśród ludności cywilnej, a także długofalowych konsekwencji względem irackiej gospodarki²⁷⁶. Szczegółowa lista celów obejmowała: irackie siły powietrzne, obronę przeciwlotniczą, lotniska, instalacje produkujące broń chemiczną, biologiczną oraz jądrową, przywództwo, dowództwa, siły zbrojne Gwardii Republikańskiej, infrastrukturę, sieć energetyczną, składy paliw oraz miejsca produkcji broni²⁷⁷.

Istniejące dokumenty wskazują, że podczas procesu planowania zdawano sobie sprawę z możliwości ataku na infrastrukturę „podwójnego zastosowania” (*dual-use targets* – rozumianą jako drogi kolejowe, mosty, sieć energetyczna oraz centra komunikacyjne), ale zdecydowano się na osiągnięcie podwójnej formy nacisku na ludność Iraku celem osłabienia reżimu Husajna. Przyjęto rozróżnienie na krótko- i długoterminowe efekty wykonywanych uderzeń, wybierając cele, których uszkodzenie nie powodowało potrzeby długotrwałej naprawy (np. miejsca składowania paliwa zamiast miejsca ich produkcji bądź też transformatory zamiast bloki energetyczne)²⁷⁸. Równolegle sporządzono tzw. listę celów zakazanych (*no-fire target list*), na którą trafiły: meczety i miejsca kultu religijnego, szpitale, tamy, dobra kultury i zabytki. Każdy cel docelowo zakwalifikowany do niszczenia był przedmiotem weryfikacji przez służbę prawną USAF w świetle wymagań prawa międzynarodowego²⁷⁹. Znaczną

275 S. B. Michael, *The Persian Gulf War: An Air Staff Chronology of Desert Shield and Desert Storm*, Waszyngton 1994, s. 233.

276 T. A. Keaney, E. Cohen, *Gulf War Air Power Survey Summary Report*, Waszyngton 1993, s. 36–37.

277 Operation Desert Storm: Evaluation of the Air Campaign, Letter Report, 06/12/97, GAO/NSIAD-97-134.

278 T. A. Keaney, E. Cohen, *Gulf War...*, s. 44.

279 P. D. Jamieson, *Lucrative Targets: The U.S. Air Force in the Kuwaiti Theater of Operations*, Waszyngton 2001, s. 59.

część działań lotnictwa koalicji pochłonęła próba wykrycia i zlikwidowania mobilnych wyrzutni typu SCUD, stanowiących zagrożenie dla Arabii Saudyjskiej oraz Izraela²⁸⁰.

Do kontrowersyjnych wydarzeń związanych z oceną prawną kampanii powietrznej nad Irakiem należy zaliczyć cztery zasadnicze incydenty.

1. 26–27 stycznia 1991 roku iracka armia rozpoczęła ewakuację Kuwejtu, zagrożona odcięciem od reszty Iraku. Naturalną drogą odwrotu była autostrada nr 8 w kierunku Basry. Oprócz transportów wojskowych głównej kolumnie towarzyszyły także dziesiątki samochodów o charakterze cywilnym, skonfiskowane przez iracki personel wojskowy w Kuwejcie. Droga wkrótce stała się przedmiotem całonocnego i rozległego bombardowania przez lotnictwo sprzymierzonych, które dało jej przydomek „autostrada śmierci”. Jej symbolem stały się fotografie przedstawiające setki zniszczonych i porzuconych pojazdów oraz zabitych irackich żołnierzy. Wkrótce po wydarzeniu część obserwatorów zaczęła stawiać pytania dotyczące: 1) obecności cywilnych pojazdów na drodze, 2) możliwości uznania wycofujących się żołnierzy irackich za *hors de combat* w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego – także wskutek olbrzymiej dysproporcji sił i braku jakiegokolwiek możliwości przeciwdziałania.
2. 5 lutego 1991 roku brytyjskie samoloty Tornado zbombardowały most w pobliżu Bagdadu, po którym poruszała się ludność cywilna, powodując poważne straty (incydent obserwowany bezpośrednio przez brytyjskiego dziennikarza z redakcji „the Guardian”).
3. 12–13 lutego 1991 roku dwa amerykańskie samoloty typu Stealth F-117A zbombardowały przy użyciu bomb kierowanych laserowo bunkier Al-Firdos w Bagdadzie, służący jako schron dla ludności cywilnej, w wyniku tego zginęło nawet do 300 osób. Incydent ten zmusił gen. Normana Schwarzkopfa do zmiany wytycznych prowadzenia operacji przeciwko stolicy Iraku²⁸¹.
4. Konsekwencją ataków na iracki system energii elektrycznej było spowodowanie odłączenia zasilania dla szpitali, oczyszczalni ścieków, punktów uzdatniania wody oraz przechowywania żywności. Doprowadziło to do katastrofy humanitarnej i znacznego wzrostu śmiertelności w latach następujących po inwazji na Irak w 1991 roku, co zostało podkreślone w treści raportu ONZ w sprawie sytuacji humanitarnej w Iraku w lipcu 1991 roku²⁸². Ataki na pozostałe elementy infrastruktury podwójnego zastosowania spowodowały w konsekwencji długotrwałą zapaść ekonomiczną.

280 M. Fiszer, *Lotnictwo w osiągnięciu celów strategicznych operacji militarnych*, Warszawa 2011, s. 233.

281 T. A. Keaney, E. Cohen, *Gulf War...*, s. 69.

282 „As far as water is concerned, damage to water treatment plants and the inability to obtain needed spare parts have cut off an estimated 2.5 million Iraqis from the government system they relied upon before the war. The perhaps 14.5 million Iraqis who continue to

Oficjalny raport do Kongresu wskazywał, że mimo iż głównym obowiązkiem na etapie planowania operacji było wyłączenie bądź ograniczenie do minimum strat towarzyszących, to w kontekście ataku na system dystrybucji energii elektrycznej stwierdzono, że nie można było dokonać „efektywnego rozdzielania konsekwencji związanych z ograniczeniem dostaw prądu podtrzymującego pracę irackiego łańcucha dowodzenia oraz energii wykorzystywanych przez ludność cywilną”. Zwrócono uwagę na okoliczność sporządzenia listy celów, w ramach których atak był niedozwolony w promieniu 6 mil. Podnoszono, że proces stosowania tzw. aktywnych środków ostrożności obejmował wybór uzbrojenia, amunicji, czasu, kierunku oraz przewidywanego zakresu zniszczeń, które były oceniane pod kątem możliwości powstania strat towarzyszących – operacje względem obiektów podwójnego zastosowania były przeprowadzane w porach najmniejszej aktywności ludności cywilnej i z wykorzystaniem pocisków precyzyjnego rażenia²⁸³. W innym miejscu wskazano, że w ramach stref zabudowanych pilot był uprawniony do wykonania ataku, tylko jeżeli uprzednio zweryfikował charakter celu i stwierdził istnienie takich warunków pogodowych, które zezwalały na sterowanie broni do wyznaczonego punktu²⁸⁴.

Konsekwencje wykorzystania sił powietrznych przez sprzymierzonych pozwoliły na osiągnięcie błyskawicznego sukcesu strategicznego przy minimalnych stratach własnych. Już w ciągu pierwszych 2 dni kampanii całkowicie wyeliminowano możliwość efektywnego przeciwdziałania irackich sił powietrznych oraz obrony przeciwlotniczej, pozwalając na skoncentrowanie wysiłków koalicji na pozostałych celach, kosztem zaledwie ok. 30 utraconych maszyn²⁸⁵. Nad irackim niebem pojawiły się ponownie w roli „saturacyjnego” bombowca eskadry B-52, które atakowały wysunięte irackie dywizje na tzw. Linii Husajna, przyczyniając się do ma-

receive their water through this system are now provided on average with one quarter the pre-war amount per day. Much of this water is of doubtful quality, owing to such problems as defective treatment and lack of sufficient hours of electric power. Major damage was also suffered by the national sewerage system owing to the loss of electric power during the war. Most of this damage has not been repaired, with raw sewage now flowing in some city streets and into the rivers. Diarrhoeal diseases, thought to be mainly caused by water and sewage problems, are now at four times the level of a year ago. The country is already experiencing outbreaks of typhoid and cholera”. *Report to the Secretary-General dated 15 July 1991 on humanitarian needs in Iraq prepared by a mission led by the Executive Delegate of the Secretary-General for humanitarian assistance in Iraq*, S/22799, 17 July 1991, para. 16.

283 Department of Defense, *Conduct of The Persian Gulf War: Final Report to Congress*, Waszyngton 1992, s. 152–153.

284 *Ibidem*, s. 228.

285 Istniejące dane przypisują lotnictwu ok. 50% strat w sprzęcie irackiej armii (ok. 3 000 dział, pojazdów i czołgów). Warto zwrócić uwagę, że irackie siły powietrzne przed wojną były klasyfikowane jako szósta siła powietrzna świata, mając do dyspozycji ok. 1700 samolotów, w tym uznawane za nowoczesne MiG-29 oraz Mirage F-1. Iracka obrona przeciwlotnicza dysponowała prawie 6 000 sztuk artylerii przeciwlotniczej i ok. 700 stanowiskami rakiet typu SAM.

sowych dezercji²⁸⁶. Sprzymierzeni skutecznie zniszczyli lotniska wojskowe, w tym także bunkry będące schronieniem dla samolotów. Blisko 140 irackich samolotów bojowych, w tym wiele nowoczesnych MiG-29, uciekło do Iranu, gdzie zostały internowane²⁸⁷. W efekcie ofensywa lądowa sprzymierzonych trwała zaledwie 72 godziny, doprowadzając do osiągnięcia celów rezolucji RB ONZ. Istniejące długoterminowe efekty prowadzenia operacji w Iraku w 1991 roku przesłaniają w pewnym zakresie ogólny obraz prawidłowości prowadzonej kampanii powietrznej przez lotnictwo koalicji działającej na rzecz odparcia agresji Husajna²⁸⁸.

8.4. Strefy zakazu lotów w Iraku

Zgodnie z rezolucją RB ONZ nr 688/91 z 5 kwietnia 1991 roku potępiono represje irackie kierowane przeciwko prowincjom zamieszkanym przez Kurdów, a także względem mniejszości sunnickiej w rejonie Basry. W treści dokumentu nie znalazło się jednak żadne postanowienie dotyczące ustanowienia strefy zakazu lotów oraz jej egzekwowania przez państwa członkowskie ONZ. Jednakże od 1992 roku brytyjskie i francuskie siły powietrzne rozpoczęły regularne patrole lotnicze, do których przyłączyło się USA²⁸⁹. W ramach operacji „Southern Watch” samoloty bojowe koalicji wykonywały działania przeciwko aktywności irackiego lotnictwa wojskowego operującego na południe od 33 równoleżnika. W trakcie 10 lat trwania misji maszyny USAF były sporadycznie ostrzeliwane pociskami typu SAM oraz ogniem baterii przeciwlotniczych. Jako odwet lotnictwo USAF, RAF i francuskie siły powietrzne bombardowały stanowiska radarowe oraz zestrzeliły dwa irackie myśliwce naruszające zakazany obszar²⁹⁰. 16–19 grudnia 1998 roku w ramach misji „Desert Fox” amerykańskie siły powietrzne wykonały uderzenia na stanowiska obrony przeciwlotniczej, składów broni oraz koszary Gwardii Republikańskiej jako odpowiedź na brak współpracy Husajna z inspektorami ONZ w zakresie broni masowego rażenia²⁹¹. Łącznie w ramach operacji wykonano ponad 150 000 lotów patrolowych. Operacja „Southern Watch” została przekształcona w końcowym okresie w 2002 roku w misję „Southern Focus”, która była zasadniczo przygotowaniem do operacji „Iraqi Freedom” w 2003 roku. Północna

286 B. Yenne, *B-52 Stratofortress: The Complete History of the World's Longest Serving and Best Known Bomber*, Minneapolis 2018, s. 128.

287 Co interesujące, Iran zwrócił Irakowi samoloty znajdujące się w służbie irańskiego lotnictwa po blisko 25 latach, w 2014 roku, w związku z inwazją ISIS.

288 „In the present state of the law, a verdict that the bombing policy in general was illegal would be hard to sustain”. A. Roberts, *The Laws of War in the 1990–1991 Gulf Conflict*, „International Security” 1994, vol. 18, s. 158.

289 J. A. Tirpak, *Legacy of the Air Blockades*, „Air Force Magazine” 2003, vol. 86, no. 2, s. 48–52.

290 Zob. S. Chapman, *The War Before the War*, „Air Force Magazine” 2004, vol. 87, no. 2.

291 R. Grant, *Osirak and Beyond*, „Air Force Magazine” 2002, vol. 85, no. 8, s. 77.

część Iraku była poddana także kontroli lotniczej RAF oraz USAF, w pierwszej fazie w ramach misji „Provide Comfort”, a następnie przedłużona jako operacja „Northern Watch”.

8.5. Wojna domowa w byłej Jugosławii i strefa zakazu lotów

Rezolucją RB ONZ nr 781/92 z 9 października 1992 roku ustanowiono na obszarze Bośni i Hercegowiny zakaz lotów wojskowych, z wyłączeniem działań wykonywanych na rzecz sił pokojowych ONZ oraz pomocy humanitarnej²⁹². Jest to jednocześnie pierwszy przykład ustanowienia tzw. strefy zakazu lotów (*no-flight zone*)²⁹³. Zakaz ten był jednak nieefektywny, nie obejmował bowiem lotów maszyn turbośmigłowych oraz śmigłowców, dlatego też w rezolucji RB ONZ nr 816/93 z 31 marca 1993 roku (pkt 1) zdecydowano się na jego rozszerzenie. Co istotne, pkt 4 rezolucji zawierał upoważnienie względem państw członkowskich do podjęcia „wszelkich niezbędnych środków w celu wyegzekwowania przestrzegania zakazu lotów nad terytorium Bośni i Hercegowiny”²⁹⁴. Ponieważ siły pokojowe ONZ nie dysponowały własnym lotnictwem, od 12 kwietnia 1993 roku do 20 grudnia 1995 roku wykonywanie lotów powierzono NATO, którego samoloty rozpoczęły patrolowanie przestrzeni powietrznej nad Bośnią²⁹⁵. W rezolucji nr 836/93 nadano siłom pokojowym ONZ uprawnienia do dysponowania bezpośrednim wsparciem powietrznym ze strony NATO²⁹⁶. Należy zwrócić uwagę, że specyficzny, dwuczłonowy model dowodzenia wymagał autoryzacji uderzeń powietrznych niemal na wszystkich szczeblach decyzyjnych ONZ. Powodowało to znaczne utrudnienia w efektywnej realizacji mandatu NATO²⁹⁷. Efektem były jedynie ograniczone ataki, wymierzone w pojazdy wojskowe należące do armii bośniac-

292 Resolution 781/1992 adopted by the Security Council at its 3122nd meeting on 9 October 1992, S/RES/781(1992).

293 K. P. Mueller, *Denying Flight Strategic Options for Employing No-Fly Zones*, Waszyngton 2013, s. 3.

294 Resolution 816/1993 adopted by the Security Council at its 3191st meeting on 31 March 1993, S/RES/816(1993).

295 K. Lardotter, *The Development of a NATO Strategy in Bosnia-Herzegovina*, [w:] H. Edström, D. Gyllensporre (red.), *Pursuing Strategy: NATO Operations from the Gulf War to Gaddafi*, Nowy Jork 2012, s. 62–68.

296 „Decides that, notwithstanding paragraph 1 of resolution 816 (1993), Member States, acting nationally or through regional organizations or arrangements, may take, under the authority of the Security Council and subject to close coordination with the Secretary-General and UNPROFOR, all necessary measures, through the use of air power, in and around the safe areas in the Republic of Bosnia and Herzegovina, to support UNPROFOR in the performance of its mandate”. Resolution 836/1993 adopted by the Security Council at its 3228th meeting on 4 June 1993, S/RES/836(1993).

297 L. K. Wentz, *Lessons from Bosnia: The IFOR Experience*, DoD Command and Control Research Program, Waszyngton 1997, s. 22–23.

kich Serbów. 28 lutego 1994 roku 4 maszyny szkolno-bojowe Super Galeb będące w składzie lotnictwa Republiki Serbskiej naruszyły strefę zakazu lotów i zostały zestrzelone przez patrolujące amerykańskie F-16 (było to pierwsze zestrzelenie w walce powietrze – powietrze przez siły NATO w historii)²⁹⁸. W kwietniu 1994 roku na specjalny rozkaz gen. Ratko Mladicia serbska obrona przeciwlotnicza zaatakowała samoloty NATO, uszkadzając samolot Dassault Étendard IV francuskich sił powietrznych oraz zestrzeliwując myśliwiec Sea Harrier Royal Navy. 2 czerwca 1995 roku zestaw rakietowy typu Kub zestrzelił amerykański F-16, pilot został ewakuowany z terenu walki po kilku dniach przez własne jednostki²⁹⁹. W trakcie kampanii jednostki serbskie skutecznie przeciwdziałały możliwości eskalacji nalotów poprzez branie do niewoli „błękitnych hełmów”, wykorzystując ich status jako „żywe tarcze”.

30 sierpnia 1995 roku w wyniku odpowiedzi na zbombardowanie przez jednostki bośniackich Serbów miejscowości Markale NATO podjęło decyzję o rozpoczęciu operacji „Deliberate Force” jako rozległej operacji powietrznej wymierzonej w jednostki wojskowe bośniackich Serbów³⁰⁰. Plany skoncentrowanego uderzenia powietrznego na terenie Bośni istniały już od kilku lat i obejmowały swoim zakresem: 1) zintegrowany system obrony przeciwlotniczej w postaci radarów, stacji SAM, instalacji radiowych, 2) jednostki lądowe, 3) jednostki wsparcia i zaopatrzenia oraz dowodzenia, 4) infrastrukturę wojskową zapewniającą możliwość wykonywania operacji przez siły lądowe w postaci składów, arsenałów, lotnisk, 5) infrastrukturę cywilną wykorzystywaną przez stronę serbską w ramach prowadzonych operacji bojowych: mosty, stacje energetyczne i skrzyżowania drogowe, 6) strategiczne centra dowodzenia³⁰¹. Tę ostatnią kategorię celów traktowano jako konieczny element „racjonalnej” kampanii powietrznej, z zamiarem ograniczenia zniszczeń urządzeń oraz instalacji przydatnych dla ludności cywilnej³⁰². Szczególną wagę przywiązywano do ryzyka związanego z powstaniem strat towarzyszących jako czynnika mogącego doprowadzić do zakłócenia przebiegu

298 D. L. Haulman, *The United States Air Force and Bosnia 1992–1995*, „Air Power History” 2013, s. 27.

299 Zob. więcej M. O. Beale, *Bombs Over Bosnia: The Role of Airpower in Bosnia-Herzegovina*, Alabama 1996.

300 T. Gazzini, *NATO Coercive Military Activities in the Yugoslav Crisis (1992–1999)*, „European Journal of International Law” 2001, vol. 12, s. 427–428.

301 R. Sargent, *Deliberate Force Targeting*, [w:] R. Owen (red.), *Deliberate Force: A Case Study in Effective Air Campaigning: Final Report of the Air University Balkans Air Campaign Study*, Maxwell 2000, s. 279–293.

302 „Such targets would include «some bridges» and roads. «We minimized that because we didn’t want to do any more damage to this poor nation that had been beat up so long,» Ryan added. If the bombing campaign had the desired effect of taking away the Serb strengths, «and they realized it was happening to them,» Ryan said, Deliberate Force would work. However, «they would not realize it unless we had a sustained operation that would show them that we really meant business». J. A. Tirpak, *Deliberate Force*, „Air Force Magazine” 1997, October, s. 41.

procesu pokojowego³⁰³. Jako element aktywnych środków ostrożności wskazywano konieczność uzyskania pozytywnej identyfikacji wzrokowej celu przed atakiem, wybór różnej pory dnia oraz kątów ataku. Wysiłek lotniczy NATO był znaczny – wykonano ok. 2500 lotów bojowych, zrzucono ok. 1000 pocisków, z czego 70% miało charakter broni precyzyjnego rażenia, zaatakowano prawie 50 różnych celów wojskowych³⁰⁴. Efekty polityczno-wojskowe kampanii były dalekosiężne, gdyż stanowiły bezpośredni sygnał do rozpoczęcia rozmów pokojowych w Dayton, które ostatecznie zakończyły konflikt³⁰⁵.

W trakcie operacji pocisk typu Striela zestrzelił 30 sierpnia 1995 roku francuski samolot Dassault Mirage 2000, a załoga dostała się do serbskiej niewoli. Wywołało to reperkusje natury prawnej dotyczące statusu załogantów wykonujących działania powietrzne w ramach mandatu ONZ (opisane szerzej w rozdziale III podrozdziale 14).

8.6. Serbia 1999 – potwierdzenie doktryny Douheta?

Interwencja NATO w Serbii w 1999 roku w celu powstrzymania czystek etnicznych w Kosowie rozpoczęła się od istotnej kontrowersji prawnej związanej z brakiem wyraźnego umocowania RB ONZ do podjęcia działań zbrojnych przez państwa Sojuszu Północnoatlantyckiego. W związku z powyższym operację „Allied Force” zwykło nazywać się w doktrynie prawa międzynarodowego działaniem nielegalnym – podjętym bowiem w sprzeczności z postanowieniami KNZ, ale jednocześnie uprawnionym, którego istotą było zatrzymanie dalszego łamania praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego³⁰⁶. Planisci NATO uznali za konieczność uzyskanie efektu zastraszenia względem prezydenta FRY (*Federal Republic of Yugoslavia* – Federalna Republika Jugosławii) Slobodana Miloševicia, by nie kontynuował on działań w Kosowie, a następnie zdematerializowanie niebezpieczeństwa dalszego prowadzenia działań przez wojska FRY. Plan operacyjny obejmował pięciofazowe działanie lotnicze, które zakładało: 1) rozmieszczenie sił powietrznych, 2) osiągnięcie przewagi powietrznej nad Kosowem i ograniczenie zdolności FRY do dowodzenia siłami zbrojnymi, 3) atak na cele wojskowe w Ko-

303 R. C. Owen, *Operation Deliberate Force in Bosnia, 1995: Humanitarian Constraints in Aerospace Warfare*, [w:] A. Dorn (red.), *Air Power in UN Operations: Wings for Peace*, Farnham 2014, s. 231–240. Wysokość strat wśród ludności cywilnej szacowano na ok. 25 zabitych; M. Sławiński, *Zjawisko collateral damage w działaniach lotnictwa*, „Zeszyty Naukowe Akademii Podlaskiej w Siedlcach” 2010, z. 86.

304 K. F. Miller, *Deny Flight and Deliberate Force: An Effective Use of Airpower*, Fort Leavenworth 1997, s. 49.

305 R. C. Hendrickson, *Crossing the Rubicon*, „NATO Review” 2005, no. 3, s. 1–4.

306 H. Kreiger, *The Kosovo Conflict and International Law: An Analytical Documentation 1974–1999*, Cambridge 2001, s. xxxix.

sowie oraz do 44 stopnia południka w FRY względem sił zbrojnych wspierających działania Serbów w prowincji, 4) rozszerzenie działań powietrznych względem celów wojskowych na terenie całej Serbii, 5) ponowne rozmieszczenie sił powietrznych w razie nieuzyskania sukcesu bojowego.

Należy zwrócić uwagę, że atak NATO nie był zaskoczeniem dla sił zbrojnych FRY. Niemal do końca działań zbrojnych serbska obrona przeciwlotnicza oraz przeciwrakietowa pozostawała zagrożeniem dla lotnictwa Sojuszu Północnoatlantyckiego³⁰⁷. Przykładowo z 22 samobieżnych zestawów przeciwlotniczych typu SA-6 Kub rakiety przeciwradarowe NATO zniszczyły zaledwie 3 z nich (pomimo wystrzelenia ponad 400 pocisków typu HARM)³⁰⁸. Z uwagi na powyższe NATO zdecydowało się na przyjęcie restrykcji, zakazując lotów poniżej 15 000 stóp z uwagi na niebezpieczeństwo dla własnych załóg ze strony przenośnych wyrzutni typu Striela oraz baterii artylerii przeciwlotniczej (z poważnymi konsekwencjami dla procesu prawidłowej identyfikacji celów). Uderzenia w pierwszej fazie operacji przeciwko centrom dowodzenia i bazom lotniczym miały ograniczony charakter – planiści NATO twierdzili, że już początkowa projekcja siły przez lotnictwo Sojuszu Północnoatlantyckiego zmusi rząd w Belgradzie do przyjęcia warunków społeczności międzynarodowej³⁰⁹. Zrezygnowano także ze skoncentrowanego uderzenia powietrznego przeciwko stolicy Serbii już pierwszego dnia, uznając, że sytuacja humanitarna w Kosowie wymaga w pierwszej kolejności ataku na taktyczne formacje FRY dokonujące czystek etnicznych³¹⁰. Drugim czynnikiem w znacznej mierze ograniczającym zakres działań była utrzymująca się przez niemal cały okres operacji zła pogoda, która uniemożliwiała samolotom NATO dokonywanie prawidłowej weryfikacji celów naziemnych. Trzecim – specyficzne warunki geograficzne południowej Serbii. Siły zbrojne FRY dokonały ponadto taktycznego rozproszenia, co utrudniało wykrycie formacji wojskowych.

307 Wynikało to z faktu, że Serbowie, mając świadomość możliwości wykrycia stanowisk przeciwlotniczych, wyłączali zestawy oraz stacje radiolokacyjne, wykorzystując je tylko w niezwykle sprzyjających warunkach. W podobny sposób funkcjonowało nieliczne lotnictwo FRY. Serbska obrona przeciwlotnicza uważanie studiowała także przebieg działań wojennych w Iraku w 1991 roku oraz nad Bośnią w trakcie misji „Deny Flight” i „Deliberate Force”. Kuriozalnym wręcz sukcesem obrony przeciwlotniczej FRY było zestrzelenie samolotu typu Stealth F-117A Nighthawk przez zestaw SA-2, nadający na częstotliwości uznanej przez NATO za wycofaną z użytku z powodu przestarzałego charakteru systemu. Zob. J. A. Olsen, *A History of Air Warfare*, Waszyngton 2010, s. 232–233.

308 M. Andrew, *Revisiting the Lessons of Operation Allied Force*, „Air Power Australia Analysis” 2009, <http://www.ausairpower.net/APA-2009-04.html> (dostęp: 18.10.2020).

309 Zob. więcej B. S. Lambeth, *NATO's Air War for Kosovo: A Strategic and Operational Assessment*, Santa Monica 2001.

310 D. L. Haulman, *The U.S. Air Force in the Air War over Serbia 1999*, „Air Power” 2015, Summer, s. 11. Pomysłodawcą powyższego planu był gen. Michael Short, jednakże plan nie spotkał się z aprobatą Białego Domu, Wielkiej Brytanii oraz Francji. Między innymi prezydent Jacques Chirac w rozmowie z jednym z dziennikarzy stwierdził, że „dzięki mnie mosty nad Sawą w Belgradzie nie zostały zniszczone”. Zob. więcej M. H. Hampton, *Eagle in the Field of Blackbirds: U. S. Military Lessons Learned and Applied in Bosnia and Kosovo*, „AICGS German Issues” 2001, vol. 26.

W ciągu pierwszych 11 dni NATO zaatakowało prawie 444 celów, z czego blisko 90% ataków było skierowanych przeciwko obronie przeciwlotniczej i siłom FRY działającym w rejonie Kosowa. Zaledwie 10% zostało wymierzonych w cele o wymiarze strategicznym. Okazało się jednak, że efekty początkowych ataków nie zatrzymały spirali przemocy na terenie Kosowa i niezbędne stało się rozszerzenie ofensywy na całe terytorium Serbii³¹¹. W połowie kwietnia 1999 roku podjęto decyzję o umieszczeniu na liście celów centrów dowodzenia, infrastruktury drogowej, składów materiałów pędnych, łączu telekomunikacyjnych, fabryk wojskowych i zakładów remontowych, a także mediów odpowiedzialnych za nadawanie propagandy. Decyzje te zostały zatwierdzone na szczycie NATO w Waszyngtonie 23 kwietnia 1999 roku. Pod koniec następnego miesiąca do listy celów zdecydowano się dodać również energetyczną sieć przesyłową i zaatakowano linie energetyczne w całym kraju, doprowadzając do wstrzymania dostaw energii niemal w stosunku do 70% powierzchni państwa³¹². Dążąc jednakże do uniknięcia długotrwałych zniszczeń w strukturze energetycznej Serbii, NATO zdecydowało się wykorzystać nowe bomby grafitowe BLU-114/B, które doprowadzały do czasowych zwarć w przesyłach prądu³¹³.

Ostatecznie według różnych szacunków NATO zniszczyło ok. 40 mostów kolejowych i drogowych, wszystkie serbskie rafinerie naftowe, wiele przekazników energetycznych i telekomunikacyjnych, 100 samolotów i 10 lotnisk, znacznie ograniczając zdolności sił zbrojnych FRY do otrzymania uzupełnień³¹⁴. W przypadku zniszczeń infrastrukturalnych w kontekście prawnym kwestionowano okoliczności związane z atakiem na mosty znajdujące się kilkaset kilometrów od linii frontu (np. atak na most w Nowym Sadzie). Głośnym incydentem było także zbombardowanie 2 maja 1999 roku ambasady Chin w Belgradzie. Ten i pozostałe wypadki związane z nieprawidłową identyfikacją celów, stosowaniem środków ostrożności oraz pewnych środków walki (takich jak szerokie wykorzystanie bomb kasetowych) doprowadziły do niezwykle ożywionej dyskusji wśród ekspertów *ius in bello* (skomentowanej w rozdziale poniżej).

8.7. Irak 2003 i selektywna eliminacja

20 marca 2003 roku w godzinach rannych dwa F-117 rozpoczęły bombardowanie domniemanego miejsca pobytu irackiego dyktatora, rozpoczynając operację „Iracka wolność”. Należy zwrócić uwagę, że z punktu widzenia operacyjnego odbywała się ona w warunkach całkowitego panowania w powietrzu – większość irackiej obrony

311 G. N. Bardos, *Balkan History, Madeleine's War, and NATO's Kosovo*, „Journal of North American Society for Serbian Studies” 2001, vol. 15, s. 89.

312 R. H. Gregory, *Clean Bombs and Dirty Wars: Air Power in Kosovo and Libya*, Nebraska 2015, s. 79–80.

313 B. S. Lambeth, *NATO's Air War...*, s. 41.

314 A. H. Cordesman, *The Lessons and Non-Lessons of the Air and Missile Campaign in Kosovo*, Westport 2001, s. 157.

powietrznej została zniszczona w ramach egzekwowania tzw. strefy zakazu lotów już w roku 2002 bądź działań poprzedzających bezpośrednio inwazję³¹⁵. Pozostałe po 1991 roku samoloty irackiego lotnictwa zostały zamaskowane bądź porzucone i nie stanowiły żadnego zagrożenia dla funkcjonowania lotnictwa koalicji – w rzeczywistości irackie siły powietrzne nie wykonały żadnego lotu w trakcie kampanii³¹⁶. 20–21 marca 2003 roku ostatecznie wyeliminowano możliwość przeciwdziałania irackiej obrony przeciwlotniczej. Operacja „Iraqi Freedom” bazowała na schemacie funkcjonującym w 1991 roku, obierając za swój cel instalacje radarowe, komunikacyjne oraz budynki rządowe. W późniejszym okresie działania sił powietrznych koalicji sprowadzały się do wsparcia bezpośredniego pola walki, a także tzw. celów o charakterze spontanicznym, wskazywanych przez operatorów naziemnych ze strony CIA lub oddziałów sił specjalnych znajdujących się w Iraku przed rozpoczęciem inwazji³¹⁷. W ramach planowania operacyjnego zdecydowano się odstąpić od ataków na sieć energetyczną i infrastrukturę kraju, a zamiast tego skupić się na wykonywaniu operacji mających charakter *shock and awe* – czyli wykazania psychologicznej dominacji poprzez projekcję siły i precyzję działań sprzymierzonych, mających oddziaływać głównie na irackich żołnierzy. Powyższa taktyka okazała się niezwykle efektywna – np. uznawana za elitarną w irackiej Gwardii Republikańskiej dywizja pancerna „Al-Nida” wskutek ataków lotniczych, a przede wszystkim masowych dezercji, ze stanu 13 000 żołnierzy i 500 pojazdów bojowych zmniejszyła swoją siłę bojową o blisko 90% i to jeszcze przed wejściem w styczność bojową z oddziałami lądowymi sprzymierzonych³¹⁸. Co interesujące, raport think-tanku RAND stwierdzał, że ogólna analiza wyników kampanii powietrznej podczas pierwszej fazy operacji „Iracka wolność” nie może służyć jako szablon względem następnych operacji – warunki działania amerykańskiego lotnictwa nad Irakiem w 2003 roku składały się z wielu niezwykle korzystnych okoliczności, które spowodowały ogólny rozkład zdolności bojowych irackiej armii³¹⁹.

Jednym ze znaków rozpoznawczych operacji powietrznych wykonanych podczas misji „Iracka wolność” było położenie nacisku na próbę eliminacji wyższego kierownictwa politycznego i wojskowego Iraku oraz reżimu Saddama Husajna

315 R. Grant, *Gulf War II Air and Space Power Led the Way*, An Air Force Association Special Report 2003, s. 3.

316 D. L. Haulman, *What Happened to the Iraqi Air Force?*, [http://www.afhra.af.mil/Portals/16/documents/Airmen-at-War/Haulman WhatHappenedIraqiAF.pdf?ver=2016-08-22-131410-023](http://www.afhra.af.mil/Portals/16/documents/Airmen-at-War/Haulman%20WhatHappenedIraqiAF.pdf?ver=2016-08-22-131410-023) (dostęp: 18.10.2020).

317 C. Dale, *Operation Iraqi Freedom: Strategies, Approaches, Results, and Issues for Congress*, CRS Report for Congress 2009, s. 12–13.

318 S. T. Hosmer, *Why the Iraqi Resistance to the Coalition Invasion was so Weak*, Santa Monica 2007, s. 93.

319 B. R. Pirnie, J. Gordon IV, R. R. Brennan, Jr., F. E. Morgan, A. C. Hou, C. Yosts, *Air Operations*, [w:] W. L. Perry, R. E. Darilek, L. L. Rohm, J. M. Sollinger (red.), *Operation Iraqi Freedom: Decisive War, Elusive Peace*, Santa Monica 2015, s. 149–179.

(w ramach słynnej „talii” najbardziej poszukiwanych)³²⁰. Wskazane cele strategiczne obejmowały 59 celów związanych z najważniejszymi figurami państwowymi oraz prawie 104 obiekty i budynki związane z funkcjonowaniem partii Baas³²¹. Dostępne raporty wskazują, że właśnie podczas tego typu zadań (oraz misji związanych z tzw. celami o charakterze spontanicznym) szczególnie liczne straty poniosła ludność cywilna, gdyż w wielu wypadkach przekazane siłom powietrznym koalicji dane wywiadowcze okazywały się błędne³²². Organizacja *Human Rights Watch* kwestionowała również dobór celów w postaci irackich sieci przesyłowych, a także budynków radiofonii i telewizji państwowej. Ocena przebiegu kampanii powietrznej w 2003 roku pod względem prawnym była przedmiotem badania przez Prokuratora Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze, który odmówił wszczęcia postępowania, nie znajdując dowodów zbrodni wojennych³²³.

8.8. Libia 2011

17 marca 2011 roku RB ONZ przyjęła rezolucję nr 1973/11, wprowadzającą strefę zakazu wszelkich lotów nad Libią w celu ochrony ludności cywilnej, zezwalając (*authorizes*) jednocześnie państwu członkowskiemu ONZ, by „posłużyły się wszelkimi niezbędnymi środkami w celu wyegzekwowania powyższego postanowienia” („to take all necessary measures to enforce compliance with the ban on flights imposed”)³²⁴. 19 marca 2011 roku lotnictwo francuskie wykonało pierwsze uderzenia na oddziały płk. Kaddafiego zgromadzone wokół miasta Benghazi. 30 marca 2011 roku operację zaczęło odgórnie koordynować NATO pod kryptonimem „Unified Protector”. Libijska sieć rakietowa i radarowa o niewielkim potencjale bojowym została błyskawicznie wyeliminowana, a libijskie siły powietrzne nie podjęły żad-

320 Tzw. talia (*Most-Wanted Iraqi Playing Cards*) była w istocie listą najważniejszych irackich urzędników i wyższych funkcjonariuszy partii Baas, na czele z Husajnem oraz jego rodziną, poszukiwanych przez personel USA, celem ich identyfikacji i schwytania bądź likwidacji. BBC, *Iraq's most wanted – where are they now?*, <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-11155798> (dostęp: 18.10.2020).

321 K. L. Shimko, *The Iraq Wars and America's Military Revolution*, Cambridge 2010, s. 152–153.

322 N. Grief, *The Iraq War: Issues of International Humanitarian Law and International Criminal Law*, [w:] P. Shiner, A. Williams (red.), *The Iraq War and International Law*, Oxford 2008, s. 102.

323 ICC, *The Office of the Prosecutor, Communication concerning the situation in Iraq*, http://www.iccnw.org/documents/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf (dostęp: 18.10.2020).

324 Resolution 1973/2011 adopted by the Security Council at its 6498th meeting on 17 March 2011, S/Res/1973/2011. Rezolucja została przyjęta głosami Francji, Stanów Zjednoczonych oraz Wielkiej Brytanii przy głosach wstrzymujących się Chin oraz Rosji. W późniejszym okresie państwa te kwestionowały zakres operacji NATO, wskazując, że wykracza poza mandat określony w rezolucji i bezpośrednio zmierza do niedozwolonej zmiany reżimu. Zob. więcej W. D. Hood, *Humanitarian Intervention in Syria: Is Crisis Response and Limited Contingency Operations the Solution?*, „Military Law Review” 2015, vol. 223, s. 622.

nej walki z lotnictwem Sojuszu Północnoatlantyckiego. Zdecydowany ciężar operacji lotniczych polegał na udzieleniu bezpośredniego wsparcia powietrznego dla walczących w różnych częściach Libii oddziałów rebelianckich. Kampania NATO doprowadziła w ciągu kilku miesięcy do całkowitego odwrócenia biegu wojny i ostatecznego obalenia rządów płk. Kaddafiego³²⁵. Misja udowodniła istotną rolę misji typu ISR (*Intelligence, Surveillance and Reconnaissance*) w prawidłowym doborze celów oraz egzekucji misji powietrznych, zwłaszcza w zakresie współpracy pojazdów bezzałogowych z konwencjonalnymi środkami walki powietrznej³²⁶. 3 marca 2011 roku (jeszcze przed oficjalną interwencją NATO) trzech lotników holenderskiej marynarki wojennej zostało zatrzymanych przez libijskie siły rządowe podczas misji ewakuacyjnej wykonywanej helikopterem typu Lynx z pokładu okrętu „Tromp” holenderskiej marynarki wojennej. Członkowie załogi byli umundurowani³²⁷. Film wyświetlony w libijskiej telewizji państwowej wskazuje, że śmigłowiec posiadał także znaki przynależności do holenderskiej marynarki wojennej³²⁸. 11 marca 2011 roku załoganci holenderskiego śmigłowca zostali zwolnieni, helikopter został zarekwirowany³²⁹.

Pomimo użycia po raz pierwszy w historii wojny powietrznej wyłącznie pocisków precyzyjnego rażenia w trakcie kampanii doszło do kilku incydentów, które zostały poddane badaniu zgodności z międzynarodowym prawem humanitarnym przez Komisję śledczą Rady Praw Człowieka ONZ.

8.9. Ukraina 2014

Ukraińskie siły powietrzne znalazły się w awangardzie reagującej na wystąpienia separatystyczne na wschodzie kraju od kwietnia 2014 roku. Działalność lotnicza została szybko ograniczona wskutek narastających strat i braków sprzętowych armii ukraińskiej. 2 czerwca 2014 roku doszło do najpoważniejszego incydentu związanego z udziałem samolotu ukraińskich sił powietrznych, który przy użyciu amunicji małokalibrowej zaatakował w centrum miasta Ługańsk budynek lokalnej administracji, powodując znaczne straty wśród niewalczących (ok. 20 osób). Okoliczności ataku zostały potwierdzone śledztwem CNN oraz sprawozdaniem

325 Zob. więcej K. P. Mueller, *Precision and Purpose. Airpower in the Libyan Civil War*, Waszyngton 2015; J. Vincente, *Back to the Future: Aerial Warfare in Libya*, „JANUS.NET, e-journal of International Relations” 2013, vol. 4, s. 59–72.

326 Royal Aeronautical Society, *Lessons Offered from the Libya Air Campaign*, July 2012.

327 CBSNews, *Dutch marines held in Libya after failed rescue*, <https://www.cbsnews.com/news/dutch-marines-held-in-libya-after-failed-rescue/> (dostęp: 18.10.2020).

328 BBC, *Libya TV shows captured Dutch navy helicopter crew*, <https://www.bbc.com/news/world-europe-12645675> (dostęp: 18.10.2020).

329 M. Corder, *3 Dutch marines freed by Libya arrive home*, „Washington Post”, 12th March 2011, <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2011/03/12/AR2011031201889.html?noredirect=on> (dostęp: 18.10.2020).

OBWE³³⁰. W dwóch przypadkach zestrzeleń mających miejsce w lipcu 2014 roku strona ukraińska oskarżyła rosyjskie siły powietrzne o zniszczenie w powietrzu trzech ukraińskich myśliwców rakietami typu powietrze – powietrze³³¹. 17 lipca 2014 roku rakietą pochodząca najprawdopodobniej z zestawu przeciwlotniczego typu Buk zestrzeliła wykonujący rejs pasażerski na trasie Amsterdam – Kuala Lumpur liniowiec pasażerski Malaysia Air MH17³³². W sierpniu 2014 roku strona separatystyczna zestrzeliła 3 maszyny bojowe typu MiG-29, Su-24 i Su-25. Liczne straty poniosły ukraińskie śmigłowce. Z powodu dostarczenia rebeliantom nowych środków walki od 5 września 2014 roku siły powietrzne Ukrainy zaprzestały działań bojowych nad obszarem Donbasu, starając się zachować najcenniejsze maszyny bojowe dla potrzeb obrony kraju³³³.

9. Lotnictwo na tzw. wojnie z terrorem

9.1. Użycie bezzałogowych wojskowych statków powietrznych

7 października 2001 roku, w niecały miesiąc po atakach z 11 września 2011 roku, dron typu Predator zaatakował pojazd, w którym domniemywano obecność mułły Omara, polityczno-religijnego przywódcy ruchu Talibów. Powyższa data otworzyła

330 Latest news from the OSCE Special Monitoring Mission to Ukraine (SMM), based on information received until 18:00 hrs, 2 June (Kyiv time).

331 *Ukraine claims fighter plane shot down by Russian missile*, „The Guardian”, 17.07.2014, <https://www.theguardian.com/world/2014/jul/17/ukraine-claims-plane-shot-by-russian-missile> (dostęp: 18.10.2020).

332 Okoliczności zestrzelenia MH17 były przedmiotem badania tzw. *Joint Investigation Team*, specjalną grupę ekspercką działającą pod egidą holenderską, zreszającą państwa, których obywatelstwo posiadały zabite osoby. W 2015 roku Holandia usiłowała przeformować na forum RB ONZ przyjęcie rezolucji ustanawiającej międzynarodowy trybunał karny *ad hoc* dla ukarania winnych zbrodni, jednak rezolucja została zawetowana przez Federację Rosyjską. W 2016 roku raport zespołu śledczego wskazał, że przyczyną zestrzelenia samolotu był pocisk wyrzuty z wyrzutni Buk, która została dostarczona z Federacji Rosyjskiej. W 2017 roku Ukraina podpisała z Holandią umowę międzynarodową, przekazującą całkowitą jurysdykcję karną w przedmiocie zestrzelenia MH17. „Depending on the nature of the conflict and conduct, the alleged crimes that may have been committed in relation to downing MH17 include wilful killing under Article 8(a)(i), intentionally directing attacks against civilians under 8(b)(i), murder under Article 8(c)(i), and ‘intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities’ under Article 8(e)(i)”. R. De Hoon, *Navigating the Legal Horizon: Lawyering the MH17 Disasters*, „Utrecht Journal of International and European Law” 2017, vol. 84, s. 97.

333 F. Holcomb, *The Order of Battle of the Ukrainian Armed Forces: A Key Component in European Security*, Waszyngton 2016, s. 7.

nie tylko nową erę w rozwoju sił powietrznych – lotnictwa bezzałogowego, ale wykorzystanie sił powietrznych w ramach tzw. globalnej wojny z terrorem ogłoszonej przez administrację prezydenta George’a W. Busha. 5 listopada 2002 roku jeden z operatorów Al-Kaidy w Jemenie został zabity pociskiem typu Hellfire z pokładu drona, jako pierwszy przykład polityki *targeted killing* – „selektywnej eliminacji” celów uznawanych za zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego Stanów Zjednoczonych w rejonach nieobjętych stanem tzw. czynnego konfliktu zbrojnego. Doktryna selektywnej eliminacji nie jest wyłącznie domeną amerykańską – w wielu przypadkach stosowały ją siły powietrzne Izraela, np. głośna sprawa ataku na poruszającego się na wózku inwalidzkim duchowego przywódcy Hamasu Ahmeda Yassina przeprowadzonego 22 marca 2004 roku przez grupę F-16 i helikopterów szturmowych AH-64³³⁴. Zagadnienia związane z oceną legalności powyższych działań w świetle *ius in bello* w sposób inherentny łączą się z kwestią istnienia niemiedzynarodowego konfliktu zbrojnego³³⁵. Dominujący charakter w tej mierze miały dwa kontrowersyjne poglądy prawne: 1) uznanie walki z Al-Kaidą za globalny konflikt zbrojny nieograniczony dotychczasowymi granicami państwowymi, 2) przyjęcie koncepcji tzw. *co-belligerence*, tj. przyjęcie, że pozostałe grupy terrorystyczne pozostające w związkach ideologicznych z organizacją Osamy Bin Ladena są „współwalczącymi” w tzw. wojnie z terrorem³³⁶. Rozwinięcie programu „selektywnej eliminacji” nastąpiło zarówno liczbowo, jak i geograficznie w okresie administracji prezydenta Baracka Obamy.

Prowadzona kampania tzw. selektywnej eliminacji w latach 2009–2015 wywoływała poważne zaniepokojenie organizacji pozarządowych oraz niezależnych środowisk, informujących że skala strat wśród ludności cywilnej może sięgać nawet do 90% na terenie Afganistanu, Pakistanu, Jemenu, Libii oraz Somalii. Oficjalne informacje przekazywane przez administrację Białego Domu wskazują na liczbę 64–116 zabitych cywili podczas prezydentury Obamy, przy jednoczesnym zabiciu ok. 2500 „terrorystów”. Co istotne, liczby te (zgodnie z podziałem poczynionym w 2013 roku) nie obejmowały obszarów Afganistanu, Syrii, Iraku, które były traktowane jako obszary znajdujące się poza rejonami czynnych walk.

Istotnym momentem w kształtowaniu poglądu prawnego na szerokie wykorzystanie przez amerykańskie siły zbrojne bezzałogowych pojazdów latających było wystąpienie prezydenta Obamy 23 maja 2013 roku na National Defense University. W pierwszej kolejności amerykański przywódca wskazał, że działania lotnictwa

334 S. David, *Israel's Policy of Targeted Killing*, „Ethics and International Affairs” 2003, vol. 17, s. 117.

335 Zob. J. Dorsey, C. Paulussen, *The Boundaries of the Battlefield: A Critical Look at the Legal Paradigms and Rules in Countering Terrorism*, International Center for Counter-Terrorism Research Paper 2013.

336 Zob. więcej Association of the Bar of the City of New York International Law Committee, *The Legality under International Law of Targeted Killings by Drones Launched by the United States*, Nowy Jork 2014; P. Alston, *The CIA and Targeted Killings Beyond Borders*, „Harvard National Security Journal” 2011, vol. 2.

w wojnie z terrorem mają charakter efektywny, skutecznie uniemożliwiając organizacjom terrorystycznym wykonywanie planowanych zamachów przeciwko Stanom Zjednoczonym, Europie. Przyznał także, że administracja Białego Domu ma pełną świadomość, że podczas tych działań ginie ludność cywilna jako tragiczne, ale nieuniknione ryzyko każdej wojny, podnosząc, że straty te są zdecydowanie zawyżone przez raporty o charakterze zewnętrznym. Wskazał także, że przy doborze celów i metody ataków stosowany jest standard „prawie 100% pewności, że cywile nie zostaną zabici bądź zranieni”. Wybór dronów jako środka walki był traktowany jako jedyna i niezbędna alternatywa względem oporu lokalnych rządów społeczności wobec wykorzystania konwencjonalnych sił powietrznych i pocisków znacznie mniej precyzyjnych od bezzałogowców, a także obecności wojsk lądowych³³⁷.

Rozwinięciem powyższej koncepcji był dokument pt. „Standardy oraz procedury użycia siły w operacjach antyterrorystycznych poza Stanami Zjednoczonymi i strefami czynnych działań zbrojnych” (*U.S. Policy Standards and Procedures for the Use of Force in Counterterrorism Operations Outside the United States and Areas of Active Hostilities*). Wytyczne prezydenta Obamy w sposób bezpośredni dzieliły teatry operacyjne amerykańskich sił powietrznych na strefy aktywnego prowadzenia działań zbrojnych oraz inne obszary wojny z terrorem. W tym kontekście ofensywne akcje o charakterze zabójczym mogły zostać podjęte dopiero po weryfikacji, że nie jest praktycznie możliwe schwytanie danej osoby oraz istnieje przeświadczenie graniczące z pewnością, że niewalczący nie zostaną zranieni bądź zabici. Co istotne, w przypisach do instrukcji wskazywano, że do kategorii cywilów nie zaliczają się członkowie sił zbrojnych państwa – adwersarza, osoby bezpośrednio uczestniczące w działaniach zbrojnych, a także osoby, które mogą stać się przedmiotem ataku z racji zagrożenia uzasadniającego działanie w samoobronie³³⁸. A *contrario* powyższe reguły nie obowiązywały w strefach aktywnych konfliktów zbrojnych, tj. toczących się w Afganistanie, Iraku, Syrii, a do 2016 roku również w Libii³³⁹.

9.2. Operacja lotnicza w Afganistanie 2001

Większość doktryny prawa międzynarodowego przyjmuje, że początkowy okres konfliktu w Afganistanie, od października do grudnia 2001 roku, miał wymiar międzynarodowego konfliktu zbrojnego, z uwagi na fakt sprawowania przez re-

337 The White House Office of the Press Secretary, Remarks by the President at the National Defense University National Defense University Fort McNair Washington, D.C., May 23, 2013.

338 The White House Office of the Press Secretary, Fact Sheet: U.S. Policy Standards and Procedures for the Use of Force in Counterterrorism Operations Outside the United States and Areas of Active Hostilities, May 23, 2013.

339 C. Savage, *U.S. Removes Libya from List of Zones with Looser Rules for Drone Strikes*, „The New York Times”, <https://www.nytimes.com/2017/01/20/us/politics/libya-drone-airstrikes-rules-civilian-casualties.html> (dostęp: 18.10.2020).

zim Talibów efektywnej kontroli nad funkcjonowaniem państwa³⁴⁰. Islamski Emirat Afganistanu posiadał także strukturę rządową oraz pewne uznanie na forum międzynarodowym. Powyższa okoliczność w sposób zasadniczy implikowała np. status schwytanych bojowników afgańskich jako jeńców wojennych w świetle wyznań III Konwencji genewskiej z 1949 roku, ale odpowiednio wpływała również na sytuację prawną żołnierzy koalicji i personelu lotniczego³⁴¹.

7 października 2001 roku amerykańskie lotnictwo rozpoczęło bombardowanie celów wojskowych w Afganistanie, kierując się przeciwko stanowiskom obrony przeciwlotniczej i nielicznym maszynom bojowym produkcji sowieckiej typu MiG-21 i Su-22³⁴². Pomimo wręcz zerowego potencjału baterii rakiet SAM typu SA-2 i SA-3 oraz lotnictwa myśliwskiego Talibów, kampanię powietrzną uznawano za ryzykowną wobec doświadczeń wynikających z obecności ZSRR w Afganistanie, w szczególności ze względu na pozostawanie w rękach bojowników afgańskich znacznej ilości przenośnego uzbrojenia przeciwlotniczego³⁴³. W pierwszym okresie kampanii amerykańskie lotnictwo koncentrowało się na wspieraniu działań Sojuszu Północnego i było kierowane wskazaniem operatorów amerykańskich sił specjalnych. W ramach tych działań stosowano szeroki wachlarz środków bojowych, w tym m.in. masowe bombardowania obszaru górskiego Tora Bora (uznawanego za twierdzę Talibów oraz Al-Kaidy) za pośrednictwem bombowców strategicznych B-52 i B-2 Spirit, wykorzystując w nich niekierowane bomby BLU-82/B Daisy Cutter jako służące do niszczenia sieci podziemnych tuneli oraz korytarzy³⁴⁴. W pozostałej mierze amerykańskie siły powietrzne korzystały z pocisków typu JDAM (*Joint Direct Attack Munition*), specjalnego zestawu składającego się z odbiornika GPS oraz elementów aerodynamicznych pozwalających na precyzyjne kierowanie pocisku w locie – systemu, który stał się standardem w przypadku amunicji precyzyjnego rażenia w XXI wieku, trafiając z dokładnością ok. 10 metrów w cel (skuteczność w roku 2001)³⁴⁵. Stopień wykorzystania pocisków typu JDAM w Afganistanie szacuje się na ok. 65%. Pentagon wskazywał, że z uwagi na charakter konfliktu, „delikatną” sytuację społeczną Afganistanu, USAF stosowało rygorystyczne wymagania dotyczące obowiązku uzyskania wzrokowego potwierdzenia charakteru celu będącego przedmiotem ataku – nie uniknięto jednak przypadków omyłkowego zbombardowania przez

340 A. Bellal, G. Ciacca, S. Casey-Maslen, *International Law and Armed Non-state Actors in Afghanistan*, „International Review of the Red Cross” 2011, vol. 93, s. 6l.

341 J. P. Bialke, *Al-Qaeda and Taliban Unlawful Combatant Detainees, Unlawful Belligerency and the International Laws of Armed Conflict*, „Air Force Law Review” 2004, vol. 55, s. 16.

342 R. Grant, *The Afghan Air War, I*, An Air Force Association Special Report 2002, s. 11.

343 T. Nameredac, *Operation Enduring Freedom: Potential Air Power Questions for Congress*, Waszyngton 2001, s. 4.

344 J. A. Tirpak, *Enduring Freedom*, „Air Force Magazine” 2002, February, s. 38.

345 E. E. Theisen, *Ground-Aided Precision Strike. Heavy Bomber Activity in Operation Enduring Freedom*, „Air War College Maxwell Paper” 2003, no. 31, s. 4–5.

F-18 i B-52 składów żywności i lekarstw prowadzonych przez MKCK w Kabulu³⁴⁶. Działania powietrzne pozwoliły 25 listopada 2001 roku na pierwsze lądowania amerykańskich oddziałów lądowych, a 20 grudnia 2001 roku na ustanowienie misji ISAF (*International Security Assistance Force*), kończąc tym samym pierwszy okres kampanii w Afganistanie. Uzyskanie przez siły koalicji strategicznej bazy lotniczej Bagram pozwoliło na przebazowanie lotnictwa do zadań taktycznych, wykonujących od 2003 roku misje bezpośredniego wsparcia pola walki w ramach misji stabilizacyjnej NATO – ISAF³⁴⁷.

9.3. Syria 2011–2018

Dopiero w 2012 roku reżim Al-Asada podjął decyzję o rozmieszczeniu sił powietrznych przeciwko opozycji syryjskiej. Zadania bojowe w tej mierze były wykonywane głównie przez lekkie samoloty szturmowe L-39, maszyny bombardujące Su-22 i Su-24, a także śmigłowce. W pozostałym zakresie flota MiG-25 i MiG-29 z uwagi na zasadnicze zużycie mechaniczne jest wykorzystywana jedynie do patrolowania własnej przestrzeni powietrznej³⁴⁸. Znaczny stopień zacołowania, brak zdolności starszych typów maszyn do przenoszenia amunicji precyzyjnego rażenia i wykorzystanie tzw. ślepej amunicji w terenach zabudowanych jest zdaniem organizacji pozarządowych najważniejszym czynnikiem wpływającym na straty wśród ludności cywilnej podczas konfliktu, świadczącym o wyraźnym zamiarze bombardowania bezpośredniego ludności cywilnej³⁴⁹. Znaczna część dostępnych źródeł informuje o bombardowaniach dokonywanych z naruszeniem zasady rozróżnienia przez lotnictwo Federacji Rosyjskiej, interweniujące w ramach kontyngentu

346 B. S. Lambeth, *Air Power Against Terror: America's Conduct of Operation Enduring Freedom*, Santa Monica 2005, s. 98–102.

347 Human Rights Watch, „*Enduring Freedom*” Abuses by U.S. Forces in Afghanistan, March 2004, <https://www.hrw.org/reports/2004/afghanistan0304/index.htm> (dostęp: 18.10.2020).

348 S. E. Boxx, *Observations on the Air War in Syria*, „Air and Space Power Journal” 2013, March–April, s. 155–157.

349 „Furthermore, the regime has used its Mi-8/17 helicopters to toss old storage tanks or sheet metal cylinders packed with explosives and metal scrap – «barrel bombs» – out of helicopters. No one knows whether the air force used this tactic to maximize its helicopters' multifunctionality or to save factory-grade munitions for the attack jets. Regardless, high-altitude employment of these «bombs» clearly terrorized the civilian populace to great effect. One Syrian refugee described the bombs as so big that «they sucked in the air and everything crashes down, even four-story buildings».” S. E. Boxx, *Observations...*, s. 155. Raport Centrum Praw Człowieka i Praw Mniejszości z listopada 2015 roku informuje, że w latach 2014–2015 wskutek działań lotniczych mogło zginąć nawet do 12 000 osób (*Civilian Deaths in the Anti-ISIS Bombing Campaigns January 2014–September 2015*, Ceasefire Centre for Civilian Rights and Minority Rights Group International November 2015, s. 9). Human Rights Watch, *Death from the Skies Deliberate and Indiscriminate Air Strikes on Civilians*, 2013, <https://www.hrw.org/report/2013/04/10/death-skies/deliberate-and-indiscriminate-air-strikes-civilians> (dostęp: 18.10.2020).

wojskowego we wrześniu 2015 roku, które w znacznym stopniu zmieniło obraz toczącego się konfliktu na korzyść rządu w Damaszku³⁵⁰. Pomimo że dostępne informacje strony rosyjskiej informują o wykorzystaniu bomby typu KAB-500 oraz KAB-250 w wersji sterowanej teleoptycznie bądź laserowo po raz pierwszy w warunkach operacyjnych od wojny w Czeczenii, to w grudniu 2015 roku *Amnesty International* zarzuciła rosyjskiemu lotnictwu wykorzystywanie niekierowanych bomb podczas walki w terenie zabudowanym, a także bomb paliwo-powietrznych³⁵¹. Oskarżenia innych organizacji pozarządowych dotyczą zastosowania tzw. bomb beczkowych (improwowanych metalowych ładunków wybuchowych wypełnionych ostrymi przedmiotami), amunicji kasetowej oraz białego fosforu przez samoloty syryjskie oraz rosyjskie³⁵².

9.4. Lotnictwo w działaniach przeciwko tzw. Państwu Islamskiemu

Przebieg bombardowań powietrznych związanych z drugą fazą operacji „Enduring Freedom” związaną ze zmniejszonym zaangażowaniem sił ISAF wskazuje, że od 2012 roku średnia lotów bojowych utrzymuje się na poziomie ok. 100–150 misji bojowych miesięcznie. Natomiast zgodnie z najnowszymi informacjami dotyczącymi konfliktu w Afganistanie na przełomie 2017/2018 roku amerykańskie siły powietrzne wykonały ok. 2000 lotów bojowych (więcej niż przez cały rok 2015 i 2016) jako efekt zmiany zasad prowadzenia walki (ROE) przez administrację Donalda Trumpa³⁵³. 28 stycznia 2017 roku nowa administracja Białego Domu wydała instrukcję dotyczącą ostatecznego wyeliminowania tzw. Państwa Islamskiego na terenie Iraku i Syrii. Jednym z jej punktów była „zmiana wytycznych prowadzenia walki (ROE) przez siły zbrojne Stanów Zjednoczonych poprzez wyeliminowanie zapisów, których treść postanowień przekracza wymogi prawa międzynarodowego”³⁵⁴.

350 Human Rights Watch, *Russia/Syria: Deadly Airstrikes on Trapped Civilians Cluster Munitions, Attacks on Main Roads, Residential Areas in Idlib Area*, 31 October 2017.

351 Amnesty International, *Syria: Russia's shameful failure to acknowledge civilian killings*, 25 December 2015, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/12/syria-russias-shameful-failure-to-acknowledge-civilian-killings/> (dostęp: 18.10.2020); Amnesty International, *'Civilian Objects Were Not Damaged' Russia's Statements on its Attacks in Syria Unmasked*, <https://www.amnesty.org/en/documents/mde24/3113/2015/en/> (dostęp: 18.10.2020).

352 Zob. Amnesty International, *'Death Everywhere' War Crimes and Human Rights Abuses in Aleppo, Syria*, Londyn 2015; *Report: Russian Strikes on Syria's Civilians: Cluster Munitions, Vacuum Bombs and Long-Range Missiles, Violations Documentation Center in Syria (VDC) November 2015*, <http://www.vdc-sy.info/pdf/reports/1447972413-English.pdf> (dostęp: 18.10.2020).

353 M. Bearax, *A New US Air Blitz in Afghanistan Won't Stop for Winter. But Will It Stop the Taliban?*, „Washington Post”, 17.01.2018.

354 *Presidential Memorandum Plan to Defeat the Islamic State of Iraq and Syria*, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-memorandum-plan-defeat-islamic-state-iraq-syria/> (dostęp: 18.10.2020).

10 marca 2017 roku grupa byłych doradców wojskowo-politycznych zatrudnionych w resortach kierowniczych Stanów Zjednoczonych skierowała do prezydenta Trumpa list zwracający uwagę na konsekwencję zmiany powyższych wytycznych w kontekście społeczno-strategicznym. Autorzy dokumentu wyraźnie podkreślili brak korzyści wynikających z akceptacji szerokiego marginesu strat wśród ludności cywilnej, narażając amerykański wysiłek wojskowy na „utrata zaufania oraz paliwo dla ekstremistycznej propagandy”³⁵⁵. Ostatnie ujawnione informacje prasowe wskazują na powrót amerykańskich sił powietrznych do wykorzystywania bardziej konwencjonalnych środków prowadzenia walki m.in. takich jak B-52, które wykonują zadania bojowe w Syrii oraz od połowy 2017 roku także w Afganistanie, przy użyciu pocisków precyzyjnego rażenia³⁵⁶.

Najnowsze raporty odnoszące się do prowadzonej od 2014 roku operacji „Inherent Resolve” związane z działaniami przeciwko tzw. Państwu Islamskiemu wskazują, że lotnictwo koalicji wykonało łącznie do sierpnia 2017 roku 24 566 lotów bojowych w Syrii oraz Iraku oraz zrzuciło prawie 80 000 różnych rodzajów broni (raket, bomb czy pocisków innego typu), co znacznie naruszyło istniejące rezerwy pocisków typu JDAM kierowanych GPS bądź laserowo³⁵⁷. Istnieją różne szacunki co do wysokości strat wśród ludności cywilnej – oficjalne informacje wskazują na ok. 800 cywilów poległych w trakcie prowadzenia działań powietrznych, podczas gdy organizacje pozarządowe raportują o liczbie nawet 4000–5000 zabitych³⁵⁸. 17 marca 2017 roku podczas wspierania natarcia wojsk irackich w trakcie bitwy o Mosul wojskowy statek powietrzny należący do koalicji za pośrednictwem bomby GBU-38 JDAM zniszczył na żądanie bezpośredniego wsparcia bojowego betonowy budynek, na dachu którego znajdowali się dwaj snajperzy ISIS, ostrzeliwujący nadchodzące oddziały irackie. W wyniku ataku zginęło ok. 100 osób cywilnych, które znajdowały się na dolnych kondygnacjach budowli. W wyjaśnieniach Departament Stanu wskazał, że działania koalicji opierają się na wytycznych uwzględniających prawo konfliktów zbrojnych, a w szczególności zasady rozróżniania, proporcjonalności i konieczności wojskowej, które pozwalały na uznanie na podstawie danych okoliczności, że celem ataku są snajperzy ISIS. Wskazano, że w dniu ataku zdolności rozpoznania lotniczego były

355 Principles to Guide U.S. Counterterrorism Use of Force Policies, March 10, 2017.

356 E. Schmitt, *Hunting Taliban and Islamic State Fighters, From 20,000 Feet*, „The New York Times”, 11.12.2017, <https://www.nytimes.com/2017/12/11/world/asia/taliban-isis-afghanistan-drugs-b52s.html> (dostęp: 18.10.2020).

357 J. Trevithick, *USAF Fought ISIS with the Wrong Bombs and Tactics for Months*, „The Warzone”, 31 May 2017.

358 „During this period, the Coalition completed the assessment of 64 reports: 55 were assessed to be non-credible, four were assessed to be duplicates of previous reports, and five were assessed to be credible, resulting in 15 unintentional civilian deaths. To date, based on information available, CJTF-OIR assesses at least 801 civilians have been unintentionally killed by Coalition strikes since the start of Operation Inherent Resolve. A total of 695 reports are still open”. *CJTF-OIR Monthly Civilian Casualty Report*, 30 November 2017.

ograniczone, natomiast naziemni obserwatorzy nie potwierdzili obecności osób cywilnych w budynku – w rezultacie koalicja nie miała świadomości co do faktu przebywania niewalczących w budynku. Po dokonaniu oględzin budynku stwierdzono, że eksplozja bomby wywołała detonację ładunków wybuchowych zgromadzonych przez ISIS i zawalenie się konstrukcji³⁵⁹.

Oficjalnie dowództwo koalicji nie udostępnia danych dotyczących narodowości samolotów biorących udział w operacji oraz dokładnych informacji dotyczących stosowanych środków walki. Raport Centralnego Dowództwa USAF z 31 sierpnia 2017 roku ogólnie informuje, że w trakcie misji stosowane jest uzbrojenie precyzyjnego rażenia, wykorzystywane 3 lipca 2017 roku do wykonania „chirurgicznych ataków na starożytne mury miejskie, w celu ograniczenia strat względem dziedzictwa kulturowego”³⁶⁰. Przedmiotem ataku są „legalne cele wojskowe”, do których zalicza się osoby bezpośrednio zaangażowane w działalność propagandową ISIS. *Human Rights Watch* w swym raporcie z 24 września 2017 roku wyraziła zaniepokojenie zmianą praktyki działań lotnictwa koalicji, podnosząc, że tzw. aktywne środki ostrożności podejmowane w związku z działaniami koalicji w Syrii nie spełniają standardów określonych granicami międzynarodowego prawa humanitarnego i mogą w wielu przypadkach prowadzić do naruszenia zasady proporcjonalności³⁶¹. Organizacja wyraziła ponadto zaniepokojenie możliwym wykorzystaniem amunicji z białym fosforem przez oddziały naziemne oraz siły powietrzne koalicji³⁶².

Refleksem szeroko rozumianej „wojny z terrorem” są także przypadki użycia lotnictwa bojowego w ramach toczącego się od 2015 roku konfliktu zbrojnego w Jemenie, gdzie koalicja pod przewodnictwem Arabii Saudyjskiej jest oskarżana o dokonywanie nalotów bez rozróżnienia m.in. 26 grudnia 2017 roku w wyniku dwóch

359 „At 08:24 on 17 March, 2017 in accordance with the applicable rules of engagement and the law of armed conflict, a coalition U.S. aircraft delivered a single GBU-38 precision guided munition against two ISIS snipers, engaging the Iraqi CTS. Neither coalition nor CTS forces knew that civilians were sheltered in the bottom floors of the structure”. *News Transcript Department of Defense News Briefing on the Findings of an Investigation into a March 17 Coalition Air Strike in West Mosul Press Operations U.S. Army Major General Joseph Martin; U.S. Air Force Brigadier General Matthew Isler; Captain Jeff Davis, Director, Defense Press Office May 25, 2017*.

360 United States Air Forces Central Command Combined Air Operations Center, *Airpower Effects as of 31 July 2017*, <https://www.afcent.af.mil/Portals/82/Documents/Airpower%20summary/Airpower%20Summary%20-%20July%202017.pdf?ver=2017-08-08-115255-900> (dostęp: 18.10.2020).

361 Zob. więcej Human Rights Watch, *All Feasible Precautions? Civilian Casualties in Anti-ISIS Coalition Airstrikes in Syria*, 24 September 2017, <https://www.hrw.org/report/2017/09/24/all-feasible-precautions/civilian-casualties-anti-isis-coalition-airstrikes-syria> (dostęp: 18.10.2020).

362 Human Rights Watch, *Iraq/Syria: Danger From US White Phosphorus, Take All Needed Measures to Minimize Civilian Harm*, <https://www.hrw.org/news/2017/06/14/iraq/syria-danger-us-white-phosphorus> (dostęp: 18.10.2020).

ataków saudyjskich sił powietrznych zginęło ok. 100 cywili³⁶³. Innym przykładem jest użycie filipińskich sił powietrznych do walki ze strukturami ISIS znajdującymi się na południu kraju w trakcie wyzwania miasta Marawi latem 2017 roku³⁶⁴.

10. Wnioski

Działania powietrzne stają się od okresu II wojny światowej stałym elementem konfliktów zbrojnych, a od operacji w Serbii w 1999 roku – wyłącznym jego wymiarem. W pewnym zakresie można dyskutować, czy poprzez rozwój techniki i taktyki wykorzystania lotnictwa wojskowego nie spełniły się przesłanki koncepcji Douheta, uznającej panowanie w powietrzu za decydujący i wyłączny element przynoszący zwycięstwo w przyszłym konflikcie zbrojnym. Wniosek w tej mierze należy jednak wysnuwać w sposób ostrożny, biorąc pod uwagę zróżnicowane cele poszczególnych działań powietrznych, a także charakterystykę danych kampanii. Lotnictwo okazuje się decydującym czynnikiem w konfliktach o charakterze państwowym, konwencjonalnym i przynajmniej w części symetrycznym. Precyzyjne uderzenia wymierzone w pierwszej kolejności w instalację obrony przeciwlotniczej, a następnie w infrastrukturę wojskową różnego typu umożliwiają osiągnięcie sukcesu konwencjonalnego (Izrael 1967, Irak 1991, 2003, Libia 2011) bądź też politycznego (Wietnam 1972, Serbia 1999). Ostatnie wnioski związane z użyciem lotnictwa w tzw. wojnie z terrorem w Syrii czy w Afganistanie wskazują jednak, że nawet posiadanie całkowitej dominacji w powietrzu nie warunkuje w każdych warunkach osiągnięcia efektywnej kontroli na danym obszarze.

Zmieniło się również w sposób radykalny spojrzenie na kwestię traktowania ludności cywilnej jako bezpośredniego celu ataków powietrznych³⁶⁵. Przełomem w tej mierze okazało się powodzenie operacji „Linebacker II”, które zmusiło stronę konfliktu „wytrzymała” na wysoki poziom strat własnych do podjęcia działań

363 B. Kentish, *Yemen civil war: Saudi-led air strikes kill 68 civilians in one day, says UN*, <http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/yemen-civil-war-saudi-arabia-air-strikes-civilian-deaths-one-day-killed-un-united-nations-a8131841.html> (dostęp: 18.10.2020).

364 B. Nepomuceno, *Air Force played key role in Marawi liberation: AFP chief*, <http://www.pna.gov.ph/articles/1036587> (dostęp: 18.10.2020).

365 W dość lapidarny sposób sekretarz stanu R. McNamara określił to podczas przesłuchania przed komisją obrony Kongresu: „W kontekście złamania woli walki ludności Wietnamu Północnego nie widzę żadnego powodu płynącego z raportów wywiadowczych, że mniej selektywne bombardowania powietrzne mogą wpłynąć na morale ludności Wietnamu Północnego”. H. Averch, *The Rhetoric of War: Language, Argument and Policy During the Vietnam War*, Lanham 2002, s. 88.

na polu dyplomatycznym. Operacja ta była jednocześnie ściśle wymierzona w cele natury wojskowej, co okazało się najbardziej skutecznym narzędziem oddziaływania na podjęcie przez kierownictwo polityczno-wojskowe decyzji o zaprzestaniu prowadzenia działań wojennych. W międzyczasie państwa zaakceptowały utrwalenie poglądu o konieczności koncentracji wysiłku zbrojnego przeciwko celom o naturze wojskowej – także w płaszczyźnie prawnej.

Współcześnie raportowane działania lotnicze, stanowiące częściowo powrót do praktyk z okresu II wojny światowej, jakie mają miejsce w działaniach lotnictwa syryjskiego w trakcie wojny domowej w Syrii, nie przynoszą w żaden sposób wyraźnej korzyści wojskowej bądź nie wpływają na wcześniejsze zakończenie konfliktu. Z kolei w kontekście operacji wykonywanych przez NATO i Stany Zjednoczone należy wskazać, że szerokie wykorzystanie amunicji precyzyjnego rażenia (od 2011 roku w niemal 100% przypadków operacji powietrznych) nie gwarantuje całkowitego zaniku zjawiska strat towarzyszących wśród ludności cywilnej. Należy zwrócić uwagę, że nie ma tożsamości pomiędzy konceptem precyzyjności a dokładności w działaniach powietrznych. Jak wskazuje przebieg działań wojennych podczas operacji dronów, a także konwencjonalnego lotnictwa w ramach misji „Inherent Resolve”, straty cywilne stanowią wciąż nieodłączny element każdej kampanii powietrznej.

Tabela 2. Ilość użytej amunicji precyzyjnego rażenia w konfliktach zbrojnych od 1972 roku

	Line-backer II	Irak 1991	Serbia 1999a	Irak 2003b	Libia 2011	Syria 2014–2017
Liczba lotów bojowych	1800	46 000	10 484	20 738	9700	24 566
Ilość zużytych pocisków/ton	20 370 (ton) ^c	18 000	23 614	29 199	7642	80 000
% pocisków precyzyjnych	1–2 ^c	8	29	66	100	100
Straty cywilne	ok. 1300–1600 ^d	ok. 3500 osób	ok. 500 osób	ok. 3750 osób ^e	ok. 100 osób	ok. 800–5000 osób
Stosunek pocisków/ton na 1 zabitego	13:1	5:1	47:1	8:1	76:1	100:1/16:1

^a D. L. Haulman, *The U.S. Air Force in the Air War over Serbia 1999*, „Air Power” 2015, Summer.

^b S. Goldenberg, *Up to 15,000 people killed in invasion, claims thinktank*, „The Guardian”, <https://www.theguardian.com/world/2003/oct/29/iraq.suzannegoldenberg> (dostęp: 18.10.2020).

^c Podawana jest liczba ok. 24 000 pocisków precyzyjnego rażenia wykorzystanych podczas całego konfliktu w Wietnamie.

^d J. E. Hickey, *Precision-Guided Munitions and Human Suffering in War*, Nowy Jork 2016, s. 88.

^e P. M. Taylor, *War and the Media: Propaganda and Persuasion in the Gulf War*, Manchester 1992, s. 220.

Źródło: M. Piątkowski, *Użycie amunicji precyzyjnego rażenia w świetle prawa konfliktów zbrojnych*, [w:] A. Wetoszka, B. Grenda, A. Truskowski (red.), *Taktyka i dowodzenie w lotnictwie wojskowym*, Dęblin 2015, s. 227.

Rozdział II

Prawo wojny powietrznej i jego źródła

1. Uwagi wstępne

W niniejszym rozdziale zostanie usystematyzowane pojęcie „prawo wojny powietrznej” i zaproponowana jego definicja. Następnie zostaną przedstawione źródła prawa międzynarodowego, z których można dekodować treść praw i obowiązków towarzyszących działaniom lotnictwa wojskowego w warunkach konfliktu zbrojnego.

2. Definicja prawa wojny powietrznej

Terminem odmiennym od zagadnienia wojny powietrznej jest zwrot „reżim prawny wojny powietrznej” bądź „prawo wojny powietrznej” (*The Rules of Aerial Warfare*). Sformułowanie „prawo wojny powietrznej” nie zostało dostatecznie określone w doktrynie międzynarodowego prawa humanitarnego w żadnym z dotychczasowych znanych autorowi opracowań¹. W związku z tym na potrzeby niniejszego opracowania niezbędne jest zdefiniowanie tego pojęcia. Jest to termin prawa

¹ W wielu opracowaniach naukowych pojawia się nawiązanie do pojęcia „prawo wojny powietrznej”, nie jest ono jednak rozwijane od strony definicyjnej. Zob. np. M. R. Aaron, D. R. D. Nauta, *Operational Challenges of the Law on Air Warfare. The Example of Operation Unified Protector*, „Military Law and Law of War Review” 2013, vol. 52. Ograniczoną definicję zaproponowano w opracowaniu Judge Advocate General School, *Air Force Operations and the Law*, Alabama 2014, s. 20: „The laws of aerial warfare apply the general principles of the law of armed conflict to distinctive aspects of the air domain. This part deals with military aircraft and aircrew, means and methods of aerial warfare, and measures short of attack”.

międzynarodowego określający ogół norm międzynarodowego prawa humanitarnego regulujących użycie wojskowych statków powietrznych (załogowych i bezzałogowych) podczas konfliktu zbrojnego należących do stron walczących, obejmujący swym zakresem działania zbrojne przeciwko innym statkom powietrznym oraz obiektom na lądzie oraz morzu². Prawo wojny powietrznej obejmuje m.in.:

- 1) status wojskowego statku powietrznego,
- 2) zasady oznaczania wojskowych statków powietrznych,
- 3) status załogi wojskowego statku powietrznego,
- 4) dopuszczalność stosowania określonego typu uzbrojenia,
- 5) walki powietrze – powietrze pomiędzy innymi statkami powietrznymi i bombardowania celów na lądzie i morzu,
- 6) prawa i obowiązki stron neutralnych³.

M. N. Schmitt sprowadza zagadnienia związane z prawem wojny powietrznej do czterech fundamentalnych w jego ocenie pytań:

- 1) gdzie mogą być prowadzone operacje powietrzne?
- 2) jakie dobra bądź osoby mogą być przedmiotem ataku?
- 3) jak powinny przebiegać operacje lotnicze?
- 4) jakie uzbrojenie może być użyte?⁴

Część norm prawa wojny powietrznej będzie stosowana przez pozostałe formacje sił zbrojnych – w tym marynarkę wojenną oraz wojska lądowe. Szczególne miejsce w tej strukturze posiadają wojska obrony przeciwlotniczej oraz raketowej, które również będą zobligowane do przestrzegania norm, np. zakaz ostrzeliwania opadających osób ewakuujących się z niezdolnych do lotu statków powietrznych obejmuje także jednostki naziemne.

3. Definicja wojskowego statku powietrznego

Tak zwana Instrukcja z San Remo dotycząca prawa wojny morskiej z 1994 roku autorstwa Instytutu Międzynarodowego Prawa Humanitarnego (*San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*) definiuje w regule 13 pkt j

2 Podobną koncepcję, ale w odniesieniu do pojęcia „wojna powietrzna” zaproponował prof. Remigiusz Bierzanek (R. Bierzanek, *Wojna a prawo międzynarodowe*, Warszawa 1982, s. 299). Y. Dinstein, *Air Warfare*, [w:] F. Lachenmann, R. Wolfrum (red.), *The Law of Armed Conflict and the Use of Force*, Oxford 2017, s. 13.

3 M. Piątkowski, *A Brief History of the Law of Aerial Warfare*, Beau Bassin 2017, s. 17; Y. Dinstein, *The Laws of War in the Air*, „Israel Yearbook of Human Rights” 1981, vol. 11, s. 42.

4 M. N. Schmitt, *Air Warfare*, [w:] A. Clapham, P. Gaeta (red.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford 2014, s. 125.

wojskowy statek powietrzny (*military aircraft*) jako „statek powietrzny operowany przez jednostkę sił zbrojnych państwa, posiadający oznaczenia wojskowe państwa, dowodzony przez członka sił zbrojnych oraz obsadzony załogą poddaną dyscyplinie wojskowej”⁵. Y. Dinstein wskazuje, że obejmuje to nie tylko najbardziej klasyczne wojskowe statki powietrzne, jak samoloty myśliwskie czy maszyny bombowe, ale także samoloty transportowe oraz helikoptery⁶. Instrukcja harwardzka z 2009 roku dotycząca prawa wojny powietrznej i rakietowej (*HPCR Manual of International Law Applicable to Air and Missile Warfare*) powieliła zasadniczo definicję zaproponowaną przez instrukcję z San Remo, wskazując jednakże, że fizyczne obsadzenie załogą nie jest niezbędnym elementem definicji, podnosząc możliwość kontroli statku powietrznego poprzez programowanie przez załogę podporządkowaną dyscyplinie sił zbrojnych⁷. Jak wskazał I. Henderson, powyższe definicje mają swe umocowanie w prawie zwyczajowym, zobrazowanym przepisami Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku⁸. Rozwój historyczny definicji wojskowego statku powietrznego oraz zagadnienia związane z oznakowaniem wojskowych statków powietrznych oraz obsadzeniem ich przez załogę poddaną dyscyplinie wojskowej zostaną omówione w stosownych rozdziałach znajdujących się dalej.

4. Generacje prawa wojny powietrznej

Prawo wojny powietrznej cechuje się, co należy stwierdzić z ubolewaniem, reaktywnością wobec zjawiska wojny powietrznej. Przełomy w technologii lotniczej nigdy nie były objęte zakresem uprzedniej regulacji. Jest to okoliczność mająca

5 „military aircraft means an aircraft operated by commissioned units of the armed forces of a State having the military marks of that State, commanded by a member of the armed forces and manned by a crew subject to regular armed forces discipline”, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, 12 June 1994.

6 Y. Dinstein, *Legitimate Military Objectives under the Current Jus in Bello*, „Israel Yearbook of International Law” 2001, vol. 31, s. 30; Y. Dinstein, *The Laws of War...*, s. 42.

7 „«military aircraft» means any aircraft (i) operated by the armed forces of a State; (ii) bearing the military markings of that State; (iii) commanded by a member of the armed forces; and (iv) controlled, manned or preprogrammed by a crew subject to regular armed forces discipline”. Reguła 1, pkt X.

8 „With the adoption of the Chicago Convention, the HRAW [Haskie reguły wojny powietrznej z 1923 roku – przyp. autora] do not reflect customary international law in peacetime concerning marking of aircraft. However, those parts of the HRAW concerning marking of military aircraft do appear to reflect the relevant customary international law applicable during an international armed conflict”. I. Henderson, *International Law Concerning the Status and Marking of Remotely Piloted Aircraft*, „Denver Journal of International Law and Policy” 2011, vol. 39, s. 624.

częste miejsce w historii międzynarodowego prawa humanitarnego, gdyż niewiele środków i metod prowadzenia walki zostało zakazanych bądź uregulowanych, zanim doszło do ich bojowego wykorzystania⁹. Z tego też względu to przełomy w zakresie techniki lotniczej wyznaczały zasadniczo rozwój norm prawa wojny powietrznej, jednakże zawsze z opóźnieniem wynikającym głównie z braku woli unormowania zjawiska przez społeczność międzynarodową. Następną cechą charakterystyczną w tej mierze jest fakt, że z reguły negatywne doświadczenia związane z nieskrępowanym działaniem lotnictwa uruchamiały potrzebę przyjęcia rozwiązania natury traktatowej¹⁰. „Aktualność” norm miała jednakże ograniczony wymiar czasowy i była uzależniona od następnego przełomu technologicznego. Z uwagi na powyższe można zauważyć następującą zależność pomiędzy rozwojem norm prawa wojny powietrznej a postępami technicznymi.

Pierwszą fazą rozwoju statku powietrznego (1794–1912) były różnego rodzaju aerostaty (balony i sterowce). Początkowo przeznaczone jako narzędzie komunikacji bądź rozpoznawania. Charakteryzowały się one niewielką prędkością oraz ograniczonymi możliwościami udźwigu. Były także trudne w obsłudze oraz niebezpieczne (sterowce) w użytkowaniu. Ich wykorzystanie wojskowe funkcjonowało do momentu wynalezienia skutecznej artylerii. Stosowanym uzbrojeniem w aerostatach były niewielkie ładunki wybuchowe, głównie granaty bądź niewielkie bomby o ograniczonym zakresie szkód. W późniejszym okresie niemieckie sterowce w czasie I wojny światowej były wyposażone także w karabiny maszynowe. Równoległe pierwszą fazą rozwoju międzynarodowego prawa humanitarnego wojny powietrznej były dokumenty związane z Deklaracją haską z 1899 roku oraz XIV Deklaracją haską z 1907 roku, sygnalizujące zamiar zdelegalizowania możliwości prowadzenia wojny powietrznej – w szczególności tej polegającej na bombardowaniu lotniczym.

Drugą fazą rozwoju statku powietrznego było wprowadzenie konstrukcji płatowca dysponującego własnym napędem w postaci silnika spalinowego, służącego do przełamania siły grawitacji (1903–1945). Koncept braci Wright z 1903 roku został w niedługim okresie znacznie rozbudowany i wzmocniony poprzez budowę wytrzymalszej konstrukcji zdolnej do przenoszenia silniejszych jedno-

9 Wyjątkiem w tej mierze może być przyjęcie Protokołu w sprawie broni laserowych z 1995 roku (tzw. IV Protokołu do CWC).

10 „However, this has meant that the law has increasingly been dictated by the need to curtail practice rather than reflect it, thereby creating tensions in relation to the implementation of the law in the twentieth century. Changes in the law largely prohibited certain new practices, such as the use of chemical weapons and massive bombardments of cities, although those who indulged in such practices were of the opinion that they had military utility. Other practices continued to be allowed despite some attempts to outlaw them; they have been responsible for a great deal of destruction and suffering. Examples include the use of submarines, bombardment by aircraft, mines, and long-range missiles”. L. Doswald-Beck, *Implementation of International Humanitarian Law in Future Wars*, „International Law Studies” 1998, vol. 71, s. 42.

stek napędowych, także w liczbie większej niż jedna. Technicznie lotnictwo wojskowe zostało podzielone na jednostki rozpoznawcze, myśliwskie oraz bombowe z różną charakterystyką prowadzenia działań powietrznych. Pojawiła się również możliwość wzajemnego zwalczania się innych statków powietrznych. Drugą fazą rozwoju uzbrojenia było wykorzystanie bomb o charakterze niekierowanym, o coraz większej masie, różnych specyfikacjach (zapalających, burzących), a także środków obrony i zwalczania innych statków powietrznych w postaci działek oraz karabinów maszynowych. Drugą fazą rozwoju międzynarodowego prawa humanitarnego była próba regulacji zjawiska wojny powietrznej w postaci dokumentu z 1923 roku (Haskich reguł wojny powietrznej), normującego zakres dopuszczalnego prowadzenia operacji powietrznych, a także odnosząca się wszechstronnie do zagadnień związanych z przynależnością państwową statku powietrznego, kwestią statków neutralnych oraz statusu załogi statku powietrznego.

Trzecią fazą rozwoju techniki lotniczej (1945–obecnie) było wprowadzenie samolotu o napędzie odrzutowym, zdolnym do poruszania się z prędkością ponaddźwiękową. Trzecią fazą rozwoju uzbrojenia było wyposażenie sił powietrznych w bardziej precyzyjne środki rażenia, czyli tzw. branie o charakterze inteligentnym. Trzecią fazą rozwoju międzynarodowego prawa humanitarnego jest regulacja PD I, pierwszego dokumentu prawa konfliktów zbrojnych odnoszącego się także do zjawiska prowadzenia działań zbrojnych w przestrzeni powietrznej.

Czwartą fazą rozwoju technicznego lotnictwa jest bezzałogowość (1970–obecnie) rozumiana jako sytuacja, w której na pokładzie statku powietrznego nie znajduje się personel odpowiedzialny za jego sterowanie. Operowanie maszyną odbywa się na odległość za pośrednictwem łączności bezprzewodowej bądź jest wynikiem działań sztucznej inteligencji statku powietrznego. Zdaniem autora obecnie rozwój techniki lotniczej wkracza w piątą fazę, jaką jest autonomiczność.

5. Źródła międzynarodowego prawa wojny powietrznej

5.1. Uwagi wstępne

Z definicji prawo wojny powietrznej jest częścią składową międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych, zajmując w tym systemie prawa równorzędne miejsce obok norm obowiązujących w wojnie lądowej oraz morskiej. Historycznie jest także prawem wykształconym najpóźniej, już po okresie pierwszej wielkiej kodyfikacji międzynarodowego prawa humanitarnego (która miała miejsce w Hadze w latach 1899 i 1907) obowiązującego w wojnie morskiej

oraz lądowej. Jak wskazał N. Ronzitti, prawo wojny powietrznej wciąż nie jest w pełni skodyfikowaną częścią prawa międzynarodowego, a relewantne normy dotyczące zróżnicowanych aspektów jej prowadzenia są jedynie częścią składową (*scattered*) traktatów prawa międzynarodowego odnoszących się do innych materii bądź aspektów prowadzenia działań zbrojnych albo funkcjonujących jedynie jako odbicie praktyki państw¹¹. Y. Dinstein wskazuje, że poza jedyną próbą kompleksowego unormowania kwestii prawnych związanych z prowadzeniem działań w powietrzu, jaka miała miejsce w 1923 roku, nie ma żadnego traktatu międzynarodowego, który w sposób całościowy reguluje kwestię użycia lotnictwa bojowego podczas konfliktu zbrojnego w pełnym zakresie¹². Przyjęcie w 1977 roku PD I dokonało kodyfikacji w ważnym aspekcie prawa bombardowań powietrznych, jednakże pozostawiło poza przedmiotem tego traktatu pozostałe kwestie wojny powietrznej. W pozostałym zakresie (w którym zapożyczenie z przepisów obowiązujących w wojnie morskiej lub lądowej jest niepraktyczne) prawo wojny powietrznej opiera się na analizie *usus* oraz *opinio iuris*¹³. G. Schwarzenberger wskazał, że reguły obowiązujące w wojnie powietrznej dzielą się na trzy zasadnicze kategorie:

- 1) zasady obowiązujące we wszystkich typach działań zbrojnych;
- 2) zasady obowiązujące w wojnie powietrznej poprzez analogię w stosunku do prawa wojny morskiej i lądowej;
- 3) zasady ściśle dedykowane wojnie powietrznej¹⁴.

Niestety niemiecki autor nie opatrzył podziału szerszym komentarzem, ograniczając się do wskazania, że rozróżnienie to jest dowodem autonomicznego statusu prawa wojny powietrznej w ramach *ius in bello*. Autor zdecydował się odwołać do innego podziału o charakterze generalnym, w którym dzielił wszystkie zasady i reguły obowiązujące w jego ocenie w każdym typie działań zbrojnych na następujące kategorie:

- 1) reguły zakazujące aktów sprzecznych ze standardami cywilizacyjnymi oraz niemające większego uzasadnienia wojskowego, jak np. bezmyślne niszczenie własności;
- 2) reguły odnoszące się do broni chemicznej, które przy minimalnych korzyściach taktycznych niosą za sobą fatalne skutki humanitarne;

11 N. Ronzitti, *The Codification of Law of Air Warfare*, [w:] N. Ronzitti, G. Venturini (red.), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues (Essential Air and Space Law)*, Utrecht 2006, s. 3–4.

12 Y. Dinstein, *Concluding Remarks*, [w:] A.-S. Millet-Devalle (red.), *Guerre aérienne et droit international humanitaire*, Paryż 2015, s. 336.

13 J. G. Gomez, *The Law of Air Warfare*, „International Review of the Red Cross” 1998, no. 323, s. 350–353.

14 G. Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londyn 1968, s. 141; G. Schwarzenberger, *The Law of Air Warfare and the Trend Towards Total War*, „University of Malaya Law Review” 1959, vol. 1, s. 121. Podobny podział zaproponował M. Marcinko, *Prowadzenie wojny powietrznej w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych*, [w:] Z. Falkowski, M. Marcinko (red.), *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych*, Warszawa 2014, s. 307.

- 3) reguły „kompromisu” pomiędzy względami cywilizacyjnymi a koniecznością wojenną;
- 4) reguły mające względne zastosowanie z uwagi na możliwość uchylenia obowiązku z nich wynikającego z „uwagi na względy natury wojskowej”¹⁵.

Autor uznając powyższe zasady za istniejące w każdym rodzaju działań zbrojnych, wskazał na możliwość zastosowania podobnego schematu także w kontekście wojny powietrznej, różnicując reguły i zasady nią rządzące na:

- 1) reguły zakazujące atakowania szpitali wojskowych oraz cywilnych – zgodnie z przepisami Konwencji genewskich z 1949 roku – jako przykład normy sprzecznej ze standardami cywilizacyjnymi;
- 2) zakaz wykorzystania broni chemicznej, bakteriologicznej, a także nuklearnej jako reguł obowiązujących w każdym typie konfliktu zbrojnego;
- 3) regułę „kompromisu”, czyli treść art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku oraz przepisy Deklaracji petersburskiej z 1868 roku;
- 4) normy o charakterze względnym odnoszące się do statusu medycznego statku powietrznego.

Odmienny pogląd na kwestię autonomiczności prawa wojny powietrznej miał J. Kroell, który uznawał, że istniejąca możliwość „konwersji” norm obowiązujących na gruncie wojny morskiej i lądowej powoduje, że nie istnieje konieczność stworzenia nowej siatki normatywnej dedykowanej prawu wojny powietrznej (*La guerre aérienne n'exige donc pas nécessairement la création d'un droit aérien spécial*). Uznawał, że istnieje możliwość dekodowania zasad obowiązujących względem lotnictwa wojskowego podczas konfliktu zbrojnego na podstawie już skodyfikowanego *ius in bello* konfliktów morskich oraz lądowych¹⁶. A. S. Hersey z uwagi na „spekulatywność” reguł rządzących wojną powietrzną wskazał, że muszą one drogą analogii być wyprowadzane z przepisów mających zastosowanie w wojnie morskiej oraz lądowej¹⁷. W. Raafat wskazał, że o ile z pewnością wojna powietrzna będzie swój wymiar prawny opierać zarówno na dyspozycjach norm obowiązujących w działaniach morskich i naziemnych, o tyle w pewnych sytuacjach nieodzowne będzie zbudowanie konglomeratu przepisów o charakterze poświęconym wyłącznie działaniom powietrznym¹⁸. Tymczasem już w 1936 roku na łamach opracowania „International Law Studies” wydawanego przez Naval War College w Newport, zwrócono uwagę, że „zasady rządzące wojną powietrzną nie mogą być w każdej sytuacji wywodzone z reguł obowiązujących w wojnie lądowej, ponieważ obydwie formy prowadzenia działań zbrojnych nie mają

15 G. Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, Londyn 1969, s. 198–199.

16 J. Kroell, *Traité de Droit international public aérien: L'Aéronautique en temps de guerre*, Vol. II, Paryż 1936, s. 9.

17 A. S. Hersey, *The Essentials of International Law and Organization*, Nowy Jork 1927, s. 659.

18 W. Raafat, *La guerre aérienne et le droit des gens*, „Revue Générale de Droit Aérien” 1934, s. 753.

charakteru podobnego”¹⁹. Y. Dinstein potwierdził, że warunki wojny powietrznej uniemożliwiają „odpowiednie stosowanie” przepisów obowiązujących w wojnie morskiej i lądowej²⁰.

Pierwszym, który dostrzegł „wyjątkowość” reżimu wojny powietrznej i w konsekwencji konieczność przyjęcia specjalnej regulacji traktatowej był J. M. Spaight. Uznał on głosy dotyczące braku autonomiczności prawa wojny powietrznej za przykład „elementarnego braku zrozumienia charakteru działań lotniczych”²¹. Uznawał, że nie istnieje „jednolite” prawo regulujące zarówno działania morskie, jak i lądowe, a zasadniczą okolicznością, która powoduje rozgraniczenie obydwu reżimów, jest głęboka odmienność uwarunkowań wojny morskiej i lądowej. Y. St-Fluer wyraża odmienne stanowisko, wskazując, że „pogląd o rozdziale norm regulujących wojnę powietrzną i morską w odniesieniu do podstawowych zasad mających zastosowanie w wojnie lądowej jest błędny”²².

Słusznie należy podkreślić za Y. Dinsteinem, który wskazał na specyficzny status prawa wojny powietrznej, że ma ono charakter szczególny zarówno jako część międzynarodowego prawa publicznego, jak i w kontekście *lex specialis* w odniesieniu do międzynarodowego prawa humanitarnego. Nie może jednak prowadzić to do przyjęcia „możliwości powstania szeregu wyjątków od zasad ogólnych”, gdyż wszystkie fundamenty *ius in bello* wciąż obowiązują w każdym typie konfliktu zbrojnego niezależnie od jego kształtu²³. Szczegółowość zagadnień związanych z prowadzeniem wojny powietrznej wymusza konieczność opracowania specjalnego reżimu, ale wciąż opierającego się na kardynalnych zasadach międzynarodowego prawa humanitarnego²⁴.

5.2. Klauzula Martensa jako źródło prawa wojny powietrznej

Klauzula Martensa, zamieszczona po raz pierwszy w preambule do II Konwencji haskiej z 1899 roku o prawach i zwyczajach wojennych, jest uznawana za przełomowy moment w budowie aksjomatów stanowiących podstawę *ius in bello*. Odwo-

19 „The introduction of aircraft as a means of warfare greatly modified the conduct of war upon the earth surface, on theater as well as on land. The earlier rules for warfare were concerned with surface combat. These rules could not in every instance be extended by analogy to aerial warfare, because the forms of warfare were not analogous”. „International Law Situation” 1936, s. 39.

20 Y. Dinstein, *The Laws of War...*, s. 41.

21 J. M. Spaight, *Aircraft in War*, Londyn 1914, s. 99.

22 „Thus, the use of aircraft as an instrument of war in modern warfare is subject to the same basic legal regime that applies to land and sea warfare”. Y. St-Fleur, *Aerial Belligerency within a Humanitarian Rhetoric: Exploring the Theorizing of the Law of War/Terrorizing of Civilians' Rights Nexus*, „Chinese Journal of International Law” 2009, vol. 8, no. 2, s. 355.

23 Podobny wniosek przyjęła komisja jurystów z 1923 roku. Zob. W. L. Rodgers, *The Laws of War Concerning Aviation and Radio*, „American Journal of International Law” 1923, vol. 17, s. 635.

24 Y. Dinstein, *Air and Missile Warfare Under International Humanitarian Law*, „Military Law and the Law of War Review” 2013, vol. 52, s. 84.

łania do „społecznego sumienia” i „wymagań ludzkości” tworzą łącznik pomiędzy normami o charakterze prawnym a prawami moralnymi²⁵. Jednakże dekodowanie rzeczywistej wartości normatywnej klauzuli budzi spory doktrynalne. Prezentowane są zróżnicowane poglądy w tej mierze. Z jednej strony wskazuje się, że klauzula ta wyznacza podstawowy paradygmat międzynarodowego prawa humanitarnego, wynikający z „zasad społecznego sumienia” i może przez to stanowić autonomiczne źródło prawa w sytuacjach nieuregulowanych czy też być narzędziem do usuwania luk w prawie pozytywnym²⁶. Z drugiej zaś podnosi się, że klauzula to jedynie stwierdzenie, że obok reguł typu *lex scripta* wciąż egzystuje prawo zwyczajowe²⁷. Zwraca się także uwagę, że preambuła do IV Konwencji haskiej z 1907 roku dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej zawiera jedynie pewne aksjomaty o charakterze moralnym, nie stanowiąc przez to wiążących norm prawnych²⁸. Podnosi się, że współczesne pojmowanie klauzuli Martensa nie ma zbyt wiele wspólnego z przebiegiem prac przygotowawczych pierwszej konferencji pokojowej w Hadze w 1899 roku, gdzie motywem przewodnim działań rosyjskiego dyplomaty było „ratowanie” honoru rosyjskiego dworu cesarskiego przed możliwością przekreślenia prac na konwencjami wskutek oporu mniejszych państw (Belgia, Holandia) w zakresie statusu ruchu oporu na okupowanych terytoriach²⁹. Ta sama okoliczność skłoniła sędziego Shahabuddeena do przyjęcia przeciwnej konkluzji – cofnięcie protestu przez te państwa na skutek przedłożenia przez Fiodora Martensa projektu preambuły jest dowodem na istniejącą wartość normatywną klauzuli³⁰. Ostatecznie jednak sama opinia doradcza MTS z 1996 roku w sprawie legalności groźby lub użycia broni atomowej nie zdeterminowała ostatecznego kształtu klauzuli z 1907 roku (szerzej w stosownym rozdziale)³¹.

Patrząc przez pryzmat tematu pracy, odwołanie się do treści preambuły IV Konwencji haskiej z 1907 roku o prawach i zwyczajach obowiązujących w wojnie lądowej jako autonomicznego źródła prawa wojny powietrznej w wielu wypadkach

25 G. Distefano, E. Henry, *Final Provisions, Including the Martens Clause*, [w:] A. Clapham, P. Gaeta, M. Sassòli, *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford 2016, s. 183.

26 J. C. van der Boogaard, *Fighting by the Principles: Principles as a Source of International Humanitarian Law*, [w:] M. Matthee, B. Toebes, M. Brus (red.), *Armed Conflict and International Law: In Search of the Human Face: Liber Amicorum in Memory of Avril McDonald*, Haga 2013, s. 20.

27 T. Widlak, *Klauzula Martensa na tle pojęcia „ludzkość” w prawie międzynarodowym*, „Międzynarodowe Prawo Humanitarne” 2012, t. II, s. 176 i n.

28 T. Weatherall, *Ius Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge 2015, s. 80.

29 F. Kalshoven, L. Zegveld, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, Cambridge 2011, s. 11.

30 *Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen*, s. 408–409.

31 B. Dunne, H. Durham, *The Prosecution of Crimes Against Civilians*, [w:] G. Fitzpatrick, T. L. H. McCormack, N. Morris (red.), *Australia's War Crimes Trials 1945–1951*, Nijhoff 2016, s. 218; „The status of the Martens Clause, which remains a source of inspiration for the entire field of humanitarian law, has never been conclusively clarified”. C. Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford 2014, s. 343.

okazywało się w procesie jego rozwoju argumentem niewystarczającym, właściwie niewystępującym w literaturze przedmiotu w okresie poprzedzającym przyjęcie PD I z 1977 roku³². Co charakterystyczne, sporządzający na potrzeby MKCK w 1930 roku opinie w zakresie prawa wojny powietrznej eksperci *ius in bello* w żaden sposób nie odnieśli się do klauzuli z 1907 roku³³. Wynika to z przekonania o silnie pozytywistycznym charakterze *ius in bello* zwłaszcza w okresie poprzedzającym II wojnę światową (utrwalonym orzeczeniem STSM w sprawie Lotus)³⁴. M. W. Royse nie odnosi się w żadnym miejscu swojego opracowania do wyżej wymienionego aksjomatu, zwracając uwagę na szerokie pojmowanie zasady „konieczności wojskowej” ograniczonej oprócz praw i zwyczajów wojennych „racjonalnością pola walki”³⁵. Z. Rotocki pomimo że zalicza klauzulę Martensa do źródeł prawa wojny powietrznej, jednocześnie podnosi, że przepisy Regulaminu haskiego z 1907 roku stanowiące o „zakazie czynienia nadmiernych cierpień”, „ograniczeniu środków szkodenia nieprzyjacielowi” oraz „zakazie bezmyślnego niszczenia własności prywatnej” mają w kontekście działań powietrznych wymiar zbyt ogólny bądź nieprecyzyjny³⁶. E. Spetzler podnosi, że IV Konwencja haska z 1907 roku wraz z Regulaminem nie zawiera żadnej normy prawa pozytywnego chroniącej ludność cywilną przed bombardowaniami lotniczymi (odnosząc to także względem preambuły)³⁷.

W procesie Aflrieda Kruppa Trybunał Wojskowy Stanów Zjednoczonych wskazał, że klauzula nie jest „wyłącznie zbiorem pobożnych wskazówek”³⁸. Jednakże ani MTW, ani inne trybunały stref okupacyjnych nie posłużyły się klauzu-

32 R. W. Tucker, *The Law of War*, New Jersey 2006, s. 239–240.

33 Zob. rozdział V, podrozdział 10.

34 „On one hand, observations made by Meron, Sassòli and Bouvier recall that the principle of humanity predicated on morality and ethical concepts of justice constitutes one of the rationale underpinnings of the edifice of IHL, and that this principle intrinsically affects the process of norm-identification and norm-interpretation. Here, the valuepervious and value-actualizing nature of legal interpretation is highlighted by the operation of moral values and ethical aspirations”. Y. Arai-Takahashi, *The Principle of Humanity under International Humanitarian Law in the 'Is/Ought' Dichotomy*, „Japanese Yearbook of International Law” 2011, vol. 54, s. 336.

35 „If an act is essential, if the destruction is effective and wanton, and if the result to be gained by such an act are not grossly disproportionate to the extent of destruction, the act can hardly be condemned regardless of the amount of suffering and violence”. M. W. Royse, *Aerial Bombardment and the International Regulation*, Nowy Jork 1928, s. 136.

36 „Notwithstanding, they are too general (Article 22) and unprecise (Article 23g), and also fail to take into account the specific nature of air operations (marking of targets), and, therefore, may only serve as auxiliary norms in determining the scope of rules binding on air force. Finally, the Martens clause applicable to all operations of war is also applicable in air warfare”. Z. Rotocki, *Polish Directives of 1939 Concerning Aerial Bombardment in the Light of International Rules of Air Warfare*, „Polish Yearbook of International Law” 1970, vol. 3, s. 149.

37 E. Spetzler, *Luftkrieg und Menschlichkeit*, Getynga 1956, s. 48.

38 *Case No. 58: The Krupp Trial*, United States Military Tribunal, Nuremberg 1948–1949, s. 133.

lami w sytuacjach, w których nie istniały oczywiste normy prawne (jak np. wątek legalności bombardowań powietrznych w ramach argumentacji *tu quoque* wywodzonej przez oskarżonych w procesie Einsatzgruppen) czy też legalność pewnych praktyk walczących oczywiście kłóciła się z treścią preambuły do IV Konwencji haskiej z 1907 roku (tak jak w procesie niemieckiego Naczelnego Dowództwa w zakresie blokady Leningradu)³⁹. Powody powyższego braku spójności stanowiska MTW oraz trybunałów stref okupacyjnych można tłumaczyć w sposób następujący:

1. Klauzula Martensa odnosiła się do sytuacji nieuregulowanych IV Konwencją haską z 1907 roku i Regulaminem. Można uznać, że również *per analogiam* odnosiła się do zwyczaju międzynarodowego (jest to zgodne z interpretacją klauzuli jako „przypomnienia” o ciągłym obowiązywaniu norm o charakterze zwyczajowym). Przyjmując w związku z tym, że prawo wojny powietrznej było regulowane przepisami art. 25 i 26 Regulaminu haskiego z 1907 roku, to odwołanie do klauzuli stawało się w tej mierze zbędne (może to korespondować ze stanowiskiem Trybunału Wojskowego Stanu Zjednoczonych w przedmiocie blokady Leningradu).
2. Klauzula Martensa jako przykład klauzuli generalnej nie ma pojemności normatywnej, aby stać się źródłem bardziej szczegółowych zasad prowadzenia walki zbrojnej, w tym także technicznych aspektów prowadzenia bombardowań powietrznych związanych z selekcją dopuszczalnych celów czy aktów staranności podczas ataku powietrznego⁴⁰.
3. Praktyka państw nie wskazywała, aby walczący odwoływali się do klauzuli Martensa, wskazując ją jako podstawę naruszenia praw i zwyczajów wojennych w odniesieniu do wojny powietrznej.
4. W okolicznościach sprawy Alfrieda Kruppa dostrzeżono, że wynegocjowanie klauzuli Martensa było związane z kompromisem dotyczącym statusu ludności cywilnej względem państwa okupującego – innymi słowy, Trybunał podniósł, że istnieje normatywna więź pomiędzy tłem prawnym sprawy Alfrieda Kruppa (oskarżonego m.in. o wykorzystywanie przymusowej siły roboczej na terenie okupowanej Europy) a wykładnią historyczną klauzuli Martensa.
5. Współcześnie należy zwrócić uwagę na nowe fundamenty samej klauzuli, które nabrały kształtu w związku z rozwojem standardów ochrony praw człowieka, mających zastosowanie także w warunkach konfliktu zbrojnego.

Trzeba wskazać, że współcześnie klauzula Martensa zachowuje swą aktualność poprzez transponowanie preambuły IV Konwencji haskiej z 1907 roku do art. 1

39 *Law Reports of Trials of War Criminals: Selected and Prepared By The United Nations War Crimes Commission: Volume XII: The German High Command Trial*, Londyn 1949, s. 84.

40 Y. Dinstein, *The Principle of Proportionality*, [w:] K. Larsen, C. Cooper, G. Nystuen (red.), *Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law*, Cambridge 2013, s. 74.

ust. 2 PD I z 1977 roku. Z tego też tytułu N. Ronzitti uznaje, że „klauzula winna mieć zastosowanie do wszystkich rodzajów prowadzonych działań wojennych, w tym także wojny powietrznej”⁴¹. Zgadzają się z tym stanowiskiem eksperci tzw. instrukcji harwardzkiej, która odwołuje się do treści klauzuli w regule 2(b) z zastrzeżeniem, że powinna ona w pierwszej kolejności „przypominać o istnieniu prawa zwyczajowego”⁴². I. Henderson podnosi, że o ile klauzula posiada wartość normatywną, o tyle „jej rzeczywisty wymiar jest nieznany”⁴³. Ponadto należy wskazać, że niekwestionowana jest rola klauzuli Martensa jako swoistej dyrektywy interpretacyjnej międzynarodowego prawa humanitarnego, która wyznaczy nie tylko kierunki wykładni norm obowiązujących, ale także podstawy rozwoju *de lege ferenda*. Konsekwencją tego może być odnalezienie w siatce normatywnej *ius in bello* zasady rozstrzygania istniejących wątpliwości praktycznego stosowania praw i zwyczajów wojennych na korzyść statusu ludności cywilnej, dóbr cywilnych czy też osób chronionych (*in dubio pro humanitate*). O powyższym sygnalizują przepisy wprowadzające domniemanie np. cywilnego przeznaczenia pewnych dóbr czy budynków. Zasada ta powinna być współinterpretowana z zasadą zdrowego rozsądku czy też rozsądnego dowódcy⁴⁴.

Etyczno-prawny charakter klauzuli może odnaleźć zupełnie nowy wymiar w odniesieniu do uzbrojenia, w ramach którego decyzja o użyciu uzbrojenia nie należy już do ludzkiego operatora⁴⁵.

5.3. Reguła intertemporalna

Należy zwrócić uwagę, że niniejsza rozprawa obejmuje także analizę stanów faktycznych mających miejsce w przeszłości. Przy analizie prawnej wydarzeń historycznych niezbędne jest podkreślenie zasady nieretroaktywności prawa, co jest potwierdzone treścią art. 28 KPT, stanowiącego że traktat nie obowiązuje względem zdarzeń mających miejsce przed datą wejścia w życie traktatu. Znaczenie

41 N. Ronzitti, *The Codification of the Law of Air Warfare*, [w:] N. Ronzitti, G. Venturini (red.), *The Law of Air Warfare...*, s. 15.

42 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge 2013, s. 55. Y. Radziwill zalicza do powyższego konglomeratu prawa zwyczajowego wojny powietrznej także „względy ludzkości” jako odzwierciedlenie zasady humanitaryzmu, umiejscowione w ramach Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku. Y. Radziwill, *Cyber-Attacks and the Exploitable Imperfections of International Law*, Leiden 2015, s. 182.

43 I. Henderson, *The Contemporary Law of Targeting*, Leiden 2009, s. 23.

44 R. Kolb, A. Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford 2008, s. 79.

45 Zob. P. Asaro, *Ius nascendi. Robotic weapons and Martens Clause*, [w:] R. Calo, A. M. Froomkin, I. Kerr (red.), *Robot Law*, Northampton 2016, s. 378. Zob. interesujące stanowisko RP w przedmiocie dyskusji nad systemami autonomicznymi w ramach obrad CCW (w rozdziale IX).

powyższej reguły ujawniło orzeczenie Stałego Trybunału Arbitrażowego w sprawie Palmas, gdzie szwajcarski arbiter Max Huber wskazał, że ocena określonego zdarzenia prawnego powinna mieć miejsce w kontekście prawa obowiązującego w chwili jego zaistnienia – tzw. zagadnienie prawa intemporalnego⁴⁶. Podobne zagadnienie pojawiło się na gruncie rozstrzygania przez MTS statusu wysp położonych na kanale La Manche (sprawa Francja v. Zjednoczone Królestwo)⁴⁷. Kwestia stosowania właściwego prawa względem okoliczności mających miejsce w przeszłości ma pierwszorzędne znaczenie w przypadkach sporów terytorialnych – brak odpowiednika zasady *lex retro non agit* w prawie międzynarodowym może prowadzić do podważenia zasady pewności prawa⁴⁸.

O ile celem pracy nie jest analiza norm prawa intertemporalnego, o tyle należy z pewnością zaznaczyć, że spojrzenie na kwestię obowiązków i praw stron walczących wynikających z *ius in bello* powinno uwzględniać modele interpretacji traktatów, poglądy na temat możliwości ukonstytuowania się normy prawa zwyczajowego obowiązujące w okresie np. poprzedzającym wybuch II wojny światowej czy też ogólne nastawienie społeczności międzynarodowej, wyrażające się w skrajnie pozytywistycznej perspektywie na obostrzenia wynikające z przepisów prawa konfliktów zbrojnych⁴⁹. Powyższy pogląd potwierdza chociażby treść 13 artykułów KPM o odpowiedzialności państw za naruszenia prawa międzynarodowego⁵⁰. Do zagadnień quasi-historycznych należy zaliczyć także kwestię istnienia prawa do indywidualnego roszczenia odszkodowawczego tytułem naruszeń *ius in bello*, rozpoznanego na gruncie art. 3 Regulaminu haskiego z 1907 roku. Ewentualna próba „przeszczepienia” rozwiązań wynikających z rozwoju międzynarodowego prawa humanitarnego po okresie II wojny światowej czy też po 1977

46 „A juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or falls to be settled”. Recueil Des Sentences Arbitrales, *Island of Palmas Case (Netherlands, USA)*, 4 April 1928, Vol. II, s. 845. Pogląd Hubera jest krytykowany przez D’Amato, który wskazał, na gruncie sprawy Las Palmas, że jeżeli nabycie terytorium w XVI wieku było zgodne z ówczesnie obowiązującym prawem międzynarodowym, to późniejsza zmiana reguły w tym względzie jest irrelevantna. A. D’Amato, *International Law, International Problems*, [w:] R. Bernhardt, P. Macalister-Smith (red.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam 1992, s. 1235.

47 „To revive its legal force to-day by attributing legal effects to it after an interval of more than seven centuries seems to lead far beyond any reasonable application of legal considerations”. *The Minquiers and Ecrelzos case*, Judgment, I.C.J. Reports 1953, para. 47.

48 B. Boczek, *International Law: A Dictionary*, Lanham 2005, s. 227.

49 „The relevant German acts – which are described in paragraph 52 – occurred in 1943–1945, and it is, therefore, the international law of that time which is applicable to them”. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, para. 58.

50 „An act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs”. International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, A/56/10 <http://www.refworld.org/docid/3ddb8f804.html> (dostęp: 26.10.2020).

roku, będąca skutkiem oddziaływania teorii praw człowieka może być uznana za naruszenie reguł prawa intertemporalnego⁵¹. Do powyższej zasady nawiązał także Y. Dinstein, podnosząc, że eksperci międzynarodowego prawa humanitarnego popełniają „błąd pierwszej klasy” poprzez ocenianie historycznych (bądź współczesnych) stanów faktycznych, stosując różne reżimy prawne obowiązujące w odmiennych okresach historii⁵². Podobne stanowisko zostało wyrażone przez W. J. Fenricka, który wprost wskazał „że niewłaściwa jest ocena osób odpowiedzialnych za bombardowania strategiczne w okresie II wojny światowej na podstawie przepisów obowiązujących obecnie, których kształt w latach 1939–45 był inny”⁵³.

5.4. Traktaty oraz sposoby ich interpretacji

W historii międzynarodowego prawa humanitarnego traktaty bądź innego rodzaju porozumienia zawierane pomiędzy państwami regulujące sposób prowadzenia wojny mają charakter późniejszy w stosunku do pierwotnego źródła obowiązków i praw w konflikcie zbrojnym, jakie było kreowane w sposób zwyczajowy. Jak wskazał F. Kalshoven, charakter i zakres norm o charakterze niepisany zawsze był przedmiotem wątpliwości oraz podatności na subiektywną interpretację, co ostatecznie doprowadziło do podjęcia prób ich kodyfikacji w połowie XIX wieku⁵⁴. Pojawienie się rozwiązań dotyczących *ius in bello* w formie prawa pozytywnego przyjęło formę wielostronnych traktatów międzynarodowych, z trzema „wielkimi” kodyfikacjami z 1907, 1949 i 1977 roku. W kontekście interpretacji rozwiązania przyjęte w ramach konwencji międzynarodowego prawa humanitarnego podlegają identycznym rygorom jak wszelkie inne traktaty zawierane pomiędzy państwami, ze wskazaniem na szczególny charakter materii będącej przedmiotem regulacji, której „celem jest ochrona godności istoty ludzkiej podczas wojny”⁵⁵. W ramach modeli interpretacji traktatów można wyodrębnić trzy różne szkoły:

51 „Modern solutions of international law cannot be applied backwards, that would be a violation of the rules of intertemporal law”. J. Westlake, *International Law*, Vol. 1, Londyn 1904, s. 112. Zob. także E. McWhinney, *The Time Dimension in International Law: Historical Relativism and Intertemporal Law*, [w:] J. Makarczyk (red.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, Dordrecht 1984, s. 195.

52 „The essence of the principle as it exists today has developed subsequent to (and as a direct result of the experience of) World War II. It is therefore an error of the first magnitude to apply «inter-temporal» law either backward or forward. Much of the current law was unknown in World War II, and some of the law then in place is no longer relevant at present (except when juxtaposed as an historical backdrop)”. Y. Dinstein, *Air and Missile...*, s. 87.

53 W. J. Fenrick, *The Prosecution of War Criminals in Canada*, „Dalhousie Law Journal” 1989–1990, vol. 12, s. 262.

54 F. Kalshoven, L. Zegveld, *Constraints...*, s. 4.

55 *Prosecutor v. Delalic*, Judgement 20th February 2001, IT-96-21-A, para. 172.

tekstualną, subiektywną i teleologiczną⁵⁶. Poglądy tzw. szkoły tekstualnej przeżyły podczas prac nad KPT z 1969 roku i, o ile sama Konwencja nie przesądza o pierwszeństwie jakiegokolwiek z możliwych metod interpretacji, to więcej – przemawia za uznaniem modelu wykładni językowej za najbardziej naturalny sposób interpretacji traktatu, także z uwagi na określony porządek w treści art. 31 ust. 1 KPT⁵⁷. Oprócz wykładni językowej występuje wykładnia systemowa (kontekstowa) oraz wykładnia funkcjonalna z uwagi na zamieszczenie zwrotów w treści przepisu w postaci przedmiotu oraz celu⁵⁸. Zdaniem A. Mueller teleologiczna interpretacja może mieć zastosowanie w przypadku traktatów bazujących na ochronie jednostki, w tym międzynarodowego prawa humanitarnego i praw człowieka⁵⁹. Podkreśla się w tej mierze istotność przesłanki dobrej wiary w wykładni traktatu⁶⁰. Jeżeli tekst, kontekst, przedmiot oraz cel traktatu nadal nie rozwiązują wątpliwości („pozostawiają znaczenie niejasnym bądź dwuznacznym” albo „prowadzą do rezultatu wyraźnie absurdalnego lub nierozsądnego”), to zgodnie z treścią art. 32 KPT dopuszczalne są uzupełniające środki interpretacji, poprzez odwołanie się do prac przygotowawczych traktatu oraz okoliczności związanych z jego zawarciem⁶¹. Należy zaznaczyć, że w kontekście prawa wojny powietrznej w wielu wypadkach (jak np. w ramach interpretacji art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku) sięgnięcie do *travaux préparatoires* ma charakter nieodzowny – z uwagi na niejasność i dwuznaczność sformułowań zawartych w ramach przepisu. Nie jest to jednak wyjątkowa sytuacja na gruncie międzynarodowego

56 O. Corten, P. Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford 2011, s. 808.

57 „The Vienna Convention’s general rule for treaty interpretation is a compromise combining all three approaches, though textualism is dominant according to the rule, treaty interpretation must rely primarily on the terms of a treaty while context and the treaty’s object and purpose must inform its meaning”. D. S. Jonas, T. N. Sanders, *The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods*, „Vanderbilt Journal of Transnational Law” 2010, vol. 42, s. 578. „The references to «context» and to «object and purpose» in Article 31 (1) do not appear to represent any substantial compromise. Indeed, it seems that they were calculated not to moderate but to confirm the triumph of textualism implicit in the article’s opening words”. T. Farer, *Humanitarian Law and Armed Conflicts: Toward the Definition of ‘International Armed Conflict’*, „Columbia Law Review” 1971, vol. 71, s. 42.

58 M. Ris, *Treaty Interpretation and IC Recourse to Travaux Préparatoires: Towards a Proposed Amendment of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, „Boston College International and Comparative Law Review” 1991, vol. 14, s. 113–118.

59 A. Mueller, *The Relationship between Economic, Social and Cultural Rights and International Humanitarian Law: An Analysis of Health Related Issues in Non-international Armed Conflicts*, Leiden 2013, s. 5.

60 C. Droege, *The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situation of Armed Conflict*, „Israel Law Review” 2007, vol. 40, s. 327.

61 „Można odstąpić od przyjętej koncepcji tekstualnej (obiektywistycznej) na rzecz intencjonalnej (subiektywistycznej) tylko wówczas, gdy ścisłe trzymanie się tekstu traktatu nie prowadzi do niczego sensownego”. M. Frankowska, *Prawo traktatów*, Warszawa 2007, s. 123.

prawa humanitarnego⁶². Ważne uwagi na tle sposobu interpretacji traktatów międzynarodowego prawa humanitarnego poczynił R. Kolb. W pierwszej kolejności zwrócił uwagę na ściśle techniczny charakter przepisów, który wymaga fundamentu w formie pisanej (także w kontekście prawa zwyczajowego). Po drugie, przepisy *ius in bello* są adresowane do personelu wojskowego, który posiada co najwyżej przeszkolenie w zakresie prawnym – najprostszym środkiem przekazu w tej mierze jest sięgnięcie do wzorców istniejących w sensie materialnym (pisemnym). Trzecim elementem jest okoliczność stosowania reguł najczęściej w sytuacjach nadzwyczajnych, przeciwnych do czasu pokoju, co wymaga prostoty i precyzji, która może zostać odnaleziona tylko w języku traktatowym⁶³. Interpretacja traktatów może podlegać przekształceniom wraz z upływem czasu – MTW w Norymberdze w swym orzecznictwie sygnalizował pogląd świadczący o możliwości przyjęcia modelu wykładni dynamicznej⁶⁴. Tego typu wniosek ujawnił się w procesie Friedricha Flicka przed Trybunałem Wojskowym Stanów Zjednoczonych, gdzie podniesiono,

że Konwencje z 1907 roku zostały sporządzone w okresie, w którym podstawowym środkiem transportu była kolej i konie, a samochód był na etapie produkcji Forda T. Samolot jako narzędzie wojny był marzeniem, a broń atomowa czystą abstrakcją. [...] Wojna totalna stała się rzeczywistością ostatniego konfliktu. Te zmiany wymagają, aby ocenić postawę oskarżonych w stosunku do warunków i okoliczności współczesnych, które nie mogą być teoretyczne, lecz rozsądne i praktyczne⁶⁵.

Traktatami o szczególnym znaczeniu dla prawa wojny powietrznej są w ujęciu chronologicznym:

- 1) Deklaracja w sprawie pocisków wybuchających małego kalibru z 11 grudnia 1868 roku (tzw. Deklaracja petersburska);
- 2) Deklaracja w sprawie zakazu rzucania z balonów pocisków i środków wybuchowych z 1899 i 1907 roku (tzw. Deklaracje haskie);

62 A. Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge 2010, s. 175; S. Oeter, *Methods and Means of Combat*, [w:] M. Bothe (red.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford 2015, s. 159; S. Mehring, *First Do No Harm: Medical Ethics in International Humanitarian Law*, Leiden 2013, s. 282. Zob także ICTR, *The Prosecutor v. Akayesu*, Judgment of 2 September 1998, para. 501.

63 R. Kolb, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, Cheltenham 2014, s. 51.

64 „The law of war is to be found not only in treaties, but in the customs and practices of states which gradually obtained universal recognition, and from the general principles of justice applied by jurists and practiced by military courts. This law is not static, but by continual adaptation follows the needs of a changing world. Indeed, in many cases treaties do no more than express and define for more accurate reference the principles of law already existing”. Office of United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality, *Nazi Conspiracy and Agression*, Waszyngton 1947, s. 51.

65 *Law Reports of Trials of War Criminals: Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, „The Flick Trial” vol. IX, Londyn 1949, s. 32.

- 3) IV Konwencja haska z 1907 roku o prawach i zwyczajach obowiązujących w wojnie lądowej wraz z regulaminem (art. 25–27 tzw. Regulaminu haskiego z 1907 roku);
- 4) IX Konwencja haska z 1907 roku o bombardowaniach morskich (art. 2);
- 5) Protokół dodatkowy I do Konwencji genewskich z 1949 roku o ochronie ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych z 1977 roku (art. 48–62);
- 6) Konwencja o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki z 1980 roku wraz z tzw. III Protokołem w sprawie zakazów lub ograniczeń użycia broni zapalającej.

Traktatami pośrednio dotyczącymi wojny powietrznej są:

- 1) Konwencja genewska dotycząca traktowania jeńców wojennych z 1929 roku (art. 2 i 9)⁶⁶;
- 2) II, III, IV Konwencje genewskie z 1949 roku;
- 3) Statut rzymski Międzynarodowego Trybunału Karnego z 1998 roku.

Analizując wartość normatywną traktatów rządzących wojną powietrzną, warto zwrócić uwagę na element subiektywnego kroku strony umowy międzynarodowej w postaci złożenia zastrzeżeń bądź też deklaracji interpretacyjnych. KPT stanowi, że zastrzeżenia są jednostronnym oświadczeniem państwa, które jest składane z chwilą podpisania, ratyfikacji, przyjęcia, zatwierdzenia lub przystąpienia do traktatu, modyfikującym skutki prawne określonych przepisów traktatu. Nieograniczone prawo państw do swobodnego ustalenia rzeczywistej treści umowy ulega istotnym ograniczeniom, poprzez wyłączenie możliwości składania zastrzeżeń w całości (np. art. 120 Statutu rzymskiego MTK) bądź też zakaz składania oświadczeń sprzecznych z przedmiotem i celem umowy, a także możliwości zgłaszania sprzeciwu do przedłożonych zastrzeżeń, co może doprowadzić do wyłączenia obowiązywania danego przepisu pomiędzy państwem składającym zastrzeżenie a państwem składającym sprzeciw. W doktrynie prawa międzynarodowego trwa od wielu lat spór dotyczący wzajemnej relacji art. 19 i 20 KPT w ramach tzw. *permissibility school* oraz *opposability school*, dotyczących tego, czy sprzeciw jest dopuszczalny wobec każdego zastrzeżenia, czy tylko względem takiego, które niejako *ex lege* z mocy art. 19 KPT nie jest sprzeczne z celem i przedmiotem traktatu⁶⁷.

Traktaty prawa wojny powietrznej jako część międzynarodowego prawa humanitarnego są zbiorem przepisów o szczególnym przeznaczeniu, które regulują ważną z punktu widzenia społeczności międzynarodowej materię. Wiele z umów

66 W ujęciu historycznym. Na podstawie art. 134 III Konwencji genewskiej Konwencja z 1929 roku została zastąpiona późniejszym traktatem.

67 A. Szarek, *Nieważność zastrzeżeń do traktatów – kilka uwag w związku z zakończeniem prac Komisji Prawa Międzynarodowego nad zagadnieniami zastrzeżeń do traktatów*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2012, vol. 10, s. 89–91.

ius in bello nie przewidywało zakazu składania zastrzeżeń. MTS w swej opinii doradczej w sprawie zastrzeżeń do Konwencji z 1948 r. o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa zwrócił uwagę, że przedmiot pewnych umów międzynarodowych uniemożliwia zmodyfikowanie ich treści, jeżeli zastrzeżenie jest inherentnie sprzeczne *per se* z ich istotą⁶⁸. Powyższe rozstrzygnięcie, wspólnie z art. 19 KPT, jednoznacznie ogranicza treść pewnych typów zastrzeżeń do dokumentów międzynarodowego prawa humanitarne, takich jak np. odstępujących od zakazu czynienia przedmiotem ataku ludność cywilną.

Od zastrzeżeń formalnie powinno się odróżniać tzw. deklaracje interpretacyjne, które są odzwierciedleniem poglądu państwa – strony danej umowy na sposób interpretacji określonego jej zapisu, będące refleksem stanowiska wyrażanego w trakcie prac przygotowawczych. Deklaracja docelowo nie powoduje wyłączenia skutku prawnego danego przepisu, lecz jest wyrazem stanowiska strony co do jego wykładni⁶⁹. R. Kolb wskazuje, że jeżeli w istocie w oświadczeniu państwo dokonuje własnej interpretacji przepisu, to należy takie zastrzeżenie uznać za deklarację interpretacyjną⁷⁰. Jednakże jak wskazała A. Wyrozumska, w obecnej praktyce stosunków międzynarodowych dochodzi w istocie do praktycznego zacierania się granic pomiędzy deklaracją interpretacyjną a zastrzeżeniem⁷¹. Zwłaszcza na gruncie oświadczeń państw składanych przy wiązaniu się przepisami PD I (jako „modelowy” przykład należy wskazać treść oświadczenia Zjednoczonego Królestwa⁷²) istnieją pewne trudności w odróżnieniu dwóch różnych koncepcji. Więcej argumentów przemawia jednak za tym, aby uznać dane zastrzeżenie w istocie za deklarację interpretacyjną (m.in. poprzez sformułowania własnej interpretacji przepisu). Wątpliwości budzą natomiast zastrzeżenia złożone przez Francję i RFN, które odnosiły się do dopuszczalności represaliów⁷³. Co istotne, wiele z zapisów interpretacyjnych poczynionych przez Zjednoczone Królestwo stało się niejednokrotnie cytowanym i zaaprobowanym przez doktrynę prawa międzynarodowego poglądem, np. na kwestię stosowania tzw. zasady *Rendulica* (patrz rozdział poniżej).

Pomimo że wiele z traktatów *ius in bello* nie przewidywało zakazu składania zastrzeżeń (jak np. IV Konwencja haska z 1907 roku wraz z regulaminem), składanie ich czy deklaracji interpretujących do dokumentów międzynarodowego prawa humanitarne do 1945 roku było rzadką praktyką. Protest państw za-

68 *Reservations to the Convention of Genocide*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, para. 24.

69 A. Henriksen, *International Law*, Oxford 2017, s. 49.

70 R. Kolb, *Treaties for Armed Conflict*, [w:] A. Clapham, P. Gaeta (red.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford 2014, s. 70.

71 A. Wyrozumska, J. Barcz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2013, s. 89.

72 Treść oświadczenia Zjednoczonego Królestwa jest dostępna na <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=0A9E03F0F2E-E757CC1256402003FB6D2> (dostęp: 26.10.2020).

73 J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law: Volume 1, Rules*, Cambridge 2005, s. 521.

chodnich wywołały zastrzeżenia złożone przez państwa bloku wschodniego do art. 85 III Konwencji genewskiej z 1949 roku, który zasadniczo stanowił o pozbawieniu ochrony wynikającej z Konwencji względem jeńców wojennych, którzy zostali osądzeni i skazani za zbrodnie wojenne. Zastrzeżenie o podobnej treści złożył rząd Wietnamu Północnego⁷⁴. W trakcie wojny w Wietnamie rząd wietnamski próbował stosować treść zastrzeżenia wobec schwytanych amerykańskich lotników, co wywoływało oczywiste kontrowersje, a Stany Zjednoczone jednoznacznie protestowały przeciwko treści zastrzeżenia⁷⁵. Poważną kontrowersję wywołało przedłożenie przez Stany Zjednoczone 21 stycznia 2009 roku zastrzeżenia do treści III Protokołu do CCW, w ramach którego USA zastrzegły prawo do użycia broni zapalającej przeciwko celom wojskowym położonym w pobliżu miejsc koncentracji ludności cywilnej, o ile zapewni to mniejsze przypadkowe straty niż użycie innych środków, wbrew treści art. 2 ust. 2 III Protokołu zakazującego we wszelkich okolicznościach bombardowania powietrznego celów wojskowych położonych w pobliżu miejsc koncentracji ludności cywilnej⁷⁶. Sprzeciw co do tego zastrzeżenia złożyło wiele państw, które uznały je za sprzeczne z celem i przedmiotem III Protokołu, zaznaczając jednakże, że nie sprzeciwiają się obowiązywaniu traktatu *per se* (większość państw Unii Europejskiej, w tym Polska)⁷⁷.

5.5. Zwyczaj prawnomiędzynarodowy

Na długo przed powstaniem pierwszych organów sprawiedliwości międzynarodowej doktryna prawa międzynarodowego podkreślała wagę zwyczaju jako nośnika praw i obowiązków walczących o pierwotnym znaczeniu. A. Pearce Higgins w 1910 roku podniósł, że zwyczaj jest refleksem zaakceptowanej praktyki, często inicjowanej przez największe państwa⁷⁸. W kontekście międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych zwyczaj ma charakter szczególny z uwagi na jego historyczną rolę w kształtowaniu praw i obowiązków stron walczących.

74 „The Democratic Republic of Vietnam declares that prisoners of war tried and convicted of war crimes or crimes against humanity, in accordance with the principles laid down by the Nuremberg Judicial Tribunal, shall not benefit from the provisions of the present Convention as is specified in Article 85”. D. Schindler, J. Toman, *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions, and Other Documents*, Dordrecht 1988, s. 592.

75 R. Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge 2004, s. 148–149.

76 „In light of its obligations under customary international law, it is likely that the United States’ reservation and understanding violate the object and purpose of Protocol III”. M. Callan, C. Henry, *Baptized by Fire: Protocol III’s Imperfect Ban on Incendiary Weapons against Civilians in Times of War*, „Boston University Public Law” 2015, vol. 24, s. 191.

77 Treść sprzeciwów jest dostępna na https://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=3&mtdsg_no=XXVI-2&chapter=26&lang=en#EndDec (dostęp: 26.10.2020).

78 A. Pearce Higgins, *The Binding Force of International Law*, Cambridge 1910, s. 6.

Prawo wojny do połowy XIX wieku było zmaterializowane tylko i wyłącznie jako element praktyki państw (*usus*), która była uznawana za obowiązującą (*opinio iuris*), tworząc tym samym podstawę zwyczaju. J. B. Porter na początku XX wieku zwrócił uwagę, że prawo zwyczajowe obowiązujące w wojnie ma charakter zmienny w przebiegu historii konfliktów zbrojnych, czyniąc pewne praktyki legalne nielegalnymi (np. zabijanie jeńców wojennych), a także *a contrario* (np. bombardowanie lotnicze) poprzez konstrukcję *desuetudo*⁷⁹. L. Oppenheim podkreślił, że ewolucja prawa wojny zakładała powstanie tzw. *usus in bello*, który pozwalał na wyodrębnienie zwyczaju i tym samym powstanie normy prawnej⁸⁰. Wskazane poglądy utrwalają przekonane, że doktryna drugiej połowy XIX wieku oraz pierwszej połowy XX wieku bazowała w pierwszej kolejności na analizie rzeczywistego postępowania walczących w licznych konfliktach mających miejsce na świecie w tym okresie⁸¹. MTW do źródeł prawa wojny zaliczał nie tylko traktaty, lecz także „zwyczaje i praktykę państw, które stopniowo uzyskały uniwersalną akceptację”⁸².

Powszechnie przyjmuje się, że by stać się relewantna, praktyka państw powinna mieć charakter stały, jednolity i powszechny. Na gruncie postępowania w przedmiocie azylu dyplomatycznego (*Kolumbia v. Peru*) MTS stwierdził, że zbyt rozproszona praktyka państw Ameryki Łacińskiej uniemożliwia stwierdzenie istnienia jednolitego standardu⁸³. W sprawie wojskowej i paramilitarnej aktywności przeciwko Nikaragui (*Nikaragua v. Stany Zjednoczone*) Trybunał zwrócił uwagę, że absolutne przestrzeganie zasady wyznaczonej granicami prawa zwyczajowego

79 J. B. Porter, *International Law: Having Particular Reference to the Laws of War on Land. A Course of Twelve Lectures Delivered to the Staff Class of the Army Service Schools, Fort Leavenworth 1914*, s. 3–4.

80 L. Oppenheim, *International Law: A Treatise. II – War and Peace*, Londyn 1905, s. 75. Warto w tym miejscu wskazać, że od norm, które uzyskały status zwyczajowych, L. Oppenheim oddzielał tzw. *usages* – czyli normy zwyczajowe *in statu nascendi*, które nie nabyły jeszcze „podbudowy prawnej”, ale istnieje już pewna praktyka wśród walczących. *Ibidem*, s. 25.

81 „The written law is to be found in such international agreements as the Hague Conventions, and perhaps the consensus of juristic opinion; the unwritten is the practice uniformly followed by armies in the field”. T. Baty, J. Morgan, *War: Its Conduct and Legal Results*, Nowy Jork 1915, s. 166.

82 „The law of war is to be found not only in treaties, but in the customs and practices of states which gradually obtained universal recognition, and from the general principles of justice applied by jurists and practiced by military courts. This law is not static, but by continual adaptation follows the needs of a changing world. Indeed, in many cases treaties do no more than express and define for more accurate reference the principles of law already existing”. *Nazi Conspiracy and Aggression: Opinion and Judgments: Office of United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality*, Waszyngton 1947, s. 51. M. Cherif Bassiouni zwraca uwagę, że MTW w 1945 roku pojmował zwyczaj w pierwszej kolejności jako rzeczywistą praktykę państw popartą *opinio iuris*. M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge 2011, s. 147.

83 ICJ, *Asylum case (Colombia v. Peru)*, Judgement, I.C.J. Reports 1950, para. 277.

nie jest konieczne, o ile odstępstwo nie ma charakteru generalnego, a ewentualne naruszenie jest traktowane jako złamanie zasady, a nie jako powstanie nowego zwyczaju⁸⁴. Jest to istotna okoliczność w kontekście międzynarodowego prawa humanitarnego, podkreślona przez treść studium MKCK („Studium zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego z 2005 roku”), które zwróciło uwagę, że próba wzruszenia normy zwyczajowej powinna przejść podobny proces jak w przypadku tworzenia nowego zwyczaju⁸⁵. Praktyka nie musi być także długotrwała, a jedynie powinna być rozbudowana (*extensive*) i jednocześnie jednolita (*uniform*) poprzez postępowanie państw szczególnie zaangażowanych – M. Shaw w tej mierze wskazuje na rozwój norm prawa morza⁸⁶. W kontekście wojny powietrznej warto zwrócić uwagę na wypowiedź C. de Vaisseau Yvona, który wskazał, że w odniesieniu do analizy prawa zwyczajowego praktyka wojny powietrznej w okresie I wojny światowej dostarczyła stosunkowo niewielkiej liczby norm wytworzonych w drodze powszechnego konsensu pomiędzy stronami walczącymi⁸⁷. Potwierdza to Y. Dinstein, wskazując, że prawo zwyczajowe nie mogło zastąpić w żaden sposób ułomności wynikających z braku norm o charakterze traktatowym⁸⁸. A. Szpak podniosła, że interpretacja zawartości normy zwyczajowej to w pierwszej kolejności „wykładnia praktyki”⁸⁹.

Dla bytu normy o charakterze zwyczajowym niezbędne jest wykazanie *opinio iuris*, czyli „przekonania o zgodności danej praktyki z prawem” (zwane także subiektywnym elementem zwyczaju)⁹⁰. W wielu wypadkach rozdzielenie elementów zwyczaju pomiędzy *usus* a *opinio iuris* może napotykać na liczne problemy natury

84 „The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule. If a State acts in a way *prima facie* incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule”. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para. 186.

85 M. Henckaert, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law: Volume 1, Rules*, Cambridge 2005, s. 54.

86 ICJ, *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, para. 74.

87 C. de Vaisseau Yvon, *La Guerre Aérienne*, „Revue Juridique Internationale de la Locomotion Aérienne” 1924, vol. 244, s. 254.

88 Y. Dinstein, *Air Warfare*, [w:] F. Lachenmann, R. Wolfrum (red.), *The Law...*, s. 14.

89 A. Szpak, *O wykładni międzynarodowego prawa traktatowego i zwyczajowego (Z uwzględnieniem międzynarodowego prawa humanitarnego)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2008, z. 1, s. 81.

90 M. Roscini, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford 2015, s. 25; *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, para. 74.

praktycznej⁹¹. Uznaje się, że dowodem *opinio iuris* może być zewnętrzna aktywność państw, w tym na forum organizacji międzynarodowych – m.in. poprzez sposób głosowania nad przyjęciem uchwał tych organizacji. Orzecznictwo MTS zwraca w tej mierze uwagę na szczególną wartość rezolucji ZO ONZ, które pomimo braku formalnej mocy wiążącej służą jako swoisty wskaźnik poglądu prawnego bądź poszczególnych państw, bądź całej społeczności międzynarodowej. W tym kontekście przedmiotem szczególnego zainteresowania doktryny i sądów międzynarodowych są rezolucje przyjmowane jednomyślnie bądź znaczącą większością (jak np. wspomniane w podrozdziale 5.10 rezolucje ZO ONZ dotyczące podstawowych zasad ochrony ludności cywilnej w konflikcie zbrojnym)⁹². MTS w swej opinii doradczej dotyczącej legalności użycia broni atomowej z 1996 roku podniósł, że „rezolucje ZO ONZ nie mają mocy wiążącej, to jednak mają wartość normatywną, w szczególności mogą być dowodem istnienia normy o charakterze zwyczajowym, wykazując *opinio iuris*”⁹³. B. Cheng wskazywał, że takie uchwały przyjmowane na forum organizacji międzynarodowych są wyrazem *opinio iuris generalis* całej społeczności międzynarodowej, które stanowi sumę indywidualnych poglądów państw tworzących tę społeczność (*opinio iuris individualis*)⁹⁴. Proces taki może mieć też charakter odwrotny – jeżeli dana praktyka pojedynczego państwa ma generalne uznanie wśród innych państw, to przekonanie o zgodności z prawem może doprowadzić do stwierdzenia istnienia praktyki w sposób powszechny⁹⁵. Na gruncie sprawy łowisk

91 W. Schabas, *Customary Law or „Judge-Made” Law: Judicial Creativity at the UN Criminal Tribunals*, [w:] J. Doria, H.-P. Gasser, M. Cherif Bassiouni (red.), *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blischenko*, Leiden 2009, s. 84–87; D. Djukic, N. Pons (red.), *The Companion to International Humanitarian Law*, Leiden 2009, s. 274.

92 „His opinio juris may, though with all due caution, be deduced from, inter alia, the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General Assembly resolutions, and particularly resolution 2625 (XXV) entitled «Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations». The effect of consent to the text of such resolutions cannot be understood as merely that of a «reiteration or elucidation» of the treaty commitment undertaken in the Charter. On the contrary, it may be understood as an acceptance of the validity of the rule or set of rules declared by the resolution by themselves”. ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para. 188. G. J. H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer 1983, s. 183. T. Rauter, *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, Cham 2017, s. 206–207.

93 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, para. 70.

94 B. Cheng, *Custom: The Future of General State Practice in a Divided World*, [w:] R. MacDonald, D. Johnston (red.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Dordrecht 1989, s. 549.

95 B. Cheng, *Some Remarks on the Constituent Element(s) of General (or-called Customary) International Law*, [w:] A. Anghie, G. Sturgess (red.), *Legal Visions of the 21st Century: Essays in Honour of Judge Christopher Weeramantry*, Haga 1998, s. 386.

norweskich MTS nie przystąpił do badania *opinio iuris*, uznając, że brak spójnej praktyki państw względem określonego sposobu wyznaczania linii podstawowej przesądza o braku istnienia normy prawa zwyczajowej⁹⁶. Za kontrowersyjne uważane są jednakże poglądy sugerujące, że norma prawa zwyczajowego może powstać tylko na podstawie *opinio iuris*⁹⁷. W ramach koncepcji przesuwanej skali (*sliding scale*) zakłada się, że stała praktyka może być *per se* jednocześnie wyrazem „przekonania o zgodności praktyki z prawem”, o ile nie zostanie zakwestionowana przez przeciwny zamiar⁹⁸. W ten sam sposób wyraźne wykazanie *opinio iuris* może być wyłącznie wystarczającym dowodem na istnienie normy o charakterze zwyczajowym bez istnienia potwierdzenia wynikającego z praktyki. Konsekwencją powyższego jest przyjęcie, że słabszy wymiar jednego z elementów zwyczaju jest kompensowany istnieniem silniejszego oddziaływania drugiego⁹⁹. Koncepcja ta jest słusznie krytykowana jako próba podważenia konieczności istnienia dwuskładnikowej definicji zwyczaju, zwłaszcza w kontekście uznania rezolucji ZO ONZ jako „natychmiastowego” prawa zwyczajowego bez analizy faktycznej zgodności postępowania państw z ich treścią¹⁰⁰. Wydaje się jednak, że właśnie w kontekście międzynarodowego prawa humanitarnego w ostatnich latach zarówno dorobek naukowy MKCK, jak i orzeczniczy MTKJ potwierdza ujawnienie się powyższego poglądu nie tylko w płaszczyźnie teoretycznej, wynikającej z potrzeb humanitaryzmu, ale także w szczególnym charakterze materii będącej przedmiotem regulacji *ius in bello*¹⁰¹.

Zwyczajowe prawo humanitarne zostało odkryte ponownie na początku lat 90. XX wieku w ramach orzecznictwa MTKJ. Wiązało się to w pierwszej kolejności z koniecznością ustalenia zakresu prawa materialnego (w konsekwencji także jurysdykcji MTKJ w tej mierze) obowiązującego w warunkach konfliktów zbrojnych o charakterze niemiedzynarodowym, gdzie z uwagi na niewielki zakres prawa pozytywnego, ograniczonego jedynie do zapisów tzw. wspólnego art. 3 dla Konwencji genewskich z 1949 roku i PD II do Konwencji genewskich z 1977 roku, niezbędne było ustalenie, które z przepisów *ius in bello* w płaszczyźnie międzypaństwowej mają także wymiar obowiązujący w konflikcie o charakterze

96 ICJ, *Fisheries case*, Judgement, I.C.J. Reports 1951, s. 19.

97 Zob. Raport ILA, *Final Report of The Committee: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, London Conference 2000, s. 61.

98 F. L. Kirgis, *Custom on a Sliding Scale*, „American Journal of International Law” 1987, vol. 81, s. 149.

99 B. D. Leparad, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge 2010, s. 25.

100 M. P. Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*, Cambridge 2013, s. 57–58.

101 M. Eriksson, *Defining Rape: Emerging Obligations for States under International Law?*, Leiden 2011, s. 19–20; N. Arajavi, *The Changing Nature of Customary International Law: Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals*, Nowy Jork 2014, s. 56.

wewnętrznym. Jak stwierdził J. J. Paust, „międzynarodowe prawo zwyczajowe ma uniwersalny charakter [...] nie jest kontrolowane przez państwa, a jednocześnie obowiązuje wszystkich uczestników jakiegokolwiek konfliktu zbrojnego”¹⁰². Komentarz do Statutu MTKJ przez Sekretarza Generalnego ONZ wskazywał, że Trybunał może stosować normy zwyczajowego prawa międzynarodowego, „tylko jeżeli bez żadnych wątpliwości faktycznie są prawem zwyczajowym”¹⁰³. Postępujące zjawisko coraz częstszych konfliktów zbrojnych o charakterze niemiedzynarodowym, w sytuacji braku norm o charakterze szczegółowym, skłoniło MKCK do podjęcia próby spisania reguł, które zdaniem Komitetu mają charakter zwyczajowych. Efektem prac było sporządzenie wspomnianego już wyżej Studium zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego¹⁰⁴.

Studium w swej metodologii analizy praktyki państw uwzględniło dwa rodzaje aktów: werbalne oraz fizyczne. Do pierwszych zaliczono wszelkiego rodzaju wytwory natury legislacyjnej, instrukcje oraz rozkazy kierowane do sił zbrojnych, oświadczenia na forum międzynarodowym, protesty, opinie doradców prawnych. Do drugiej kategorii zaszeregowano rzeczywisty przebieg działań wojennych¹⁰⁵. Rozeznanie praktyki państw, a także przekonania o zgodności praktyki z prawem są utrudnione z uwagi na ogólnie powoływane względy bezpieczeństwa narodowego i tajemnicy państwowej¹⁰⁶. Metodologia MKCK zaproponowana w Studium zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego nie jest aprobowana przez wszystkie państwa oraz część doktryny prawa międzynarodowego. Y. Dinstein podkreślił, że nie każde z oświadczeń państw ma charakter relevantny dla powstania zwyczaju międzynarodowego, sugerując zbytnią ogólnikowość ustaleń studium w tej mierze¹⁰⁷. Przedstawiciele Stanów Zjednoczonych zarzucili przyjętemu przez MKCK schematowi nakierowanie jedynie na obserwację tzw. pasywnej praktyki państw bez odwołania się do tzw. aktywnej praktyki – czyli analizy rzeczywistości pola walki, przy jednoczesnym nadmiernym akceptowaniu treści praktyki wynikającej z analizy instrukcji (*military manuals*) – rozumianej przez

102 J. J. Paust, *The Importance of Customary International Law during Armed Conflict*, „ILSA Journal of International and Comparative Law” 2006, vol. 12, s. 601.

103 Raport of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808/1993, S/25704, para. 34.

104 J.-M. Henckaert, L. Doswald-Beck, *Customary International...*

105 *Ibidem*, s. 38.

106 „Practice and opinio iuris et necessitatis are often difficult to discern in military matters as the practice and motivations of states are quite often obscured and shrouded within a penumbral veil of national security and hence, secrecy. Nonetheless, we argue that national military manuals, military orders, and unclassified peacetime rules of engagement are all indicative of the opinio iuris et necessitates of states on these matters”. M. Bourbonniere, L. Haeck, *Military Aircraft and International Law: Chicago Opus 3*, „Journal of Air Law and Commerce” 2001, vol. 66, s. 889.

107 Y. Dinstein, *The ICRC Customary International Humanitarian Law Study*, „International Law Studies” 2006, vol. 82, s. 101.

służby prawne sił zbrojnych USA jako element *opinio iuris*¹⁰⁸. Sporo wątpliwości wywołuje także przyjęcie zarówno w treści studium MKCK, jak i orzeczenia MTKJ zapadłego w sprawie Kupreskic (szerzej omawianego w dalszej części opracowania) poglądu o możliwości krystalizowania się normy prawa międzynarodowego o charakterze zwyczajowym bez adekwatnej praktyki bądź przekonującego *opinio iuris* o charakterze przeciwnym¹⁰⁹. *Prima facie* pogląd ten wydaje się sprzeczny z definicją zwyczaju. Trybunał jugosłowiański w jednej ze swych pierwszych i najistotniejszych decyzji procesowych wywiódł, że „proces tworzenia prawa konfliktów zbrojnych jest trudny do obserwacji, zwłaszcza jeżeli jest dokonywany z perspektywy pola walki”. MTKJ przyznał pierwszeństwo w tej mierze oficjalnym komunikatom państwa o charakterze werbalnym (interesujące jest, że swój wywód dotyczący istnienia zwyczajowych norm prawa międzynarodowego obowiązującego w konflikcie o charakterze niemiedzynarodowym MTKJ rozpoczął od przytoczenia treści rezolucji Ligi Narodów z 30 września 1938 roku dotyczącej bombardowań powietrznych)¹¹⁰. W innym miejscu studium wskazywało, że z uwagi na trudności praktyczne pomiędzy rozróżnieniem *usus* oraz *opinio iuris*, jeżeli praktyka jest jednocześnie sprzężona z przekonaniem o jej zgodności z prawem, to nie istnieje obowiązek badania *opinio iuris* w tej mierze¹¹¹. Należy zwrócić uwagę, że w ramach prac toczących się na forum KPM ONZ zdecydowano się na uznanie tradycyjnego poglądu na kształtowanie się normy o charakterze zwyczajowym – w konsekwencji wymagającego istnienia obydwu elementów (odnoszącego się zarówno do *usus*, jak i *opinio iuris*)¹¹². Interesująca jest obserwacja

108 J. B. Bellinger, W. J. Haynes, *A US government response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross” 2007, vol. 89, s. 445–446.

109 „It appears that international courts and tribunals on occasion conclude that a rule of customary international law exists when that rule is a desirable one for international peace and security or for the protection of the human person, provided that there is no important contrary opinio juris”. J.-M. Henckaerst, L. Doswald-Beck, *Customary International...*, s. 58. J. T. Hill, *Ius in Bello Futura Ignotus: The United States, The International Criminal Court, and the Uncertain Future of the Law of Armed Conflict*, „Military Law Review” 2015, vol. 223, s. 676.

110 „In appraising the formation of customary rules or general principles one should therefore be aware that, on account of the inherent nature of this subject-matter, reliance must primarily be placed on such elements as official pronouncements of States, military manuals and judicial decisions”. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2nd October 1995, para. 99.

111 Pomimo że pogląd ten *prima facie* wydaje się sprzeczny z dwuelementową definicją zwyczaju w prawie międzynarodowym, nie jest zupełnie pozbawiony sensu w świetle orzeczenia MTS w sprawie Sahary Zachodniej, w ramach którego Trybunał wywiódł istnienie określonego poglądu na status tzw. *terra nullius* właśnie na podstawie określonej praktyki występującej w okresie kolonialnym. *Western Sahara*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12, para. 80.

112 *Third report on identification of customary international law by Michael Wood*, Special Rapporteur, International Law Commission, Sixty-seventh Session, Geneva, 4 May–5 June and 6 July–7 August 2015, A/CN.4/682, para. 12–18.

R. Heinscha, który wskazuje, że w kontekście międzynarodowego prawa humanitarnego standardy wymagane do stworzenia normy o charakterze zwyczajowym są obniżone, co wynika z „ogólnych potrzeb społeczności międzynarodowej”¹¹³. E. Crawford uważa, że powyższy wniosek jest wzmocniony „wyjątkową naturą prawa konfliktów zbrojnych”¹¹⁴. Z drugiej jednak strony MTS podkreśla, że konstytutywnym elementem normy zwyczajowej jest konieczność wykazania istnienia „rzeczywistej praktyki” (*actual practice*)¹¹⁵. Interesującą perspektywę w tej mierze przedstawiła N. Chandrahasan, która zwróciła uwagę, że reguły *ius in bello* mają wymiar głównie zabraniający – w efekcie odzwierciedleniem praktyki w tej mierze powinno być rzeczywiste powstrzymanie się walczących od konkretnych kroków, zakazanych daną normą¹¹⁶. W. H. Boothby podnosi, że dokonując lektury studium, nie można zapominać o fakcie tworzenia praktyki tylko i wyłącznie poprzez obserwowanie zachowania państw¹¹⁷.

Istotną rolę w określeniu elementów zwyczaju (*evidentionary role*) może odgrywać ustawodawstwo wojskowe, w tym instrukcje i komentarze kierowane do sił zbrojnych¹¹⁸. Dla N. Baretta, wobec trudności z dekodowaniem praktyki pola walki, powyższe dokumenty mogą być odzwierciedleniem zarówno *usus*, jak i *opinio iuris* – gdyż są wyrazem przekonania państwa o ważności reguł, które zostają przekazane jako wiążące względem własnych sił zbrojnych¹¹⁹. A. Wyrozumski zwróciła uwagę,

113 R. Heinsch, *Methodology of Law-Making, Customary International Law and New Military Technologies*, [w:] D. Saxon (red.), *International Humanitarian Law and the Changing Technology of War*, Leiden 2013, s. 31–32. C. Stahn, J. Iverson, J. S. Easterday, *Introduction: Protection of the Environment and Ius Post Bellum: Some Preliminary Reflections*, [w:] C. Stahn, J. Iverson, J. S. Easterday (red.), *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace*, Oxford 2017, s. 24.

114 E. Crawford, *Blurring the Lines between International and Non-International Armed Conflicts-The Evolution of Customary International Law Applicable in Internal Armed Conflicts*, „Australian International Law Journal” 2008, vol. 15, s. 38.

115 *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, para. 27.

116 N. Chandrahasan, *The Continuing Relevance of Customary International Law in the Development of International Humanitarian Law*, „Sri Lanka Journal of International Law” 2009, vol. 55, s. 59.

117 W. H. Boothby, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, Oxford 2009, s. 32.

118 R. Bierzanek, *Wojna a prawo międzynarodowe*, Warszawa 1982, s. 46; K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, Wrocław 1964, s. 147.

119 „Generally, given the difficulty of ascertaining significant state practice in periods of hostility, manuals of military law and national legislation providing for the implementation of humanitarian law norms are accepted as among the best types of evidence of such practice. The practice of states is also reflected in the adoption of international instruments such as normative declarations and, especially, multilateral treaties. *Opinio iuris* refers to the existence of a state's sense of obligation to uphold a specific rule of law. *Opinio iuris*, in reference to the United States, can be found in both international treaties signed by the United States as well as in the existence of parallel rules within national military law manuals”. N. Barrett, *Holding Individual Leaders Responsible for Violation of Customary International Law: The U.S. Bombardment of Cambodia and Laos*, „Columbia Human Rights Law Review” 2000–2001, vol. 32, s. 444; D. Turns, *At the*

że akty o charakterze werbalnym są często przywoływane jako dowód jednocześnie i *usus*, i *opinio iuris*¹²⁰. Bardziej problematyczna staje się jednak sytuacja, w której instrukcje opisują daną materię jako względnie obowiązującą bądź kontrowersyjną (jak w przypadku Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku).

Warto wskazać za orzeczeniem MTS w sprawie wojskowej i paramilitarnej aktywności przeciwko Nikaragui, że „jeżeli państwo postępuje *prima facie* sprzecznie z uznaną regułą, lecz usprawiedliwia swoje postępowanie, to w istocie taka postawa wzmacnia i potwierdza treść normy, a nie ją osłabia”¹²¹. Powyższa konstrukcja jest szczególnie widoczna w kontekście szeroko wykorzystywanej w okresie wojny powietrznej doktrynie represaliów¹²².

5.6. Zasady uznawane przez państwa cywilizowane

Statut MTS wymienia w art. 38 ust. 3 jako źródła prawa ogólne zasady prawa uznawane przez narody cywilizowane. W przeszłości istniały pewne kontrowersje w zakresie uznania tej kategorii jako formalnych źródeł prawa międzynarodowego. Zasady traktuje się jako pewien pomost pomiędzy pozytywistyczną a naturalistyczną teorią prawa międzynarodowego¹²³. Obecnie uznaje się, że w ramach powyższych zasad funkcjonują pryncypia obowiązujące na gruncie krajowych porządków prawnych, które zdobyły powszechną akceptację (*lock, stock and barrel* – McNair)¹²⁴. Wywodzą się one z rzymskiej tradycji prawniczej oraz zostały zaadaptowane przez prawo międzynarodowe¹²⁵. Ogólne zasady prawa mają szczególne znaczenie w postępowaniu sądowym, np. *res iudicata*, *in dubio pro reo*, *ne bis in idem*, i są zasadniczo stosowane jako element proceduralny w ramach orzecznictwa międzynarodowego¹²⁶. Istnieją także przypadki materialnego wykorzystania pewnych zasad jako podstawy rozstrzygnięć co do prawa¹²⁷. Zasady ogólne są dowodem istnienia kompletności systemu prawa międzynarodowego i docelowo są środkiem na uniknięcie luk w prawie międzynarodowym oraz

„Vanishing Point” of International Humanitarian Law: Methods and Means of Warfare in Non-international Armed Conflicts, „German Yearbook of International Law” 2002, vol. 45, s. 135.

120 W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne: zagadnienia systemowe*, Warszawa 2014, s. 106–107.

121 ICJ, *Nicaragua v. USA*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para. 186.

122 R.W. Tucker, *The Law of War and Neutrality at Sea*, „International Law Studies” vol. XLX, s. 32.

123 A. Kaczorowska-Ireland, *Public International Law*, Oxon 2015, s. 49.

124 A. Rieu-Clarke, *International Law and Sustainable Development*, Londyn 2005, s. 28.

125 Zob. H. Lauterpach, *Private Law Analogies in International Law*, Londyn 1926.

126 M. Shaw, *International Law*, Cambridge 2006, s. 100.

127 Np. uznanie, że naruszenie zobowiązania prawnomiędzynarodowego pociąga za sobą obowiązek odszkodowawczy „It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form” (zob. PCIJ, *Factory at Chorzow (Germ. v. Pol.)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 9 (July 26), para. 55).

sytuacji związanych z pojawieniem się stanu *non liquet* – czyli subsumpcji, która prowadzi do stwierdzenia braku istnienia normy¹²⁸.

W kontekście międzynarodowego prawa humanitarnego zasadą o immanentnym znaczeniu jest dobra wiara¹²⁹. Refleksem powyższej zasady są bardziej szczegółowe rozwiązania w postaci *pacta sunt servanda*, koncepcji nadużycia praw, *estoppel*, *acquiescence*, a także obowiązek prowadzenia negocjacji w dobrej wierze¹³⁰. Zasada dobrej wiary funkcjonuje w dwóch płaszczyznach w kontekście międzynarodowego prawa humanitarne. Pierwszą jest wykonywanie obowiązków oraz egzekwowanie praw wynikających z prawa międzynarodowego w dobrej wierze. Wynika to m.in. z treści art. 2 KNZ, zgodnie z którym członkowie organizacji powinni realizować swoje zobowiązania zgodnie z dobrą wiarą, a także wielu przepisów KPT z 1969 roku. Samodzielną egemplifikacją tej zasady w międzynarodowym prawie humanitarnym jest art. 1 IV Konwencji genewskiej z 1949 roku, który stanowi o obowiązku przestrzegania oraz dopilnowania przestrzegania Konwencji we wszelkich okolicznościach. Drugą płaszczyzną są konkretne przepisy międzynarodowego prawa humanitarne, do których R. Kolb w pierwszej kolejności zalicza regulacje w zakresie tzw. wiarołomstwa, jako aktu sprzeniewierzenia się dobrej wierze¹³¹.

Nauka międzynarodowego prawa humanitarne posługuje się także pojęciem zdrowego rozsądku¹³². Już Grocjuś w swym dziele „O prawie wojny i pokoju” odnosił się do interpretacji bazujących na przekonaniu o istnieniu pewnego zrównoważonego i racjonalnego ośrodka decyzyjnego w umyśle człowieka, wynikającego ze „stworzenia go na obraz i podobieństwo Boga”¹³³. Do stosowania powyższego paradygmatu jako narzędzia interpretacyjnego w kontekście stanów faktycznych, związanych z zagadnieniem prawnym odnoszącym się do wojny

128 J. Barcik, T. Srogosz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2017, s. 5; G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht 1993, s. 173.

129 E. Lis, *Zasada dobrej wiary w prawie międzynarodowym*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, vol. XXV.

130 S. Reinhold, *Good Faith in International Law*, „Bonn Research Papers on Public International Law” 2013, no. 2, s. 7; M. Kałduński uważa, że chociaż zasada dobrej wiary i koncepcja nadużycia praw są ze sobą silnie treściowo i aksjologiczne powiązane, to jednak „zakaz nie stanowi kalki zasady”. M. Kałduński, *Zasada dobrej wiary w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2017, s. 250.

131 R. Kolb, *Good Faith in International Law*, Oxford 2017, s. 250–253.

132 „If international humanitarian law applicable in armed conflicts was not to become a dead letter, it was essential, first that the rules of that law should place the parties on an equal footing – in other words that the rules should be equally binding on all the parties to the conflict; secondly, that those rules should constitute a well-balanced compromise between humanitarian considerations and military necessity; lastly that they should be drafted in such a way as to ensure that all the parties to the conflict would have an equal interest in their application”. CDDH/III/SR.28, para. 8, s. 261.

133 O. Yasuaki, *War*, [w:] O. Yasuaki (red.), *A Normative Approach to War, Peace, War and Justice in Hugo Grotius*, Oxford 1993, s. 73.

jako instytucji prawa międzynarodowego ustosunkował się Sąd Najwyższy USA w ramach tzw. postępowań przyзовых, powstałych na tle wojny secesyjnej. Sąd uznał, że „prawo międzynarodowe jest zbudowane na zdrowym rozsądku”¹³⁴. M. Kałduński dostrzega, że elementy powyższego paradygmatu można odnaleźć w zasadzie zakazu nadużycia prawa jako „arbitralnego wykorzystania prawa, którego przeciwieństwem jest rozsądne wykonywanie prawa”¹³⁵. Powyższą konstatację potwierdza C. Focarelli, podnosząc, że nadużycie prawa jest stosowaniem go sprzecznie ze zdrowym rozsądkiem istniejącym w ramach społeczności międzynarodowej¹³⁶. Koncepcja ta ma istotny wpływ na interpretowanie norm międzynarodowego prawa humanitarnego, a zwłaszcza na treść deklaracji interpretacyjnych (np. Zjednoczonego Królestwa) złożonych do PD I. Doktryna *ius in bello* odnosi się do zdrowego rozsądku w ramach próby konstrukcji akceptowalnej interpretacji norm prawa humanitarnego. D. Fleck wskazał, że pomimo iż międzynarodowe prawo humanitarne nie bazuje na zasadzie wzajemności, to zdrowy rozsądek walczących nakazuje przestrzegać je z uwagi na możliwość akcji odwetowej¹³⁷. J. S. Pictet w komentarzu do I Konwencji genewskiej z 1949 roku wskazał, że znaczenie słów „ranni i chorzy walczący” powinno być ustalane w odniesieniu do zdrowego rozsądku i dobrej wiary¹³⁸. Ten sam autor w innym miejscu wprost odwołuje się do potrzeby interpretacji opierających się na tych przesłankach¹³⁹.

Z powyższym zagadnieniem ściśle powiązane jest istnienie tzw. modelu bądź wzorca normatywnego – uznawanego jako odwołanie się do pożądanego standardu postępowania pozwalającego na ocenę ogółu okoliczności przedmiotowo-podmiotowych danego czynu (wzorzec sądowego stosowania prawa – J. Wróblewski)¹⁴⁰. Model normatywny rozsądnego przedsiębiorcy/specjalisty jest aprobowany w orzecznictwie sądowym wielu państw¹⁴¹. Ma swoje odzwierciedlenie

134 U. S. Supreme Court, *Prize Cases*, 67 U.S. 635 (1862).

135 M. Kałduński, *Zasada dobrej wiary...*, s. 246.

136 C. Focarelli, *International Law as Social Construct: The Struggle for Global Justice*, Oxford 2012, s. 73–86, 323.

137 Ten sam autor uznaje za wywodzące się ze zdrowego rozsądku istnienie podstawowych zasad rządzących międzynarodowym konfliktem zbrojnym w przypadku konfliktów o charakterze niemiędzynarodowym. D. Fleck, *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford 2013, para. 1226. Ten sam pogląd w odniesieniu do konfliktu zbrojnego o charakterze niemiędzynarodowym wyraża H. Spieker, *Twenty Five Years After the Adoption of Additional Protocol II: Breakthrough or Failure of Humanitarian Legal Protection*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2001, vol. 4, s. 145.

138 J. S. Pictet, *The Geneva Conventions of 12 August 1949. Commentary: I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Genewa 1952, s. 136.

139 „The correct interpretation of the phrase is a matter of common sense and good faith”. *Ibidem*, s. 203.

140 J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988.

141 G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford 2000, s. 494.

w orzecznictwie międzynarodowych trybunałów karnych w postaci tzw. zasady Rendulica – czyli standardu rozsądnego dowódcy (opisanej w rozdziale poniżej)¹⁴². Prześlanka zdrowego rozsądku ma szczególne odniesienie w przypadku interpretowania sformułowań międzynarodowego prawa humanitarnego o charakterze *prima facie* nieuchwytnym jednolitym i definitywnym standardem – taki model wykładni proponuje Komentarz MKCK do PD I¹⁴³. Przykładem zastosowania modelu normatywnego rozsądnego dowódcy jest m.in. weryfikacja obowiązków wynikających z procesu *targetingu* – czyli fazy planowania poprzedzającej przeprowadzenie ataku¹⁴⁴.

5.7. Orzecznictwo międzynarodowe

Orzeczenia sądów międzynarodowych są w świetle art. 38 ust. 1 pkt d Statutu MTS uznawane jako „pomocnicze środki do ustalania norm prawnych”¹⁴⁵. Nie ma wątpliwości, że autorytet organów sprawiedliwości międzynarodowej oddziałuje w znacznym stopniu na rozwój prawa międzynarodowego. W przypadku międzynarodowego prawa humanitarnego pierwszorzędne znaczenie ma dorobek orzecniczy sądów ustanowionych dla sądenia zbrodniarzy wojennych po okresie II wojny światowej, który przyczynił się zarówno do wypracowania podstaw ścigania i sądenia sprawców naruszeń, jak i dokonał także klaryfikacji wielu norm *ius in bello*. Z kolei dziedzictwo MTKJ to kamień milowy w rozwoju prawa niemiedzynarodowych konfliktów zbrojnych, potwierdzający że powaga orzeczeń wydawanych przez sądy międzynarodowe może być kluczowym dowodem na istnienie normy zwyczajowej bądź też wiążącej wykładni przepisów traktatu.

Paradoksalnie zagadnienia prawne związane z kwestią prowadzenia wojny powietrznej wystąpiły w sposób bezpośredni w dwóch przypadkach w okresie przedwojennym. W pozostałym zakresie nawiązanie do prawa wojny powietrznej nastąpiło jedynie pośrednio bądź w kontekście odparcia argumentacji zmierzającej do podważenia legitymacji materialnej MTW (*tu quoque*) albo w odniesieniu do norm PD I o charakterze wspólnym dla wszystkich rodzajów operacji wojskowych (MTKJ). Jest to dość zaskakujące w związku ze znaczeniem siły powietrznej w konflikcie zbrojnym. Stanowi także *per se* dowód na złożony charakter pro-

142 M. Piątkowski, *The Rendulic Rule and the Law of Aerial Warfare*, „Polish Review of International and European Law” 2013, vol. 2; W. O’Brien, *The Conduct of Just and Limited War*, [w:] J. White (red.), *Contemporary Moral Problems: War, Terrorism and Torture*, Boston 2012, s. 28.

143 Zob. np. komentarz do art. 57 (s. 682), art. 61 (s. 731), art. 86 (s. 1015) Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Genewa 1997.

144 D. Akerson, *The Illegality of Offensive Lethal Autonomy*, [w:] D. Saxon, *International...*, s. 88.

145 H. Lauterpach, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge 1982, s. 20–22; A. Chmielowiec, *Źródła prawa międzynarodowego – zagadnienia wstępne*, „Roczniki Administracji i Prawa: Teoria i Praktyka”, R. XIII, s. 98.

blematyki pracy i określone trudności badawcze. W kontekście prawa wojny powietrznej szczególne znaczenie mają następujące orzeczenia sądowe:

- 1) orzeczenia mieszanych trybunałów rozjemczych – niemiecko-greckiego oraz niemiecko-rumuńskiego – ustanowionych po okresie I wojny światowej na podstawie art. 297–304 traktatu wersalskiego dla zbadania roszczeń osób fizycznych tytułem podjęcia wobec ich własności „nadzwyczajnych środków wojennych”¹⁴⁶;
- 2) wyroki MTW, MTWDW oraz procesy japońskich i niemieckich zbrodniarzy wojennych (*trials of war criminals*) organizowane przez sądy wojskowe sprzymierzonych;
- 3) opinia doradcza MTS w sprawie legalności użycia lub groźby użycia broni atomowej z 1996 roku;
- 4) orzeczenia komisji ds. rozstrzygania roszczeń pomiędzy Etiopią a Erytreą powołanej na podstawie art. 5 porozumienia pomiędzy Etiopią a Erytreą z 18 czerwca 2000 roku do zbadania m.in. poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego;
- 5) orzeczenia MTKJ zapadłe w sprawach związanych z oceną sposobu prowadzenia działań wojennych na terenie byłej Jugosławii – w szczególności zakresu prowadzenia bombardowań artyleryjskich oraz oceny metod użycia pewnych broni jako działających bez rozróżnienia.

Jedno z najważniejszych orzeczeń dotyczących prawa wojny powietrznej miało miejsce jako wynik procesu stosowania prawa międzynarodowego przez sąd krajowy. Wyrok w sprawie Shimoda v. Japonia zapadły przed sądem okręgowym w Tokio 7 grudnia 1963 roku jest jedynym rozstrzygnięciem sądowym rozważającym legalność bombardowań powietrznych Wysp Japońskich w okresie II wojny światowej.

5.8. Projekty traktatów międzynarodowych

Warto podkreślić, że w szczególności projekt prawa wojny powietrznej z 1923 roku do czasu przyjęcia regulacji z 1977 roku był stałym punktem odniesienia doktryny prawa międzynarodowego. To co różni ten dokument od pozostałych

146 „Obywatele Mocarstw sprzymierzonych i stowarzyszonych będą mieli prawo do odszkodowania za straty lub szkody, zrządzone w ich majątkach, prawach lub udziałach łącznie ze spółkami lub stowarzyszeniami, w których byli oni zainteresowani na terytorjum niemieckiem w granicach z 1 sierpnia r. 1914, – przez zastosowanie wyjątkowych zarządzeń wojennych oraz środków wykonawczych, o których mowa w paragrafach 1 i 3 załączonego Aneksu. Reklamacje w tym przedmiocie powyższych obywateli zbada i wysokość odszkodowania ustali mieszany Trybunał rozjemczy, przewidziany w Dziale VI, lub też rozjemca, którego Trybunał ten wskaże; odszkodowanie obciążać będzie Niemcy, i można je będzie odebrać z majątku obywateli niemieckich, znajdującego się na terytorjum lub będącego pod kontrolą Państwa osoby reklamującej”, art. 297(e) Traktatu pokoju między mocarstwami sprzymierzonymi i skojarzonymi i Niemcami, podpisany w Wersalu 28 czerwca 1919 roku (Dz.U. z 1920 r. Nr 35, poz. 200).

projektów sporządzanych przez indywidualnych naukowców, czy też stowarzyszenia badawcze, to fakt przygotowania go przez umocowanych przedstawicieli państw. Drugim dokumentem o podobnym statusie jest inicjatywa z 1956 roku pt. „Projekt reguł ograniczających niebezpieczeństwa względem ludności cywilnej na wypadek wojny”¹⁴⁷. Regulacje te były sygnowane przez przedstawicieli państw, nie zostały jednak ratyfikowane przez żadne z państw, w związku z tym jedyną możliwą płaszczyzną formalnego obowiązywania powyższych projektów są normy typu zwyczajowego.

5.9. Jednostronne oświadczenia państw

Źródłem zobowiązania międzynarodowego może być także jednostronne oświadczenie państwa¹⁴⁸. Podkreślić należy, że z perspektywy prawa wojny powietrznej oświadczenia tego typu były wygłaszane przez podmioty posiadające zdolność do zaciągania zobowiązań w imieniu państwa (głowy państw, szefów rządów czy też ministrów spraw zagranicznych). Dotyczy to zwłaszcza okresu międzywojennego (zob. oświadczenie strony japońskiej, a także sekretarza stanu Stanów Zjednoczonych w związku z prowadzeniem wojny powietrznej w Chinach). Podkreślić jednak należy, że determinantą ważności takiego oświadczenia jest wyartykułowany wyraźnie zamiar wywołania skutków prawnych¹⁴⁹. Powoduje to w konsekwencji konieczność oddzielenia deklaracji o charakterze prawotwórczym od wypowiedzi czy oświadczeń o charakterze politycznym¹⁵⁰.

5.10. Stanowisko organizacji międzynarodowych

Jak już wspomniano powyżej, pomimo że rezolucje ZO ONZ mają charakter niewiązący, to jak wskazał MTS w sprawie wojskowej i paramilitarnej aktywności przeciwko Nikaragui, mogą być dowodem istniejącego prawa międzynarodowego o charakterze zwyczajowym. W nauce międzynarodowego prawa humanitar-

147 ICRC, *Draft Rules for the Limitation of the Dangers Incurred by the Civilian Population in Time of War*, Genewa 1956.

148 „The Court considers it beyond all dispute that a reply of this nature given by the Minister for Foreign Affairs on behalf of his Government in response to a request by the diplomatic representative of a foreign Power, in regard to a question falling within his province, is binding upon the country to which the Minister belongs”. *Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway)*, Judgment, PCIJ Series A/B No 53, ICJ 303 (PCIJ 1933), s. 71.

149 *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, para. 43.

150 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, para. 378; Yearbook of the International Law Commission, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-eighth session, 2006, vol. II, s. 162.

nego w szczególności trzy rezolucje mają szczególne znaczenie w odniesieniu do prawa wojny powietrznej:

- a) rezolucja Zgromadzenia Ligi Narodów z 30 września 1938 roku o ochronie ludności cywilnej na wypadek bombardowania z powietrza podczas wojny¹⁵¹;
- b) rezolucja ZO ONZ z 19 grudnia 1968 roku nr 2444/XXIII o przestrzeganiu praw człowieka w konflikcie zbrojnym¹⁵²;
- c) rezolucja ZO ONZ z 9 grudnia 1970 roku nr 2675/XXV o podstawowych zasadach ochrony ludności cywilnej w konflikcie zbrojnym¹⁵³.

5.11. Stanowisko organów quasi-sądowych

System sprawiedliwości międzynarodowej nie jest doskonały. W przypadku MTS rozpoznawanie sporów pomiędzy państwami jest docelowo uzależnione od woli stron, a państwa zgadzające się na uznanie jurysdykcji MTS w trybie art. 36 ust. 2 Statutu MTS w wielu wypadkach (stosownie do swoich interesów) wyłączają możliwość zawiąznięcia sporu z drugim państwem w sprawach związanych z działaniami sił zbrojnych (RFN, Rumunia, Węgry, Litwa, Grecja, Indie, Pakistan)¹⁵⁴. W kontekście międzynarodowego prawa karnego ściganie zbrodniarzy wojennych znajdujące się w gestii istniejącego od 2002 roku MTK napotyka na problem braku uniwersalnej akceptacji Statutu MTK przez państwa posiadające szczególnie znaczącą praktykę w prowadzeniu działań zbrojnych (USA, Rosja, Izrael), a w pozostałym zakresie jest poddane ograniczeniom wynikających z zasady komplementarności czy też innych przesłanek dopuszczalności postępowania (np. niedostateczna waga sprawy) wynikających z art. 17 Statutu MTK.

Z uwagi na powyższe okoliczności społeczność międzynarodowa wypracowała na początku XX wieku swoisty system obserwacyjny w postaci tworzenia specjalnych zespołów, grup czy też komisji śledczych mających za zadanie zbadanie przypadków naruszenia prawa międzynarodowego jako późniejszej „platformy” do podjęcia dalszych działań. Na przestrzeni XX wieku zróżnicowane były powody ustanowienia powyższych organów, np. potrzebą zdeteminowania rzeczywistego przebiegu zdarzenia będącego przedmiotem sporu (jako jedna z metod pokojowego rozstrzygania sporów) czy też dokonania oceny danego stanu faktycznego w świetle prawa międzynarodowego. Cechą charakterystyczną postępowań było

151 Cytowana w D. Schindler, J. Toman, *The Laws of Armed...*, s. 221–222.

152 UN General Assembly, Twenty-third Session, 2444(XXIII), *Respect for human rights in armed conflict*, s. 50–51.

153 UN General Assembly, Twenty-fifth Session, 2675(XXV), *Basic principles for the protection of civilian population in armed conflict*, s. 67.

154 Lista państw na 27 października 2020 r. uznająca obowiązkową jurysdykcję MTS, wraz z treścią złożonych deklaracji, dostępna na stronie: <http://www.icj-cij.org/en/declarations> (dostęp: 27.10.2020).

prowadzenie ich przez osoby niezależne od zaangażowanych stron, posiadające jednocześnie wiedzę specjalistyczną zarówno w przedmiocie materii będącej przedmiotem badania, jak i prawa. Taki charakter miała chociażby specjalna komisja złożona z oficerów marynarki zajmująca się zbadaniem incydentu w Dogger Bank w 1904 roku¹⁵⁵. Bardziej problematyczne było badanie przypadków naruszeń *ius in bello* w trakcie konfliktu zbrojnego, zwłaszcza o charakterze wewnętrznym. Pierwszą przełomową inicjatywą w tej mierze było powołanie na podstawie rezolucji RB ONZ nr 780/1992 niezależnej komisji ekspertów do zbadania przypadków poważnego naruszenia Konwencji genewskich i międzynarodowego prawa humanitarnego na terenie byłej Jugosławii¹⁵⁶. Prace komisji stały się podstawą powołania pierwszego od czasów MTW trybunału karnego *ad hoc*. W późniejszym okresie nie tylko RB ONZ, ale także ZO ONZ, Rada Praw Człowieka ONZ, Sekretarz Generalny ONZ oraz Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka ustanawiały własne komisje śledcze, względem których przyjęło się używać nazwy „komisje ustalania faktów” (*fact-finding commission*).

Struktury te działały w niemal każdym konflikcie zbrojnym po 1990 roku, w tym w Darfurze, Strefie Gazy, Libanie, Libii oraz Syrii. Organy te posiadały zróżnicowane mandaty, a także różne metodologie badawcze, dokonując przy tym mniej lub bardziej rozbudowanej subsumpcji. W przypadku niektórych raportów – jak np. raportu dotyczącego działań Izraela podczas operacji „Cast Lead” w 2009 roku w Strefie Gazy – niektóre tezy wykraczały znacznie poza zasięg standardu wymaganego przez „ocenę sytuacji z punktu widzenia międzynarodowego prawa humanitarnego i standardów praw człowieka” przy dokonywaniu próby oceny pewnych zdarzeń w świetle międzynarodowego prawa karnego – co spotkało się z uzasadnioną krytyką doktryny. W 2015 roku w celu ujednolicenia powyższych standardów Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka wydał dokument, w którym podkreślił, że zasadniczym wymiarem działań tych organów (niemających charakteru sądowego) jest zbadanie domniemanych naruszeń *ius in bello* praw człowieka oraz wskazanie rekomendacji na podstawie dokonanych ustaleń faktycznych i prawnych¹⁵⁷. Podniesiono także, że kontekst niektórych misji i wykonanie mandatów wymaga dokonania ustaleń w przedmiocie indywidualnej odpowiedzialności, uchylając się jednakże w powyższym dokumencie od głębszej analizy problemu¹⁵⁸.

155 L. J. van der Herik, *An Inquiry into the Role of Commissions of Inquiry in International Law: Navigating the Tensions between Fact-Finding and Application of International Law*, „Chinese Journal of International Law” 2014, vol. 13, s. 514.

156 Resolution 780(1992) Adopted by the Security Council at its 3119th meeting on 6 October 1992, S/RES/780(1992).

157 United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner Commission of Inquiry and Fact-Finding Missions on International Human Rights and Humanitarian Law: Guidance and Practice, Nowy Jork 2015, s. 7.

158 *Ibidem*, s. 12–13.

Podkreślić należy, że ustalenia dokonywane w ramach komisji ds. ustalania faktów nie są źródłem prawa międzynarodowego. Z założenia działania tych organów mają być jedynie zbiorem konkretnych rekomendacji i podstawą uruchomienia dalszych mechanizmów – tak jak pierwsza grupa ekspertów działająca na terenie byłej Jugosławii przyczyniła się do powstania MTKJ. Należy jednak podnieść, że w wielu przypadkach członkami grup śledczych są czołowi przedstawiciele doktryny prawa międzynarodowego – np. Mahmoud Cherif Bassiouni (Jugosławia 1992) czy William Anthony Schabas (Strefa Gazy 2014). W raportach składanych przez komisje odnaleźć można wiele wartych uwagi rozważań prawnych, związanych z określeniem charakteru konfliktu oraz oceną pewnych zdarzeń w świetle *ius in bello*, o charakterze znacznie bardziej praktycznym niż teoretycznym. Mimo braku formalnie wiążącego charakteru przedkładanych rekomendacji zasługują one na uwagę jako elementy praktycznego spojrzenia na konkretne przykłady stosowania międzynarodowego prawa humanitarnego w warunkach konfliktu zbrojnego, dokonywane przez uznane autorytety oraz na podstawie faktów w większości przypadków mających charakter wiarygodnych¹⁵⁹. Ich wartość jest tym ważniejsza, że często są jedyną formą odniesienia się prawa międzynarodowego do okoliczności zaistniałego konfliktu¹⁶⁰. Nie należy jednak zapominać, że silnie zsubiektywizowany charakter przepisów międzynarodowego prawa humanitarnego nie pozwala dokonywać dalej idących ocen niż „jedynie przypuszczających” bez uwzględnienia całości okoliczności przedmiotowych i podmiotowych, i w tym zakresie należy dopatrywać się fundamentalnej różnicy pomiędzy postępowaniami sądowymi a ustaleniami dokonywanymi w kontekście *find-facting*¹⁶¹.

Co interesujące, jedna z pierwszych niezależnych komisji śledczych badających przypadki naruszenia prawa międzynarodowego została utworzona specjalnie w celu zbadania przypadków przebiegu bombardowań powietrznych podczas wojny domowej w Hiszpanii w latach 1938–1939 (mieszana francusko-brytyjska grupa ekspercka) i składała sprawozdanie z przebiegu swoich działań Radzie Ligi Narodów. Zagadnienia związane z użyciem lotnictwa w konflikcie zbrojnym pojawiły się w raportach komisji typu *fact-finding* z konfliktów zbrojnych w Darfurze, Libanie, Strefie Gazy, Libii oraz Syrii (zostaną one omówione poniżej). Na marginesie rozważań należy wspomnieć o istnieniu ustanowionej na podstawie art. 90 PD I Międzynarodowej Komisji do ustalania faktów. Jej uruchomienie nastąpiło

159 D. Akande, H. Tokin, *International Commission of Inquiry: A New Form of Adjudication?* <https://www.ejiltalk.org/international-commissions-of-inquiry-a-new-form-of-adjudication/> (dostęp: 27.10.2020).

160 S. Darcy, *Laying the Foundations; Commission of Inquiry and the Development of International Law*, [w:] C. Henderson (red.), *Commission of Inquiry: Problems and Prospects*, Oxford 2017, s. 232–234.

161 C. Garraway, *Fact Finding and States in Emergency*, „ILSA Journal of International and Comparative Law” 2016, vol. 22, s. 476.

dopiero w 1991 roku po otrzymaniu stosownej liczby oświadczeń wymaganych treścią art. 90 ust. 1 PD I. Komisja docelowo działa bądź na podstawie deklaracji (art. 90 ust. 2 pkt a PD I) bądź na zaproszenie zwaśnionych stron¹⁶². Komisja jest uprawniona do zbadania każdego faktu będącego ciężkim naruszeniem przepisów Konwencji lub Protokołu oraz przedstawienia rekomendacji w drodze dobrych usług – co istotne, działania Komisji nie mają charakteru jawnego. Komisja, określana przez F. Kalshovena jako „śpiąca królewna”, dopiero w 2017 roku została po raz pierwszy powołana do zbadania incydentu związanego z atakiem na przedstawicieli OBWE na wschodzie Ukrainy¹⁶³.

Szczególne miejsce w analizie prawa wojny powietrznej zajmuje raport komitetu ekspertów przy Prokuratorze MTKJ powołanego do zbadania legalności przebiegu kampanii powietrznej NATO w 1999 roku¹⁶⁴. Jest to jedyne opracowanie na przestrzeni ostatnich lat w całości dedykowane zagadnieniom ściśle związanym z prawem wojny powietrznej w jej współczesnym wymiarze. Należy zwrócić uwagę, że dokument ten, w przeciwieństwie do raportów wydanych przez komisje *fact-finding*, został sporządzony w ramach działań urzędu znajdującego się w strukturach powołanego decyzją RB ONZ sądu międzynarodowego do wnoszenia i popierania aktów oskarżenia, dokonującego wstępnego badania sprawy. Z uwagi na powyższą wartość jego raportu wydaje się zbliżona do wartości wynikającej z orzecznictwa międzynarodowego, czyli pomocniczego mechanizmu determinującego treść normy prawnej w świetle art. 38 Statutu MTS.

5.12. Rozkazodawstwo wojskowe

Jak podniesiono na gruncie orzecznictwa Trybunału norymberskiego, regulacje wojskowe mają istotną wartość dowodową w odniesieniu do zwyczajów obowiązujących w ramach działań wojennych¹⁶⁵. Od początków XX wieku część armii

162 C. Garraway, *The International Humanitarian Fact-Finding Commission*, „Commonwealth Law Bulletin” 2008, vol. 34, s. 814.

163 Zob. F. Kalshoven, *The International Humanitarian Fact-Finding Commission: A Sleeping Beauty?*, „Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften” 2002, vol. 4; C. Azzarell, M. Niederhauser, *The Independent Humanitarian Fact-Finding Commission: Has the ‘Sleeping Beauty’ Awoken*, „Humanitarian Law and Policy” 2018, January 9.

164 *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, <http://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal> (dostęp: 27.10.2020).

165 „The law of war is to be found not only in treaties, but in customs and practices of States which gradually obtained universal recognition, and from the general principles of justice applied by jurists and practiced by military courts. This law is not static, but by continual adaptation follows the needs of a changing world”. *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal 14 November 1945–1 October 1946*, vol. 1, s. 221.

świata zdecydowała się publikować swoje instrukcje, będące formą zwięzłych założeń kierowanych do swych sił zbrojnych. Treść tych instrukcji ma z reguły wymiar ogólny i docelowo powtarza główne zasady *ius in bello*, ujawniając jednakże przy tym pewne podejście indywidualne państwa do danej normy międzynarodowego prawa humanitarnego. Wytycznych tych nie należy mylić z ROE, które mają znacznie bardziej rozbudowany charakter praktyczny, lecz ich treść nie jest jawna. Można wskazać na następujące regulacje wojskowe mające wartość badawczą w kontekście historycznym i współczesnym wojny powietrznej:

- 1) *FM 27-10 Rules of Land Warfare* z 1914 roku oraz nowa edycja *FM 27-10 Rules of Land Warfare* z 1940 roku – w zakresie prawa bombardowań powietrznych;
- 2) wytyczne dotyczące zasad bombardowań powietrznych wydane przez różne państwa w okresie poprzedzającym wybuch II wojny światowej (szczegółowo omówione w rozdziale poniżej – np. wytyczne Generalnego Inspektora Sił Zbrojnych z 30 sierpnia 1939 roku);
- 3) *AFP 110-31 Air Force Pamphlet, International Law – The Conduct of Armed Conflict and Air Operations* wydana w 1976 roku w Waszyngtonie – istotna z uwagi na okres poprzedzający przyjęcie PD I, a także ze względu na ostateczny brak związania się tym dokumentem przez Stany Zjednoczone;
- 4) najnowsza amerykańska instrukcja (2015 rok) – *Law of War Manual* – zawierająca poszerzoną wersję celu wojskowego w stosunku do treści art. 52 ust. 2 PD I.

5.13. Stanowisko doktryny, organizacji zrzeszających ekspertów, inicjatyw akademickich

Należy zwrócić uwagę, że w związku z brakiem do dnia dzisiejszego kompleksowego traktatu międzynarodowego odnoszącego się do wszystkich okoliczności związanych z użyciem siły powietrznej w konflikcie zbrojnym, w sposób naturalny istnienie luki w prawie międzynarodowym stało się przedmiotem zainteresowania doktryny prawa międzynarodowego. Obszerna literatura tego przedmiotu została wykazana we wstępie do pracy oraz w jej dalszej części. Warto jednakże wspomnieć w sposób ogólny, że pierwsze opracowania dotyczą jeszcze okresu poprzedzającego I wojnę światową, ogólnie wskazując na możliwość odgrywania przez lotnictwo wojskowe kluczowej roli w przyszłych konfliktach zbrojnych. Podkreślić należy, że w tym okresie wielu naukowców proponowało własne projekty kodeksu wojny powietrznej (Fauchille, Spaight, Le Moyne). Czasy międzywojenne to próba odniesienia się do wpływu Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku oraz ocena działań podjętych w ramach konferencji rozbrojeniowej w Genewie w latach 1932–1934. Szczególnie interesujący wymiar ma dyskusja prawnicza dotycząca pokłosia „ciszy” orzecznictwa międzynarodowego w kontekście wojny

powietrznej w okresie II wojny światowej, prowadzona przez największe autorytety doktryny. Od chwili przyjęcia w 1977 roku przepisów PD I następuje skokowy wzrost liczby opracowań współcześnie uznanych ekspertów *ius in bello*.

Oprócz działań indywidualnych ekspertów warto zwrócić uwagę na podejmowane działania na gruncie stowarzyszeń czy też grup badaczy prawa międzynarodowego. Chronologicznie pierwsze takie inicjatywy zostały podjęte przez Instytut Prawa Międzynarodowego, który szeroko dyskutował nad zagadnieniem wojny powietrznej jeszcze w okresie bezpośrednio poprzedzającym jej pojawienie się jako metody prowadzenia działań wojennych¹⁶⁶. Drugą tego typu organizacją o charakterze naukowym było Stowarzyszenie Prawa Międzynarodowego, które przygotowywało własne rezolucje zarówno przed II wojną światową, jak i w latach powojennych¹⁶⁷. Trzecią niezwykle cenną inicjatywą było utworzenie w ramach Uniwersytetu Harvarda specjalnej grupy badawczej, która w 2009 roku sporządziła instrukcję prawa międzynarodowego obowiązującego w wojnie powietrznej i rakietowej. Szczególnie ta ostatnia inicjatywa, równoległe z podjętym w 1994 roku opracowaniem Instytutu Międzynarodowego Prawa Humanitarnego z San Remo w przedmiocie wojny morskiej oraz w 2005 roku Studium zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego jest wyrazem trendu ostatnich lat dokonywania gruntownych opracowań o charakterze kodyfikacji norm o charakterze zwyczajowym, które z pewnością uzyskały znaczną popularność naukową. W. H. Boothby porównał powyższe dokumenty w swym znaczeniu do omawianej na gruncie niniejszej pracy Deklaracji brukselskiej z 1874 roku (która bezpośrednio posłużyła za wzór prac I i II konferencji pokojowej w Hadze w latach 1899 i 1907) jako wyraz użytecznego spojrzenia ekspertów na aktualny stan prawa, ale niebędących jednocześnie prawem *per se*¹⁶⁸. M. N. Schmitt analizując powyższą aktywność ekspertów, wskazuje, że funkcja kreowania „przekonania o zgodności danego postępowania/praktyki z prawem międzynarodowym” została przejęta przez państwa na rzecz podmiotów niepaństwowych – takich jak MKCK, organizacje pozarządowe czy też samych badaczy *ius in bello*¹⁶⁹. Pomimo przekonującego charakteru tych opracowań i faktu ich powszechnej aprobaty należy pamiętać, że *opinio iuris* jest wciąż związane immanentnie z zachowaniem państw.

166 L'Institut de Droit International utworzony w 1873 roku w Gent, Belgia, otrzymał w 1904 roku pokojową nagrodę Nobla.

167 International Law Association utworzony w 1873 roku w Brukseli, Belgia.

168 W. H. Boothby, *The Law of Targeting*, Oxford 2012, s. 28.

169 „Instead, we simply lament the fact that States, perhaps without even realizing they have been doing so, are ceding control over the content, interpretation, and development of IHL to others. Greater sensitivity on the part of States to the centrality of expressing *opinio iuris* to law formation and interpretation appears merited”. M. N. Schmitt, S. Watts, *The Decline of International Humanitarian Law Opinio Iuris and the Law of Cyber Warfare*, „Texas International Law Journal” 2015, vol. 50, s. 230.

W latach 2004–2009 eksperci oraz badacze międzynarodowego prawa humanitarnego pod przewodnictwem prof. Yorama Dinstein skupieni wokół ośrodka akademickiego w Harvardzie przygotowali tzw. instrukcję prawa międzynarodowego obowiązującą w wojnie powietrznej i rakietowej¹⁷⁰. Wśród bardziej znanych ekspertów uczestniczących w pracach nad tworzeniem dokumentu warto wymienić: W. Boothby'ego, M. Bothe, O. Bringa, C. J. Dunlapa, W. Heintschela von Heinegga, F. Kalshovena, W. H. Parksa, M. Schmitta, Y. Sandoza, M. Sassòli, K. Watkina, N. Ronzittiego – czyli czołowych przedstawicieli doktryny prawa międzynarodowego. Bezpośrednim czynnikiem wpływającym na rozpoczęcie prac nad przeglądem prawa wojny powietrznej na przełomie XX i XXI wieku był brak kompleksowego opracowania zagadnienia, brak ratyfikacji przepisów PD I przez pewne państwa, konieczność aktualizacji zwyczajowego prawa międzynarodowego wynikającego z treści Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku w świetle najnowszych zdobyczy techniki, a w szczególności pojawienia się technologii rakietowej oraz bezzałogowych statków powietrznych¹⁷¹. Luka w doktrynie prawa międzynarodowego w powyższym zakresie ujawniła się podczas prac nad tzw. instrukcją z San Remo w 1995 roku. W przedmowie dokumentu podniesiono, że pomimo istnienia zasad wynikających z najbardziej znanych zbiorów międzynarodowego prawa humanitarnego w postaci czterech Konwencji genewskich z 1949 roku oraz PD I, z których część zawiera normy odnoszące się do prawa wojny powietrznej, nie odnoszą się one do wielu istotnych aspektów prowadzenia operacji powietrznych.

Wskazano, że pomiędzy tzw. instrukcją z San Remo z 1995 roku a tzw. Instrukcją harwardzką z 2009 roku istnieje podobieństwo w kontekście ich wartości normatywnej, podnosząc, że wyłącznym zamiarem pomysłodawców było opisanie reguł już istniejących i rozpoznanych jako część zwyczajowego prawa międzynarodowego bądź mających odbicie w traktach prawa międzynarodowego (*lex lata*), z wszystkimi jego słabościami oraz niejasnościami. Instrukcja w zamyśle twórców nie jest próbą wskazania pożądanego kierunku rozwoju prawa wojny powietrznej (*lex ferenda*)¹⁷². I. Henderson potwierdza, że instrukcję harwardzką można odczytywać jedynie jako zapis aktualnie funkcjonującej architektury prawa zwyczajowego¹⁷³. W ramach projektu konsultowano tezy instrukcji z przedstawicielami nauki, MKCK oraz państw (Szwajcarii, Australii, Norwegii, Niemiec, Belgii oraz Kanady) z zastrzeżeniem, że opinia przedstawicieli państw nie jest w żaden sposób wyrazem poglądów rządów, które przyłączyły się do prac eksperckich. M.N. Schmitt komentujący tzw. instrukcję harwardzką wskazuje, że ma

170 HPCR, *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, The Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University 2009.

171 *Ibidem*, s. 51.

172 *Ibidem*, s. 51–52.

173 I. Henderson, *Manual of International Law Applicable to Air and Missile Warfare: A Review*, „Military Law and the Law of War Review” 2010, vol. 49, s. 170.

ona charakter niewiążący, ale mimo tego służy państwom oraz badaczom jako przegląd norm prawa zwyczajowego obowiązującego w wojnie powietrznej¹⁷⁴. W podobnym duchu wypowiada się C. Bruderlein, podnosząc, że reguły znajdujące się w dokumencie nie mogą być traktowane jako źródło prawa międzynarodowego w rozumieniu art. 38 Statutu MTS¹⁷⁵. Recepcja instrukcji harwardzkiej w doktrynie prawa międzynarodowego jest pozytywna, m.in. chwalona jest więźła i logiczna struktura dokumentu¹⁷⁶.

6. Międzynarodowe standardy ochrony praw człowieka jako źródło prawa wojny powietrznej

Obowiązywanie międzynarodowej ochrony praw człowieka w konflikcie zbrojnym jest historycznie zagadnieniem późniejszym w stosunku do międzynarodowego prawa humanitarnego, będącym efektem podjęcia szerokiej dyskusji nad prawami człowieka po II wojny światowej. Efektem tych działań było przyjęcie wielu fundamentalnych dokumentów praw człowieka po 1945 roku w postaci europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (EKPC) z 1950 roku, Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych (MPPOP) z 1966 roku, Amerykańskiej konwencji praw człowieka (AKPC) z 1969 roku. Traktaty praw człowieka za swój fundament przyjmują ochronę prawa do życia jako prawa tzw. pierwszej generacji¹⁷⁷. Artykuł 2 EKPC stanowi, że docelowo ma ono wymiar nieograniczony z wyjątkiem działania w ramach samoobrony (art. 2 ust. 2 lit. a), wykonania zgodnego z prawem zatrzymania bądź uniemożliwienia uciecz-

174 M. N. Schmitt, *Air Warfare*, [w:] A. Clapham, P. Gaeta (red.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford 2014, s. 125.

175 „In doing so, HPCR hopes that the AMW Manual will facilitate the dissemination of an authoritative set of rules reflecting international law as perceived and discussed among these experts. It is hoped that the rules of the AMW Manual will not only find their way into national legislation and formal military codes, but also inform legal debates on the application of IHL to contemporary armed conflicts. Evidently, such an ambitious exercise is also subject to critique. The development of technical manuals restating existing norms of international law sits uneasily with the traditional sources of public international law. Neither doctrinal work, nor a proper technical assessment of general practice and opinion juris of states, the rules of the AMW Manual do not amount to a recognized source of international law as listed under the Statute of the International Court of Justice”. C. Bruderlein, *Introduction*, „Texas Journal of International Law” 2011–2012, vol. 47, s. 262.

176 C. J. Dunlap, *Law of War Manuals and Warfighting: A Perspective*, „Texas Journal of International Law” 2011–2012, vol. 47, s. 266–267.

177 H. V. Conde, *A Handbook of International Human Rights Terminology*, Lincoln 2004, s. 90.

ki osoby pozbawionej wolności zgodnie z prawem (art. 2 ust. 2 lit. b), legalnych działań podjętych zgodnie z prawem w celu stłumienia zamieszek lub powstania (art. 2 ust. 2 lit. c)¹⁷⁸. Należy zaznaczyć, że przepis nie stanowi w tej mierze o wyłączeniu wynikającym z prowadzenia działań wojennych i ewentualnego pozbawienia życia jako efektu będącego wynikiem zgodnego z *ius in bello* przypadku użycia siły. Takie rozwiązanie można odnaleźć w ramach dyspozycji art. 15 EKPC, który zezwala w sytuacji wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego na derogowanie pewnych zobowiązań wynikających z Konwencji¹⁷⁹. Europejskie rozwiązanie nie ma jednakże charakteru powszechnego w innych dokumentach praw człowieka. Podnieść należy, że MPPOP w art. 4 ust. 2 stanowi, że nawet w razie wyjątkowego niebezpieczeństwa publicznego ochrona wynikająca z treści art. 6 (stanowiącego o prawie do życia) ma wymiar bezwzględny, tj. niederogowany w żadnych okolicznościach. Podobnie AKPC w art. 27 ust. 2 określa, że w przypadku wojny, niebezpieczeństwa publicznego lub innego niebezpieczeństwa nie istnieje możliwość wyłączenia stosowania art. 4 AKPC stanowiącego o prawie do życia.

Należy zwrócić uwagę, że art. 2 EKPC to nie tylko obowiązek o wymiarze negatywnym (rozumiany jako zakaz pozbawiania życia), ale także w pierwszej kolejności zbiór wielu obowiązków o charakterze pozytywnym. Do tych drugich należy zaliczyć m.in. tworzenie odpowiednich procedur i standardów ochrony życia. Wymiar tych zadań został ukształtowany w drodze orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC). Podnieść należy, że w istocie w reżimie EKPC użycie siły jest poddane tzw. paradygmatowi funkcjonariusza (*law enforcement*), w którym docelowo akt pozbawienia życia drugiego człowieka musi mieć wymiar a) bezwzględnie konieczny¹⁸⁰, b) ostateczny¹⁸¹ c) niearbitralny (tj. niebędący wynikiem nadużycia)¹⁸². W kontekście konfliktu zbrojnego przesłanki użycia siły

178 H. Russel podnosi, że nie można mówić o art. 2 EKPC jako przepisie absolutnym, gdyż w istocie od normy o tym charakterze nie powinno być jakichkolwiek odstępstw. H. Russell, *The Use of Force and Article 2 of the ECHR in Light of European Conflicts*, Oregon 2017, s. 16.

179 C. Droge, *The Interplay...*, s. 318.

180 „The deliberate or intended use of lethal force is only one factor, however, to be taken into account in assessing its necessity. Any use of force must be no more than ‘absolutely necessary’ for the achievement of one or more of the purposes set out in sub-paragraphs (a) to (c)”. Wyrok ETPC z 27 czerwca 2000 roku, *Ilhan v. Turcja*, sygn. 22277/93, HUDOC, s. 74.

181 „Accordingly, and with reference to Article 2 § 2 (b) of the Convention, the legitimate aim of effecting a lawful arrest can only justify putting human life at risk in circumstances of absolute necessity. The Court considers that in principle there can be no such necessity where it is known that the person to be arrested poses no threat to life or limb and is not suspected of having committed a violent offence, even if a failure to use lethal force may result in the opportunity to arrest the fugitive being lost”. Wyrok ETPC z 6 lipca 2005 roku, *Nachova i inni v. Bułgaria*, sygn. 43577/98 43579/98, HUDOC, s. 95.

182 „Unregulated and arbitrary action by State agents is incompatible with effective respect for human rights. This means that, as well as being authorised under national law, policing operations must be sufficiently regulated by it, within the framework of a system of adequate and effective safeguards against arbitrariness and abuse of force”. Wyrok ETPC z 20 grudnia 2004

śmiercionośnej są zupełnie inne, gdyż *prima facie* bazują wyłącznie na statusie danej osoby jako kombatanta/osoby bezpośrednio biorącej udział w działaniach zbrojnych. Stosowanie praw człowieka nie ustaje w warunkach konfliktu zbrojnego. W opinii doradczej z 2004 roku w sprawie prawnych konsekwencji ustanowienia muru na okupowanych terytoriach palestyńskich MTS zwrócił uwagę, że pewne sytuacje w obrębie konfliktu zbrojnego mogą być przedmiotem regulacji wyłącznie praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego bądź obydwie regulacje mogą mieć zastosowanie¹⁸³. Warto w tej mierze przytoczyć stanowisko Komitetu Praw Człowieka w ramach tzw. ogólnego komentarza do art. 6 MPPOP, w którym podniesiono, że „obydwie sfery (tj. prawa praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego) mają charakter komplementarny, a nie wzajemnie się wykluczający”. Jak zwrócono uwagę na forum KPM, harmonizacja prawa międzynarodowego jest zjawiskiem pożądanym i powinna być pierworzędną drogą interpretacji stanów faktycznych, wobec których dochodzi do rzeczywistego zbiegu różnych ocen zawartych w różnych normach prawa międzynarodowego, jednakże nie może przekraczać granic kolizji obowiązków¹⁸⁴. Może powodować to jednakże istnienie ewidentnej sprzeczności wynikającej z absolutnego standardu ochrony życia funkcjonującego na gruncie art. 2 EKPC czy art. 6 MPPOP oraz art. 4 AKPC z przepisami międzynarodowego prawa humanitarnego, w świetle których za całkowicie legalne uznane jest pozbawienie życia kombatanta¹⁸⁵. Wydaje się w związku z powyższym, że ujęcie komplementarne przeważa w doktrynie prawa międzynarodowego jako bardziej zasadne i mające umocowanie we wspomnianej wyżej zasadzie harmonijności prawa międzynarodowego¹⁸⁶. Powyższy pogląd pojawia się także na gruncie orzecznictwa ETPC¹⁸⁷.

roku, *Makaratzis v. Grecja*, sygn. 50385/99, HUDOC, s. 58. Przeciwnieństwem paradygmatu *law enforcement* (funkcjonariusza państwowego) jest paradygmat *hostilities* (starcia zbrojnego). Zob. więcej E. Lieblich, *Quasi-Hostile Acts: The Limits on Forcible Disruption Operations under International Law*, „Boston University International Law Journal” 2014, vol. 32, s. 111–116.

183 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, para. 106.

184 Report of the Study Group of the International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law*, International Law Commission, Fifty-eighth Session, 2007, A/CN.4/L.682, para. 42.

185 „The idea of this approach is that the two bodies of law, IHL and HRL, can apply concurrently during armed conflict, but where there is actual conflict between norms of those bodies of law, and incompatible obligations are thrust onto states, the more specific rule will prevail as the norm to be followed by the state thereby pre-empting the more general rule with regards to the specific area of conflict only”. R. E. Vorhees, *Compensating Terrorists for Torture: An Anomalous Outcome under International Humanitarian Law*, „The Air Force Law Review” 2016, vol. 75, s. 24.

186 V. Koutroulis, *The Application of International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situation of Prolonged Occupation: Only a Matter of Time?*, „International Review of the Red Cross” 2012, vol. 94, s. 196.

187 Wyrok z 13 grudnia 2011 roku, *Gruzja v. Rosja*, sygn. 38263/08, para. 72.

Wydaje się, że pewnym mechanizmem bezpieczeństwa w tej mierze jest jednakże odniesienie do poglądu wyrażonego na tle orzecznictwa MTS, w postaci przyjęcia reguły kolizyjnej *lex specialis*¹⁸⁸. Po raz pierwszy potwierdził to MTS w opinii doradczej dotyczącej legalności użycia bądź groźby użycia broni atomowej, gdzie zwrócił uwagę, że ocena, czy pozbawienie życia ma charakter arbitralny w świetle art. 6 MPPOP, powinna być tylko i wyłącznie dokonana przez odniesienie się do międzynarodowego prawa humanitarnego, a nie przepisów Międzynarodowego Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich¹⁸⁹. Z kolei ogólny komentarz do art. 6 MPPOP zwraca uwagę, że użycie siły śmiertelnej w warunkach konfliktu zbrojnego, zgodnie z zasadami określonymi przepisami międzynarodowego prawa humanitarnego, nie stanowi arbitralnego pozbawienia życia¹⁹⁰. Z kolei praktyki niezgodne z przepisami *ius in bello*, takie jak ataki przeciwko ludności cywilnej, ataki bez rozróżnienia, operacje przeprowadzone bez uwzględnienia tzw. aktywnych środków ostrożności w celu wyłączenia przypadkowych strat wśród ludności cywilnej, są jednocześnie traktowane jako sprzeczne z art. 6 MPPOP. Komentarz zwraca uwagę na potrzebę ujawnienia zasad rządzących użyciem siły w ramach konfliktu zbrojnego, w szczególności procesu identyfikacji celów wojskowych bądź osób bezpośrednio biorących udział w walkach zbrojnych, a także wskazania możliwości użycia środków o charakterze nieśmiertelnym w celu osiągnięcia tej samej korzyści wojskowej. Amerykański Trybunał Praw Człowieka na gruncie sprawy Las Palmeras w kontekście międzynarodowego konfliktu zbrojnego przyjął, że „w czasie konfliktu zbrojnego nieprzyjaciół może być zabity w sposób legalny bądź nie [...] AKPC nie zawiera jednak narzędzi do oceny powyższej sytuacji i niezbędne jest w tej mierze posłużenie się relewantnymi przepisami Konwencji genewskiej z 1949 roku”¹⁹¹. Podobny schemat AKPC zastosowała w kontekście sprawy Abella, gdzie badano okoliczność ataku rebeliantów na argentyńską bazę wojskową¹⁹².

188 „The *lex specialis* character of international humanitarian law is nevertheless essential. In certain circumstances human rights law cannot be considered; for example a combatant who, within the scope of a lawful act during an armed conflict, kills an enemy combatant cannot, according to *jus in bello*, be charged with a criminal offence”. H. J. Heintze, *On the Relationship between Human Rights Law Protection and International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross” 2004, vol. 86, s. 797.

189 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, para. 2.

190 „Uses of lethal force authorized and regulated by and complying with international humanitarian law are, in principle, not arbitrary”. *General comment No. 36 on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, Revised draft prepared by the Rapporteur, para. 67.

191 Inter-American Court of Human Rights, *Las Palmeras Case*, Preliminary Objections, February 4, 2000, para. 28.

192 „Specifically, when civilians, such as those who attacked the Tablada base, assume the role of combatants by directly taking part in fighting, whether singly or as a member of

O ile orzecznictwo MTS ma dość jasne brzmienie w kontekście negatywnego obowiązku wynikającego z treści art. 2 EKPC, o tyle pojawia się problematyczna kwestia związana ze stosowaniem pozytywnych obowiązków państwa w konflikcie zbrojnym. Przykładem tego jest chociażby ocena, czy pomimo stwierdzenia, że dana osoba może być przedmiotem ataku wojskowego, to i tak nie uruchamiają się pozostałe obowiązki wynikające z proporcjonalności czy niezbędności użycia przemocy o charakterze śmiertelnościowym. Pomimo dość jasnego przekazu wynikającego z opinii doradczych MTS, istotną „erozją” powyższego poglądu są konkluzje wynikające z treści orzecznictwa ETPC w serii tzw. spraw czeczeńskich związanych z interwencją armii rosyjskiej w brutalny konflikt w latach 1996–2000. Podkreślić należy, że kwalifikacja tzw. I wojny w Czeczenii stanowiła zdaniem rosyjskiego trybunału konstytucyjnego niem międzynarodowy konflikt zbrojny w rozumieniu PD II z 1977 roku¹⁹³.

W sprawie Isayeva ETPC badał stan faktyczny związany z bombardowaniem lotniczym, które miało miejsce 4 lutego 2000 roku w miejscowości Katyr-Yurt przez rosyjskie samoloty szturmowe, za pośrednictwem bomb typu FAB-250 i FAB-500, które doprowadziły do śmierci ludności cywilnej. Trybunał dostrzegł, że sytuacja w Czeczenii mogła zmuszać Federację Rosyjską do podjęcia nadzwyczajnych środków związanych z podjęciem represji przeciwko rebelii, także związanych z rozmieszczeniem lotnictwa bojowego jako uprawnionego w świetle art. 2 ust. 2 EKPC. Trybunał wskazał, że maszyny bojowe dokonywały ataku powietrznego z użyciem broni powietrze – ziemia o charakterze niekierowanym o zasięgu oddziaływania wynoszącym ok. 1000 metrów – uznając, że dowodzący operacją powinni przewidzieć niebezpieczeństwo wykorzystania środków tego typu w operacjach bojowych prowadzonych w obszarach zurbanizowanych. W dalszej części ETPC podniósł, że „wykorzystanie środków tego typu poza okresem wojny, w obrębie terenu zamieszkanego oraz bez próby podjęcia ewakuacji ludności cywilnej jest niedopuszczalne w świetle standardu *law-enforcement* w demokratycznym społeczeństwie”, podkreślając, że użycie środków mogących razić bez rozróżnienia nie daje się pogodzić ze standardami wymaganymi od funkcjonariuszy państwa-strony Konwencji. Na podjęcie przez ETPC rozważań tego typu wpłynęły także brak złożenia przez Federację Rosyjską uprzedniej derogacji w trybie art. 15 EKPC i decyzja ETPC o dokonaniu „rewizji sprawy w oparciu o standardowe tło prawne” (tj. obowiązujące w warunkach pokoju), w której Trybunał uznał, że

a group, they thereby become legitimate military targets. As such, they are subject to direct individualized attack to the same extent as combatants. Thus, by virtue of their hostile acts, the Tablada attackers lost the benefits of the above mentioned precautions in attack and against the effects of indiscriminate or disproportionate attacks pertaining to peaceable civilians”. Inter-American Commission on Human Rights, *Abella v. Argentina (Tablada Case)*, CDH 3398, November 18, 1997, para. 189.

193 P. Gaeta, *The Armed Conflict in Chechnya before the Russian Constitutional Court*, „European Journal of International Law” 1996, vol. 7, s. 567–570.

w przypadku operacji bojowej podjętej w Katyr-Yurt Federacja Rosyjska powinna zachować „równowagę pomiędzy celami oraz środkami zmierzającymi do osiągnięcia celu”¹⁹⁴.

Rozstrzygnięcie Trybunału strasburskiego wydaje się trudne do interpretacji – EKPC bez wątpienia posłużył się pojęciami charakterystycznymi dla międzynarodowego prawa humanitarnego, jednakże zdecydowanie odmówił możliwości oceny sytuacji w Czeczenii z perspektywy innej niż paradygmat *law-enforcement*, krytykując dobór środków użytych podczas operacji bojowej, ponadto zwracając uwagę, że nastąpiło to „poza czasem wojny”. Wydaje się to stwierdzeniem niemającym większych podstaw faktycznych oraz prawnych w świetle okoliczności konfliktu na terenie Czeczenii. Odwołanie do standardu użycia siły obowiązującego w warunkach pokoju *prima facie* powoduje zasadnicze trudności interpretacyjne i jest w wyraźnej opozycji do ustaleń poczynionych przez AKPC w sprawach Las Palmeras czy Abella. Problematiczne także jest nieodwołanie się do argumentacji strony rosyjskiej podnoszącej obecność bojowników czeczeńskich w obrębie miejscowości i przez to brak wskazania odniesienia się do reguły proporcjonalności obowiązującej na gruncie międzynarodowego prawa humanitarnego. Drugim orzeczeniem będącym pokłosiem wojny w Czeczenii i bombardowania powietrznego był wyrok zapadły w sprawie Esmukhabetov v. Rosja, dotyczący bombardowania z 12 września 1999 roku przez SU-25 należącego do lotnictwa wojskowego Rosji. Trybunał wywiódł, że poprzez wykonanie uderzenia powietrznego z użyciem ciężkiej amunicji wykorzystywano rażąco nieproporcjonalny środek w stosunku do możliwości przeprowadzenia legalnego aresztowania, a w szczególności już na etapie planowania nie wykazano należytej ostrożności w ocenie skutków ataku także względem osób, przeciwko którym te środki były przeznaczone¹⁹⁵. Trybunał m.in. żądał przedstawienia przez rząd Federacji Rosyjskiej dowodu świadczącego o dokonaniu zatrzymań bojowników czeczeńskich. Powyższy pogląd wydaje się dalej idący niż w przypadku orzeczenia w sprawie Isayeva, zmierza bowiem do przyjęcia, że także potencjalne legalne cele wojskowe w ramach konfliktu zbrojnego o charakterze niemiędzynarodowym w postaci osób bezpośrednio uczestniczących w działaniach zbrojnych mogą być przedmiotem ochrony wynikającej z art. 2 EKPC, co wydaje się *prima facie* sprzeczne z traktowaniem międzynarodowego prawa humanitarnego jako *lex specialis*. Tym bardziej że w żadnej ze spraw czeczeńskich ETPC w żaden sposób nie odwołał się do międzynarodowego prawa humanitarnego.

Pogląd ETPC wyodrębniony w sprawach czeczeńskich może wskazywać na powstanie quasi-hybrydowego reżimu odnoszącego się do prowadzenia działań powietrznych w warunkach niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego, który zakazuje masowego użycia pocisków o charakterze bez różnienia, tym samym wprowadzając

194 Wyrok z 24 lutego 2005 roku, *Isayeva v. Rosja*, sygn. 57950/00, HUDOC, para. 186–191.

195 Wyrok z 29 marca 2011 roku, *Esmukhambetov v. Rosja*, sygn. 23445/03, HUDOC, para. 146.

obowiązek doboru prawidłowego typu uzbrojenia¹⁹⁶. Innym nakazem jest stosowanie uprzedniego ostrzeżenia oraz brak obecności wysuniętych obserwatorów (tzw. FOC – *forward air controllers*), którzy korygowali na bieżąco sytuację naziemną.

Międzypaństwowy Trybunał Praw Człowieka w sprawie dotyczącej ataku helikoptera kolumbijskich sił powietrznych na wioskę Santo Domingo, który miał miejsce 13 grudnia 1998 roku, próbował połączyć standardy międzynarodowego prawa humanitarnego odnoszące się do stosowania środków ostrożności wskazanych na gruncie art. 57 ust. 2 PD I i pozytywne obowiązki państwa wynikające z art. 4 AKPC¹⁹⁷. Odnosząc się do samego aktu bombardowania, podkreślił, że fakt zrzućenia bomby na obszar zaludniony bez względu na obecność ludności cywilnej jest naruszeniem zasad ostrożności wynikającym z przepisów *ius in bello*¹⁹⁸. Jednakże stosowanie reguły proporcjonalności przez MTPC wydaje się obarczone fundamentalnym błędem. Trybunał uznał bowiem, że argumentacja związana z domniemaną obecnością bojówek FARC (Rewolucyjne Siły Zbrojne Kolumbii) w obrębie miejscowości Santo Domingo nie może usprawiedliwiać poniesionych strat cywilnych, ponieważ w istocie „przedmiotem ataku nie były cele wojskowe”, zupełnie pomijając, że perspektywa art. 51 ust. 5 pkt b i art. 57 ust. 2 PD I nakazuje, aby dokonać analizy prospektywnej¹⁹⁹.

Z drugiej jednak strony Trybunał Strasburski w orzeczeniach w sprawach *Korbely v. Węgry* oraz *Hassan v. Zjednoczone Królestwo* odniósł się wprost do dokumentów międzynarodowego prawa humanitarnego. W sprawie węgierskiej stosując wprost tzw. wspólny art. 3 dla Konwencji genewskich z 1949 roku, ocenił prawidłowość wyroku sądu węgierskiego w przedmiocie uznania skarżącego za winnego zbrodni

196 W. Abresch, *A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya*, „The European Journal of International Law” 2005, vol. 15, s. 760–768. „The massive use of indiscriminate weapons stood in flagrant contrast to this aim and could not be considered compatible with the standard of care prerequisite to an operation of this kind involving the use of lethal force by State agents”. Wyrok z 15 października 2015 roku, *Abakarova v. Rosja*, sygn. 16664/07, HUDOC, para. 87.

197 „In this case, by using IHL as a supplementary norm of interpretation to the treaty-based provisions, the Court is not making a ranking between normative systems, because the applicability and relevance of IHL in situations of armed conflict is evident. This only means that the Court can observe the regulations of IHL, as the specific law in this area, in order to make a more specific application of the provisions of the Convention when defining the scope of the State's obligations”. Amerykański Trybunał Praw Człowieka, wyrok z 30 listopada 2012 roku, *Santo Domingo Massacre v. Colombia*, para. 24, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_ing.pdf (dostęp: 28.10.2020).

198 *Ibidem*, para. 229.

199 „Consequently, the Court considers that it is not appropriate to analyze the launch of the said device in light of the principle of proportionality, because an analysis of this type would involve determining whether the deceased and injured among the civilian population could be considered an «excessive» result in relation to the specific and direct military advantage expected if it had hit a military objective, which did not occur in the circumstances of the case”. *Ibidem*, para. 215.

przeciwko ludzkości²⁰⁰. Ważne uwagi związane ze wzajemnym powiązaniem *ius in bello* oraz praw człowieka zostały poczynione na gruncie sprawy Hassan v. Zjednoczone Królestwo. Trybunał podniósł, że w sytuacjach krzyżowania się zakresów obydwu norm prawa człowieka mogą być stosowane poprzez optykę (*through the lens*) międzynarodowego prawa humanitarnego bądź też normy powinny być stosowane łącznie, uznając odniesienie się do *lex specialis* za dokonujące „zamglenia” dyskusji nad wzajemną interakcją obydwu reżimów prawa. W tej mierze ETPC uznał, że nie istnieje „jednolita reguła” rozwiązywania kolizji pomiędzy *ius in bello* i standardami ochrony praw człowieka oraz że wpływ jednej oraz drugiej regulacji ma charakter płynny i zależny od kontekstu i sytuacji – dając przykład dotyczący traktowania jeńców wojennych za zasadniczo poddany reżimowi międzynarodowego prawa humanitarnego, lecz „bez absolutnej podległości” prawom człowieka²⁰¹. W innym z kolei miejscu Trybunał wskazał, że okoliczności każdej sprawy (w domyśle każdego przypadku użycia siły zbrojnej w konflikcie zbrojnym) powinny podlegać rozważaniom z perspektywy obydwu reżimów, wskazał jednak dwie fundamentalne granice stosowania standardów ochrony praw człowieka w konflikcie zbrojnym: a) dostateczną spójność i przejrzystość praw człowieka oraz b) zastosowalność w praktyce pola walki²⁰². Orzeczenie w sprawie Hassan v. Zjednoczone Królestwo, mimo że nie rozwiązuje wszystkich zagadnień związanych z możliwymi kolizjami reżimów, wydaje się najbardziej zrównoważonym głosem orzecznictwa strasburskiego względem przypadków użycia siły w ramach konfliktu zbrojnego, będącym zwrotem w kierunku standardów określonych przez orzecznictwo APTC²⁰³. Spojrzenie na płaszczyźnie *lex specialis* należy rozumieć nie jako pełne zniwelowanie jednego reżimu kosztem drugiego, lecz szukanie punktów wspólnych dla obydwu reżimów w granicach przewidzianych okolicznościami i stanem faktycznym²⁰⁴. Z pewnością w zakresie oceny

200 Wyrok z 19 września 2008 roku, *Korbley v. Węgry*, sygn. 9174/02, HUDOC, para. 86–90.

201 Wyrok z 16 września 2014 roku, *Hassan v. Zjednoczone Królestwo*, sygn. 29750/09, HUDOC, para. 93–94.

202 *Ibidem*, para. 95.

203 M. Sassòli wskazuje na przykład stan faktyczny, w którym bojownik FARC (Rewolucyjne Siły Zbrojne Kolumbii) dokonuje zakupów w sklepie spożywczym położonym kilkaset kilometrów od strefy walk, w obszarze kontrolowanym przez rząd. M. Sassòli, L. M. Olson, *The Relationship between International Humanitarian and Human Rights Law Where It Matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-international Armed Conflicts*, „International Review of the Red Cross” 2008, vol. 90, s. 613.

204 „Both bodies of law must be given all due consideration: that the fullest possible effect should be given to both; that rules specifically designed for a particular subject matter or situation should be given special consideration and weight; and in the event of an actual collision of obligation, the most specific obligation will prevail (to the extent necessary) over obligations of a more general nature, including more general obligation which are of latter origin”. T. D. Gill, *Some Thoughts on the Relationship between International Humanitarian Law and International Human Rights Law: A Plea for Mutual Respect and a Common-Sense Approach*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2013, vol. 16, s. 258.

klasycznych działań zbrojnych, określone normami międzynarodowego prawa humanitarnego legalne metody i środki prowadzenia walki powinny być też traktowane jako dopuszczalne w świetle standardów ochrony praw człowieka – jako bardziej zdroworoządkowe i stworzone, by obowiązywać w ramach konfliktu zbrojnego²⁰⁵. W związku z tym akt pozbawienia życia w konflikcie zbrojnym zgodny z przepisami międzynarodowego prawa humanitarnego będzie także uprawniony w świetle art. 2 EKPC, art. 6 MPPOP i art. 4 AKPC – odmienna konkluzja i zastąpienie np. reguły proporcjonalności paradygmatem obowiązującym na gruncie praw człowieka o tej samej nazwie, lecz o innej treści może doprowadzić w istocie do niedopuszczalnego podważania legitymacji międzynarodowego prawa humanitarnego.

Należy zwrócić uwagę, że poważnym zagadnieniem w zakresie operacji powietrznych, zwłaszcza wykonywanych w ramach tzw. wojny z terrorem, jest kwestia eksterytorialnego stosowania EKPC poza europejską przestrzenią prawną. Fundamentalne orzeczenie dotyczące działań lotnictwa wojskowego zapadło na gruncie sprawy *Banković v. Belgia i inni*. Odnosiło się ono bezpośrednio do incydentu z 23 kwietnia 1999 roku, podczas którego siedziba stacji RTS (*Radio televizija Srbije*) została zbombardowana przez lotnictwo NATO (ocena legalności ataku znajduje się w dalszej części pracy). Orzekając o niedopuszczalności skargi, ETPC zwrócił uwagę, że ekstraterytorialne stosowanie EKPC jest wyjątkiem i może wystąpić jedynie wtedy (poprzez odwołanie się do orzecznictwa w sprawach tureckiej okupacji Cypru), gdy państwa wykonują efektywną kontrolę nad terytorium w drodze okupacji, zaproszenia bądź zgody danego państwa i poprzez wykonywanie uprawnień charakterystycznych dla rządu państwa-właściciela terytorium²⁰⁶. Trybunał podzielił pogląd pozwanych państw, wskazując, że sprawowanie kontroli nad przestrzenią powietrzną nie może być uznane za „efektywną kontrolę nad terytorium” w rozumieniu poprzednich wyroków ETPC i tym samym być podstawą do uruchomienia jurysdykcji określonej na gruncie art. 1 EKPC²⁰⁷. Warto zaznaczyć, że w późniejszych latach do modelu efektywnej kontroli nad

205 Zob. M. A. Hansen, *Preventing the Emasculation of Warfare: Halting the Expansion of Human Rights Law into Armed Conflict*, „Military Law Review” 2007, vol. 194, s. 1–65.

206 „Bearing in mind the object and purpose of the Convention, the responsibility of a Contracting Party may also arise when as a consequence of military action – whether lawful or unlawful – it exercises effective control of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration”. Wyrok z 23 marca 1995 roku, *Loizidou v. Turcja*, sygn. 15318/89, HUDOC, para. 62.

207 „As to their argument concerning the alleged control of the airspace over Belgrade by NATO forces, the Governments deny such control and, in any event, dispute that any such control could be equated with the territorial control of the nature and extent, identified in the above-cited judgments concerning northern Cyprus, which results in the exercise of effective control or of legal authority”. Decyzja o niedopuszczalności skargi z 12 grudnia 2001 roku, *Banković v. Belgia i inni*, sygn. 52207/99, HUDOC, para. 44, 76.

terytorium (*effective area control*) Trybunał stopniowo dodał w ramach innych orzeczeń schemat kontroli przez przedstawiciela państwa (*state agent authority control*)²⁰⁸ i w ramach orzeczenia w sprawie *Al-Skeini i inni v. Zjednoczone Królestwo* przyjął model hybrydowy poprzez połączenie powyższych łączników jurysdykcyjnych (*excercise control and authority over an individual*) – wskazując, że powinien on mieć wymiar fizyczny, uznając także, że Wielka Brytania sprawowała część uprawnień władczych nad południowym Irakiem²⁰⁹. W orzeczeniu w sprawie *Al-Jaloud v. Holandia* ETPC wskazał jednak, że nie jest już konieczny wymóg sprawowania określonych uprawnień charakterystycznych dla strony okupującej, a dostatecznym łącznikiem jurysdykcyjnym był fakt wystrzelenia pocisku przez żołnierza irackich sił porządkowych z broni palnej na punkcie kontrolnym, pomijając okoliczność, że Holandia w przeciwieństwie do Wielkiej Brytanii nie pełniła żadnej formalnej zwierzchności nad danym obszarem, ale była tylko jednym z kontyngentów działających w ramach sił stabilizacyjnych w Iraku. W tym zakresie dla Trybunału wystarczające było, że Holandia wykonywała czynności związane z zapewnieniem bezpieczeństwa na danym obszarze²¹⁰.

Pomimo powyższego trendu w orzecznictwie ETPC, zmierzającego do ciągłego poszerzania istniejących modeli jurysdykcyjnych, wydaje się w dalszym ciągu, że test efektywności kontroli przestrzeni powietrznej jako przesłanki eksterytorialnego stosowania EKPC, stworzony na gruncie sprawy *Banković*, jest wciąż ważny i *per se* stanowi, że bycie przedmiotem ataku powietrznego przez wojskowy statek powietrzny należący do danego państwa nie powoduje uruchomienia postanowień EKPC²¹¹. Powyższy wniosek jest uznawany za wiążący przez większość komentatorów i odnosi się np. do operacji powietrznych dokonywanych przez

208 Wyrok z 12 maja 2005 roku, *Ocalan v. Turcja*, sygn. 46221/99, HUDOC, para. 91.

209 „In these exceptional circumstances, the Court considers that the United Kingdom, through its soldiers engaged in security operations in Basra during the period in question, exercised authority and control over individuals killed in the course of such security operations, so as to establish a jurisdictional link between the deceased and the United Kingdom for the purposes of Article 1 of the Convention”. Wyrok z 7 lipca 2011 roku, *Al-Skeini v. Zjednoczone Królestwo*, sygn. 55721/07, HUDOC, para. 149; F. Naert, *The European Court of Human Rights' Al-Jedda and Al-Skeini Judgments: an Introduction and Some Reflections*, „Military Law and the Law of War Review” 2011, vol. 50, s. 316.

210 Wyrok z 20 listopada 2014 roku, *Jaloud v. Holandia*, sygn. 47708/08, HUDOC, para. 152. „The Court is satisfied that the respondent Party exercised its «jurisdiction» within the limits of its SFIR mission and for the purpose of asserting authority and control over persons passing through the checkpoint”.

211 „Mere fact of being the victim of an attack by bomber aircraft of a particular State did not suffice to bring a person within the jurisdiction of that State”. Wyrok z 20 listopada 2014 roku, *Jaloud v. Holandia*, sygn. 47708/08, HUDOC, para. 119. „The case dealt with NATO's bombardment of the Serbian Radio-Television station, a typical example of conduct of hostilities – as opposed to an occupation or detention situation. The Court took the view that such bombardments did not mean that the attacking states had jurisdiction within the meaning of Article 1 of the ECHR”. C. Droeghe, *The Interplay...*, s. 328.

państwa-członków Rady Europy na obszarze Bliskiego Wschodu przy założeniu, że siły lądowe tych państw nie sprawują nad danym obszarem efektywnej kontroli²¹². Warto zwrócić uwagę na istnienie poglądów, które podnoszą, że w istocie w niektórych rejonach przestrzeni powietrznej forma sprawowania kontroli, nie tylko poprzez fakt dominacji w powietrzu, lecz także wykorzystywanie środków wywiadowczych polegających na ciągłej inwigilacji celów, może być uznana za sprawowanie efektywnej kontroli²¹³. Jest to niezwykle interesujący pogląd, zważywszy na to, że największym aspektem problemowym wojny powietrznej była próba zastosowania do niej przepisów obowiązujących w wojnie lądowej. Test ten nie uwzględnia braku możliwości sprawowania kontroli bądź okupacji przez lotnictwo. Podobne poglądy są wyrażane przez specjalistów prawa międzynarodowego w odniesieniu do operacji morskich, gdzie obecność okrętów wojennych oraz lotnictwa może być traktowana jako ekstraterytorialne stosowanie traktatów ochrony praw człowieka na morzu poprzez realizowanie przesłanki efektywnej kontroli.

Istotny pogląd przedstawiono również na gruncie Afrykańskiej Karty Praw Ludów i Człowieka, odnosząc się do autonomicznych systemów bojowych (a także autonomicznych statków powietrznych), gdzie uznano, że wykorzystanie w działaniach zbrojnych pojazdów tego typu jest naruszeniem prawa do życia, jeżeli nie są poddane znaczącej ludzkiej kontroli²¹⁴.

212 G. Gaggioli, *Lethal Force and Drones: The Human Rights Question*, [w:] S. J. Barela (red.), *Legitimacy and Drones: Investigating the Legality, Morality and Efficacy of UCAVs*, Burlington 2015, s. 97.

213 F. Rosen, *Extremely Stealthy and Incredibly Close: Drones, Control and Legal Responsibility*, „Journal of Conflict and Security Law” 2014, vol. 19, s. 120–121.

214 „The use during hostilities of new weapons technologies such as remote controlled aircraft should only be envisaged if they strengthen the protection of the right to life of those affected. Any machine autonomy in the selection of human targets or the use of force should be subject to meaningful human control. The use of such new technologies should follow the established rules of international law”. African Commission on Human and Peoples’ Rights, *General Comment No. 3 on the African Charter on Human and People’s Rights: The Right to Life*, Banjul 2015, s. 15.

Rozdział III

Materialny zakres prawa wojny powietrznej

1. Uwagi wstępne

*De Belli ergo iure acturi, videndum habemus, quid bellum sit de quo quaeritur, quid ius quod quaeritur*¹ („Rozważając o prawach obowiązujących w wojnie, pierwszą rzeczą, na którą musimy zwrócić uwagę, jest zrozumienie, czym jest wojna”).

Hugo Grocjusz w swym dziele „O prawie wojny i pokoju” z 1625 roku zwrócił uwagę, że każdy traktat naukowy obejmujący rozważania nad prawami i obowiązkami walczących powinien rozpoczynać się od rozważań na temat definicji wojny, jako kluczowego zagadnienia przedmiotowego, określającego także zakres temporalnego i materialnego stosowania prawa międzynarodowego obowiązującego w warunkach zbrojnej interakcji pomiędzy zwaśnionymi stronami. Wojna powietrzna – z definicji jeden z możliwych wymiarów konfliktu zbrojnego – podlega generalnej obserwacji z perspektywy międzynarodowego prawa humanitarnego.

2. Wojna jako instytucja prawa międzynarodowego

Ulpian zanotował w swoim dziele „Instytucje”, że życie każdego narodu jest regulowane przez kodeksy i zwyczaje ustanawiane w ramach jego granic oraz przez prawa wspólne dla całego rodzaju ludzkiego. Prawa ustanowione przez dane państwo

¹ H. Grotius, *De Iure Belli Ac Pacis*, Leiden 1939, s. 22.

(*civitas*) są prawami cywilnymi, lecz prawo, które z natury wywodzi się z istoty człowieczeństwa, stosowane równo przez wszystkich, jest nazywane prawem narodów (*ius gentium*) i jest stosowane pomiędzy różnymi narodami².

Liwiusz w dziele „Dzieje Rzymu od założenia miasta” zanotował kilka przypadków, w których wprost odwoływano się do *ius gentium* w kontekście wojny³. Rzymski bohater Mucjusz został uwolniony przez wodza Etrusków Porsennę na podstawie prawa wojny (*iure belli liberum te intactum inviolatungue hinc dimitto*)⁴. Hermogeniusz, rzymski prawnik, który dokonał kodyfikacji ukazów cesarskich za czasów cesarza Dioklecjana, która następnie stała się podstawą Kodeksu cesarza Justyniana, wskazał, że termin *ius gentium* obejmował swoim zakresem w pierwszej kolejności wojnę⁵. W ten sposób już w okresie późnego Cesarstwa Rzymskiego przesądzono o zakwalifikowaniu wojny jako instytucji prawa *ius gentium*, oddzielając ją wyraźnie od innych kategorii prawa publicznego i prywatnego⁶.

3. Historyczne spojrzenie na definicję wojny

W okresie antycznym i nowożytnym nie zwracano w sposób znaczący uwagi na sformułowanie obowiązującej definicji wojny. Cyceon zaznaczył, że administracja państwowa powinna przestrzegać praw wojny, rozumianych jako forma in-

2 „Jus gentium is the law used by the various tribes of mankind, and there is no difficulty in seeing that it falls short of natural law, as the latter is common to all animated beings, whereas the former is only common to human beings in respect of their mutual relations”. *Digest of Justinian*, Cambridge 1904, s. 3. Podkreślić należy, że Jeremy Bentham zakwestionował adekwatność sformułowania „prawo narodów” z uwagi na brak dostatecznego powiązania rzymskiego pojęcia *ius gentium* ze stosunkami obowiązującymi pomiędzy państwami. *Ius gentium* obejmowało bowiem także zagadnienia związane z obrotem cywilnym pomiędzy obywatelami rzymskimi oraz cudzoziemcami. Bentham zaproponował w tej mierze autorską nazwę „prawo międzynarodowe”. J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Kitcher 2000, s. 236.

3 G. E. Sherman, *Ius Gentium and International Law*, „The American Journal of International Law” 1918, vol. 12, no. 1, s. 61.

4 „Odejdź skoroś poważył się na czyn bardziej nieprzyjacielski względem siebie samego niż względem mnie. Stawiłbym cię za twe bohaterstwo, gdyby to twoje męstwo było w służbie mojej ojczyzny. Teraz na mocy prawa wojennego puszczam cię wolno i zupełnie bez szkody”. Liwiusz, VIII [12], *Spisek przeciwko ustrojowi republikańskiemu, Wojna z Porsyną, Dzieje Rzymu od założenia miasta*.

5 „It was by this same jus gentium that war was introduced, nations were distinguished, kingdoms were established, rights of ownership were ascertained, boundaries were set to domains, buildings were erected, mutual traffic, purchase and sale, letting and hiring and obligations in general were set on foot, with the exception of a few of these last which were introduced by the civil law”. *The Digest of Iustinian (Instytucje Justyniana)*, On Justice and Law (I).

6 J. Westlake, *International Law*, Londyn 1904, s. 8.

terakcji werbalnej bądź siłowej⁷. Grocjusz uznawał, że sformułowanie Cyncerona określające wojnę jako stan interakcji zbrojnej jest zbyt wąskie i uznawał, że właściwym odniesieniem jest stan wrogości pomiędzy stronami, wskazując na etymologiczne pochodzenie słowa „wojna” (łac. *bellum*) od starszego sformułowania „pojedynek” (łac. *duellum*).

S. von Pufendorf badał głównie przyczyny słusznej wojny, zarówno w wymiarze ofensywnym (wykonanie słusznego roszczenia, jak i defensywnym (obrona przed nieusprawiedliwioną inwazją). Niemiecki badacz prawa międzynarodowego zwracał uwagę na formalne i nieformalne wojny, które nie mają umocowania najwyższej władzy w danym państwie. Dostrzegł także, że w pewnych sytuacjach walki mogą być prowadzone bez zgody władcy, zwłaszcza gdy dochodzi do agresji – wówczas załogi fortów granicznych mogą odpierać przemocą wroga, jednak nie powinny przenosić wojny na obce terytorium⁸.

C. van Bynkershoek wskazał, że w jego ocenie wojna to stan pojedynku toczącego się pomiędzy niezależnymi osobami, poprzez użycie przemocy w celu wyegzekwowania swoich praw. Dla holenderskiego zwolennika zasady wolności mórz słowo „pojedynek” jest stwierdzeniem charakteru wojny samej w sobie. Rywalizować mogą między sobą nie tylko podmioty prawa międzynarodowego, ale też osoby prywatne, pod warunkiem, że nie żyją w społeczeństwie. Van Bynkershoek reprezentował radykalny pogląd na zakres praw i obowiązków obowiązujących w konflikcie zbrojnym, uznając, że dopuszczalne w tym zakresie jest użycie każdego środka (*every force is lawful in war*)⁹. Z kolei E. De Vattel wskazał, że wojna to stan, w którym dochodzi do egzekwowania roszczeń siłą¹⁰.

Doktryna XIX-wieczna równolegle wraz z rozwojem zwyczajowego oraz traktatowego prawa konfliktów zbrojnych rozpoczęła studia nad definicją wojny. Dla

7 M. T. Cicero, *Cicero De Officiis*, Boston 1887, s. 11. Cynceron opisywał, że w rzymskim systemie prawnym prawo wojenne (rozumiane jako prawo do wejścia w stan wojny) było centralnym punktem zwyczajowego prawa dawnego Rzymu, w którym uznawano możliwość podjęcia działań wojennych tylko w przypadku a) formalnego żądania naprawienia szkód lub b) wyrażonej i formalnej deklaracji wojny. Dla Cyncerona sformułowanie *conduct of war* – czyli reguł prowadzenia walki zbrojnej – oznaczało prowadzenie wojny zgodnie z wymaganiami prawa rzymskiego w zakresie upoważnienia udzielonego żołnierzom Republiki przez jego władze. Jako przykład w tej mierze jest wskazywana osoba Katona Starszego, który odmówił dowodzenia legionami bez odnowienia swej przysięgi na wierność Rzymowi. Rzymianie uznawali, że prawa wojennego nie można stosować wobec barbarzyńców (z wyjątkiem Greków). Zdobycie w okresie Cesarstwa przez Rzym roli światowego hegemonu i władztwa nad całym cywilizowanym światem spowodowało, że nauka prawa wojennego przez prawników nie miała już znaczenia. Zob. więcej C. Phillipson, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, Londyn 1911, s. 195.

8 Zob. S. von Pufendorf, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo* 1682, Nowy Jork 1964.

9 C. van Bynkershoek, *Quaestiones Iuris Publici: A Treatise on the Law of War*, New Jersey 2008, s. 2.

10 E. de Vattel, *The Law of Nations, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Filadelfia 1844, s. 291.

J.-L. Klübera wojna to starcie pomiędzy państwami, z których jedno wykorzystuje siłę zbrojną do zdobycia danego prawa lub terytorium, a drugie się temu sprzeciwia. Wyróżniano w tej mierze wojny publiczne, prywatne, a także domowe – jako *bellum civil*. Klüber rozpoznał jako pierwszy różne rodzaje wojen ze względu na wymiary ich prowadzenia, wskazując na początku XIX wieku na istnienie wojny morskiej oraz lądowej¹¹. Co istotne, ówcześni specjaliści międzynarodowego prawa humanitarnego zmienili optykę spojrzenia na zjawisko wojny, uznając je w pierwszej kolejności za okoliczność faktyczną, zaprzestając także badania przyczyn wojny *per se* (H. W. Halleck, E. Creasy, G. B. Davis)¹². Powyższą charakterystykę konfliktu zbrojnego potwierdził T. J. Lawrence oraz L. Freiherr von Neuman, który jako pierwszy dokonał wyraźnego podziału pomiędzy wojną jako faktem oraz wojną jako konceptem prawnym (rozbudowana w tym znaczeniu przez F. von Liszt)¹³. Zaczęło również w sposób zdecydowany maleć znaczenie deklaracji wojny jak aktu o charakterze konstytutywnym, co potwierdzało orzecznictwo sądowe drugiej połowy XIX wieku. W kontekście zdobyczy wojennych powstałych na tle wojny secesyjnej w związku z blokadą przez flotę Unii portów Skonfederowanych Stanów Ameryki, w 1861 roku Sąd Okręgowy w Nowym Jorku odparł zarzut skarżących kwestionujących fakt znalezienia się Stanów Zjednoczonych w stanie wojny wskutek braku odpowiedniej notyfikacji, wskazując,

że nikt nie może twierdzić, że istnieje prawo to uruchomienia publicznej deklaracji wojny [...] służy ona tylko własnym obywatelom bądź poddanym. Deklaracje za pomocą oświadczeń, heroldów bądź nuncjuszy nie tworzą stanu wojny, a brak wydania deklaracji nie może kwestionować stanu jej istnienia bądź usprawiedliwienia, zwłaszcza w razie wojny o charakterze defensywnym¹⁴.

11 J.-L. Klüber, *Droit Des Gens Moderne de l'Europe*, Stuttgart 1819, s. 374–375.

12 H. W. Halleck, *International Law or Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War*, San Francisco 1861, s. 328; W. Manning, *Commentaries on the Law of Nations*, Londyn 1839, s. 96; E. Creasy, *First Platform of International Law*, Londyn 1876, s. 360; G. B. Davis, *The Elements of International Law, with an Account of its Origin Sources and Historical Development*, Nowy Jork 1908, s. 271–272.

13 T. J. Lawrence, *The Principles of International Law*, Boston 1900, s. 290 i n.; L. Freiherr von Neuman, *Grundriss des heutigen europäischen Völkerrechts*, Wien 1887; „Krieg ist der mit Waffengewalt geführte Kampf zweier oder mehrerer Staaten. Subjekte des Krieges und der dadurch begründeten Rechts- Verhältnisse können mithin nur souveräne Staaten als die selbständigen Träger völkerrechtlicher Berechtigungen und Verpflichtungen sein”. F. von Liszt, *Das Völkerrecht*, Berlin 1898, s. 207.

14 „No one can claim as a right that a public declaration of war shall be promulgated, unless it be the nation by whose government it is made; and then it serves only as a notice to their own citizens or subjects. The declaration by manifestoes, heralds, or nuncios does not constitute war, and the omission of the declaration can in no way impair its justness or efficacy, especially in a case of defensive war”. *The United States and Others vs. The Bark Hiawatha, Tackle and Cargo, as Prize of War*, U.S. Reports: Prize Cases, 67 U.S. (2 Black) 635 (1863).

Podobny stan faktyczny zawiśł w związku ze sporem dotyczącym pruskiego statku „Teutonia” – zamierzającego w przededniu wojny dostarczyć określone towary do portu we francuskiej Dunkierce – zatrzymanego przez władze brytyjskie w związku z błędną informacją o rozpoczęciu działań wojennych pomiędzy Francją a Prusami 16 lipca 1870 roku (formalne deklaracje zostały złożone 19 lipca 1870 roku). Na tle tej sprawy przed Izbą Lordów stwierdzono możliwość zaistnienia stanu wojny o charakterze *de facto* związanym z faktyczną okolicznością prowadzenia działań zbrojnych bez istnienia deklaracji wojny¹⁵.

Konsekwencją prawną wybuchu wojny dla XIX-wiecznej doktryny prawa międzynarodowego jest pojawienie się dwóch zasadniczych kategorii stron tego szczególnego sporu w stosunkach międzynarodowych w postaci walczących (*belligerents*) oraz neutralnych. Pomiędzy walczącymi stronami z chwilą zaistnienia stanu wojny następuje uruchomienie specjalnego reżimu, regulującego zakres dopuszczalnego szkodenia nieprzyjacielowi, jakim są normy i zwyczaje typu *ius in bello*. Strony wojujące otrzymują w tej mierze pewien zbiór charakterystycznych dla konfliktów zbrojnych praw – zwany przywilejem walczących (*belligerent privilege*). Drugim elementem jest pojawienie się szczególnej relacji pomiędzy państwami walczącymi a neutralnymi¹⁶. J. C. Bluntschli uznawał, że stan wojny wpływa na porządek prawny pomiędzy walczącymi oraz ich sojusznikami, status państw neutralnych, a także obowiązki i prawa personelu sił zbrojnych oraz ludności pozostającej na obszarze objętym działaniami wojennymi¹⁷. Należy zaznaczyć, że w świetle opinii prawników antycznych, nowożytnych oraz doktryny XIX-wiecznej zasadniczo klasyfikowano wojnę jako stan wrogości tylko pomiędzy państwami, tj. wojnę o charakterze międzynarodowym. Z definicji tej wyłączano wszelkie przejawy nieposłuszeństwa wobec władcy, czy także narodów znajdujących się pod okupacją. Jedynym wyjątkiem w tej mierze było zastosowanie tzw. instytucji uznania za stronę walczącą (*recognition of belligerency*), która zyskała pewną popularność w drugiej połowie XIX wieku.

4. Od „wojny” do „konfliktu zbrojnego”

Warto zwrócić uwagę, że z końcem XIX wieku i pierwszą połową XX wieku w historii stosunków międzynarodowych doszło do zaistnienia trzech okoliczności stwarzających obiektywne trudności w zdeterminowaniu stanu wojny w ujęciu klasycznym.

15 *Duncan v. Koster*, *The Teutonia* (1872) LR 4 PC 171; D. Wetzel, *A Duel of Giants: Bismarck, Napoleon III, and the Origins of the Franco-Prussian War*, Madison 2001, s. 179; J. Risley, *The Law of War*, Londyn 1897, s. 81.

16 T. A. Walker, *The Science of International Law*, Boston 1893, s. 243.

17 J. C. Bluntschli, *Das Moderne Kriegsrecht Der Zivilisierten Staaten*, Nordlingen 1878, s. 510 i n.

Pierwsze zagadnienie zostało zbadane przez W. Manninga, który w 1839 roku stwierdził, że istnieją w stosunkach międzynarodowych sytuacje, w których dochodzi do zaprzestania relacji o charakterze całkowicie pokojowym, ale jednocześnie nie kwalifikują się te sytuacje jako element toczącej się wojny¹⁸. Jako przykład wskazał różnego rodzaju represalia, krótkotrwałe środki tymczasowe o charakterze zbrojnym, gdy siła jest używana dla konkretnego celu i pod specjalnymi warunkami, gdzie nie ma stanu trwałej wrogości, lecz istnieje przejściowy stan przemocy¹⁹. Pierwszą okolicznością była praktyka państw okresu kolonialnego mająca miejsce na szeroką skalę w latach 1870–1914. Powszechną praktyką w tej mierze było podnoszenie przez ówczesne mocarstwa, że egzekwują uzasadnione represalia o charakterze zbrojnym, które nie mogą być traktowane jako element toczącej się wojny. Przykładem takiej sytuacji była chociażby interwencja Francji na Dalekim Wschodzie w latach 1884–1885, gdzie rząd francuski uznał, że zagrożenie jego interesów w Indochinach oraz Państwie Środka jest tzw. stanem represaliów, który obejmował regularne działania zbrojne związane z blokadami oraz bombardowaniami miast. W 1882 roku brytyjska flota zbombardowała Aleksandrię, wskazując oficjalnie, że nie prowadzi wojny przeciwko Egiptowi. Notorycznym obrazem polityki międzynarodowej w połowie XIX wieku było nakładanie blokady morskiej przez potęgi morskie wobec słabszych państw (Argentyna, Grecja, Wenezuela)²⁰. Szczególnym badaczem tego zjawiska był F. de Martens, a także J. Westlake, którzy wskazali, że powoduje to możliwość przyjęcia za krok wojenny jedynie aktu uznawanego w sposób subiektywny za taki²¹. Należy zwrócić uwagę, że nazywanie oczywistych wojen innymi sformułowaniami, np. „potyczka”, „interwencja” czy też „akcje porządkowe”, stało się szczególnie niepokojącym zjawiskiem w okresie poprzedzającym wybuch II wojny światowej. Przykładem powyższych wydarzeń może być seria starć na pograniczu japońsko-rosyjskim, której kulminacją była bitwa nad Chałchin-Goł w 1939 roku, gdzie straty obydwu stron wynosiły ok. 30 000 zabitych i rannych, a obydwa państwa pozostawały ze sobą w stosunkach dyplomatycznych, uznając tę okoliczność za „incydent” graniczny²².

18 W. Manning, *Commentaries on the Law of Nations...*, s. 94.

19 *Ibidem*, s. 95.

20 Pod koniec XIX wieku rząd Wenezueli odmówił zapłaty swych długów w stosunku do państw trzecich oraz odszkodowań względem obywateli państw europejskich. Na skutek tego floty brytyjskie i niemieckie zablokowały porty oraz rozpoczęły ostrzał przybrzeżnych portów. Incydent doprowadził do przyjęcia tzw. Konwencji Drago – Portera z 1907 roku (II Konwencja haska o ograniczeniu egzekwowania siłą zagranicznych zobowiązań). Zatoka La Plata była wielokrotnie blokowana w XIX wieku przez połączone floty brytyjsko-francuskie.

21 Zob. F. de Martens, *Traité de Droit International*, Paryż 1883; J. Westlake, *International Law*, Cambridge 1913, s. 2.

22 E. Goldstein, *Wars and Peace Treaties 1816–1991*, Nowy Jork 1992, s. 66–67. Incydent miał istotne znaczenie dla losów II wojny światowej, gdyż wpłynął na decyzje japońskiego kierownictwa polityczno-wojskowego o konieczności zmiany kierunku ekspansji z północnego na południowy.

Z kolei przykładem „interwencji humanitarnej” była japońska ekspedycja wojskowa w Chinach w latach 30. XX wieku, inwazja włoska na Etiopię w 1935 roku podjęta w celu „wykonania obowiązku zniesienia niewolnictwa” czy też agresja ZSRR na Polskę 17 września 1939 roku pod pretekstem „objęcia w ochronę ludności cywilnej zachodniej Ukrainy i Białorusi przed skutkami upadku Państwa Polskiego”²³. Powyższe okoliczności wyraźnie wskazują na tendencje niektórych państw do subiektywnego spojrzenia na to, czym jest wojna i wynikające z niej konsekwencje, w tym także względem norm typu *ius in bello*.

Następną problematyczną (zagadnienie drugie) sytuacją faktyczną była praktyka państw polegająca na jedynie formalnym pozostawaniu w stanie wojny, bez jednoczesnego prowadzenia działań wojennych. Zagadnieniu przyglądał się już w XVII wieku T. Hobbes, który uznawał wojnę za stan niepolegający zawsze na rzeczywistym „zmaganiu”, lecz „na widocznej do tego gotowości”²⁴. W okresie I i II wojny światowej problem ten dotyczył państw Ameryki Łacińskiej i Środkowej, które oficjalnie wypowiedziały wojnę państwom centralnym oraz członkom Osi, jednakże nie doszło w tej mierze do aktywnych działań zbrojnych pomiędzy tymi państwami²⁵. Komentujący powyższy stan faktyczny B. Singer uznał, że wojnę należy postrzegać także jako stan wrogości *per se*, który może nie być inherentnie związany z faktycznie toczącymi się działaniami zbrojnymi (podobnie W. Manning, który wskazywał, że brak aktywności zbrojnej nie powoduje możliwości wznowienia pokojowych relacji pomiędzy państwami)²⁶. Ponadto część rzeczywistych kroków zbrojnych może być traktowana jak akt wojny, który jednak wojną nie jest²⁷. Y. Dinstein z kolei uznawał powyższą sytuację jako wojnę w znaczeniu

23 S. Murphy, *Humanitarian Intervention – The United Nations in an Evolving World Order*, Filadelfia 1996, s. 60–62.

24 „Hereby it is manifest that during the time men live without a common power to keep them all in awe, they are in that condition which is called war; and such a war as is of every man against every man. For war consisteth not in battle only, or the act of fighting, but in a tract of time, wherein the will to contend by battle is sufficiently known: and therefore the notion of time is to be considered in the nature of war, as it is in the nature of weather. For as the nature of foul weather lieth not in a shower or two of rain, but in an inclination thereto of many days together: so the nature of war consisteth not in actual fighting, but in the known disposition thereto during all the time there is no assurance to the contrary. All other time is peace”. T. Hobbes, *Leviathan or the Matter, Forme, and Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*, Londyn 1651, s. 76.

25 W latach 1917–1918 wojnę państwom centralnym wypowiedziały Brazylia, Panama, Haiti, Honduras, Nikaragua, Kostaryka i Gwatemala. W okresie II wojny światowej na podstawie Deklaracji Narodów Zjednoczonych z 1 stycznia 1942 roku (zwanej także Deklaracją waszyngtońską) warunkiem przystąpienia do Narodów Zjednoczonych było m.in. wypowiedzenie wojny państwom Osi. R. Bartels, *From Ius in Bello to Ius Post Bellum: When do Non-International Armed Conflict End?*, [w:] C. Stahn, J. S. Easterday, J. Iverson (red.), *Ius Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*, Oxford 2014, s. 301.

26 W. Manning, *Commentaries on the Law of Nations...*, s. 122.

27 B. Singer, *International Law*, Chicago 1918, s. 109–110.

„technicznym”, w której stan wrogości ma jedynie charakter *de iure*, natomiast nie jest w żaden sposób związany z faktyczną sytuacją, w której siły zbrojne realizują konkretne kroki zbrojne²⁸. R. Kolb uznawał, że istnienie formalnej deklaracji bez faktu toczenia się rzeczywistych działań bojowych usuwa wątpliwości co do stosowania przepisów *ius in bello*, może natomiast wpływać na brak zastosowania pewnych reguł z nich wynikających²⁹.

Trzecim czynnikiem był fakt związany z szeroko komentowanym przebiegiem wojny domowej w Hiszpanii w latach 1936–1939, która uświadomiła społeczności międzynarodowej konieczność stopniowego ograniczenia postrzegania za wyłącznie uznaniowe prawa danego rządu do stłumienia wszelkimi możliwymi środkami przejawów buntu bądź nieposłuszeństwa³⁰. Jak wskazano wcześniej, *ius in bello* uznawano za relewantne i mające zastosowanie jedynie w przypadkach konfliktów o charakterze międzynarodowym, względnie w okolicznościach związanych z aspektami uznania strony konfliktu. Ślady tego wnioskowania można odnaleźć na gruncie art. 20 tzw. Instrukcji polowej dla Sił Zbrojnych Stanów Zjednoczonych z 1863 roku (zwaną potocznie od nazwiska twórcy kodeksem Liebera)³¹.

Powyższy zespół okoliczności wynikający z potrzeby a) zobiektywizowania terminu „wojna” jako w pierwszej kolejności zdarzenia o charakterze faktycznym, b) objęcia zakresem znaczeniowym działań zbrojnych w najszerszym możliwym rozmiarze, c) a także działań zmierzających do regulacji przebiegu konfliktów o charakterze wewnętrznym doprowadził bezpośrednio do sformułowania nowego pojęcia będącego substytutem sformułowania „wojna” w postaci zwrotu „konflikt zbrojny” w ramach tzw. wspólnego art. 2 dla Konwencji genewskich z 1949 roku. Należy jednak zaznaczyć, że poza posłużeniem się samym zwrotem nie można odnaleźć w tekście Konwencji żadnej jego definicji, co oznacza, że określenie dokładnego zakresu znaczeniowego zostało powierzone orzecznictwu międzynarodowemu oraz doktrynie³². Przedstawiciele polskiej doktryny, m.in. R. Bierzanek, T. Leško i A. Szpak, wspólnie wskazują na podstawowy element w postaci istniejącego zbrojnego zaangażowania stron, które jest warunkiem *sine qua non*, by w danej konfiguracji stwierdzić istnienie konfliktu zbrojnego o charakterze międzynarodowym. Interakcja ta musi odby-

28 Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge 2011, s. 9.

29 R. Kolb, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, Cheltenham 2014, s. 100–101.

30 K. Watkin, *Fighting at the Legal Boundaries: Controlling the Use of Force in Contemporary Conflict*, Oxford 2016, s. 105.

31 „Public war is a state of armed hostility between sovereign nations or governments”, Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code), 24 April 1863.

32 O. Durr, *Humanitarian Law of Armed Conflict: Problems of Applicability*, „Journal of Peace Research” 1987, vol. 24, s. 265.

wać się za pośrednictwem sił zbrojnych stron, biorących udział w konflikcie³³. Y. Dinstein do wspomnianej już powyżej „technicznej” definicji wojny dodawał nową przesłankę „materialną”, ujmując, że „stan wojny *de facto* jest nieistotny – najważniejszy jest fakt prowadzenia działań wojennych”, wskazując przy tym, aby przynajmniej jedna ze stron dokonywała kroków wojennych przy użyciu znacznej, przekonującej siły³⁴.

Naturalnym źródłem wykładni postanowień Konwencji z 1949 roku jest komentarz J. S. Picteta, w ramach którego pojęcie międzynarodowego konfliktu zbrojnego jest rozumiane jako „każda różnica pomiędzy dwoma państwami prowadząca do interwencji ich sił zbrojnych”; jest to niezależne „od zaprzeczenia stanu wojny przez jedno z państw” oraz „długości i rzezi (*slaughter*) mającej miejsce”³⁵. Druga definicja konfliktu zbrojnego uznawana powszechnie za legalną definicję została sformułowana na gruncie orzeczenia MTKJ w sprawie oskarżonego Duško Tadića³⁶. Nie rozszerza ona w sposób wyraźny koncepcji konfliktu zbrojnego pomiędzy państwami, ograniczając się jedynie do wskazania, że jest to „starcie pomiędzy siłami zbrojnymi dwóch państw”. Zaproponowane sformułowanie w istocie otwiera dyskusję w zakresie kontrowersyjnych zagadnień związanych z możliwymi sytuacjami, znajdujących się na pograniczu „konfliktu zbrojnego” i „incydentów niebędących konfliktem zbrojnym”, które P. Bordwell definiował jako *short of war*, tj. zjawisko użycia siły niemające jednak pełnego wymiaru wojny, zmierzające do wyegzekwowania oczekiwanego stanowiska, postawy³⁷. Odnosiło się to w szczególności do sytuacji faktycznych związanych z brakiem woli uznania danego incydentu za krok wojenny u obydwu stron konfliktu oraz zagadnienia intensywności konfliktu.

33 R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1998, s. 379; T. Leśko, *Międzynarodowe prawo konfliktów zbrojnych*, Warszawa 1982, s. 9–10; A. Szpak, *Bezpośredni udział w działaniach zbrojnych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*, Toruń 2013, s. 24.

34 Y. Dinstein, *War, Aggression...*, s. 15.

35 J. S. Pictet, *The Geneva Conventions of 12 August 1949. Commentary: I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Geneva 1952, s. 32.

36 „On the basis of the foregoing, we find that an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there”. MTKJ, *The Prosecutor v. Duško Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, IT-94-1-A, 2 October 1995, para. 70.

37 P. Bordwell, *The Law of War between Belligerents: A History and Commentary*, Chicago 1908, s. 197.

5. Napad powietrzny i jego rola w określeniu granic obowiązywania temporalnego międzynarodowego prawa humanitarnego

Pojęcie „napad powietrzny” określa sytuację, w której lotnictwo wojskowe jest wykorzystane do wykonania zaskakującego uderzenia z powietrza, z reguły będącego jednocześnie otwierającym aktem działań zbrojnych. Należy zwrócić uwagę, że od chwili pojawienia się samolotów wojskowych z możliwością wykonywania efektywnego bombardowania to właśnie lotnictwo wojskowe jest tym rodzajem sił zbrojnych, którego działania rozpoczynają konflikt zbrojny. Już w deklaracji wojny złożonej 3 sierpnia 1914 roku Francji przez niemieckiego ambasadora jako oficjalny pretekst w pierwszej kolejności wskazano „wykonanie szeregu wrogich aktów nieprzyjacielskich wykonanych przez francuskich pilotów wojskowych przeciwko niemieckiemu terytorium” oraz „jawne pogwałcenie neutralności belgijskiej przestrzeni powietrznej”³⁸. 1 września 1939 roku Luftwaffe zaatakowała w godzinach rannych most kolejowy w Tczewie oraz zniszczyła Wieluń³⁹. 7 grudnia 1941 roku lotnictwo pokładowe startujące z pokładów japońskich lotniskowców rozpoczęło atakiem na Pearl Harbor działania wojenne na Pacyfiku. Po 1945 roku zdecydowana większość konfliktów rozpoczynała się atakiem powietrznym, a od 1991 roku wszystkie międzynarodowe konflikty zbrojne rozpoczynają się od uderzenia lotniczego. Konkluzje te uzasadniają konieczność przeanalizowania kwestii temporalnego obowiązywania prawa wojny powietrznej – międzynarodowego prawa humanitarnego – na co tuż przed wybuchem II wojny światowej zwrócił uwagę włoski badacz prawa wojny powietrznej R. Sandiford⁴⁰. W ostatnich latach zauważalne jest także użycie sił powietrznych jako narzędzia państw wykorzystywanego podczas jednostronnych incydentów zbrojnych, których klasyfikacja prawna jest trudniejsza z uwagi na ogólną niechęć państw do kreowania stanu konfliktu zbrojnego.

38 *Declaration of War Against France*, 6.45 p.m., August 3, 1914, *International Law Studies*, International Law Documents Neutrality Breaking of Diplomatic Relations War With Notes, Waszyngton 1918, s. 103.

39 Godzina ataku na Wieluń, przyjmowana jako 4:40, jest kwestionowana jako możliwy efekt pomyłki związany z błędnym ustaleniem istnienia różnych stref czasowych w Polsce i w III Rzeszy. Zob. G. Bębnik, *Wieluń. 1 września 1939 r.*, [w:] J. Wróbel (red.), *Wieluń był pierwszy. Bombardowania lotnicze miast regionu łódzkiego we wrześniu 1939 r.*, Łódź 2009. Obecnie uważa się, że pierwszym atakiem sił zbrojnych III Rzeszy w II wojnie światowej był nalot na polskie stanowiska broniące mostu w Tczewie, który został wykonany przez trzy samoloty Ju-87 należące do 1 Pułku Bombowców Nurkujących, celem jego zabezpieczenia przed możliwym zniszczeniem i przerwaniem komunikacji pomiędzy III Rzeszą a Prusami Wschodnimi. Mimo zaskoczenia atak się powiódł, most został wysadzony.

40 R. Sandiford, *Diritto Aeronautico di Guerra*, Rzym 1937, s. 23.

6. Przykłady jednostronnych incydentów zbrojnych z udziałem lotnictwa

6.1. Zestrzelenie U-2 1 maja 1960 roku

1 maja 1960 roku amerykański samolot zwiadu strategicznego U-2 został zestrzelony przez obronę przeciwlotniczą ZSRR podczas przelotu rozpoznawczego. Jeden z najistotniejszych incydentów okresu zimnej wojny wywołał liczne kontrowersje prawne dotyczące kwestii przelotów rozpoznawczych, zasady suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej, a także szpiegostwa w stosunkach międzynarodowych⁴¹. Z perspektywy pracy warto zwrócić uwagę, że U-2 w chwili zestrzelenia nie posiadał znaków przynależności państwowej, a pilot nie był umundurowany (pilot F. G. Powers nie był członkiem USAF, lecz cywilnym kontraktorem CIA). Incydent ten nie był kwalifikowany jako akt konfliktu zbrojnego w czasie jego popełnienia, jednak patrząc z perspektywy współczesnej, taka klasyfikacja byłaby możliwa⁴². W warunkach konfliktu zbrojnego brak oznaczeń na powierzchni samolotu U-2 mógłby prowadzić do pozbawienia pilota statusu jeńca wojennego w razie pojmania.

6.2. Interwencja indyjska w Bangladeszu

Jeszcze przed oficjalnym rozpoczęciem konfliktu indyjsko-pakistańskiego we wschodnim Pakistanie (dzisiejszym Bangladeszu), 23 listopada 1971 roku pilotowany przez pakistańskiego pilota samolot F-86 Sabre (był to Pervaiz Qureshi – późniejszy dowódca pakistańskich sił powietrznych) produkcji amerykańskiej został zestrzelony podczas przelotu nad granicą wschodniego Pakistanu oraz Indii przez indyjską artylerię przeciwlotniczą. Pilot ewakuował się na spadochronie. Został schwytany przez żołnierzy indyjskich, a następnie poddany przesłuchaniu, w trakcie którego oświadczono, że „jest on jeńcem wojennym i będzie traktowany zgodnie z Konwencją genewską”⁴³. 3 grudnia 1971 roku pakistańskie siły powietrzne, wzorując się na wyprzedzającym ataku wykonanym przez Izrael w 1967 roku, rozpoczęły uderzenie przeciwko bazom lotnictwa indyjskiego, atakując instalacje radarowe oraz pasy startowe. Dla premier Indii Indirji Gandhi atak był początkiem wojny pakistańsko-indyjskiej.

41 I. Brownlie uznawał, że o ile incydent sam w sobie nie może być zakwalifikowany jako akt użycia siły, o tyle może być traktowany jako „działanie na przedpolu działania agresywnego”. I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford 1963, s. 363–364.

42 Q. Wright, *Legal Aspects of the U-2 Incident*, „The American Journal of International Law” 1960, vol. 54, s. 846.

43 „I told him that he was now a prisoner of war (POW) and would be treated as per Geneva Conventions”. H. Panag, *When I captured the man who would be Pakistan's Air Chief*, Newslaudry, June 8, 2016.

6.3. Libia 1981–1989

W ramach egzekwowania przez Stany Zjednoczone tzw. doktryny FON (*Freedom of Navigation*), w proteście przed bezprawnym uznaniem zatoki Wielka Syrta przez Libię za część wewnętrznych wód morskich, w sierpniu 1981 roku amerykański zespół lotniskowców wpłynął na wody będące przedmiotem sporu⁴⁴. Obecność floty USA została potraktowana jako wroga i 19 sierpnia 1981 roku doszło do incydentu z udziałem dwóch libijskich myśliwców typu Su-22 oraz amerykańskiego F-14 Tomcat zakończonych zestrzeleniem samolotów produkcji sowieckiej.

15 kwietnia 1986 roku w ramach operacji „El Dorado Canyon” amerykańskie lotnictwo pokładowe startujące z pokładów 3 lotniskowców oraz samoloty bombowe F-111 atakujące z baz USAF w Zjednoczonym Królestwie zbombardowały dwa lotniska, koszary oraz baterie obrony przeciwlotniczej w Trypolisie⁴⁵. Działanie było wykonywane w ramach akcji odwetowej związanej z udziałem libijskiego wywiadu w ataku na amerykańskich żołnierzy w Berlinie Zachodnim 5 kwietnia 1985 roku⁴⁶. W wyniku ataku zginęło ok. 60 osób, część z nich miała status cywili. Powracający z wyprawy bombowej F-111 został zestrzelony przez libijską obronę przeciwlotniczą, piloci zginęli⁴⁷.

Do podobnego incydentu jak w 1981 roku doszło 4 stycznia 1989 roku, gdy dwa libijskie MiG-23 próbowały przechwycić lotniskowiec USS „John Kennedy” płynący do Izraela. W tym przypadku również obydwa samoloty należące do agresorów zostały zestrzelone przez amerykańskie samoloty F-14 Tomcat. Obydwa incydenty były odebrane jako działanie w ramach legalnej samoobrony.

44 K. I. Matar, R. W. Thabit, *Lockerbie and Libya: A Study in International Relations*, Jefferson 2004, s. 59–60.

45 „From the list of possible targets, the National Security Council, with President Reagan’s approval, selected five; four were linked to Qadhafi’s terrorist-training infrastructure and the fifth dealt with the enemy defensive threat. The Bab al-Aziziyah barracks in Tripoli was the command center of the Libyan terrorist network. The complex included a billeting area for Qadhafi’s personal Jamahiriyah guards and, at times, Qadhafi’s own residential compound. The Murat Sidi Bilal training camp, near Tripoli, trained naval commandos and terrorist frogmen. The military side of the Tripoli Airport held Soviet-built IL-76 Candid aircraft that had been used in support of terrorist activities. The Benghazi Jamahiriyah military barracks served as an alternate terrorist command center and included a storage and assembly facility for MiG aircraft. The fifth target, Benghazi’s Benina fighter base, housed night-capable MiG-23 Flogger E interceptors that posed a threat to the attacking force”. J. G. Endicott, *Raid on Libya, Operation Eldorado Canyon*, s. 149, <https://media.defense.gov/2012/Aug/23/2001330097/-1/-1/0/Op%20El%20Dorado%20Canyon.pdf> (dostęp: 10.11.2020).

46 Zob. więcej G. Intocchia, *American Bombing of Libya: An International Legal Analysis*, „Case Western Reserve Journal of International Law” 1987, vol. 19.

47 J. McCredie, *The April 14, 1986 Bombing of Libya: Act of Self-Defense or Reprisal?*, „Case Western Reserve Journal of International Law” 1987, vol. 19, s. 215.

6.4. Liban 1984

W grudniu 1984 roku amerykańskie samoloty patrolujące przestrzeń powietrzną nad Libanem były ostrzeliwane ogniem syryjskiej artylerii przeciwlotniczej. 4 grudnia 1984 roku podczas uderzenia odwetowego pociski typu SAM zestrzeliły samolot A-6 Intruder US Navy, a jego pilot por. Robert O. Goodman dostał się do syryjskiej niewoli (incydent, z uwagi na jego implikacje prawne, jest opisany szerzej w dalszej części pracy).

6.5. Zatoka Perska 1987

17 maja 1987 roku amerykańska fregata typu Oliver Hazard Perry USS „Stark” została zaatakowana i ciężko uszkodzona dwoma raketami typu Exocet wyrzelonymi przez iracki myśliwiec Dassault Mirage F-1⁴⁸.

6.6. Wojna w Kaszmirze 1999

Podczas konfliktu w Kaszmirze warunki terenowe ograniczały działania sił powietrznych. 10 sierpnia 1999 roku doszło do incydentu z udziałem samolotu transportowego pakistańskiej marynarki wojennej Breguet Atlantic, który został zestrzelony przez dwa samoloty MiG-21 indyjskich sił powietrznych jako efekt naruszenia indyjskiej przestrzeni powietrznej i braku reakcji na indyjskie wezwania do zaprzestania naruszeń. India oraz Pakistan w 1991 roku zawarły porozumienie dotyczące zapobiegania naruszeniom przestrzeni powietrznej poprzez przeloty wojskowych statków powietrznych, ustanawiając tzw. przestrzeń rozgraniczenia o szerokości 10 km od granicy (dla bojowych statków powietrznych) i 1 km (dla nieuzbrojonych wojskowych statków powietrznych)⁴⁹. Pakistan w pozwie złożonym przed MTS wywodził, że atak lotnictwa indyjskiego jest: a) naruszeniem art. 2 ust. 4 KNZ – czyli zakazu użycia siły w stosunkach międzynarodowych, b) złamaniem porozumienia z 1991 roku pomiędzy państwami, c) naruszeniem zwyczajowego charakteru normy zakazu użycia siły, d) naruszeniem suwerenności innego państwa poprzez wkroczenie indyjskiego lotnictwa w przestrzeń powietrzną Pakistanu. Strona indyjska podniosła argumenty związane z brakiem jurysdykcji, co MTS uznał za uzasadnione⁵⁰.

48 S. Greffenius, *The Logic of Conflict: Marking War and Peace in the Middle East*, Nowy Jork 1993, s. 134.

49 Agreement on prevention of air space violations and for per mitting over flights and landings by military aircraft (with appendix). Signed at New Delhi on 6 April 1991.

50 *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 2000.

6.7. Operacja „Orchard”

Latem 2007 roku strona izraelska uzyskała informację co do możliwości pozyskania przez Syrię materiałów promieniotwórczych oraz budowy reaktora jądrowego przy udziale specjalistów z Korei Północnej. 6 września 2007 roku izraelskie siły powietrzne wykonały operację „Orchard”, zakończoną pełnym sukcesem. Podczas operacji wykorzystano na szeroką skalę środki walki elektronicznej, które skutecznie zagłuszyły syryjską obronę przeciwlotniczą i umożliwiły niezauważone podejście do celu oraz odwrót formacji izraelskich F-16 i F-15. W oficjalnym liście do Sekretarza Generalnego ONZ prezydent Al-Asad nazwał incydent „naruszeniem przestrzeni powietrznej Syrii”⁵¹.

6.8. Incydenty międzypaństwowe podczas konfliktu w Syrii

23 marca 2014 roku turecki F-16 zestrzelił syryjski MiG-23 wskutek naruszenia tureckiej przestrzeni powietrznej – pilot zdołał dotrzeć do własnych linii. 23 września 2014 roku izraelska obrona przeciwlotnicza zestrzeliła syryjski Su-24 wskutek naruszenia linii rozejmu pomiędzy Izraelem a Syrią. 24 grudnia 2014 roku jordański F-16 rozbił się podczas lotu nad Rakką, pilot pojmany przez bojowników tzw. Państwa Islamskiego został okrutnie zamordowany. 17 marca 2015 roku amerykański dron Predator został zestrzelony przez syryjską obronę przeciwlotniczą. 16 maja 2015 roku tureckie F-16 zestrzeliły syryjski dron, który naruszył turecką przestrzeń powietrzną przez 5 minut. 24 listopada 2015 roku rosyjski Su-24 został zestrzelony przez tureckiego F-16, jeden z członków załogi został zabity przez rebeliantów. 18 czerwca 2017 roku amerykański F-18 Super Hornet zestrzelił syryjski Su-22 nad wschodnią Syrią. 4 marca 2017 roku syryjski MiG-21 zestrzelony przez rebeliantów rozbił się nad terytorium tureckim. Pilot został schwytany i udzielono mu pomocy medycznej w tureckim szpitalu⁵². W ciągu 2017 roku raportowano także o przypadkach uderzeń izraelskich sił powietrznych na cele w Syrii w związku z prowokacjami syryjskiej artylerii przeciwlotniczej. 3 lute-

51 „In flagrant defiance of international law, the United Nations Charter and the resolutions of the Security Council, the Israeli air force, after midnight on 6 September 2007, committed a breach of the airspace of the Syrian Arab Republic crossing its northern frontier from the direction of the Mediterranean, flying towards the north-east and breaking the sound barrier. As the Israeli aircraft were departing they dropped some munitions but without managing to cause any human casualties or material damage”. Annex to the identical letters dated 9 September 2007 from the Permanent Representative of the Syrian Arab Republic to the United Nations addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council, A/61/1031, S/2007/537.

52 *Syrian pilot whose plane crashed in Turkey says aircraft was shot down*, Anadolu Agency, Reuters, <http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/syria-mig-plane-crash-turkey-shot-down-idlib-hatay-ahrar-al-sham-a7612836.html> (dostęp: 10.11.2020).

go 2018 roku rosyjski Su-24 został zestrzelony przez stronę rebeliancką, pilot najprawdopodobniej został zabity po wylądowaniu⁵³. 10 lutego 2018 roku na skutek naruszenia przestrzeni powietrznej Izraela irański bezzałogowy statek powietrzny izraelski F-16 wykonujący uderzenie odwetowe przeciwko bazie syryjskiego lotnictwa na południu kraju został zestrzelony bronią przeciwlotniczą – piloci katapultowali się nad terytorium Izraela. Dzień później izraelskie siły powietrzne zaatakowały wiele celów na terenie Syrii związanych z systemem obrony powietrznej⁵⁴.

7. Subiektywna teoria konfliktu zbrojnego

L. Oppenheim tworząc swoją klasyczną, powszechnie znaną definicję konfliktu zbrojnego, uznał, iż wojna to stan rywalizacji pomiędzy dwoma państwami za pośrednictwem swych sił zbrojnych, których celem jest pokonanie wroga i osiągnięcie zwycięstwa⁵⁵. Autor wskazywał, iż warunkiem koniecznym do stwierdzenia powyższego jest starcie zbrojne między siłami zbrojnymi dwóch państw, uznając, iż unilateralna akcja jednej ze stron może konstytuować przesłanki konfliktu zbrojnego, tylko jeżeli druga odpowie krokiem wojennym lub też deklaracją wojny, podnosząc, że nie wszystkie akty zbrojne muszą tworzyć stan wojny⁵⁶. Istnienie elementu subiektywnego było przedmiotem szczególnego zainteresowania H. Kelsena, który za podstawową przesłankę istnienia stanu wojny (*state of war*) uznawał podejmowanie kroków wojennych w postaci akcji sił zbrojnych danego państwa. Autor ten negował pogląd, iż sama deklaracja o rozpoczęciu kroków nieprzyjacielskich, bez jednoczesnego podjęcia działań o charakterze militarnym konstytuuje stan jedynie zbliżony prawnie do wojny. Wskazywał też, że subiektywny element w postaci *animus belligerendi* musi obejmować swoim zamiarem nie tylko zamiar prowadzenia wojny, ale także przede wszystkim wolę wykorzystania sił zbrojnych w tym celu. Zwrócił również uwagę, iż w przypadku unilateralnej akcji zbrojnej jednego państwa przeciwko drugiemu decyzja o uznaniu takiego działania za stan wojny jest uzależniona od zachowania uczestniczących

53 <http://www.nowastrategia.org.pl/rosyjski-szturmowiec-su-25-zestrzelony-przez-syryjskich-rebeliantow-wideo/> (dostęp: 10.11.2020).

54 <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-43019682> (dostęp: 10.11.2020).

55 „War is the contention between two or more States through their armed forces for the purpose of overpowering each other and imposing such conditions of peace as the victor pleases”. L. Oppenheim, *International Law: A Treatise. Vol. II. War and Neutrality*, Nowy Jork 1906, s. 56.

56 *Ibidem*, s. 57.

w nich państw. Zdaniem H. Kelsena stan wojny może teoretycznie powstać także w sytuacji, gdy strona broniąca nie zdecyduje się na zbrojne odpieranie ataku, jednak uzna, iż znajduje się w stanie wojny z danym państwem, nawet jeżeli agresor zaniecha odpowiedniego notyfikowania takiego działania. Autor ten wiązał w tej sytuacji powyższy stan faktyczny z deliktem prawa międzynarodowego w postaci agresji, co konstituuje stan wojny niezależnie od tego, czy napadnięty podejmuje aktywną obronę przed napastnikiem⁵⁷.

Wieloletni sędzia MTS Lord Arnold McNair zwrócił uwagę, iż stan wojny rozpoczyna się poprzez obwieszczenie deklaracji wojny albo poczynienie kroku wojennego z odpowiednim zamiarem określanym jako *animus belligerendi* albo też w zamiarze działania zbrojnego w formie represaliów (*sine animus belligerendi*) pojmowanych przez państwo będące adresatem tychże akcji jako krok wojenny, albo poprzez odparcie akcji zbrojnej podobnym działaniem – stan wojny następuje wówczas z pierwszym aktem przemocy (ma charakter retroaktywny)⁵⁸.

Grocjusz opisujący zagadnienie zawieszenia broni pomiędzy walczącymi dostrzegł, że często porozumienia tego typu miały charakter jedynie tymczasowy, a po upływie czasu ich trwania walki rozpoczynały się na nowo. Grocjusz postawił w tej mierze pytanie badawcze o ciągłość istnienia stanu wojny, dochodząc do wniosku, że „pomiędzy wojną a pokojem nie ma stanów pośrednich”, a wojna jako akt prawny wciąż trwa do czasu osiągnięcia porozumienia pomiędzy państwami i kreuje określone obowiązki względem stron konfliktu⁵⁹. W podobnym tonie wypowiedział się Lord Edward MacNaghten podczas rozpoznawania sporu dotyczącego zagarniętego przez Zjednoczone Królestwo transportu złota należącego do spółki z siedzibą w Transwaldzie (Republika Południowej Afryki) w związku z toczącą się wojną burską⁶⁰. Wbrew temu P. C. Jessup nazywając okres między warunkami pokojowymi a toczącymi się na pełną skalę działaniami zbrojnymi *intermediacy*, proponuje umieszczenie go jako trzeciej, odrębnej konstrukcji prawa międzynarodowego, obok czasu wojny i pokoju. Autor charakteryzuje go jako: 1) czas wrogości i negatywnych stosunków między państwami, 2) konflikt głęboko zakorzeniony i nierozwiązywalny w toku pojedynczej akcji, 3) pozbawiony ostatecznej decyzji w przedmiocie podjęcia kroków zbrojnych (dopuszczalne są kroki, które nie mają charakteru pokojowego, ale nie mogą mieć perspektywy wojny totalnej)⁶¹.

57 H. Kelsen, *The Principles of International Law*, New Jersey 2003, s. 27–28.

58 A. McNair, *The Legal Meaning of War, and the Relation of War to Reprisals*, „The Grotius Society. Problems of War and Peace: Papers Read Before the Society in the Year” 1925, vol. 11, s. 44–45.

59 „Between peace and war there is no medium”. H. Grotius, *His Three Books Treating of the Rights of War and Peace*, Londyn 1682, s. 577.

60 Izba Lordów, *Janson v. Driefontein Consolidated Mines Limited*, 1902.

61 P. C. Jessup, *Should International Law Recognize an Intermediate Status between Peace and War?*, „The American Journal of International Law” 1954, vol. 1, s. 98–103.

Badający ten temat G. Schwarzenberger wskazywał na brak dostosowania prawa międzynarodowego do stanu określanego jako *casus mixtus* między wojną a pokojem, krytykując jednocześnie definicję wojny zaproponowaną przez L. Oppenheima i podnosząc, że nie zawsze stan formalnej wojny musi objawiać się użyciem środków militarnych (podał jako przykład postawę państw Ameryki Centralnej i Południowej w okresie I wojny światowej)⁶². Schwarzenberger podnosił, iż także element subiektywny prowadzenia działań zbrojnych w postaci istniejącego *animus belligerendi* nie jest dostatecznie w każdej sytuacji akceptowalny, gdyż z praktyki państw w XX wieku wynika, iż był on wielokrotnie negowany w tej postaci, a strony biorące udział w tzw. incydentach granicznych (np. ZSRR i Japonia w latach 30. XX wieku) nie uznawały toczących się tam działań zbrojnych za akty wojenne („status mixtus which is determined by intentions rather than acts”)⁶³. Autor zaznaczył, że wypowiedzenie wojny w sposób formalny zawsze będzie wiążące w relacjach z innymi państwami, natomiast w sytuacji niewypowiedzianego konfliktu przynajmniej jedna ze stron musi uznać taką sytuację za krok wojenny. W razie braku odpowiedniego oświadczenia państwa trzecie nie muszą stosować praw neutralności w kontaktach ze stronami konfliktu.

Powyższe definicje wprowadziły do języka doktryny pojęcie *animus belligerendi*. Jest to to egzemplifikacja subiektywnej woli państw traktowania pewnych kroków jako aktów wojennych – defensywnych bądź ofensywnych⁶⁴. Innymi słowy, państwo oprócz samego aktu musi go także zidentyfikować w swej narracji zewnętrznej – np. poprzez deklarację wojny czy też inny komunikat stwierdzający powstanie stanu wojny pomiędzy stronami (C. Greenwood wskazuje, że należy domniemywać, iż państwa nie chcą kreować stanu wojny pomiędzy sobą)⁶⁵. Oświadczenia bądź też inne dorozumiane akty państw powinny w tej mierze być wyraźnym przekazem, że państwa traktują dane akty zbrojne jako element konfliktu zbrojnego. Takim aktem typu dorozumianego może być np. wykorzystanie arsenału zbrojnego w celu odpowiedzi na atak zbrojny, stosowanie blokady, zerwanie stosunków dyplomatycznych itd. – zespół tych elementów może prowadzić do przyjęcia subiektywnego przekonania państwa o klasyfikacji danych wydarzeń jako elementów konfliktu zbrojnego⁶⁶.

62 G. Schwarzenberger, *Jus Pacis ac Belli?*, „The American Journal of International Law” 1943, vol. 460, s. 494.

63 G. Schwarzenberger, *Jus...*, s. 495.

64 Y. Dinstein, *War, Aggression...*, s. 14–15.

65 C. Greenwood, *Scope of Application*, [w:] D. Fleck (red.), *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford 1995, s. 43.

66 „War existed if, and only if, one of the parties chose to regard the situation as war. This *animus belligerendi* could be manifested by a declaration of war or some other formal pronouncement, or might be inferred from the circumstances. The rival school propounded an objective definition of war in which the views of the parties were not conclusive and a conflict was characterised as war if certain objective criteria were satisfied”. C. Greenwood, *The Concept of War in Modern International Law*, „International and Comparative Law Quarterly” 1987, vol. 36, s. 286.

8. Obiektywna teoria konfliktu zbrojnego

Kontrowersje związane z chwilą jego powstania oraz kryterium intensywności

Już w okresie poprzedzającym wybuch II wojny światowej zwracano uwagę, że stosowanie *ius in bello* nie może opierać się tylko i wyłącznie na subiektywnej woli państw⁶⁷. Cytowany powyżej komentarz do Konwencji genewskich z 1949 roku autorstwa J. S. Picteta wskazuje, że stopień intensywności międzynarodowego konfliktu zbrojnego jest niski – Konwencja ma bowiem „zastosowanie, jeżeli pojawi się chociaż jedna osoba ranna będąca wynikiem konfliktu”⁶⁸. Stanowisko to jest całkowicie powielane przez MKCK w wielu opiniach i dokumentach⁶⁹. W doktrynie wskazuje się, że powyższe stanowisko miało na celu ochronę w pierwszej kolejności przesłanki humanitaryzmu, by chronić się w ten sposób przed perfidią niektórych stron konfliktu uznających swoje działania za operacje policyjne lub akt obrony koniecznej⁷⁰. Dalej idący wniosek wskazuje R. Kolb, który uznaje, że próg stosowalności międzynarodowego prawa humanitarnego w przypadku konfliktu zbrojnego o charakterze międzynarodowym jest zerowy – obejmuje każdy przypadek użycia siły i w istocie nawet izolowany incydent zbrojny staje się „mikroskopijnym” konfliktem zbrojnym z całym konglomeratem konsekwencji z nim związanych⁷¹.

67 Zob. H. Rumpf, *Is a Definition of War Necessary?*, „Boston University Law Review” 1938, vol. 18, s. 687 i n.

68 J. S. Pictet, *The Geneva Conventions of 12 August 1949. Commentary: IV Geneva Convention: Relative to the Protection of Civilian Person in Time of War*, Genewa 1958, s. 32.

69 „An IAC occurs when one or more States have recourse to armed force against another State, regardless of the reasons or the intensity of this confrontation. Relevant rules of IHL may be applicable even in the absence of open hostilities. Moreover, no formal declaration of war or recognition of the situation is required. The existence of an IAC, and as a consequence, the possibility to apply International Humanitarian Law to this situation, depends on what actually happens on the ground”. *How is the Term „Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law? International Committee of the Red Cross (ICRC), Opinion Paper*, March 2008. Powyższe potwierdza stanowisko komentatorów PD I: „Thus, as will most often be the case in practice, humanitarian law also covers any dispute between two States involving the use of their armed forces. Neither the duration of the conflict, nor its intensity, play a role: the law must be applied to the fullest extent required by the situation of the persons and the objects protected by it”. Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Genewa 1987, para. 62, s. 40; L. R. Blank, B. R. Farley, *Identifying the Start of Conflict: Conflict Recognition, Operational Realities and Accountability in the Post-9/11 World*, „Michigan Journal of International Law” 2014, vol. 36, s. 474.

70 C. Stahn, J. S. Easterday, J. Iverson (red.), *Ius Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*, Oxford 2014, s. 261.

71 R. Kolb, *Advanced Introduction...*, s. 98–99.

N. Lubell wskazuje, że stan faktyczny tzw. pierwszego uderzenia jest w całości regulowany przepisami *ius in bello*, nawet jeżeli starcie to ma charakter wyłącznie jednostronny⁷². P. Grzebyk wskazała, że w istocie jedyną okolicznością, w której ewentualny kontakt sił zbrojnych nie ma charakteru inicjującego stan wrogości w rozumieniu *ius in bello*, są sytuacje zupełnie przypadkowe, dopóki nie pojawią się ofiary powstające na skutek działań zbrojnych⁷³. W. H. Boothby do takich sytuacji zaliczał np. incydentalne bombardowanie⁷⁴. Także S. Vité podnosi, że brak zastosowania Konwencji może być wyłącznie odnoszony do sytuacji, w której strona nie ma zamiaru szkodenia nieprzyjacielowi⁷⁵. D. Akande jest krytyczny względem przyjęcia kryterium intensywności za niezbędną przesłankę, by uznać daną sytuację faktyczną za element międzynarodowego konfliktu zbrojnego. Jego zdaniem argumentacja ta jest błędną próbą implementacji rozwiązań obowiązujących na gruncie regulacji niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego (gdzie skala intensywności niepokojów wewnętrznych jest przesłanką materialnego stosowania art. 3 IV Konwencji genewskiej oraz PD II). Autor podnosi, że przyjęcie powyższego argumentu doprowadziłoby do sytuacji, w której jednostronny atak zbrojny wykonywany poniżej progu intensywności odbywałby się w warunkach zupełnej próżni prawnej⁷⁶. Podobnego zdania jest M. Roscini, który uważa, że wykładnia proponowana przez MKCK jest jedynym rozsądnym modelem w kontekście jednostronnych incydentów zbrojnych⁷⁷. M. Asada wskazuje, że istotną różnicą pomiędzy definicją niemiędzynarodowego a międzynarodowego konfliktu zbrojnego jest okoliczność, że w drugim przypadku „nie występują żadne względy związane z suwerennością państwa, które zezwalają na uznanie pewnych rozruchów wewnętrznych za zastrzeżoną materię państwa”⁷⁸. Inni autorzy także podnoszą próg zastosowalności przepisów *ius in bello* na bardzo niskim poziomie (*per analogiam* argument dotyczący stosowania przepisów II Konwencji genewskiej w warunkach okupacji wojskowej także niezależnie od tego, czy doszło do niej w wyniku konfliktu zbrojnego między którąkolwiek ze stron)⁷⁹.

72 N. Lubell, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, Oxford 2010, s. 89.

73 P. Grzebyk, *Zestrzelenie rosyjskiego samolotu przez Turcję – aspekty prawne*, <http://przegladpm.blogspot.com/2015/11/zestrzelenie-rosyjskiego-samolotu-przez.html> (dostęp: 10.11.2020).

74 W. H. Boothby, *Conflict Law: The Influence of New Weapons Technology, Human Rights and Emerging Actors*, Haga 2014, s. 23.

75 S. Vité, *Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations*, „International Review of the Red Cross” 2009, vol. 91, s. 72–73.

76 D. Akande, *Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts*, [w:] E. Wilmschurst (red.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford 2012, s. 41–43.

77 M. Roscini, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford 2014, s. 134.

78 M. Asada, *The Concept of „Armed Conflict” in International Armed Conflict*, [w:] M. E. O’Connell (red.), *What is War?: An Investigation in the Wake of 9/11*, Leiden 2012, s. 66–67.

79 G. Porretto, S. Vité, *The Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law to International Organisations*, University Center for International Humanitarian Law, Geneva 2006, s. 32; D. Jinks, *The Temporal Scope of Application International Humanitarian Law in*

Trudniejszy do akceptacji wniosek w warunkach wojny powietrznej sformułował H.-P. Gasser, który wskazał, że stosowalność Konwencji „zachodzi, gdy tylko siły zbrojne jednego państwa znajdują się wobec rannych lub poddających się członków sił zbrojnych innego państwa, albo gdy pod ich władzą znajdują się osoby cywilne innego państwa [...], sprawując rzeczywistą kontrolę nad częścią terytorium nieprzyjacielskiego państwa”⁸⁰. Powstaje wówczas zagadnienie związane z ewentualną możliwością wykonywania działań powietrznych o wymiarze horyzontalnym, które z istoty działań lotnictwa nie mogą prowadzić do kontroli określonego terytorium. N. Ronzitti, opisując przypadki zatopienia neutralnego statku bez jakichkolwiek powodów i zajęcia statku handlowego przez nieregularne, niepodporządkowane żadnemu państwu grupy zbrojne, uznaje powyższą sytuację za naruszenie praw i zwyczajów (jako przykład *unlawful belligerency*) wojennych – co przemawia za uznaniem danego aktu zbrojnego za element konfliktu zbrojnego⁸¹.

W którym momencie następuje uruchomienie norm międzynarodowego prawa humanitarnego? Q. Wright wskazał, że wojna rozpoczyna się z pierwszym aktem otwartej wrogości⁸². N. Lubell wskazał, że już pierwszy atak jest częścią konfliktu zbrojnego, nawet jeżeli ma on charakter izolowany⁸³. Także J. Kleffner zauważa, że jeżeli zostaną spełnione dostateczne warunki do stwierdzenia faktycznego stanu prowadzenia działań wojennych, prawo konfliktów zbrojnych natychmiast uruchamia się w całej rozciągłości, gdy tylko dojdzie do pierwszego aktu wojennego (tzw. *first shot theory*)⁸⁴. Przykładowo atak powietrzny z 20 mar-

Contemporary Conflicts, Background Paper prepared for the Informal High-Level Expert Meeting on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law, Cambridge, January 27–29, 2003, s. 3; J. Bialke, *United Nations Peace Operations: Applicable Norm and the Application of Law of Armed Conflict*, „Air Force Law Review” 2001, vol. 50, s. 53; W. H. Boothby, *The Law of Targeting*, Oxford 2012, s. 45; L. Moir, *‘It’s a bird! It’s a plane! It’s a non-international armed conflict!’: Cross-Border Hostilities Between States and Non-State Actors*, [w:] C. Harvey, J. Summers, N. D. White (red.), *Contemporary Challenges to The Laws of War: Essays in Honour of Professor Peter Rowe*, Cambridge 2014, s. 76; *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law. The Law of Armed Conflict and the Use of Force*, Oxford 2017, s. 1309; D. Murray, *Practitioners’ Guide to Human Rights Law in Armed Conflict*, Oxford 2016, s. 42.

80 H.-P. Gasser, *Międzynarodowe prawo humanitarne. Wprowadzenie*, Instytut Henry Dunant, Haupt 1993, s. 24–25.

81 N. Ronzitti, *The Law of the Sea and the Use of Force Against Terrorist Activities*, [w:] N. Ronzitti (red.), *Maritime Terrorism and International Law*, Dordrecht 1990, s. 4.

82 Q. Wright, *Changes in the Conception of War*, „American Journal of International Law” 1924, vol. 18, s. 759.

83 N. Lubell, *Extraterritorial...*, s. 89; N. Lubell, *What Does IHL Regulate and is the Current Armed Conflict Classification Adequate. Scope of Application of International Humanitarian Law Le champ d’application du Droit International Humanitaire*, Proceedings of the Bruges Colloquium Actes du Colloque de Bruges 13th Bruges Colloquium, 18–19 October 2012, s. 20.

84 J. Kleffner, *Scope of Application of International Humanitarian Law*, [w:] D. Fleck (red.), *Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford 2013, s. 60. „Whether or not a situation is an ‘armed conflict’ will depend largely on whether it is considered international or non-interna-

ca 2003 roku „otwierający” inwazję na Irak jest uznany za początek międzynarodowego konfliktu zbrojnego, podlegający ocenie z perspektywy *ius in bello*⁸⁵. W najnowszej edycji Komentarza MKCK do Konwencji genewskich z 1949 roku podniesiono, że nawet najmniejsze starcie pomiędzy siłami zbrojnymi państw poprzez działania lądowe, lotnicze bądź morskie jest wystarczające do zainicjowania stosowalności międzynarodowego prawa humanitarnego⁸⁶. Pogląd ten wydaje się częściowo zaakceptowany w ramach orzecznictwa MTKJ⁸⁷.

Należy jednak zwrócić uwagę, że istnieje dość silny i mający pewne podstawy pogląd związany z istnieniem kryterium intensywności także względem konfliktów zbrojnych o charakterze międzynarodowym. Pierwszą sygnalizacją powyższego stanowiska jest wyrażone na gruncie orzeczenia MTKJ w sprawie Duško Tadić sformułowanie, że starcia w ramach różnych grup na terenie byłej Jugosławii „przekroczyły poziom intensywności wymagany dla międzynarodowego i niem międzynarodowego konfliktu zbrojnego”. Zdaniem D. Kritsiotisa w swym założeniu decyzja Izby Apelacyjnej MTKJ miała wskazywać, iż nie każdy przejaw użycia siły przez jedną ze stron konfliktu, w jakiegokolwiek sytuacji faktycznej prowadzi zawsze (zgodnie z tzw. wspólnym art. 2 dla Konwencji genewskich) do powstania konfliktu zbrojnego⁸⁸. Za uwzględnianiem przesłanki intensywności jako jednego z kryteriów oceny, czy dane starcie przybiera postać konfliktu zbrojnego (a tym samym stanowi moment uruchomienia norm międzynarodowego prawa humanitarnego), przemawia część głosów doktryny (C. Greenwood, E. Kwakwa, N. T. Balendra, A. P. V. Rogers, L. Arimatsu, M. Choudhury, L. Moir)⁸⁹. Podobne

tional. For instance, even a minor use of force between sovereign states may be considered an armed conflict. This is because «[t]he magnitude of the use of force is irrelevant; international humanitarian law, and thus the law of war crimes, is applicable even to minor skirmishes ('first shot')» J. Odermat, *Between Law and Reality: 'New Wars' and Internationalised Armed Conflict*, „Amsterdam Law Forum” 2013, vol. 5.13, s. 21.

85 K. Dormann, L. Colassis, *International Humanitarian Law in the Iraq Conflict*, „German Yearbook of International Law” 2004, vol. 47, s. 295.

86 „Even minor skirmishes between the armed forces, be they land, air or naval forces, would spark an international armed conflict and lead to the applicability of humanitarian law”. Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949, *Commentary of 2016, Article 2: Application of the Convention*, para. 237.

87 „The existence of armed force between States is sufficient of itself to trigger the application of international humanitarian law”. *Prosecutor v. Delalic*, Trial Chamber Judgment, IT-96-21-T, para. 184.

88 „The Court, therefore, did not seem to hold to the view that the use of force would in all circumstances create an international armed conflict; it intimated the need to distinguish between those uses of force which would amount to an international armed conflict and those which would not”. D. Kritsiotis, *The Tremors of Tadić*, „Israel Law Review” 2010, vol. 43, s. 279.

89 A. P. V. Rogers, *Law on the Battlefield*, Manchester 1965, s. 218; N. T. Balendra, *Defining Armed Conflict*, „Cardozo Law Review” 2008, vol. 29, s. 2471; E. Kwakwa, *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, Dordrecht 1992, s. 46; C. Greenwood, *Scope of Application of Humanitarian Law*, [w:] D. Fleck (red.), *Handbook of International*

stanowisko zostało zawarte w raporcie Stowarzyszenia Prawa Międzynarodowego (*International Law Association*) z 2010 roku dotyczącym użycia siły w stosunkach międzynarodowych. Warto zwrócić uwagę, że raport dokonał w tej mierze analizy przypadku zatopienia południowokoreańskiego okrętu wojennego „Cheonan” przez północnokoreańską łódź podwodną, który to atak pociągnął za sobą ofiary śmiertelne. W tym przypadku eksperci podkreślili, że pomimo poważnych konsekwencji ataku podstawą zdyskwalifikowania tego incydentu jako elementu konfliktu zbrojnego był brak odpowiedzi zbrojnej (*lack of exchange fire*)⁹⁰. Eksperti ILA stanęli na stanowisku, że obserwacja praktyki państw prowadzi do przyjęcia wniosku o istnieniu kryterium intensywności jako warunku intensywności dla objęcia danej sytuacji faktycznej jako część konfliktu niż w przypadku tezy wskazywanej w treści Komentarza MKCK J. S. Picteta z 1952 roku⁹¹. Raport podkreślał potrzebę zastosowania kryteriów „zorganizowania” oraz „intensywności”. Niewystarczająca do spełnienia tej przesłanki, zdaniem autorów raportu, jest wymiana ognia między jednostkami w mało znaczącym incydencie granicznym. Interesującą koncepcję rozpoznania stanu wojny zaproponowali M. Small i J. D. Singer, podnosząc, iż konflikty o charakterze międzynarodowym (*inter-state wars*) mają miejsce w sytuacji, gdy państwo będące członkiem systemu międzynarodowego jest zaangażowane w starcie z inną, równorzędną stroną. Kryteriami dodatkowymi, zdaniem autorów, jest określony stan zbrojnej interakcji o pewnym poziomie określonego natężenia między regularnymi siłami zbrojnymi, w którym obydwie strony ponoszą straty w wysokości 1000 rannych i zabitych. Z kolei każde państwo może zostać uznane za stronę takiego konfliktu, gdy angażuje czynnie w działania wojenne co

Humanitarian Law, Oxford 1995, s. 42; „That said, state practice suggests that the threshold at which a violent exchange between states is regarded as amounting to an armed conflict rather than merely a series of armed ‘incidents’ may be relatively high”. L. Arimatsu, M. Choudhury, *The Legal Classification of the Armed Conflicts in Syria, Yemen and Libya*, „International Law PP” 2014, vol. 1, s. 2; L. Moir, *‘It’s a bird! It’s a plane! It’s a non-international armed conflict!’...*, s. 73–74.

90 International Law Association, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, Use of Force 2010, s. 31. Raport w tym względzie posługuje się przykładem zatopienia okrętu Republiki Korei „Cheonan” podczas patrolu spornych obszarów morskich w granicach 38 równoleżnika. 26 marca 2010 roku okręt ten został zatopiony w wyniku ataku torpedowego północnokoreańskiego okrętu podwodnego. Korea Południowa nie odpowiedziała zbrojnie na ten krok KRLD. Jednakże zdaniem Seunghyun Sally Nam krok ten wypełniał wymóg intensywności z uwagi na jego skalę i przedmiot ataku, jakim był ważący blisko 1200 ton okręt wojenny. S. Sally Nam, *War on the Korean Peninsula? Application of Jus in Bello in the Cheonan and Yeonpyeong Island Attacks*, „University Of Pennsylvania East Asia Law Review” 2013, vol. 45, s. 79.

91 „In other words, the ICRC position is based on policy rather than, perhaps, its view of what the Conventions require as a matter of law. In fact, as the Initial Report indicates, there are few if any examples of states treating minor engagements with other states as armed conflict. The evidence supports a higher threshold”. M. E. O’Connell, *Defining Armed Conflict*, „Journal of Conflict and Security Law” 2009, vol. 13, s. 397.

najmniej 1000 żołnierzy i poniosło straty w wysokości więcej niż 100 ofiar⁹². Podobne standardy liczbowe są przyjmowane w ramach Połączonego Projektu Instytutu Pokoju i Konfliktów z Uppsali, gdzie za stan konfliktu zbrojnego uważa się sytuację, w której w wyniku użycia siły zbrojnej ginie 25 osób w ciągu roku⁹³. Oceniająca konflikt pomiędzy Etiopią a Erytreą Międzynarodowa Komisja Rozjemcza wskazała, że izolowane starcia zbrojne o charakterze incydentów granicznych, nawet pomimo ofiar i strat materialnych nie stanowią elementu napaści zbrojnej w rozumieniu art. 51 KNZ⁹⁴. Stopniowalność i kryterium intensywności ma prowadzić bowiem do rozróżniania pojęć napaści zbrojnej czy użycia siły, a także ma znaczenie w kontekście uznania danego użycia sił zbrojnych za przejaw agresji⁹⁵. Pomimo iż uwaga ta miała miejsce w kontekście *ius ad bellum*, to część autorów uznaje ją za relewantną także w świetle powstania stanu konfliktu zbrojnego⁹⁶.

9. Elementy subiektywne i obiektywne konfliktu zbrojnego

Elementami obiektywnymi konfliktu zbrojnego są wszelkie okoliczności związane z faktami połączonymi bezpośrednio z działaniami wojennymi. Wśród nich należy wymienić intensywność i dwustronność starć. Można do nich zaliczyć zakres użytych sił i środków, skalę wymiany ognia, straty ludzkie oraz materialne

92 M. Small, J. D. Singer, *Resort to Arms: International and Civil Wars, 1816–1980*, Beverly Hills 1977, s. 56.

93 Np. zgodnie z raportami Instytutu za niewielki konflikt zbrojny uznawano działania, w których poziom strat nie przekraczał 25 osób na rok i 1000 zabitych w ciągu całego konfliktu. Za wojnę uznawano stan, w którym ginie więcej niż 1000 osób w ciągu roku. N. P. Gleditsch, P. Wallenstein, M. Eriksson, M. Sollenberg, H. Strand, *Armed Conflict 1946–2001: A New Dataset*, „Journal of Peace Research” 2002, vol. 39, s. 619. „An armed conflict is a contested incompatibility which concerns government and/or territory where the use of armed force between two parties, of which at least one is the government of a state, results in at least 25 battle related deaths”. P. Wallenstein, M. Sollenberg, *Armed Conflict, 1989–99*, „Journal of Peace Research” 2000, vol. 37/5, s. 648.

94 „Localised border encounters between small infantry units with loss of life, not considered as an armed attack opening right to self-defence under the United Nations Charter”. *Reports of International Arbitral Awards, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award: Jus ad bellum*, 2005.

95 M. Piątkowski, *Analiza amerykańskiego ataku rakietowego z dnia 7 kwietnia 2017 roku z perspektywy materialnego zakresu stosowania międzynarodowego prawa humanitarnego – konflikt zbrojny czy incydent?*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2017, nr 3, s. 53.

96 M. E. O’Connell, A. Krivtsov, *United Nations Peacekeeping and the Meaning of Armed Conflict*, [w:] M. E. O’Connell (red.), *What is War?...*, s. 115.

powstałe w wyniku starcia⁹⁷. Podobne kryteria można spotkać również na gruncie orzecznictwa MTKJ⁹⁸. Można sobie wyobrazić stany faktyczne, w których jednostronne akty zbrojne spełniają odpowiednie kryterium intensywności – zwłaszcza inicjujące konflikt ataki lotnicze (np. Pearl Harbor w 1941 roku – przy założeniu, że byłby to incydent jednostronny).

Na przeciwnym biegunie przykładem incydentu o nieoczywistym charakterze był atak izraelskiego lotnictwa na reaktor atomowy w Syrii w 2007 roku zakończony zniszczeniem infrastruktury produkcyjnej, a także incydent z 17 kwietnia 2017 roku, w ramach którego Stany Zjednoczone zaatakowały bazę syryjskiego lotnictwa⁹⁹. W tym przypadku skala ataku, a przede wszystkim konsekwencje związane z atakiem na krytyczny element funkcjonowania państwa pozwalają przyjąć, że kryterium intensywności zostało spełnione. W tej mierze G. D. Solis oraz Y. Dinstein dostrzegają jeszcze jeden aspekt związany z oceną jednostronnych działań izraelskiego lotnictwa bojowego przeciwko irackim i syryjskim instalacjom nuklearnym. Ich zdaniem nie każdy krok zbrojny dokonany za pośrednictwem siły militarnej musi w każdych okolicznościach konstytuować powstanie stanu konfliktu zbrojnego ze wszystkimi jego konsekwencjami¹⁰⁰. Y. Dinstein wprost uznaje, że np. istnieje możliwość zakwalifikowania niektórych przypadków krótkotrwałych incydentów zbrojnych jako tzw. *short of war*, wymieniając w tej mierze np. zestrzelenie samolotu myśliwskiego w ramach potyczek powietrznych. Istotne w tym względzie jest uwzględnienie woli stron incydentów co do traktowania ich jako czynu wojennego, będącego załącznikiem podjęcia otwartych działań zbrojnych bądź też nie. W tym wypadku warto mieć na uwadze wcześniejszą teorię subiektywnego działania strony z zamiarem czynienia kroków o charakterze wojennym – czyli koncepcję H. Kelsena opierającą się na konieczności rozpoznania swobodnego *animus belligerendi* u walczących jako działania z zamiarem prowadzenia przeciwko sobie operacji o charakterze zbrojnym. Powyższy obraz znajduje potwierdzenie w praktyce państw, które często pewnych określonych konfliktów oraz incydentów o charakterze granicznym czy też jednostkowym nie

97 M. Ilanga, *Concept of Armed Conflict in Public International Law: Some Reflections*, „Sri Lanka Journal of International Law” 2002, vol. 14, s. 115.

98 „Trial Chambers have also taken into account in this respect the number of civilians forced to flee from the combat zones; the type of weapons used, in particular the use of heavy weapons, and other military equipment, such as tanks and other heavy vehicles; the blocking or besieging of towns and the heavy shelling of these towns; the extent of destruction and the number of casualties caused by shelling or fighting; the quantity of troops and units deployed; existence and change of front lines between the parties; the occupation of territory, and towns and villages; the deployment of government forces to the crisis area; the closure of roads”. *Prosecutor v. Boskovski, Tarculoski*, Trial Chamber II Judgement, IT-04-82, para. 177.

99 E. Louka, *Nuclear Weapons, Justice and the Law*, Northampton 2011, s. 380.

100 G. D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge 2010, s. 185; Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge 1998, s. 13.

uznawały za element konfliktu zbrojnego – co tym samym *per se* nie powinno prowadzić stosowania w tych „zdarzeniach w stosunkach międzynarodowych” norm *ius in bello*¹⁰¹.

Elementami subiektywnymi pozostają wszelkie okoliczności mogące sygnalizować istnienie *animus belligerendi*, czyli subiektywnego przekonania państwa o uznaniu danego kroku ofensywnego bądź defensywnego za część konfliktu zbrojnego. Do powyższych można zaliczyć oficjalną zewnętrzną postawę państwa, jego stanowisko na forum organizacji międzynarodowych, fakt uznania danej sytuacji za konflikt zbrojny na gruncie norm prawa wewnętrznego (np. wprowadzenie stanu wojennego)¹⁰². W niektórych sytuacjach wskazywanie elementu subiektywnego wydaje się zbędne – jeżeli z okoliczności faktycznych nie wynikają żadne wątpliwości co do intencji wrogich stron¹⁰³.

Które kryteria powinny być brane w pierwszej kolejności pod uwagę? Wydaje się (jak zostało wcześniej wskazane), że nie ma większych wątpliwości, że stan konfliktu zbrojnego jest kategorią w pierwszej kolejności obiektywną. Rozbieżności jednakże odnoszą się do zagadnienia intensywności. Według jednego poglądu osiągnięcie przez dane starcia zbrojne odpowiedniego pułapu intensywności jest wystarczającą podstawą to stwierdzenia zaistnienia konfliktu zbrojnego. Inny, skupiony wokół MKCK, pogląd wskazuje, że dostateczny jest sam fakt zbrojnej interakcji, by uruchomić stosowanie norm międzynarodowego prawa humanitarnego. W praktyce stosunków międzynarodowych powyższe kwestie stają się znacznie bardziej skomplikowane w przypadku jednostronnych incydentów bądź starć zbrojnych o geograficznie i zakresowo ograniczonej skali. Kryterium obiektywne w tej mierze cały czas zachowuje najwyższe uprzywilejowanie – gdyż incydenty, jak np. zestrzelenie rosyjskiego samolotu wojskowego nad Syrią w listopadzie 2015 roku w wyraźny sposób nie spełniają kryterium intensywności (jak również dwustronności)¹⁰⁴. Elementy subiektywne jednak mają pewne znaczenie w tej mierze, przynajmniej pomocnicze, bowiem stanowisko państw pozwala na większą klaryfikację zaistniałego stanu faktycznego i dokonanie jego właściwej oceny¹⁰⁵.

101 R. Bierzanek, *Wojna a prawo międzynarodowe*, Warszawa 1982, s. 15.

102 M. Piątkowski, *Analiza amerykańskiego...*, s. 59–60.

103 M. Milanovic, *The End of Application of International Humanitarian Law*, „The International Review of the Red Cross” 2014, vol. 96, s. 166.

104 M. Piątkowski, *Zestrzelenie rosyjskiego samolotu wojskowego a międzynarodowe prawo konfliktów zbrojnych*, „Biuletyn Analiz Centrum Inicjatyw Międzynarodowych” 2016, nr 8, s. 23–37.

105 „Moreover, the subjective approach helped to create an artificial separation between the «state of war» as a legal concept and the fact of war in the sense of actual fighting. Hostilities could exist without a state of war, if the parties to the conflict so elected. Conversely, a state of war could be in existence between two States even though no fighting took place”. C. Greenwood, *The Concept of War...*, s. 286; M. Piątkowski, *Analiza amerykańskie...*, s. 60.

Cytowane wyżej stanowisko MKCK z 1952 roku zakładało dla zaistnienia stanu prawnego konfliktu zbrojnego istnienie zbrojnej interakcji pomiędzy siłami zbrojnymi państw. Należy podnieść, że dalej idące konkluzje przyjęto w nowelizowanym komentarzu MKCK do Konwencji genewskich z 1949 roku. Wskazano w nim, że każde użycie siły przez jedno państwo na terytorium innego państwa bez jego zgody tworzy stan prawny konfliktu zbrojnego o charakterze międzynarodowym pomiędzy państwem a państwem interwenientem¹⁰⁶. Treść komentarza wskazuje, że zasadniczym założeniem przemawiającym za przyjęciem powyższej konkluzji jest zwiększenie ochrony ludności cywilnej oraz infrastruktury o charakterze niewojskowym¹⁰⁷. Podnosi się, że nieistotne w tej mierze są okoliczności związane z odbiorem aktu zbrojnego przez adwersarza, odrzucając przy tym tezę o koniecznej dwustronności dla powstania konstytutywnego elementu konfliktu zbrojnego¹⁰⁸. Można sobie tutaj wyobrazić stan faktyczny, w którym przedmiotem ataku zbrojnego jest infrastruktura cywilna oraz niewalczący – taka sytuacja (jak np. w przypadku ataku lotniczego Luftwaffe na Wieluń 1 września 1939 roku) znajduje się poza literalnym kontekstem tzw. wspólnego art. 2 dla Konwencji genewskich z 1949 roku – który zakłada powstanie stanu wrogości pomiędzy państwami (*implicite* siłami zbrojnymi)¹⁰⁹. Przyjęcie powyższego poglądu ciągle jednak powoduje poważne konsekwencje i budzi wiele kontrowersji¹¹⁰.

Niemniej należy wskazać, że to podejście MKCK w sposób najdalej idący gwarantuje obiektywne stosowanie międzynarodowego prawa humanitarnego. Mimo wymienionych zastrzeżeń wydaje się także coraz szerzej aprobowane przez doktrynę prawa międzynarodowego. W listopadzie 2018 roku rosyjska marynarka wojenna dokonała ostrzału okrętów ukraińskiej floty, zatrzymując przy tym marynarzy w ramach incydentu zbrojnego w Cieśninie Kerczeńskiej. Stanowisko strony ukraińskiej podkreśla, że względem zatrzymanych powinno się stosować przepisy III Konwencji genewskiej z 1949 roku, traktując starcie jako część trwającego od 2014 roku rosyjsko-ukraińskiego konfliktu zbrojnego w rozumieniu *ius in bello* bądź też izolowany incydent o znamionach międzynarodowego konfliktu

106 „Should the third State's intervention be carried out without the consent of the territorial State, it would amount to an international armed conflict between the intervening State and the territorial State”. Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949, *Commentary of 2016, Article 2: Application of the Convention*, para. 260.

107 A. A. Haque, *The United States is at War with Syria (according to the ICRC's New Geneva Convention Commentary)*, EJIL Talk!, <https://www.ejiltalk.org/the-united-states-is-at-war-with-syria-according-to-the-icrcs-new-geneva-convention-commentary/> (dostęp: 12.11.2020).

108 M. Brehm, *Defending the Boundary: Constraints and Requirements on the Use of Autonomous Weapon Systems Under International Humanitarian and Human Rights Law*, The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights 2017.

109 Zob. dalszy ciąg wywodu: M. Piątkowski, *Analiza amerykańskiego...*, s. 62–63.

110 T. Gill, *Classifying the Conflict in Syria*, „International Law Studies” 2016, vol. 92, s. 367.

zbrojnego¹¹¹. Podobne stanowisko przyjęło także Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy¹¹². Z drugiej strony Federacja Rosyjska nie zgadza się z tym poglądem, uznając incydent za „nielegalne przekroczenie granicy morskiej”¹¹³.

9.1. Sprawa por. Roberta O. Goodmana i stosowanie międzynarodowego prawa humanitarnego poza konfliktem zbrojnym

4 grudnia 1983 roku amerykański pilot marynarki wojennej R. O. Goodman lecący samolotem A-6 Intruder został zestrzelony w trakcie wykonywania operacji lotniczej nad terytorium Libanu przez syryjską obronę przeciwlotniczą. Działania sił amerykańskich odbywały się w ramach międzynarodowej misji stabilizacyjnej w Libanie, będącej następstwem trwającej wojny domowej (podczas której interweniowała Syria oraz Izrael), której kulminacyjnym punktem był atak bombowy na koszary amerykańskiej piechoty morskiej w październiku 1983 roku. W wyniku tego ataku amerykańskie lotnictwo rozpoczęło intensywne patrolowanie przestrzeni powietrznej nad Libanem, co spotkało się z reakcją rozbudowanej syryjskiej obrony przeciwlotniczej, czynnie utrudniającej loty sił powietrznych US Navy. 4 grudnia 1983 roku w celu zniszczenia stanowisk przeciwlotniczych z pokładów lotniskowców poderwano ok. 20 samolotów typu A-6E Intruder z zadaniem obezwładnienia syryjskich pozycji położonych w pobliżu granicy syryjsko-libańskiej. W wyniku operacji zestrzelono maszynę por. Goodmana, który dostał się do syryjskiej niewoli i był więziony w Damaszku. Zagadnieniem z punktu widzenia stosowania międzynarodowego prawa humanitarnego było rozważanie, czy do zatrzymania, przetrwania i zwolnienia amerykańskiego pilota powinno się stosować przepisy o jeńcach wojennych z III Konwencji genewskiej z 1949 roku. By stosować Konwencję, niezbędne byłoby wykazanie, czy zakres prowadzonych działań zbrojnych przez siły amerykańskie i syryjskie był wystarczający do stwierdzenia istnienia stanu konfliktu zbrojnego. 20 grudnia 1983 roku podczas konferencji prasowej prezydent USA Ronald Reagan wyraził stanowisko, iż strona

111 J. Kraska, *The Kerch Strait Incident: Law of the Sea or Law of Naval Warfare?*, EJIL Talk!, <https://www.ejiltalk.org/the-kerch-strait-incident-law-of-the-sea-or-law-of-naval-warfare/> (dostęp: 12.11.2020). „Consequently, the qualification of an act as aggression would make sense, first and foremost, in the context of the first use of force by a State, from which an international armed conflict would result”. S. Sayapin, *The End of Russia’s Hybrid War against Ukraine?*, <http://opiniojuris.org/2019/01/04/the-end-of-russias-hybrid-war-against-ukraine/> (dostęp: 12.11.2020).

112 „Immediately release the Ukrainian servicemen and ensure they are granted the necessary medical, legal and/or consular assistance in accordance with relevant provisions of international humanitarian law such as the Geneva Conventions”. Rezolucja 2259(2019) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 24 stycznia 2019 roku.

113 H. Kerrigan, *Historic Documents of 2018*, Thousand Oaks 2018, s. 660.

amerykańska nie znalazła się w stanie konfliktu zbrojnego między Stanami Zjednoczonymi a Syrią, stąd o por. Goodmianie nie można mówić jako jeńcu wojennym¹¹⁴. Wyrażona przez MKCK ocena wskazywała, że amerykański pilot posiada status jeńcy wojennego, pomimo braku istnienia formalnego stanu wojny między USA a Syrią¹¹⁵. Oznacza to, iż w rozumieniu ekspertów Czerwonego Krzyża zestrzelenie amerykańskiego samolotu przez syryjską obronę przeciwlotniczą było aktem o skali konfliktu zbrojnego toczącego się między obydwojema państwami. Podobne stanowisko zajął Departament Stanu Stanów Zjednoczonych, twierdząc, że „konflikt zbrojny ma miejsce w każdej sytuacji zbrojnej akcji pomiędzy przeciwnymi siłami zbrojnymi, niezależnie od czasu trwania, długości oraz intensywności starć”¹¹⁶. Z kolei zdaniem W. H. Parksa godzinny atak lotniczy nie może zostać uznany za dostateczny do uznania stanu wojny (*criteria of war* – w oryginale), ale wystarczający do uruchomienia wobec zestrzelonego lotnika przepisów Konwencji z 1949 roku¹¹⁷. C. Greenwood powyższy incydent

114 „And Ambassador Rumsfeld has been in Damascus. He has met with the Syrians. Certainly, that is very high on the agenda. The Syrians claim that he’s a prisoner of war. Well, I don’t know how you have a prisoner of war when there is no declared war between nations. I don’t think that makes you eligible for the Geneva accords”, <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/the-presidents-news-conference-944> (dostęp: 12.11.2020).

115 „President Reagan said Dec. 20 that he did not see how Syria could treat the American flier captured by Syrians as a prisoner of war under the Geneva Convention «when you have no declared war between nations». Article 2 states that the convention applies «to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise» between two or more nations, «even if the state of war is not recognized by one of them». Experts, including a representative of the International Committee of the Red Cross, have said the flier, Lieut. Robert O. Goodman Jr., is a prisoner of war under terms of the convention, although the United States has said it is not at war with Syria and neither nation has formally declared war. He was captured when his jet was shot down on a raid against Syrian positions in Lebanon. It is debatable whether «active hostilities» have ceased, as provided for in Article 118. If so, Syria would be obliged to repatriate Lieutenant Goodman under the convention”. *Geneva convention on prisoners of war*, „The New York Times”, <http://www.nytimes.com/1983/12/30/world/geneva-convention-on-prisoners-of-war.html> (dostęp: 12.11.2020).

116 C. Greenwood, *Protection of Peacekeepers: The Legal Regime*, „Duke Journal of Comparative and International Law” 1996, vol. 7, s. 200–201.

117 „The one-hour air strike probably did not meet the general criteria for a war, but it did cross the threshold for application of the 1949 Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War. Similarly, during the 1999 NATO Kosovo air operations, Serbian forces captured three US Army soldiers. The initial response of the Secretary of State was that these men were not prisoners of war, a point with which every member of the Department of Defense Law of War Working Group strongly disagreed. The Secretary of State subsequently agreed that the men were prisoners of war, another indication that there is more than one threshold”. W. H. Parks, *Special Forces’ Wear of Non-Standard Uniform*, „Chicago Journal of International Law” 2003, vol. 4, no. 2, s. 500. Nie jest dla autora pracy do końca jasne rozróżnienie między stanem wojny (*general criteria of a war*) a tzw. wspólnym art. 2 dla Konwencji genewskich z 1949 roku. Przypuszczalnie W. H. Parks miał na myśli wojnę w sensie konfliktu zbrojnego o większej skali niż incydent lotniczy.

uznawał za dowód zaakceptowania przez część państw „niskiego progu stosowalności” Konwencji¹¹⁸.

Wykorzystując obiektywne elementy konfliktu zbrojnego, warto zwrócić uwagę na działania amerykańskiego lotnictwa, którym był atak powietrzny z użyciem amunicji typu ziemia – powietrzne o znacznej skali (28 samolotów bojowych typu A-6 i A-7) na pozycje syryjskiej obrony przeciwlotniczej¹¹⁹. Skala uderzenia była więc bez wątpienia poważna, a reakcja obrony przeciwlotniczej świadczyła o wyraźnym zamiarze zadania strat przeciwnikowi (zestrzelono dwie amerykańskie maszyny bojowe)¹²⁰. Intensywność ataku należy więc uznać za znaczną, również kontekst operacji wskazywał na czynne zaangażowanie stron we wzajemnym procesie niszczenia obiektów wojskowych naziemnych i powietrznych, po obydwu stronach zanotowano też ofiary oraz straty materialne¹²¹. W tej mierze wydaje się, że pomimo postawy obydwu państw – traktujących nalot samolotów amerykańskich i kontratak syryjskiej obrony przeciwlotniczej jako pewnego rodzaju incydent niż konflikt o pełnej skali – z uwagi na treść wspólnego art. 2 dla Konwencji genewskich z 1949 roku należy uznać, iż 4 grudnia 1983 roku wymiana ognia między walczącymi stronami stanowiła podstawę do przyjęcia, iż pomiędzy USA a Syrią doszło do krótkotrwałego, lecz intensywnego konfliktu zbrojnego, do którego miały zastosowanie normy międzynarodowego prawa humanitarnego, zarówno w kontekście samego *conduct of hostilities*, jak i kwestii traktowania amerykańskiego pilota jako jeńca wojennego¹²². Elementy subiektywne wyraźnie zaprzeczają istnieniu stanu konfliktu zbrojnego – zwłaszcza Stany Zjednoczone stały na stanowisku, że operacja nie ma charakteru wojennego i nie stanowi międzynarodowego konfliktu zbrojnego. Wydarzenie to miało charakter izolowany i co istotne także krótkotrwały, jednak przy tym wypełniający kryterium intensywności oraz dwustronności. Ostateczne wnioski są uzależnione od akceptacji teorii subiektywnej bądź obiektywnej konfliktu zbrojnego. Warto w tej mierze odnotować uwagę F. Kalshovena, który wskazuje, że w konflikcie pomiędzy Holandią a Indonezją o Nową Gwineę w latach 50. XX wieku obydwie strony uzgodniły, że Konwencje genewskie nie mają zastosowania z uwagi na „brak stanu

118 C. Greenwood, *The Development of International Humanitarian Law by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, [w:] J. Frowein, R. Wolfrum (red.), „Max Planck Yearbook of United Nations Law” 1998, vol. 2, s. 114–115.

119 „Jesse Jackson and the US airman shot down by Syria”, 3rd December 2013, <http://www.bbc.com/news/magazine-24081498> (dostęp: 12.11.2020); B. Kaplan Gubert, M. Sawyer, C. M. Fannin, *Distinguished African-Americans in Aviation and Space Science*, Londyn 2002, s. 137.

120 D. E. Kyvig, *Reagan and the World*, Nowy Jork 1990, s. 82.

121 D. Sylvan, S. Majeski, *U.S. Foreign Policy in Perspective: Clients, Enemies and Empire*, Nowy Jork 2009, s. 152.

122 „The engagement between Syria and the United States was extraordinarily brief, but nonetheless qualified as an international armed conflict so as to trigger the application of LOAC”. L. R. Blank, B. R. Farley, *Identifying...*, s. 475.

konfliktu zbrojnego”¹²³. Ocena aktualnej praktyki sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych dokonana przez G. S. Corna wskazuje, że Departament Obrony Stanów Zjednoczonych przyjmuje, że każdy przypadek zbrojnego zaangażowania powinien być regulowany przez normy *ius in bello*¹²⁴. Powyższe stanowisko potwierdza treść instrukcji amerykańskich sił zbrojnych (*Law of Armed Conflict Manual*)¹²⁵. W 2007 roku 8 brytyjskich marynarzy i 7 żołnierzy brytyjskiej piechoty morskiej zostało zatrzymanych przez irańską marynarkę wojenną pod zarzutem nielegalnego przekroczenia granicy morskiej pomiędzy Iranem a Irakiem (ówcześnie pozostającym pod częściową okupacją wojsk brytyjskich)¹²⁶. Podobnie jak w kontekście incydentu z 1983 roku, oceny tego zdarzenia mogą być różnicowane¹²⁷. Nie zmienia to jednak możliwości objęcia ofiar krótkotrwałych incydentów zbrojnych ochroną międzynarodowego prawa humanitarnego, jednak na innych podstawach niż stan konfliktu zbrojnego.

Normatywna podstawa stosowania przepisów międzynarodowego prawa humanitarnego, np. w zakresie dotyczącym jeńców wojennych w sytuacjach jednostronnego użycia siły o niskim poziomie intensywności (np. operacji powietrznych), powinna wynikać nie tyle ze stwierdzenia faktu istnienia konfliktu zbrojnego, ile bardziej z uwzględnienia okoliczności, że każde użycie siły w stosunkach międzynarodowych powinno podlegać dwóm zasadniczym rygorom – niezbędności i proporcjonalności, a także ogólnym zasadom prawa międzynarodowego¹²⁸. Te dwa paradygmaty wyznaczają też zakres i wymiar aktualnie użytej siły¹²⁹. Wynikają z tego ograniczenia jej użycia tylko w wymiarze koniecznym (niezbędnym) – tj. dotyczącym bezpośrednio realizacji konkretnego celu, np. związane z zapobieżeniem tragedii humanitarnej czy działaniem w samoobronie oraz w wymiarze proporcjonalnym, przykładowo skierowanym tylko i wyłącz-

123 F. Kalshoven, F. Zegveld, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, Cambridge 2011, s. 27.

124 G. S. Corn, R. E. VanLandingham, S. R. Reeves, *U.S. Military Operations: Law, Policy and Practice*, Oxford 2016, s. 81.

125 „The United States has interpreted «armed conflict» in Common Article 2 of the 1949 Geneva Conventions to include «any situation in which there is hostile action between the armed forces of two parties, regardless of the duration, intensity or scope of the fighting». The Department of Defense, *Law of War Manual*, June 2015 (Updated December 2016), s. 82.

126 M. Asada, *The Concept of „Armed Conflict” in International Armed Conflict*, [w:] M. E. O’Connell (red.), *What is War...*, s. 66.

127 „The fact that neither the United Kingdom nor Iran recognized a state of war or the existence of an armed conflict had no bearing on the application of LOAC. The Commentary clarifies that even if both states deny the existence of an armed conflict, the Geneva Conventions still apply based objectively on the de facto situation”. L. R. Blank, B. R. Farley, *Identifying...*, s. 475.

128 Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge 1998, s. 20; E. Cannizzaro, *Proportionality in the Law of Armed Conflict*, [w:] A. Clapham, P. Gaeta (red.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford 2014, s. 345.

129 M. Piątkowski, *Analiza amerykańskiego...*, s. 72.

nie przeciwko celom wojskowych¹³⁰. Jak wskazał autor niniejszej pracy, „powyższe ograniczenia działają w obydwie strony – zarówno wobec państwa, które w trakcie np. interwencji humanitarnej wykonuje jednostronne uderzenia zbrojne w celu powstrzymania naruszeń prawa międzynarodowego, jak i względem drugiej strony, która przy odpieraniu aktu użycia siły powinna przynajmniej stosować się do minimum standardów humanitarnych (jak stwierdził na gruncie sprawy Cieśniny Korfu MTS) – tj. nie kierować się przykładowo represjami względem personelu wojskowego, który np. wskutek awarii maszyny bojowej dostałby się we władanie strony przeciwnej¹³¹. Taką możliwość m.in. wskazał H. Levie, którego zdaniem „okazjonalne incydenty nie budują stanu konfliktu zbrojnego, ale nie oznaczają to pozbawienia osób znajdujących się we władzy drugiej strony ochrony wynikającej z przepisów prawa międzynarodowego”¹³². Powyższe wskazania można odnaleźć również w treści rozwiązania traktatowego w postaci art. 1 ust. 4 PD I (będącego w istocie egzemplifikacją klauzuli Martensa), który obejmuje swoją dyspozycją także stany faktyczne pozostające poza zakresem stosowania Protokołu, a związane z ochroną osób o szczególnym statusie (*protected persons*)¹³³. Na tej podstawie

130 Cytat za: *ibidem*, s. 73. „In the view of the Court, if the provision of «humanitarian assistance» is to escape condemnation as an intervention in the internal affairs of Nicaragua, not only must it be limited to the purposes hallowed in the practice of the Red Cross, namely «to prevent and alleviate human suffering» and «to protect life and health and to ensure respect for the human being»”. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua v. United States of America Merits*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para. 243; D. Kretzmer, *The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum*, „The European Journal of International Law” 2013, vol. 24, s. 237.

131 „The obligations incumbent upon the Albanian authorities consisted in notifying, for the benefit of shipping in general, the existence of a minefield in Albanian territorial waters and in warning the approaching British warships of the imminent danger to which the minefield exposed them. Such obligations are based, not on the Hague Convention of 1907, No. VII, which is applicable in time of war, but on certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war”. *Corfu Channel case*, Judgment, I.C.J. Reports 1949, s. 22.

132 H. Levie, *The Status of Belligerent Personnel „Splashed” and Rescued by a Neutral in the Persian Gulf Area*, „International Law Studies” 1990, vol. 70, s. 242–243.

133 Cytat za: M. Piątkowski, *Analiza amerykańskiego...*, s. 73. D. Fleck, *Humanitarian Protection in Non-International Armed Conflicts: The New Research Project of the International Institute of Humanitarian Law*, „Israel Yearbook on Human Rights” 2000, vol. 30, s. 2. „Now, of course, if a conflict does not meet the definitions in the Geneva Conventions or Protocols, then those treaties do not govern the conflict. Where the Conventions do not apply, international humanitarian law derived from «established custom, principles of humanity, and the dictates of public conscience» can serve as a place holder. I take that language from Additional Protocol I of 1977. Such language is not mere rhetoric”. S. Ratner, *The War on Terrorism and International Humanitarian Law*, „Michigan State Journal of International Law” 2006, vol. 19, s. 20; N. Zamir, *Classification of Conflicts in International Humanitarian Law: The Legal Impact of Foreign Intervention in Civil Wars*, Northampton 2017, s. 5. Zob. także dyskusję dotyczącą incydentu z 2007 roku: „«There is no state of armed conflict between Iran and the

można usunąć pewne obawy związane ze zjawiskiem nieograniczonego użycia siły zbrojnej w sytuacji, w której nie można stwierdzić z całą pewnością, że kwalifikuje się jako akt konfliktu zbrojnego¹³⁴.

10. Konkluzje

Podsumowując powyższe rozważania, należy zaznaczyć, iż w oparciu na ustaleniach doktryny, orzecznictwa oraz stanowiska reprezentatywnych organizacji międzynarodowych dopuszczalne jest dokonanie następującej klasyfikacji konfliktów zbrojnych z uwagi na moment ich powstania i jednoczesną podstawę do stosowania w jego granicach temporalnych międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych. Można wyróżnić stany:

- 1) formalne – związane z deklaracją wojny;
- 2) materialne:
 - a) stan konfliktu zbrojnego powstaje z chwilą podjęcia pierwszych działań zbrojnych – tzw. *first shot theory*,
 - b) stan konfliktu zbrojnego powstaje z chwilą zbrojnej odpowiedzi drugiej strony – tzw. teoria zbrojnej interakcji,
 - c) stan konfliktu zbrojnego powstaje z chwilą odpowiedniego natężenia działań wojennych tzw. teoria odpowiedniej intensywności.

Należy wskazać, że bez wątpienia przedstawione wcześniej stanowisko MKCK o niskim progu stosowalności międzynarodowego prawa humanitarnego ma zasadnicze uzasadnienie. W sposób jednoznaczny eliminuje wszelkie wątpliwości związane z klasyfikacją danego incydentu jako elementu toczącego się konfliktu zbrojnego. Jednak nie można tracić z oczu perspektywy, iż w istocie wiele zdarzeń o charakterze działań czysto zbrojnych jest w różnych konfiguracjach często traktowanych przez państwa jako działania niemieszczące się w granicach konfliktu zbrojnego. W szczególności, w perspektywie praktyki państw, nie będą to jednostronne, krótkie operacje bojowe (w formie incydentów granicznych czy też

U.K., hence no violation of the Geneva Conventions (is committed by) broadcasting of the images», Crane said in an e-mail. «Technically, if found to have violated Iranian domestic law, e.g. entering the country illegally, they could be tried for that entry». However, Crane noted, if Iran crossed into Iraqi waters to seize the British troops – as Britain insists and the Iranians deny – that trespass and capture might represent a de facto act of war, automatically activating the conventions. And some legal experts said Britain can and should make that case”. <https://www.sfgate.com/news/article/What-law-did-Tehran-break-Capture-of-British-2576880.php> (dostęp: 12.11.2020).

134 K. Watkin, *Fighting...*, s. 57.

bombardowań powietrznych), zwłaszcza gdy nie spotykają się one z kontrreakcją zbrojną. Nie bez znaczenia wydaje się w tym miejscu uwzględnienie elementu subiektywnego stron, które mogą takie kroki uznawać za zdarzenie niemające znamion konfliktu zbrojnego. Granicą jednakże tej przesłanki jest osiągnięcie pewnej intensywności tych działań. Dlatego autor w tym miejscu proponuje sformułowanie własnej definicji konfliktów zbrojnych o charakterze międzynarodowym: „zbrojna interakcja państw nacechowana odpowiednim stopniem intensywności i elementem podejmowania kroków obronnych bądź agresywnych wobec działań drugiej strony, rozwiązujących swoje spory w drodze użycia sił zbrojnych”¹³⁵. Definicja ta może być jednak w pełni poddana uzasadnionej krytyce jako odwołująca się do nieistniejącego, zdaniem MKCK, kryterium subiektywności i intensywności w przepisach *ius in bello*.

11. Temporalny zakres obowiązywania międzynarodowego prawa humanitarnego

11.1. Spojrzenie historyczne

Od czasów antycznych uznawano, że stan wojny może powstać dopiero po zaistnieniu pewnego formalnego aktu, swoistego upoważnienia mającego charakter publiczny. W czasach rzymskich istotną częścią prawa wojny było tzw. *ius fetiale* – zbiór czynności o znaczeniu magiczno-religijnym, podczas których kapłani dokonywali oficjalnego wprowadzenia państwa rzymskiego w stan wojny. Kluczową osobą w tej mierze był *pater patratus* – czyli swoisty herold republiki, dokonujący obrzędu *rerum repetitio* – oficjalnego przedstawienia żądań i wymagań Rzymu wobec sąsiedniego państwa bądź miasta¹³⁶. *Pater patratus* wypowiadał wojnę w terminie 33 dni i następnie wracał do Rzymu, oczekując decyzji Senatu. Naruszenie tych zwyczajów było traktowane jako zły omen i oznaczało brak przychylności bogów. Ponadto stwierdzenie zaistnienia wojny stanowiło także moment uruchomienia specjalnych praw o charakterze wewnętrznym, które określały możliwość przeprowadzenia dodatkowej mobilizacji oraz nominacji dowódczych. W ramach tych obrzędów nie pojawiała się zagadnienie sposobu prowadzenia wojny

135 M. Piątkowski, *The Definition of the Armed Conflict*, „Polish Political Science Yearbook” 2017, vol. 46, s. 277–278.

136 *Pater patratus* oprócz wypowiadania wojny służył w okresie pokoju Senatowi jako specjalny wysłannik dyplomatyczny, któremu udzielano pełnomocnictw do zawierania sojuszy z innymi państwami. Zob. opis porozumienia pomiędzy Albańczykami a Rzymianami w: Liwiusz, *Dzieje Rzymu...*, s. 24.

przez armię rzymską. W starożytnym Rzymie wypowiedzenie wojny miało więc wyraźny status aktu konstytutywnego, zbliżonego w swym wymiarze do egzekucji świadczeń w rzymskim prawie prywatnym¹³⁷.

W okresie średniowiecznym większy nacisk doktryny został położony na przyczyny znalezienia się danych stron w stanie wojny niż na sam fakt oficjalnej notyfikacji rozpoczęcia kroków nieprzyjacielskich. Stąd też, jak wskazał J. M. Mattox, chrześcijańska myśl filozoficzna bazująca na teorii wojny sprawiedliwej zasadniczo nie wskazywała wyraźnego momentu, w którym stan pokoju przechodził w stan wojny¹³⁸. Można jednakże domniemywać, że św. Augustynem i św. Tomaszem z Akwinu, że jednym z elementów wojny sprawiedliwej było – oprócz sprawiedliwej przyczyny (obrona przed agresją, odwrócenie skutków bezprawia, pomoc sojusznikowi, obraza traktatów) i sprawiedliwej woli (wojna jako próba przywrócenia pokoju)¹³⁹ – także istnienie upoważnienia właściwego suwerena. W tej przesłance należy upatrywać istnienia oficjalnego aktu notyfikowania kroków wojennych¹⁴⁰. Jednak jak wskazał S. C. Neff, historia średniowiecza pokazuje, że w tamtych czasach nie istniała wyraźna koncepcja stanu wojny jako kategorii prawa międzynarodowego, co skutkowało również stosunkowo rzadkimi sytuacjami związanymi z formalnymi deklaracjami o rozpoczęciu kroków nieprzyjacielskich¹⁴¹. Przykładem takiej sytuacji może być wielka wojna z zakonem krzyżackim w latach 1409–1411, gdy wielki mistrz zakonu Ulrich von Jungingen 6 sierpnia 1409 roku zdecydował się formalnie poinformować stronę polską o zaistnieniu stanu wojny, wskutek uzyskania informacji o trwałości sojuszu polsko-litewskiego¹⁴².

Grocjusz podniósł, że niezbędnym elementem sprawiedliwej wojny jest formalna deklaracja wojny, która powinna być zakomunikowana wszystkim walczącym¹⁴³. Nie wymagał takiej notyfikacji w przypadku wojny obronnej. Holenderski autor uznawał, że deklaracja jest obowiązkiem w sytuacji nielegalnego zaboru terytorium bądź wrogiej agresji jako formalny wymóg legalności zwrotu roszczenia. Grocjusz wskazywał, że istnieją dwa rodzaje notyfikacji: warunkowe, które

137 C. Phillipson, *The International Law and Custom...*, s. 200–201.

138 J. M. Mattox, *Saint Augustine and the Theory of Just War*, Nowy Jork 2006, s. 78.

139 „For you don't seek peace in order to stir up war; no – war is waged in order to obtain peace. Be a peacemaker, therefore, even in war, so that by conquering them you bring the benefit of peace even to those you defeat”. *List 189: Św. Augustyna do Bonifacego* (417 r.). Cytat za: A. D. Lee, *War in Late Antiquity: A Social History*, Singapur 2007, s. 187.

140 W. Ballis, *The Legal Position of War: Changes in Its Practice and Theory From Plato to Vattel*, Haga 1937, s. 43; Św. Tomasz z Akwinu, *Summa Teologiczna, Część II, Pytanie 40 „Wojna”*.

141 S. C. Neff, *War and the Law of Nations: A General History*, Cambridge 2005, s. 103.

142 A. Nowak, *Polska wielka księga historii*, Ożarów Mazowiecki 2016, s. 160.

143 „But to make a war just, according to this meaning, it must not only be carried on by the sovereign authority on both sides, but it must also be duly and formally declared, and declared in such a manner, as to be known to each of the belligerent powers”. H. Grocjusz, *The Rights of War and Peace, Vol. III*, Londyn 1814, s. 166.

domagają się określonego zadośćuczynienia, zwrotu bądź kapitulacji; absolutne, mające charakter deklaracyjny, będące potwierdzeniem już trwających operacji zbrojnych¹⁴⁴. Deklaracje mają formę widomego znaku prowadzenia wojny przez suwerenne podmioty prawa międzynarodowego każdej ze stron, tworząc określone prawa i obowiązki wobec poddanych tych państw, w odróżnieniu od wojen przeciwko piratom bądź rebeliantom.

Szczególnie optującym za koniecznością odnalezienia w normach prawa narodów obowiązku wypowiedzania wojny był A. Gentili, dla którego deklaracja była swoistym „wezwaniami do spełnienia świadczenia” przez dłużnika – w sytuacji wojny była to pozycja wierzyciela (państwa egzekwującego) względem dłużnika (państwa egzekwowanego). Gentili ponadto wymagał, aby pomiędzy wypowiedzeniem wojny a rozpoczęciem działań wojennych upłynął okres 30 dni, który miałby być traktowany jako obowiązkowy okres karencji oraz ostatnia próba zapobieżenia wojnie. Nie istniał obowiązek, aby wypowiadać wojnę w przypadku wojny obronnej o charakterze krótkotrwałym oraz względem rebeliantów¹⁴⁵. Sędzia MTKJ T. Meron w analizie prawnomiędzynarodowych elementów twórczości Szekspira na podstawie dramatu „Król Henryk”, związanego z interwencją Henryka V w 1415 roku we Francji w ramach tzw. wojny stuletniej, zwrócił uwagę, że w okresie późnego średniowiecza i wczesnego renesansu praktyka wypowiedzania wojen była praktyką rzadką, lecz wciąż honorową i przynajmniej teoretycznie obowiązującą¹⁴⁶.

E. de Vattel uznawał deklarację wojny jako element szlachetnej i słusznej polityki, która ma na celu uniknięcie konfliktu, wskazując, że w przypadku spełnienia słusznych żądań po wypowiedzeniu wojny istniał obowiązek powstrzymania się od rozpoczęcia rzeczywistych kroków wojennych. Deklaracja była dla XVIII-wiecznego autora elementem prawa naturalnego, które ma stosowanie tak długo, „jak zwyczaj posiada ogólną publiczną aprobatę”. De Vattel jako pierwszy badacz prawa międzynarodowego zwrócił uwagę także na prawny aspekt deklaracji, jako niezbędny moment temporalny, by ustalić, jakie prawa narodów mają zastosowanie lub przestają obowiązywać w czasie wojny. Jego zdaniem: „Gdyby nie było deklaracji wojny, w traktacie pokojowym nie będzie można stwierdzić, które z aktów zbrojnych były aktami wojennymi, a które były czynami, za które każdego państwo ma żądać odszkodowania”. Deklaracja ma też znaczenie względem państw neutralnych¹⁴⁷. Zdaniem autora nie istnieje obowiązek, aby deklaracją

144 „An absolute declaration of war is issued, where any power has already begun hostilities, or committed acts which call for exemplary punishment. Sometimes indeed a conditional, is followed by an absolute war, though in such a case the latter is not actually necessary, but only a confirmation of the former”. *Ibidem*, s. 172.

145 W. G. Grewe, *The Epochs of International Law*, Nowy Jork 2000, s. 212.

146 T. Meron, *Shakespeare's Henry the Fifth and the Law of War*, „The American Journal of International Law” 1992, vol. 86, s. 14–15.

147 E. de Vattel, *The Law of Nations*, Londyn 1797, s. 502–505.

wojny pozwalać przeciwnikowi na przygotowanie nieusprawiedliwionej obrony, nawet przed wkroczeniem na terytorium wroga, lecz bezwzględnie powinna ona zostać dostarczona przed rozpoczęciem kroków wojennych¹⁴⁸. Jean-Jacques Rousseau stwierdził wprost w „Umowie społecznej”, że prowadzenie działań wojennych bez deklaracji wojny jest „aktem bandytyzmu”¹⁴⁹.

K. van Bynkershoek był pierwszym z ojców prawa międzynarodowego, który wyraźnie odrzucał spojrzenie na deklarację wojny jako warunek *sine qua non* istnienia stanu wojny, uznając, że jej brak nie może kwestionować faktu egzystencji wojny. Wskazywał w tym zakresie na fakt prowadzenia działań wojennych pomiędzy Hiszpanią a Zjednoczonymi Republikami Niderlandzkimi z 1648 roku, które rozpoczęły się bez jakiegokolwiek uprzedniej notyfikacji¹⁵⁰. W XIX wieku badacze prawa międzynarodowego dostrzegli, że zwyczaje i relacje współczesne dawno odrzuciły wymaganie prawne związane z uprzednią deklaracją wojny¹⁵¹. Ponadto podnoszono wyraźnie, że brak formalnej notyfikacji kroków wojennych nie wpływa na uznanie danej sytuacji faktycznej za stan wojny, która jest wyłącznie zależna od faktycznie istniejących wzajemnych starć zbrojnych – choć część autorów uznawała to za dobry obyczaj¹⁵². Zdaniem R. Wildmana od 1763 roku (traktatu pokojowego w Wersalu)¹⁵³ praktyka wypowiedzania wojny w formie deklaracji zbrojnej zanikła zupełnie, a samo podjęcie kroków zbrojnych jest dostateczną manifestacją ze strony państwa¹⁵⁴. Inną datę wskazywał W. Manning, który twierdził, że ostatnia deklaracja wojny (do roku 1839) przez wykorzystanie funkcji herolda miała miejsce w 1635 roku¹⁵⁵. Większość konfliktów drugiej połowy XVIII wieku oraz początku XIX wieku, jak np. wojna Stanów Zjednoczonych z Wielką Brytanią w 1812 roku, miała miejsce bez jakiegokolwiek oficjalnej deklaracji wojny¹⁵⁶. Dokładniejsza statystyka wskazywała, że od 1700 roku aż do 1900 roku tylko

148 J. Kent, *Commentary on International Law*, Toronto 1878, s. 169–170.

149 J.-J. Rousseau, *The Social Contract: Or Principles of Political Right*, Londyn 1762, s. 8.

150 C. van Bynkershoek, *Quaestiones Iuris Publici: A Treaties...*, s. 11.

151 R. Wildman, *Institutes of International Law, Vol II: War*, Filadelfia 1849, s. 5.

152 T. J. Lawrence, *The Principles...*, s. 301.

153 Tzw. pokój paryski, który kończył tzw. wojnę siedmioletnią pomiędzy Francją, Wielką Brytanią a Hiszpanią, w wyniku którego Francja utraciła niemal wszystkie swoje posiadłości na terytorium Ameryki Północnej. Wojna potwierdziła brytyjską supremację morską i stworzyła z Wielkiej Brytanii hegemonia w skali globalnej.

154 R. Wildman, *Institutes...*, s. 8.

155 W. Manning, *Commentaries on the Law of Nations...*, s. 119.

156 Wojna amerykańsko-brytyjska tocząca się w latach 1812–1815. Jednym z bezpośrednich powodów konfliktu były blokady amerykańskiego eksportu do napoleońskiej Francji, a także obawa przed inicjowanym przez Wielką Brytanię buntem Indian. Wojna ta nie przyniosła zmiany istniejącego *status quo* w Ameryce Północnej; w ramach jednego z rajdów zniszczono jedyny raz w historii Stanów Zjednoczonych budynek Białego Domu i Kongresu. W traktacie kończącym wojnę zdecydowano się na przyjęcie zasad *status quo ante bellum* i pozostawienie poprzednich granic pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a Wielką Brytanią.

11 razy państwa wypowiadały sobie oficjalnie wojnę, pomimo blisko 60 różnych wojen i konfliktów¹⁵⁷. Do sztuki wypowiadania wojny powrócono przy okazji wojny krymskiej (1854), wojny austriacko-włoskiej (1866), wojny francusko-pruskiej (1870) oraz wojny turecko-rosyjskiej (1877).

Na początku XX wieku zdecydowanie już podkreślano, że konieczność deklaracji wojny należy do przeszłości. G. Davis wskazał, że oficjalna notyfikacja (lecz nie w charakterze deklaracji o charakterze konstytutywnym) jest wymagana dla potrzeb państw neutralnych oraz własnych obywateli¹⁵⁸. W. E. Hall zaznaczył, że jego zdaniem pierwszy akt zbrojny będzie zawsze pełnym potwierdzeniem intencji atakującego i nie jest wymagana jakakolwiek notyfikacja o rozpoczęciu kroków zbrojnych. Temporalnym momentem obowiązywania prawa wojennego oraz wprowadzenia państw w relację wojenną było podjęcie pierwszego kroku zbrojnego. Jedyną negatywną okolicznością z tego tytułu mogło być uznanie danej okoliczności faktycznie nie za akt wojny, lecz np. za akt zbrojnych represaliów¹⁵⁹. Zbliżone stanowisko zajął prof. J. Westlake, który również kwestionował konieczność przedkładania formalnej deklaracji wojny przed rozpoczęciem działań zbrojnych. Westlake zwrócił uwagę, że incydenty związane z brakiem uprzedniej notyfikacji – jak np. działania floty japońskiej w 1904 roku, były w istocie poprzedzone formalną komunikacją, która mogła stanowić pewien surogat deklaracji wojny (zerwanie stosunków dyplomatycznych, przesłanie oficjalnych żądań itd.)¹⁶⁰. T. J. Lawrence wskazał, że efekty prawne wojny zawsze będą następować z chwilą pierwszego aktu zbrojnego – z wyjątkiem sytuacji, w której dochodzi do wydania formalnej deklaracji wojny¹⁶¹. Podobne stanowisko zajął J. C. Bluntschli¹⁶².

11.2. Powrót do deklaracji wojny. Wojna japońsko-rosyjska z 1905 roku

Pod koniec XIX wieku Japonia wkroczyła na arenę stosunków międzynarodowych z zamiarem aspirowania do roli mocarstwa w Azji Południowo-Wschodniej. Po serii wygranych konfliktów z Chinami Japonia uzyskała kontrolę nad Półwyspem Koreańskim. Ofensywa Kraju Wschodzącego Słońca zbiegła się z ekspansjonizmem Rosji na obszarze Pacyfiku, którego głównym śladem obecności w regionie była baza marynarki Port Arthur, będąca zapleczem rosyjskiej Floty Pacyfiku.

157 T. J. Lawrence, *The Principles...*, s. 300.

158 G. B. Davis, *The Elements of International Law, with an Account of its Origin Sources and Historical Development*, Nowy Jork 1908, s. 281.

159 W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, Oxford 1904; L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Londyn 1920, s. 392.

160 J. Westlake, *International Law: Part II War*, Cambridge 1913, s. 20–26.

161 T. J. Lawrence, *The Principles...*, s. 302.

162 J. C. Bluntschli, *Das Moderne...*, s. 4.

Sprzeczne interesy mocarstw, związane z podziałem strefy wpływów w Chinach, Mandżurii oraz Korei, doprowadziły do konfrontacji. 6 lutego 1904 roku doszło do formalnego zerwania stosunków dyplomatycznych pomiędzy zwaśnionymi państwami. Dowodzący flotą rosyjską wiceadmirał Aleksiejew otrzymał tego samego dnia ostrzeżenie o możliwości rychłego wybuchu wojny. Tymczasem eskadra japońska w nocy z 8 na 9 lutego 1904 roku niepostrzeżenie zbliżyła się do Port Arthur i niezapowiadaną salwą torpedową rozpoczęła atak. Oficjalna deklaracja wojny dotarła do Moskwy następnego dnia. Niespodziewane uderzenie floty spowodowało ogólny wstrząs w Rosji. Porażka w bitwach lądowych pod Mukdenem oraz wielkie zwycięstwo floty japońskiej pod Cuszimą, a także rewolucja w samej Rosji doprowadziły strony do zawarcia pokoju w Portsmouth w 1905 roku, który zakończył się podziałem stref wpływów na Dalekim Wschodzie¹⁶³.

Wojna ta, oprócz swojego przebiegu (jako pierwszego „nowoczesnego” konfliktu zbrojnego), rozbudziła także poważne zainteresowanie prawnomiędzynarodowe. Wydarzenia związane np. z incydem w Dogger Bank dały impuls do rozmów nad międzynarodowymi regulacjami odnoszącymi się do możliwości pokojowego rozstrzygania sporów międzynarodowych¹⁶⁴. Car Mikołaj II nie mógł się pogodzić z faktem rozpoczęcia działań wojennych przez stronę japońską bez wystosowania odpowiedniej deklaracji wojny i z tego powodu (częściowo także w celu odwrócenia uwagi opinii publicznej od fatalnego stanu armii i floty rosyjskiej będących głównym powodem porażki w Port Arthur) jeszcze w trakcie wojny rozesłał 22 lutego 1904 roku notę dyplomatyczną kierowaną do państw neutralnych, w której uznawał, że atak japoński był pogwałceniem prawa międzynarodowego i aktem zdrazieckim w stosunkach międzynarodowych¹⁶⁵.

163 W bitwie pod Cuszimą została niemal całkowicie zniszczona płynąca z odsieczą Flota Bałtycka, która przepłynęła ok. 30 000 km. W wojnie lądowej strona rosyjska była oskarżona o zbrodnie popełnianie na lokalnej ludności cywilnej, którą oskarżono o sprzyjanie nieprzyjacielowi. W armii carskiej służyło wówczas wielu późniejszych wyższych oficerów Wojska Polskiego, m.in. dowódca Grupy Operacyjnej „Piotrków” i obrony Modlina w 1939 roku gen. Wiktor Thommée, pierwszy dowódca odrodzonej marynarki wojennej adm. Kazimierz Porębski, a także gen. Lucjan Żeligowski. Szczególnie interesująca w tej mierze jest historia gen. Jerzego Wołkowickiego, który będąc na służbie carskiej floty, jako młodszy oficer w 1905 roku sprzeciwił się kapitulacji swojego okrętu pod Cuszimą, w wyniku czego stał się bohaterem w Cesarstwie Rosyjskim. We wrześniu 1939 roku, dowodząc improwizowaną jednostką na Lubelszczyźnie, dostał się do niewoli sowieckiej. Uniknął losu polskich oficerów w Katyniu, prawdopodobnie wskutek jego postawy podczas wojny japońsko-rosyjskiej.

164 Przy rozpoznawaniu incydentu pomiędzy Wielką Brytanią a Imperium Rosyjskim zdecydowano się na powołanie Międzynarodowej Komisji Śledczej, która uznała odpowiedzialność strony rosyjskiej za ataki na brytyjskie kutry rybackie i zasądziła odpowiednie odszkodowanie. Powyższe okoliczności posłużyły do dalszego rozwoju rozwiązań w zakresie pokojowego rozstrzygania sporów międzynarodowych, m.in. przez przyjęcie w 1907 roku Konwencji o pokojowym załatwianiu sporów międzynarodowych.

165 S. Lee, H. E. Lee, *The Making of International Law in Korea: From Colony to Asian Power*, Leiden 2016, s. 32–33.

W tym miejscu warto przypomnieć o wcześniejszym incydencie z lat 1895–1896 dotyczącym wojny japońsko-chińskiej o Koreę. 25 lipca 1894 roku japoński krążownik podczas patrolu na Morzu Żółtym zatopił brytyjski okręt handlowy „Kowshing”, który dokonywał przewozu chińskich oddziałów wojskowych ze sprzętem do Korei. Na okręcie oprócz chińskiej załogi znajdowało się wielu Europejczyków. Transport został przechwycony przez marynarkę japońską, która zażądała zatrzymania statku i przeniesienia załogi na pokład japońskich okrętów, wskutek czego wybuchł bunt wśród chińskich żołnierzy, zakończony storpedowaniem statku. W międzyczasie doszło już do pierwszych starć floty japońskiej i chińskiej. Dopiero 1 sierpnia 1894 roku Japonia wypowiedziała wojnę Chinom. Zagadnienie odpowiedzialności strony japońskiej wiązało się z kwestią spojrzenia na incydent z perspektywy praw wojny (jako ataku na jednostkę neutralną, lecz przewożącą chiński personel zbrojny) bądź z perspektywy prawa obowiązującego w czasie pokoju, w którym dokonano zatopienia brytyjskiego statku na pełnym morzu. Z tego względu rozgorzał dyplomatyczny spór pomiędzy Wielką Brytanią a Japonią o ustalenie zakresu odpowiedzialnego podmiotu za zatopienie okrętu. Tymczasem zdecydowana większość brytyjskiej doktryny prawa międzynarodowego podkreśliła, że akt władz japońskich został podjęty w warunkach wojny o charakterze *de facto* i był z perspektywy *ius in bello* uprawniony – statek podlegał bowiem kontroli i zajęciu pryzowemu, ewentualnie mógł zostać zniszczony jako przewożący wrogi personel wojskowy¹⁶⁶.

Pogląd ten jednak nie był w tej mierze zupełnie jednolity i część autorów kontynentalnych (głównie francuskich), zainspirowana stanowiskiem rosyjskiego uczonego, wcześniej cytowanego Fiodora Martensa, przed obradami II konferencji pokojowej w Hadze w 1907 roku opowiedziała się za istnieniem wyraźnego wymogu notyfikowania uprzednich kroków nieprzyjacielskich¹⁶⁷. Stanowczo sprzeciwiali się temu przedstawiciele doktryny anglosaskiej oraz prawnicy japońscy, wskazujący na brak praktyki państw oraz irrelewantność istnienia uprzedniej deklaracji wojny dla jej stanu¹⁶⁸. Sakuye Takahashi, który w trakcie konfliktu był doradcą prawnym japońskiej marynarki wojennej, przedstawił interesujący wywód na temat zasadności składania uprzedniej deklaracji wojny z uwzględnieniem analizy historycznej. Udowodnił bowiem – także m.in. na podstawie praktyki Imperium Rosyjskiego w XIX wieku – zanik praktycznego otwierania działań zbrojnych stosowną deklaracją o rozpoczęciu kroków nieprzyjacielskich. Wskazał przy tym na cztery temporalne momenty rozpoczęcia działań zbrojnych pomiędzy Rosją a Japonią w 1904 roku. Pierwszym były noty dyplomatyczne będące w istocie ultimatum wobec Imperium, drugim było wyruszenie floty japońskiej

166 T. E. Holland, *Letters to „The Times” upon War and Neutrality (1881–1909)*, Londyn 1909, s. 34–37.

167 D. Howland, *International Law and Japanese Sovereignty: The Emerging Global Order in the 19th Century*, Nowy Jork 2016, s. 110.

168 *Ibidem*, s. 109–111.

z bazy z zamiarem ataku na Port Arthur, trzecim była formalna deklaracja wojny – jako element *de iure*, czwartym był faktyczny atak na Port Arthur – jako element *de facto*. Autor podniósł, że w istocie pierwszym krokiem wojennym było zagarnięcie rosyjskiego okrętu ochotniczej marynarki wojennej na kilka godzin przed atakiem na bazę Port Arthur¹⁶⁹. Tym samym Takahashi zajął stanowisko, które było zbieżne ze spojrzeniem na anglosaskie rozumienie deklaracji wojny jako kroku zbędnego.

Pomimo tych wątpliwości Instytut Prawa Międzynarodowego na sesji w Gandawie w 1906 roku zajął stanowisko odwrotne i przyjął wymóg stosowania uprzedniej deklaracji wojny¹⁷⁰. Uznano, że wojna krymska, która rozpoczęła się od wypowiedzenia wojny Rosji przez Turcję, była zasadniczym zwrotem w praktyce państw, równoległe z notyfikacjami w konflikcie francusko-pruskim z 1870 roku, i jest dowodem powrotu państw cywilizowanych do dawnych zwyczajów (postawę Japonii tłumaczono „raczkowaniem” tego kraju w gronie państw przestrzegających prawa międzynarodowego)¹⁷¹. Podniesiono (pomimo braku przekonującej praktyki) wagę protestu Rosji względem działania floty japońskiej operującej bez doręczenia stronie rosyjskiej uprzedniej deklaracji wojny¹⁷². Nie wszyscy uczestnicy zgodzili się ze stanowiskiem sprawozdawcy Instytutu (Alberica Ronina), m.in. krytyczne stanowisko zajął gen. den Beer Poortugael¹⁷³. W trakcie dyskusji członkowie doktryny anglosaskiej (Thomas Barclay) zdecydowanie podnosili, że w dzisiejszych warunkach wypowiedzenie wojny rzadko kiedy jest zaskoczeniem dla strony będącej przedmiotem ataku. Z reguły towarzyszy temu aktowi znaczne napięcie w stosunkach zewnętrznych, połączone z mobilizacją sił zbrojnych, aktywnością służb wywiadowczych, zamrożeniem stosunków dyplomatycznych czy też koncentracją wojsk na granicach¹⁷⁴. Argumentem przeciwnym (Baron Deschamps) była konieczność wyraźnego oddzielenia czasu wojny i pokoju, co leży przede wszystkim w interesie państw neutralnych oraz całej społeczności międzynarodowej¹⁷⁵. Fragment dyskusji (Paul Fauchille) dotyczył także kwestii oddzielenia postulatów związanych z propozycjami pojawienia się w tym zakresie raczej prawa pozytyw-

169 S. Takayashi, *International Law, Applied to the Russo-Japanese War, With the Decisions of the Japanese Prize Courts*, Nowy Jork 1908, s. 20–25.

170 „C'est que d'après le dernier état du droit international, d'après les usages internationaux, les hostilités doivent être précédées ou d'une déclaration de guerre expresse ou d'un acte équivalent. Ce qui est d'usage généralement suivi est respectueux du droit international devient règle. Les règles de ce droit n'ont pas d'autre base positive. Et, au point de vue du droit positif, les écrits des auteurs n'ont d'importance qu'en tant qu'ils relèvent et constatent les usages”. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. XXI, s. 33.

171 *Ibidem*, s. 34.

172 *Ibidem*, s. 39.

173 *Ibidem*, s. 72.

174 *Ibidem*, s. 272.

175 *Ibidem*, s. 276.

nego (*de lege ferenda*) niż dekodowania istniejących zwyczajów (*de lege lata*). Ostatecznie, przy głosach sprzeciwu doktryny anglosaskiej, głosami prawników kontynentalnych Instytut przyjął następującą rezolucję:

- 1) w duchu wymagań prawa międzynarodowego oraz zasad wzajemnego zaufania w stosunkach międzynarodowych pożądane jest, aby działań zbrojnych nie podejmować przed wystosowaniem wyraźnego ostrzeżenia;
- 2) ostrzeżenie może mieć formę prostej i czytelnej deklaracji wojny bądź też ultimatum, które powinny być doręczone stronie przeciwnej;
- 3) działania zbrojne nie powinny być podejmowane z opóźnieniem mogącym sugerować odpadnięcie podstaw pierwotnego ostrzeżenia¹⁷⁶.

11.3. III Konwencja haska z 1907 roku

W konsekwencji podczas II konferencji pokojowej w Hadze w 1907 roku (której gospodarzem był car Mikołaj II, a Fiodor Martens głównym przedstawicielem dyplomatycznym dworu rosyjskiego) przyjęto za stanowiskiem Instytutu Prawa Międzynarodowego tzw. III Konwencję haską dotyczącą rozpoczęcia kroków nieprzyjacielskich¹⁷⁷. Artykuł 1 Konwencji stanowi, że podjęcie działań wojennych nie może rozpoczynać się „bez uprzedniego i niedwuznacznego zawiadomienia, które będzie mieć formę bądź umotywowanego wypowiedzenia wojny, bądź formę ultimatum z warunkowym wypowiedzeniem wojny”. Artykuł 2 nakładał obowiązek zawiadomienia państw neutralnych i dopiero z chwilą doręczenia odpowiedniej notyfikacji stan wojny wywierał skutki względem nich. Tekst III Konwencji haskiej z 1907 roku wyraźnie zmierzał do uznania deklaracji wojny za akt wywołujący skutki konstytutywne poprzez zakaz podejmowania działań wojennych bez jej przedłożenia. Bezpośrednio zmierzał do możliwości ograniczenia pojawienia się sytuacji niezapowiedzianego ataku, w celu pozbawienia ewentualnego adwersarza korzyści strategiczno-taktycznej wynikającej z braku przedłożenia uprzedniej notyfikacji¹⁷⁸. Zgodnie z preambułą i art. 1 Konwencja docelowo miała się odnosić do wszelkich „kroków o charakterze nieprzyjacielskim”, w tym także do przypadków użycia siły np. w formie represaliów¹⁷⁹.

Dokument ten mający charakter związany z regulacjami typu *ius ad bellum* w sposób istotny odnosił się także do kwestii temporalnego stosowania *ius in bello*, wskazując deklarację wojny jako moment początkowy stanu wojny i tym samym pierwszą chwilę stosowalności prawa konfliktów zbrojnych, zmierzając

¹⁷⁶ *Ibidem*, s. 292.

¹⁷⁷ Konwencja z 18 października 1907 r. dotycząca rozpoczęcia kroków nieprzyjacielskich (III Konwencja haska) (Dz.U. z 1927 r. Nr 21, poz. 159).

¹⁷⁸ N. Schrijver, *The Ban on the Use of Force in the UN Charter*, [w:] M. Weller (red.), *The Use of Force in International Law*, Oxford 2015, s. 467.

¹⁷⁹ D. W. Bowett, *Self-Defense in International Law*, New Jersey 2009, s. 121.

w pewnym sensie do „sprzężenia” obu koncepcji¹⁸⁰. Jednakże dyskusja nad jego wartością normatywną w doktrynie prawa międzynarodowego ma bardzo ograniczony wymiar i w obecnej chwili należy mieć wątpliwości, czy regulacja III Konwencji haskiej z 1907 roku ma charakter relewantny również w kontekście *ius ad bellum*¹⁸¹. Na powyższe wpłynęła przede wszystkim praktyka państw. O ile w przypadku I wojny światowej zarówno Austro-Węgry, jak i Niemcy rozpoczęły działania wojenne przez przedłożenie odpowiednich notyfikacji, o tyle w okresie II wojny światowej ostatnią deklaracją o charakterze konstytutywnym było wypowiedzenie wojny III Rzeszy przez Francję i Wielką Brytanię 3 września 1939 roku. Po II wojnie światowej deklaracja wojny stała się wyłącznie faktem historycznym i praktyka jej wypowiedzania została całkowicie zarzucona. Pewnym jej surrogatem jest pojawienie się wszelkiego rodzaju upoważnień do podjęcia działań zbrojnych o wymiarze narodowym (jak np. w Stanach Zjednoczonych) czy też np. rezolucji RB ONZ wydanej w trybie akcji podjętej na podstawie rozdziału VII KNZ.

11.4. Zbrodnia niezapowiedzianego ataku lotniczego?

W trakcie prac Trybunału tokijskiego oskarżyciele ze strony państw alianckich próbowali stworzyć termin nowej zbrodni prawa międzynarodowego w postaci zbrodni niewypowiedzianej wojny, kwalifikowanej jako część zbrodni przeciwko pokojowi – tj. zbrodni polegającej na planowaniu, przygotowaniu, rozpoczynaniu i prowadzeniu wojny wbrew traktatom prawa międzynarodowego oraz będącej jej następstwem zbrodni zaskakującego ataku, co zdaniem oskarżenia doprowadziło do morderstwa alianckich marynarzy wskutek ataku powietrznego na Pearl Harbor 7 grudnia 1941 roku¹⁸². Należy podkreślić wątpliwości w zakresie przyjętej koncepcji oskarżenia japońskiego kierownictwa wojskowo-politycznego, poprzez brak zwrócenia uwagi na zasadę *lex consumens derogat legi consumptae*, z powodu pokrywania się znamion zbrodni niewypowiedzianego ataku oraz zbrodni niewypowiedzianej wojny. Nie można pominąć faktu, że zasadniczo prowadzenie wojny bez uprzedniej deklaracji wypowiedzenia jej było irrelewantne w świetle okoliczności, że działania japońskie w grudniu 1941

180 C. Eagleton, *The Form and Function of the Declaration of War*, „American Journal of International Law” 1938, vol. 32, s. 21.

181 A. Clapham, P. Gaeta, M. Sassòli, *The Concept of International Armed Conflict*, [w:] *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford 2016, s. 4 i n.

182 „The facts which have been made official indicate that a diplomatic impasse was reached between the United States and Japan during the month of November, 1941. Both governments realized by that time that war was unavoidable, but neither dispatched a bona fide ultimatum”. N. Hill, *Was There an Ultimatum before Pearl Harbor?*, „American Journal of International Law” 1948, vol. 42, s. 367.

roku były wojną agresywną *per se*. Rozważania MTWDW potwierdziły wyłącznie „techniczny” charakter przepisów III Konwencji haskiej z 1907 roku, będący bardziej dowodem ogólnego kierunku działań japońskiego kierownictwa wojskowo-politycznego, jakim było przystąpienie do wojny sprzecznie z zasadami i wymogami wynikającymi z *ius ad bellum*¹⁸³. Błędem było także pomieszczenie koncepcji zbrodni przeciwko pokojowi – rozumianej jako zbrodnia niewypowiedzianej wojny czy zarzut toczenia wojny z pogwałceniem prawa międzynarodowego oraz nieznaney kategorii zbrodni niezapowiedzianego ataku jako zbrodni przeciwko ludzkości¹⁸⁴. W kontekście *ius ad bellum* nie można zgodzić się też z opinią prezentowaną przez J. J. Robinsona, że brak umieszczenia w akcie oskarżenia zarzutów odnoszących się wyłącznie do naruszenia III Konwencji haskiej z 1907 roku nie jest dowodem zdeprecjonowania wartości normatywnej deklaracji wojny¹⁸⁵.

12. Niemiędzynarodowa wojna powietrzna

Należy podkreślić, że z definicji wojskowej statki powietrzne mogą być wykorzystywane jedynie przez siły powietrzne państwa. Istniejące instrumenty odnoszące się do wojny powietrznej, zarówno w postaci Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku, jak i PD I z 1977 roku, nie odwołują się w żaden sposób do możliwości posiadania przez niepaństwowy podmiot konfliktu zbrojnego prawa do posiadania wojskowego statku powietrznego, co *ex definitione* wydaje się wykluczone. Potwierdza to treść komentarza do instrukcji harwardzkiej z 2009 roku, która wyraźnie podnosi, że statki powietrzne należące do innych stron konfliktu niż państwa nie mogą być kwalifikowane jako wojskowe statki

183 „For reasons which are discussed elsewhere we have decided that it is unnecessary to deal with these charges. In the case of counts of the indictment which charge conspiracy to wage aggressive wars and wars in violation of international law, treaties, agreements or assurances we have come to the conclusion that the charge of conspiracy to wage aggressive wars has been made out, that these acts are already criminal in the highest degree, and that it is unnecessary to consider whether the charge has also been established in respect of the list of treaties, agreements and assurances – including Hague Convention III – which the indictment alleges to have been broken”. International Military Tribunal for the Far East, *Judgment of 12 November 1948*, [w:] J. Pritchard, S. M. Zaide (red.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 22, Nowy Jork 1981, s. 575–576.

184 United Nations War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Law of War*, Waszyngton 1948, s. 258.

185 J. J. Robinson, *Surprise Attack: Crime at Pearl Harbor and Now (Part II)*, „American Bar Association Journal” 1960, vol. 46, s. 1088.

powietrzne, natomiast mogą się stać z uwagi na przeznaczenie, legalnymi celami wojskowymi¹⁸⁶. Pomimo wyraźnego brzmienia powyższego przepisu należy zaznaczyć, że w historii działań powietrznych można odnaleźć sytuacje, w których podmiot niepaństwowy oznaczał w sposób właściwy dla wojskowych sił powietrznych własne statki powietrzne. Z reguły dotyczyło to podmiotów aspirujących do osiągnięcia uznania państwa na forum międzynarodowym, np. formacje lotnicze były utworzone w 1960 roku przez zbuntowaną prowincję Kongo – Katangę¹⁸⁷. Odmiennym przykładem jest sytuacja Republiki Rodezji, której jednostronna secesja od brytyjskiej Wspólnoty Narodów została uznana jedynie przez Republikę Południowej Afryki i Portugalie¹⁸⁸. „Legalizacja” statusu powyższych sił powietrznych odbywa się poprzez uznanie danej strony za walczących (*recognition of belligerency*) bądź złożenie w trybie art. 96 ust. 3 PD I oświadczenia o związaniu się postanowieniami protokołu¹⁸⁹.

Współczesne operacje bojowe wykonywane z użyciem lotnictwa na przestrzeni ostatnich dwóch dekad są wykorzystywane w pierwszej kolejności w działaniach zbrojnych oraz konfliktach niemających charakteru międzynarodowego.

13. Niemiędzynarodowy konflikt zbrojny

Regulacje dotyczące niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych odnoszą się przede wszystkim do powojennej kodyfikacji międzynarodowego prawa humanitarnego dokonanej najpierw w Genewie w 1949 roku, a następnie w 1977 roku poprzez przyjęcie dwóch Protokołów Dodatkowych do Konwencji genewskich. Jak wskazuje doktryna prawa międzynarodowego, konflikty zbrojne nieposiadające charakteru międzynarodowego nie posiadają swojej definicji legalnej. S. Sivakumaran podnosi, że był to celowy zabieg, mający pozostawić praktyce ewen-

186 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge 2013, s. 38.

187 Organizatorem sił powietrznych Katangi był znany polski as myśliwski z okresu II wojny światowej Jan Zumbach. Komponent dysponował pojedynczymi samolotami Fouga CM.170 Magister.

188 Siły powietrzne Rodezji posiadały znaczący potencjał lotniczy, dysponując m.in. nowoczesnymi na ówczesne czasy bombowcami typu Canberra oraz maszynami Hawker, Hunter, B. Salt, *Pride of Eagles: A History of the Rhodesian Air Force*, Durban 2000.

189 W 2015 roku oświadczenie tego typu zostało złożone przez Polisario – Front Narodowy Sahary Zachodniej.

tualne ustalenie prawidłowej wykładni przepisu¹⁹⁰. Tak zwany wspólny art. 3 dla Konwencji genewskich z 1949 roku obejmuje swym zakresem wszelkie konflikty, które nie toczą się wyłącznie między umawiającymi się stronami. Wspólny art. 3 uwzględnia więc stan walki wewnętrznej pomiędzy stroną rządową a siłami rozłamowymi, a także sytuację, w której dochodzi do walk pomiędzy grupami rozłamowymi. Jaki jest próg zastosowania wspólnego art. 3 i w jakich sytuacjach jego zastosowanie jest zasadne? Komentarz MKCK pod redakcją J. S. Picteta wskazuje na konieczność ustalenia geograficznego zakresu działania jednej ze stron konfliktu oraz istnienie pewnego frontu, wskazując w tym przypadku na analogie związane z klasycznym konfliktem zbrojnym pomiędzy państwami¹⁹¹. N. T. Balendra wskazuje na okoliczność, iż przepis ten wiąże wszystkie strony konfliktu, również tzw. podmiot niepaństwowy w postaci *non-state actor*. Wynika to bowiem z zapisów wspólnego art. 3 wskazującego jedynie na moment i obszar geograficzny, na którym dochodzi do powstania stanu konfliktu zbrojnego – musi być to terytorium jednej z umawiających się stron. Autorka zaznacza, że powszechnie występującymi kryteriami dodatkowymi zastosowania tzw. wspólnego art. 3 dla Konwencji genewskich jest wykazanie przez podmiot niepaństwowy odpowiedniego stopnia organizacji – istnienie tzw. zorganizowanej grupy zbrojnej, która pozwala na przyjęcie względem danego podmiotu niepaństwowego przymiotu strony konfliktu zbrojnego¹⁹². J. K. Kleffner podnosi, iż powody, dla których zorganizowaną grupę zbrojną uznaje się za stronę konfliktu zbrojnego, są niejasne i trudne do sprecyzowania. Wynikają częściowo z faktycznego wykonywania przez tę grupę części uprawnień prawowitego rządu bądź też ograniczonej zdolności kontraktowania takiej grupy (np. kwestii zawieszenia broni) albo elementów zwyczajowego prawa humanitarnego¹⁹³. Stopień organizacji grupy nie został jednoznacznie określony. J. Pejic dostrzega jednakże konieczność spełnienia pewnych charakterystycznych przesłanek, które pozwalają przyjąć, iż dana grupa posiada dostateczny poziom organizacji w postaci własnego sztabu, określonego podporządkowania, zdolności planowania i prowadzenia operacji bojowych, posiadania dyscypliny i organizacji wewnętrznej¹⁹⁴.

190 S. Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford 2012, s. 161–162.

191 „Speaking generally, it must be recognized that the conflicts referred to in Article 3 are armed conflicts, with armed forces on either side engaged in hostilities – conflicts, in short, which are in many respects similar to an international war, but take place within the confines of a single country. In many cases, each of the Parties is in possession of a portion of the national territory, and there is often some sort of front”. J. S. Pictet, *The Geneva Conventions of 12 August 1949. Commentary: IV Geneva...*, s. 36.

192 N. T. Balendra, *Defining Armed...*, s. 2470.

193 J. K. Kleffner, *The Applicability of International Humanitarian Law to Organized Armed Groups*, „International Review of the Red Cross” 2011, vol. 93, s. 460.

194 J. Pejic, *The Protective Scope of Common Article 3: More than Meets the Eye*, „International Review of the Red Cross” 2011, vol. 93, no. 881, s. 192; A. Clapham, *Focusing on Armed Non-State Actors*, [w:] A. Clapham, P. Gaeta (red.), *The Oxford Handbook...*, s. 785.

W istocie przesłanki te w sposób praktyczny nie są łatwe do spełnienia. Analizując okoliczności konfliktu syryjskiego, należy zauważyć, że oprócz strony rządowej dyskusyjne jest, czy określone podmioty wojny domowej, takie jak jednostki samoobrony czy też pododdziały tzw. Wolnej Armii Syrii są dostatecznie scentralizowane i jednolite, aby wykazać odpowiedni stopień organizacji bojowej.

Artykuł 1 ust. 1 PD II jest regulacją, która w założeniu miała objąć stany konfliktów zbrojnych o natężeniu i charakterystyce najbardziej zbliżonej do międzynarodowego konfliktu zbrojnego, o charakterze wojny domowej. Konflikt ten może zaistnieć jedynie w warunkach zbrojnej interakcji pomiędzy siłami rządowymi a stroną rozłamową lub innymi zorganizowanymi ugrupowaniami zbrojnymi¹⁹⁵. Językowo art. 1 PD II ma uzupełniać i rozszerzać tzw. wspólny art. 3 Konwencji genewskich. Warto zwrócić uwagę, że istotą zastosowania PD II jest wskazanie wyższego stopnia zorganizowania takiej struktury, będącej *de facto* odrębną jednostką władzy wykonawczej, wyposażonej w odpowiednie prerogatywy i zdolności do prowadzenia działań zbrojnych na szeroką skalę¹⁹⁶. Reguły obowiązujące w konfliktach niemiędzynarodowych mają wymiar traktatowo zdecydowanie mniejszy niż w przypadku siatki normatywnej obowiązującej w międzynarodowych konfliktach zbrojnych¹⁹⁷. Zarówno wspólny art. 3 dla Konwencji genewskich z 1949 roku, jak i PD II z 1977 roku zawierają jedynie podstawowe regulacje odnoszące się do prowadzenia działań zbrojnych. Szczególnie uboga jest treść przepisów odwołujących się do metod i środków prowadzenia walki zbrojnej. Wynika to z faktu, że państwa rozwijające się zabezpieczyły swoje interesy w ramach dyspozycji art. 1 PD I (poprzez rozszerzenie zakresu jego stosowania – art. 1 ust. 4 PD I)¹⁹⁸. W konsekwencji wiele przepisów o dyspozycji analogicznej jak w przypadku PD I, odnoszących się do sposobu prowadzenia działań zbrojnych, definiowania celów wojskowych oraz zasady proporcjonalności, zostało wykreślonych z treści projektu PD II, w ramach którego pozostawiono jedynie artykuł o ogólnym charakterze¹⁹⁹.

Uzupełnieniem skromnego wymiaru traktatowego międzynarodowego prawa humanitarnego jest rola zwyczaju międzynarodowego, która została szczególnie podkreślona w ramach prac MTKJ. Orzecznictwo uznało wiele z norm określonych na gruncie PD I i II za posiadające powyższy charakter i w konsekwencji

195 A. Dahl, M. Sandbu, *The Threshold of Armed Conflict*, „Military Law and Law of War Review” 2006, vol. 45, s. 371.

196 T. Fleiner-Gerster, *New Developments in Humanitarian Law: A Challenge to the Concept of Sovereignty*, „International Law and Comperative Law Quaterly” 1985, vol. 34, s. 276.

197 G. Rona, *Is There a Way Out of the Non-International Detention Dilemma*, „International Law Studies” 2015, vol. 91, s. 36.

198 M. Bothe, *The International Conference of the Red Cross and the Additional Protocols of 1977*, [w:] R. Geiss, A. Zimmermann, S. Haumer (red.), *Humanizing the Laws of War: The Red Cross and the Development of International Humanitarian Law*, Cambridge 2017, s. 69.

199 N. Melzer, *The Principle of Distinction Between Civilians and Combatants*, [w:] A. Clapham, P. Gata (red.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford 2014, s. 319.

obowiązujące bez ograniczeń względem wszystkich stron międzynarodowego konfliktu zbrojnego²⁰⁰. Przegląd reguł mających charakter zwyczajowych i przez to obowiązujących w działaniach zbrojnych o charakterze wewnętrznym został dokonany wraz z przyjęciem przez MKCK w 2005 roku Studium zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego. W odniesieniu do zakresu niniejszej pracy szczególną uwagę należy poświęcić następującym regułom:

- 1) reguła nr 8 stanowiąca, że definicja celów wojskowych przyjęta w ramach art. 52 ust. 2 PD I obowiązuje w konflikcie międzynarodowym z uwagi na „brak przeciwnej praktyki”²⁰¹;
- 2) reguły nr 11 i 12 zakazujące ataków bez rozróżnienia wskazujące na elementy tych ataków jako przykład uznania za zwyczajowy art. 13 ust. 2 PD I oraz rozpoznane za taką normę przez MTS w opinii doradczej dotyczącej legalności groźby bądź użycia broni atomowej oraz orzecznictwie MTKJ oraz „brak przeciwnej praktyki”²⁰²;
- 3) reguła nr 13 zabraniająca bombardowania strefowego jako wynikająca z zakazu dokonywania ataków bez rozróżnienia i przez to obowiązująca w konfliktach zbrojnych o charakterze międzynarodowym²⁰³;
- 4) reguły nr 14 i 15–18 definiujące zasadę proporcjonalności oraz obowiązek stosowania tzw. aktywnych środków ostrożności, jako mających zastosowanie w międzynarodowym konflikcie zbrojnym, z uwagi na orzecznictwo międzynarodowe, treść rezolucji ONZ 2675/1970 oraz „brak przeciwnej praktyki”²⁰⁴;
- 5) reguła nr 48 zakazująca ataków na osoby ewakuujące się w sytuacji przymusowej z pokładu statku powietrznego, jako wynikająca z przyjęcia, że osoby w takim stanie są traktowane jako *hors de combat* i przez to znajdują się pod ochroną wspólnego art. 3 dla Konwencji genewskich z 1949 roku²⁰⁵;

200 *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on The Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2nd October 1995, IT-94-1-AR72, para. 117.

201 „No contrary practice was found with respect to either international or noninternational armed conflicts in the sense that no other definition of a military objective has officially been advanced”. J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law: Volume 1, Rules*, Cambridge 2005, s. 31.

202 *Ibidem*, s. 39, 42.

203 *Ibidem*, s. 43–45.

204 *Ibidem*, s. 48–49, 51–59.

205 „The prohibition on attacking persons parachuting from an aircraft in distress is also applicable in non-international armed conflicts on the basis of common Article 3 of the Geneva Conventions, which protects persons placed hors de combat by «any» cause”. *Ibidem*, s. 171–172. „But this rule is deemed to be a reflection of international humanitarian customary law applicable to non-international armed conflicts by the ICRC as well as by the Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare”. E. Henry, *The Sukhoi Su-24 Incident Between Russia and Turkey*, „Russia Law Journal” 2016, vol. 4, s. 20.

- 6) reguła nr 62 zakazująca nieprawidłowego wykorzystania nieprzyjacielskich znaków²⁰⁶;
- 7) reguła nr 70 zakazująca rozmieszczania uzbrojenia mogącego powodować „rozległe obrażenia i zbędne cierpienia” z uwagi na „niedopuszczalność rozmieszczenia uzbrojenia nieludzkiego w każdym konflikcie zbrojnym”²⁰⁷.

Należy zwrócić uwagę, że przyjęte w ramach studium MKCK reguły w sposób znaczący mogą rozszerzać (o ile zostaną zaaprobowane jako rzeczywiste odzwierciedlenie zgodnej z prawem praktyki państw) zakres regulacji odnoszącej się do metod i środków prowadzenia walki zbrojnej²⁰⁸. Niektórzy autorzy podnoszą, że w istocie doszło do ujednolicenia siatki normatywnej obowiązującej w międzynarodowych i niemiedzynarodowych konfliktach zbrojnych, z wyjątkiem kilku reguł, w których kwestionowany jest status zwyczajowy w odniesieniu do PD I (np. normy dotyczące ochrony środowiska naturalnego w konflikcie zbrojnym)²⁰⁹. Recepja powyższych reguł w formie zaproponowanej przez studium MKCK miała miejsce także w odniesieniu do instrukcji harwardzkiej z 2009 roku, która uznała większość z proponowanych rozwiązań wskazanych na gruncie projektu prawa wojny powietrznej i rakietowej za relewantne w warunkach wojny powietrznej (reguły nr 11–14)²¹⁰. Kontrowersyjna pozostaje kwestia obowiązku stosowania oznaczeń na powierzchni wojskowych statków powietrznych w niemiedzynarodowym konflikcie zbrojnym. Zdaniem I. Hendersona obowiązek taki nie istnieje²¹¹. Z drugiej jednak strony praktyka państw sygnalizuje, że wojskowe statki powietrzne również w tego rodzaju konfliktach oznaczenia posiadają (Afganistan, Syria).

206 J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International...*, s. 212–213; Y. Dinstein, *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge 2014, s. 216–217.

207 J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International...*, s. 240.

208 „The report found that the «gaps» in the regulation of the conduct of hostilities «have largely been filled through state practice» More specifically, «[s]tate practice has gone beyond existing treaty law and expanded the rules applicable to [internal] armed conflicts». Therefore, the legal framework for internal armed conflict is extended by customary law”. O. M. Buckley, *Unregulated Armed Conflict: Non-State Armed Groups, International Humanitarian Law, and Violence in Western Sahara*, „North Caroline Journal of International and Comparative Regulation” 2011–2012, vol. 47, s. 816.

209 S. Sivakumaran, *The Law of Non-International...*, s. 65.

210 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary...*, s. 50 i n.

211 „In a noninternational armed conflict, there is no customary international law requiring the marking of military aircraft. As long as the government forces operate within the other rules of international law applicable during a non-international armed conflict, the government forces may use any type of aircraft with or without markings – noting that misuse of symbols of protection”. I. Henderson, *International Law Concerning the Status and Marking of Remotely Piloted Aircraft*, „Denver Journal of International Law and Policy” 2011, vol. 39, s. 625.

14. Status załogi wojskowego statku powietrznego w niemiędzynarodowym konflikcie zbrojnym

Istotną konsekwencją i fundamentalną różnicą w stosunku do siatki normatywnej regulującej międzynarodowe konflikty zbrojne jest kwestia braku legalnego statusu kombatanta²¹². Bojownicy nieregularnych grup zbrojnych mają status jedynie walczących *de facto*, a nie *de iure*²¹³. Konsekwencją tego jest brak możliwości korzystania przez te osoby ze statusu jeńca wojennego (takie osoby zatrzymane pozostają pod ochroną wspólnego art. 3 dla Konwencji genewskich z 1949 roku)²¹⁴. Dotyczy to w szczególności operatorów statków powietrznych należących do nieregularnych grup zbrojnych. Pojawia się jednak pytanie związane z ochroną członków sił zbrojnych o charakterze regularnym, np. pilotów wojskowych statków powietrznych zestrzelonych nad obszarem, w ramach którego ma miejsce niemiędzynarodowy konflikt zbrojny. Taka okoliczność ujawniła się w kontekście amerykańskiej operacji „Restore Hope” prowadzonej w latach 1992–1993, gdy 3 października 1993 roku jeden z pilotów helikoptera typu Black Hawk został zatrzymany przez oddziały rebeliantów należących do lokalnej policji. Jego status budził wątpliwości, początkowe żądanie USA w przedmiocie traktowania sierżanta Mike’a Duranta jak jeńca wojennego została wycofana z uwagi na możliwość przetrzymywania jeńca wojennego do chwili zakończenia działań wojennych²¹⁵. Innymi powodami był brak osiągnięcia przez konflikt zbrojny w Somalii poziomu charakterystycznego dla międzynarodowego konfliktu zbrojnego oraz tym samym brak woli legitymizowania działań somalijskiej milicji jako dysponującej uprawnieniami charakterystycznymi dla zorganizowanych sił zbrojnych²¹⁶. Rozwiązaniem w tej sytuacji było uznanie amerykańskiego pilota za rzeczoznawcę wykonującego zlecone zadania z ramienia ONZ, któremu podczas trwania misji przysługują przywileje i immunitety m.in. w postaci wolności od zatrzymania (§ 22 lit. a Konwencji dotyczącej przywilejów i immunitetów Narodów Zjednoczonych z 1946 roku)²¹⁷. M. Sassöli wskazał, że z praktycznego punktu widzenia

212 S. Sivakumaran, *The Law of Non-International...*, s. 521; M. Janaby, *The Legal Regime Applicable to Private Military and Security Company Personnel in Armed Conflicts*, Zurych 2016, s. 138; M. Roscini, *Cyber Operations...*, s. 192.

213 D. Fleck, *International Humanitarian Law after September 11: Challenges and the Need to Respond*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2003, vol. 6, s. 56.

214 M. Cherif Bassiouni, *The New Wars and the Crisis of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non-State Actors*, „The Journal of Criminal Law and Criminology” 2008, vol. 98, s. 728–729.

215 O. Engdahl, *Protection of Personnel in Peace Operations: The Role of the ‘Safety Convention’ against the Background of General International Law*, Leiden 2007, s. 273.

216 S. Lepper, *The Legal Status of Military Personnel in United Nations Peace Operations: One Delegate’s Analysis*, „Houston Journal of International Law” 1996, vol. 18, s. 361–365.

217 Konwencja dotycząca przywilejów i immunitetów Narodów Zjednoczonych zatwierdzona przez Ogólne Zgromadzenie Narodów Zjednoczonych 13 lutego 1946 r. (Dz.U. z 1948 r. Nr 39, poz. 286).

powyższa koncepcja prawna była nieefektywna, zwłaszcza jeżeli zakładała konieczność natychmiastowego zwolnienia danej osoby. Powołał się w tej mierze na przykład działań strony francuskiej, podjętych w związku z zestrzeleniem jednego z samolotów bojowych podczas lotów nad Bośnią w 1994 roku, która zażądała, aby schwytani piloci byli traktowani jak jeńcy wojenni²¹⁸. Sytuacje pojmania członków regularnych sił zbrojnych wykonujących misje w ramach działań autoryzowanych przez ONZ pośrednio spowodowały, że na forum międzynarodowym konieczne stało się przygotowanie nowej regulacji, pozwalającej na zwiększenie poziomu ochrony członków sił pokojowych, w postaci Konwencji o bezpieczeństwie personelu ONZ i personelu współdziałającego z 1994 roku²¹⁹. Ochrona wynikająca z przepisów Konwencji ma szeroki charakter i obejmuje także tzw. personel towarzyszący, co dotyczy osób delegowanych przez dane państwo na podstawie stosownego mandatu ONZ. Na tej podstawie C. Greenwood wskazał, że personel wojskowych statków powietrznych wykonujący na rzecz sił pokojowych ONZ zadania bojowe w ramach misji „Deny Flight” był chroniony stosownymi przepisami Konwencji z 1994 roku²²⁰. Artykuł 2 ust. 2 Konwencji przewidywał, że nie ma ona zastosowania względem akcji podjętych na podstawie rozdziału VII KNZ, jeżeli personel ONZ walczy przeciwko zorganizowanym siłom zbrojnym, wobec których stosuje się międzynarodowe prawo humanitarne, obowiązujące w konflikcie zbrojnym o międzynarodowym charakterze²²¹. W doktrynie ujawnia się problematyczność zapisu, powodującego istotne konsekwencje zwłaszcza w przypadku zatrzymania żołnierza działającego w ramach misji pokojowej, którego zatrzymanie jest zasadniczo niedopuszczalne, oraz sytuacji, w której w ramach misji typu *peace-enforcement* (wykonywanych na podstawie upoważnienia RB ONZ w Iraku czy też Libii) członek sił zbrojnych państwa wykonującego mandat ONZ staje się kombatantem²²².

L. L. Turner, *Civilians At the Tip of the Spear*, „The Air Force Law Review” 2001, vol. 51, s. 74–75; W. G. Sharp, *Revoking an Aggressor's License to Kill Military Forces Serving the United Nations: Making Deterrence Personal*, „Maryland Journal of International Law” 1998, vol. 22, s. 17.

218 M. Sassòli, *Ius ad Bellum and Ius in Bello – The Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to Be Respected in Warfare: Crucial or Outdated?*, [w:] M. Schmitt, J. Pejic (red.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines: Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden 2007, s. 260.

219 Konwencja sporządzona w Nowym Jorku 9 grudnia 1994 r. o bezpieczeństwie personelu Organizacji Narodów Zjednoczonych i personelu współdziałającego (Dz.U. z 2003 r. Nr 172, poz. 1671).

220 C. Greenwood, *Protection of Peacekeepers...*, s. 197.

221 Zob. wątpliwości w zakresie stosowania Konwencji z 1994 roku w przypadku operacji wykonywanych na podstawie upoważnienia RB ONZ udzielonego na podstawie rozdziału VII KNZ w: A. Bouvier, *Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel: Presentation and Analysis*, „International Review of the Red Cross” 1995, vol. 309.

222 S. Wills, *The Need for Effective Protection of United Nations Peacekeepers: The Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*, „Human Rights Brief” 2003, vol. 10, s. 28–29; D. Fleck, *The Legal Status of Personnel Involved in United Nations Peace Operations*, „International Review of the Red Cross” 2013, vol. 95, s. 624–625.

W innych sytuacjach art. 8 Konwencji przewidywał, że schwytyany personel wojskowy wykonujący zadania wojskowe w ramach mandatu ONZ powinien zostać natychmiast zwolniony i repatriowany, a do tego czasu pozostaje pod ochroną Konwencji genewskich z 1949 roku. Należy jednak zwrócić uwagę, że działania podejmowane poza mandatem sił pokojowych ONZ stwarzają ryzyko względem schwytyanych lotników przez stronę niepaństwową, gdyż jedyną ich ochroną jest ta wynikająca z wspólnego art. 3 dla Konwencji genewskich z 1949 roku²²³.

15. Geograficzny zakres stosowania prawa wojny powietrznej

W istocie należy podnieść, że granice obszaru wojny powietrznej zostały określone przez obserwację praktyki państw. J. Kroell wskazywał, że granice teatru wojny powietrznej powinny być wyznaczone stosownie do zasady wynikającej z międzynarodowego prawa lotniczego stanowiącej o suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej, uznając, że geograficznie wojna powietrzna będzie toczyła się w ramach słupa powietrznego rozciągającego się nad terytorium państw walczących²²⁴. R. Sandiford wskazywał na praktykę państw, która rozciągała się także granicę przestrzeni powietrznej w obrębie morza terytorialnego²²⁵. Wynikało to z tradycyjnego przekonania o możliwości wykonywania przez walczących działań zbrojnych w całym zakresie posiadanego przez nich terytorium (obszar lądowy) oraz morskich (morze terytorialne)²²⁶. A. S. Hersey wskazywał, że wobec braku rozwiązań konwencyjnych w tej mierze, na zasadzie analogii względem rozwiązań występujących na gruncie prawa morza, wojskowe statki powietrzne mogą wykonywać akty zbrojne nad morzem otwartym²²⁷. Powyższe tezy wynikały z treści art. 1 Konwencji paryskiej z 1919 roku, który definiował terytorium państwa. *A contrario* zasada ta nie obowiązywała w odniesieniu do miejsc znajdujących się poza terytorium państwa – w związku z tym należy przesądzić o możliwości wykonywania działań powietrznych o charakterze zbrojnym na morzach i oceanach o charakterze otwartym.

223 United States Congress House Committee on Foreign Affairs Subcommittee on Asia and the Pacific, POW/MIA: Hearing before the Subcommittee on Asia and the Pacific of the Committee on Foreign Affairs, House of Representatives, One Hundred Third Congress, second session, February 10, 1994, Waszyngton 1994, s. 106.

224 J. Kroell, *Traité de Droit international public aérien: L'Aéronautique en temps de guerre*, Vol. II, Paryż 1936, s. 34–35.

225 R. Sandiford, *Diritto Aeronautico...*, s. 38–40.

226 L. Oppenheim, H. Lauterpacht, *International Law: A Treatise*, Londyn 1952, s. 238.

227 A. S. Hersey, *The Essentials of International Law and Organization*, Nowy Jork 1927, s. 661.

Amerykańska instrukcja AFP 110-31 z 1976 roku wskazywała, że w razie konfliktu zbrojnego nieprzyjacielskie wojskowe statki powietrzne oraz pociski rakietowe mogą być niszczone w każdym miejscu znajdującym się poza jurysdykcją państwa neutralnego²²⁸. Komentarz do instrukcji harwardzkiej z 2009 roku wskazywał, że na tej samej zasadzie dotyczyło to również wyłącznej strefy ekonomicznej, a także szelfu kontynentalnego²²⁹. Co należy podkreślić, zasada wyłącznej suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej dotyczy też morza terytorialnego, gdzie w przeciwieństwie do okrętów wojennych wszelkie statki powietrzne nie mają prawa do korzystania z prawa nieszkodliwego przelotu²³⁰. Wynika to ze względów praktycznych, związanych z możliwością efektywnego ścigania intruza.

Pojawia się jednak pytanie o zakres obowiązywania prawa wojny powietrznej (a także międzynarodowego prawa humanitarne) w odniesieniu do sytuacji związanych z geograficznym charakterem konfliktu o charakterze izolowanym. Jak już wspomniano wcześniej, znane są w historii wojen sytuacje, w których państwa znajdujące się formalnie w stanie wojny nie uczestniczyły faktycznie w działaniach zbrojnych. Jednakże aktualny zakres prowadzonych operacji bojowych nie musi się pokrywać z granicami państwowymi i administracyjnymi danych regionów czy krajów i może np. obejmować jedynie część terytorium danego państwa (Ukraina 2014–2015) bądź też obejmować fragmenty kilku państw (Afganistan – Pakistan, Syria – Irak). Pojawia się w związku z tym pytanie o zakres geograficzny obowiązywania prawa konfliktów zbrojnych, a także reżimu wojny powietrznej. Należy zwrócić uwagę, iż konwencje międzynarodowego prawa humanitarne nie dają jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o faktyczny zakres terytorialny stosowania norm w nich zawartych. Artykuł 29 KPT stanowi, iż w razie braku stosownego zastrzeżenia, traktaty międzynarodowe są wiążące w odniesieniu do całości terytorium państwa strony. MTKJ w sprawie Duško Tadić określił, że przynajmniej część postanowień międzynarodowego prawa humanitarne ma zastosowanie względem całego terytorium, a pewien zakres jedynie wobec jego fragmentu, na którym faktycznie dochodzi do prowadzenia działań wojennych²³¹. Ma to też silne uzasadnienie pragmatyczne. Strony kon-

228 AFP 110-31, *International Law – The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, s. 4–1.

229 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary...*, s. 9.

230 Wiązało się to z incydentem dotyczącym lądowania niemieckiego hydroplanu na morzu otwartym, który drogą prądów morskich znalazł się na wodach terytorialnych Holandii, która nie uznała go za okręt wojenny i dokonała jego internowania. B. Cheng, *The Right to Fly*, „The Grotius Society: Problems of Public and Private International Law” 1956, vol. 42, s. 101.

231 „Although the Geneva Conventions are silent as to the geographical scope of international «armed conflicts», the provisions suggest that at least some of the provisions of the Conventions apply to the entire territory of the Parties to the conflict, not just to the vicinity of actual hostilities. Certainly, some of the provisions are clearly bound up with the hostilities and the geographical scope of those provisions should be so limited. Others, particularly those relating to the protection of prisoners of war and civilians, are not so limited”. *Prose-*

fliktu mające świadomość ograniczonego terytorialnie zasięgu oddziaływania norm międzynarodowego prawa humanitarnego mogłyby w ten sposób przenosić np. zestrzelonych pilotów do terytoriów położonych poza strefą faktycznych działań wojennych i uznawać, iż ich status jako *hors de combat* nie obowiązuje poza miejscem aktualnie trwających działań zbrojnych²³². Stwarza to oczywiście ryzyko powstania pewnej fikcji prawnej, która mogłaby całkowicie pozbawić skuteczności obowiązywania pewnych norm międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych, zwłaszcza w przedmiocie statusu jeńców wojennych. W innym miejscu orzeczenia w sprawie Duško Tadić MTKJ zwrócił uwagę, iż także wspólny art. 3 dla Konwencji genewskich z 1949 roku w przypadku konfliktów o charakterze niemiędzynarodowym ma szerszy kontekst i nie może być ograniczany jedynie do faktycznych granic aktualnych walk zbrojnych²³³. Naruszenia norm *ius in bello* muszą mieć faktycznie związek z toczącym się konfliktem zbrojnym, ale naruszenia tych przepisów nie muszą mieć miejsca bezpośrednio w granicach geograficznych aktualnie toczącego się konfliktu zbrojnego (sprawa Tihomira Blaškića)²³⁴.

Przyjęcie założenia o obowiązywaniu międzynarodowego prawa humanitarnego na obszarze całego obszaru państwa dopuszcza możliwość atakowania członków personelu sił zbrojnych lub kombatantów bez spełnienia dodatkowych przesłanek. T. Ferraro wskazuje, iż w przypadku konfliktów zbrojnych o charakterze międzynarodowym przepisy międzynarodowego prawa humanitarnego zezwalają na atakowanie celów wojskowych na obszarze całego państwa, a zakres terytorialnego obowiązywania międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych obejmuje terytorium, wody wewnętrzne, terytorialne, wyłączne strefy ekonomiczne oraz przestrzeń powietrzną nad danym obszarem, obejmując także morza otwarte i przestrzeń powietrzną nad nimi²³⁵. Autor podtrzymuje stanowisko

cutor v. Duško Tadić, Decision of the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2nd October 1995, IT-94-1-AR72, para. 68.

232 L. Blank, *Defining the Battlefield in Contemporary Conflict and Counterterrorism: Understanding the Parameters of the Zone of Combat*, „Georgia Journal of International and Comparative Law” 2010, vol. 39, s. 14.

233 „This indicates that the rules contained in Article 3 also apply outside the narrow geographical context of the actual theatre of combat operations”. *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision of the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2nd October 1995, IT-94-1-AR72, para. 69.

234 „In addition to the existence of an armed conflict, it is imperative to find an evident nexus between the alleged crimes and the armed conflict as a whole. This does not mean that the crimes must all be committed in the precise geographical region where an armed conflict is taking place at a given moment. To show that a link exists, it is sufficient that: the alleged crimes were closely related to the hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict”. *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Trial Chamber Decision, 3rd March 2000, IT-95-14, para. 69.

235 „It is clearly confirmed by many provisions of IHL as well as by a host of international tribunals' decisions. These territories include all land areas, internal waters, archipelagic water, territorial sea, the subsoil and submarine areas underneath these expanses of land and

MKCK w przedmiocie stosowania norm i zwyczajów *ius in bello* na obszarze całego państwa, w którego granicach dochodzi do powstania konfliktu zbrojnego o charakterze niemiedzynarodowym, jednakże nie każdy przypadek powstania zbrojnej przemocy (*armed violence*) na terenie państwa nieobjętego działaniami zbrojnymi powoduje uruchomienie norm występujących na polu walki²³⁶.

W kontekście wojny powietrznej wykonywanej w przestrzeni międzynarodowej warto odnieść się do przypadku związanego z jednym z pierwszych przykładów *targeted killing* w okresie II wojny światowej, tj. atakiem amerykańskiego lotnictwa wojskowego na japońskie samoloty wojskowe, które 18 kwietnia 1943 roku przewoziły na pokładzie dowódcę Cesarskiej Marynarki Wojennej adm. Isoroku Yamamoto. M. E. O'Connell wskazywała, że atak na architekta japońskiego uderzenia na Pearl Harbor byłby niezgodny z przepisami Konwencji genewskiej z 1949 roku, ponieważ miał miejsce „z dala od pola bitwy”²³⁷. Z punktu widzenia prawa wojny powietrznej zasadniczo nie należy kwestionować legalności ataku, nie tylko co do klasyfikacji celu, ale także geograficznej lokalizacji celu – atak miał miejsce na wodach międzynarodowych, a w międzynarodowym konflikcie zbrojnym granica wykonywanych działań zbrojnych w kontekście geograficznym jest ograniczona zasadniczo jedynie wymiarem terytorium państw neutralnych²³⁸.

Horyzontalna granica obowiązywania prawa wojny powietrznej jest paralelnie określana wraz z granicą przestrzeni powietrznej (atmosfery) a przestrzenią kosmiczną. Wyraźne określenie linii rozgraniczenia, ustalonej w oparciu o kryteria wysokościowe, jest wciąż przedmiotem rozlicznych i rozbieżnych interpretacji oraz definicji²³⁹.

water, the continental shelf as well as exclusive economic zones and territorial airspace. It is now also well recognised that the high seas (including the airspace above and the sea floor) are also included in the IHL scope of application when a situation of IAC has been determined”. T. Ferraro, *The Geographic Reach of the IHL: The Law and Current Challenges*, [w:] *Scope of Application of International Humanitarian Law 13th Bruges Colloquium 18–19 October 2012*, Brugia 2012, s. 107.

236 T. Ferraro, *The Geographic Reach of the IHL: The Law and Current Challenges*, [w:] *Scope of Application...*, s. 111.

237 „[t]he targeting of a particular individual with the intent to kill him was a lot different than killing a soldier in battle and dealing with a statistic... In my mind, there is a difference between statistics and sitting on a jury and deciding whether to kill a single person”. M. E. O'Connell, *The Choice of Law Against Terrorism*, „Scholarly Works Paper” 2010, vol. 749, s. 361.

238 „Any claim that shooting down a military aircraft flown by military pilots carrying a senior military officer would be considered illegal under international law today because the fighter aircraft involved in the mission had to fly approximately 450 miles from its base to complete the mission is wholly without support”. M. Lewis, *Drones and the Boundaries of the Battlefield*, „Texas International Law Journal” 2011, vol. 47, s. 304.

239 M. Lachs, *The International Law of Outer Space*, „Recueil Des Cours” 1964, t. 113, s. 35.

Rozdział IV

Rozwój prawa wojny powietrznej

1. Prawo wojny powietrznej jako część tzw. prawa haskiego. Uwagi wstępne

W czasach współczesnych utrwalił się wewnętrzny podział międzynarodowego prawa humanitarnego na tzw. prawo haskie i prawo genewskie. Tak zwane prawo genewskie jest dziedziną starszą, zbiorem norm prawa pozytywnego oraz zwyczajów, odnoszącą się (zasadniczo) do kwestii traktowania rannych, rozbitków oraz jeńców wojennych. Można wskazywać na pewne źródła tego prawa o charakterze zwyczajowym i zapisy praktyki państw w doktrynie prawa międzynarodowego w XVI–XIX wieku oraz różnego rodzaju uniwersałach i instrukcjach wojskowych z okresu średniowiecza i nowożytności. W Złotej bulli cesarza Karola IV Luksemburskiego z 1356 roku oprócz przepisów regulujących sposób elekcji przyszłych cesarzy Świętego Cesarstwa Rzymskiego pojawiły się także przepisy dotyczące penalizowania wielu zachowań związanych z prowadzeniem wojen w postaci nieusprawiedliwionego podpalenia, kradzieży, grabieży czy bezprawnego zaboru ziem pod pozorem roszczeń wynikających z prawa wojennego¹. Innym źródłem praw i zwyczajów wojennych obowiązujących w późnym średniowieczu jest powszechnie wskazywana przez współczesnych prawników sztuka Williama Szekspira „Henryk V”, napisana pod koniec XVI wieku, opisująca okres interwencji Henryka V we Francji podczas wojny stuletniej, której kulminacyjnym punktem było zwycięstwo angielskich łuczników nad francuską jazdą w bitwie pod Azincourt w 1415 roku. Według przekazów historycznych podczas samej bitwy w krytycznym dla Anglików momencie walki doszło do masakry francuskich jeńców

1 „We also forbid and condemn all and every unjust war and campaign; every unjust arson, robbery and plundering; inappropriate or uncusomary tolls and passage rights and safeconduct fees which may be extorted, on the pain of the penalties prescribed by the holy laws”. *The Golden Bull of 1356*, The Nuremberg Book of Laws, January 10, 1356.

wojennych. Decyzja króla do dnia dzisiejszego budzi kontrowersje, uznając ją za czyn niegodny w świetle zasad szlachetności i rycerskości bądź za usprawiedliwiony koniecznością wojenną (rycerze francuscy mogli zostać odbici i natychmiast dołączyć do walki przeciwko Anglikom)².

Rozwój prawa haskiego był powiązany z regulacją metod i środków prowadzenia walki zbrojnej, która kształtowała się na przestrzeni dziejów. Analizując przebieg historii, należy zwrócić uwagę, że w istocie jedną z pierwszych wojen o charakterze totalnym, które wstrząsnęły nowożytną Europą, była wojna trzydziestoletnia (1618–1648), w której działania wojenne prowadzone na znacznych obszarach w wielkim stopniu oddziaływały na ludność cywilną³. Przyczyną wielkich strat ludności północnej i środkowej Europy były masowe gwałty i morderstwa, powstania chłopskie oraz głód spowodowany zmianą klimatu (okres tzw. małej epoki lodowcowej, w wyniku której zamarzało w całości Morze Bałtyckie)⁴. Podobny przebieg miał także potop szwedzki z lat 1655–1660, który doprowadził do demograficznej zapaści Rzeczypospolitej oraz wielkiej grabieży mienia i dóbr kultury. W tym samym czasie król Szwecji Gustaw Adolf (z uwagi na swój wyjątkowy talent dowódczy zwany „Lwem Północy”⁵) wydał w 1621 roku tzw. Artykuły wojenne (*Krigsartiklar*), które zawierały również fragmenty związane z prawem konfliktów zbrojnych. Artykuły 88–91 oraz 99–100 zabraniały gwałtów, podpalenia miast i wiosek znajdujących się w posiadaniu króla, a także miast i wiosek nieprzyjacielskich bez wyraźnego rozkazu dowódcy. Dowódcy ponadto nie powinni wydawać takich rozkazów bez autoryzacji króla. Winni mieli być sądzeni, o ile podpalenie przyniosło korzyść nieprzyjacielowi. Zakazano czynić przedmiotem ataku kościoły i szpitale, o ile nie zostały zajęte przez nieprzyjaciela, który prowadził stamtąd ostrzał. Zabronione były akty niszczenia pewnych typów budynków (kościołów, szpitali, młynów), a także znęcanie się nad osobami duchownymi, starszymi, dziećmi i kobietami, o ile nie podniosą broni⁶. Można dostrzec, że w dokumencie tym zawarto wiele spostrzeżeń dotyczących

2 L. C. Green, *The Role of Law in Establishing Norms of International Behaviour*, „Israel Yearbook on Human Rights” 1987, vol. XVII, s. 169.

3 P. H. Wilson, *Was The Thirty Years War a 'Total War'?*, Liverpool 2012, s. 25–26. Straty ludnościowe na terenie Niemiec mogły wynosić do ok. 20% populacji (5 mln), Szwecja utraciła w wyniku wojny trzydziestoletniej ok. 30% swej całej męskiej populacji.

4 P. Daudin, *The Thirty Years' War: The First Modern War?*, <http://blogs.icrc.org/law-and-policy/2017/05/23/thirty-years-war-first-modern-war/> (dostęp: 27.11.2020). Konsekwencje wojny trzydziestoletniej miały istotny wpływ na twórczość naukową Hugo Grocjusza. G. Grafton Wilson, *Grotius: Law of War and Peace*, „American Journal of International Law” 1941, vol. 35, s. 2–5.

5 Wojska Gustawa Adolfa były jedynymi wojskami w XVII wieku, które podczas wojny polsko-szwedzkiej w Prusach w latach 1626–1629 były w stanie zatrzymać chorągwie husarskie (patrz bitwa pod Tczewem w 1627 roku).

6 K. Ogren, *Humanitarian law in the Articles of War decreed in 1621 by King Gustavus II Adolphus of Sweden*, „International Review of the Red Cross” 1996, vol. 313.

kluczowych zagadnień sposobu prowadzenia wojen, w głównej mierze w stosunku do ludności cywilnej, kwestii ustalenia legalnego przedmiotu ataku wojkowego, chwili utraty szczególnego statusu przez ludność cywilną bądź zmiany statusu budynków uważanych za chronione. Szwedzki władca dostrzegał też, że pewne praktyki uznane ówczesnie za obowiązujące – np. zasada zezwalająca na nieograniczoną grabież miejscowości zdobytej szturmem – powinny zostać zaprzestane z uwagi na brak istnienia korzyści wojskowej, którą by osiągnięto przykładowo w pościgu za wrogiem. Warto w tej mierze podkreślić, że jeszcze w połowie XIX wieku nie wypowydano się zdecydowanie przeciwko tej praktyce, określanej jako zasadniczo legalna⁷. W 1642 roku podczas wojny domowej w Anglii frakcja lorda Olivera Cromwella wydała ustawy wojskowe dotyczące dyscypliny oraz sposobu prowadzenia działań zbrojnych (*Laws and Ordinances of War established for the better conduct of the Army*). Przepisy nakładały kary na sprawców gwałtów, grabieży, nieuzasadnionego niszczenia prywatnej własności, a także zabraniały zabijania nieprzyjaciela, który wskazał zamiar poddania się, przy jednoczesnym nakazie prowadzenia walki wobec przeciwnika, który takiego zamiaru nie wykazuje⁸.

W XVII i XVIII wieku zmieniała się stopniowo koncepcja wojny. Wojna trzydziestoletnia była ostatnim konfliktem o charakterze „prywatnego” starcia władców wywodzących swoją legitymację jeszcze z okresu feudalnego. Pola bitew stały się zwarem narodów prowadzących wojnę poprzez swój rząd. Wielki wpływ na zmianę postrzegania wojny miały myśli prawników okresu oświecenia, a zwłaszcza spojrzenie na przemiany zachodzące w społeczeństwach oraz uwagi na tle nowoczesnego spojrzenia na kwestie prawa i koegzystowania narodów. Jean-Jacques Rousseau w swej „Umowie społecznej” odrzucił średniowieczny pogląd o nieograniczonej władzy zwyciężonego nad zwyciężonym w wojnie, uznając, że elementem stanu wrogości nie może być zabijanie przegranych. Wywodził to z faktu, „że ludzie nie są dla siebie wrogami”, a wojna to stan pomiędzy strukturami społecznymi takimi jak państwa, wobec których jednostki są wrogami jako żołnierze, nie jako ludzie czy obywatele *per se*⁹. Wrogiem w konflikcie pomiędzy państwami mogą być tylko państwa, celem wojny jest pokonanie drugiej struktury społecznej, by go osiągnąć, dopuszczalne jest zwalczanie jej obrońców, ale z chwilą złożenia broni i poddania się żołnierzom przywraca się status zwykłych

7 H. W. Halleck, *International Law or Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War*, San Francisco 1861, s. 462.

8 B. Heuser, *Ordinances and Articles of War before the Lieber Code, 866–1863: The Long Pre-History of International Humanitarian Law*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2018, vol. 21, s. 157.

9 „But this supposed right to kill the loser is clearly not an upshot of the state of war. Men are not naturally one anothers’ enemies (...) War is constituted by a relation between things, not between persons”. J.-J. Rousseau, *The Social Contract: Or Principles of Political Right*, Londyn 1762, s. 40.

jednostek, które nie pozostają w stanie wrogości z nieprzyjacielem¹⁰. Poglądy te zostały potwierdzone przez Jean-Étienne-Marie Portalisa, przewodniczącego sądu przysowego za czasów cesarza Napoleona I Bonaparte, który w 1804 roku stwierdził, że wojna „jest relacją pomiędzy państwami, a nie pomiędzy ludźmi, którzy są nieprzyjaciółmi tylko jako żołnierze, a nie obywatele”¹¹. Bardziej zawiłą teorię wojny można znaleźć u Thomasa Hobbesa, który w *Lewiatanie* argumentował, że brak istnienia państwowości czy innego substytutu nadrzędnej struktury zwierzchniej prowadzi do stanu wojny „każdego z każdym, w którym nic nie jest nieusprawiedliwione [...] nie ma prawa i nie ma sprawiedliwości”¹².

W trakcie wojny francusko-pruskiej 11 sierpnia 1870 roku król Prus i późniejszy cesarz Niemiec Wilhelm I ogłosił, że wojna, którą prowadzą żołnierze niemieccy na ziemi francuskiej, jest wojną wymierzoną wyłącznie przeciwko żołnierzom, a nie ludności cywilnej, która będzie chroniona wraz z dobrami materialnymi, o ile mieszkańcy nie podejmą wrogich akcji przeciwko żołnierzom niemieckim¹³. Tymczasem trudno uznać, że praktyka strony niemieckiej (a także częściowo francuskiej) podczas tego konfliktu spełniała chociaż częściowo założenia pozytywnego prawa międzynarodowego tamtego okresu, względem traktowania jeńców, rannych, ludności cywilnej oraz oblężonych miast i osad. H. S. Edwards zwrócił uwagę, że w okresie konfliktu nie istniały – poza Konwencją genewską z 1864 roku oraz normami tzw. Deklaracji petersburskiej z 1868 roku w sprawie stosowania amunicji eksplodującej – żadne wyraźne przepisy regulujące sposób prowadzenia wojny przez wojska będące w polu. Jego analiza jednakże wskazuje na kilka niepodważalnych zasad międzynarodowego prawa zwyczajowego, które obowiązywały w tamtym konflikcie, w postaci zakazu atakowania poddających się żołnierzy wroga oraz parlamentaryzmy, używaniu kul eksplodujących o niewielkim kalibrze, a także ochrony personelu medycznego¹⁴. Sporny wydawał się status ludności cywilnej, która decydowała się na otwarty opór przeciwko nadciągającej armii, gdyż pewna część państw traktowała taką kategorię osób jako mogących korzystać ze statusu jeńcy wojennego w razie

10 *Ibidem*, s. 40.

11 E. Creasy, *First Platform of International Law*, Londyn 1876, s. 360; G. B. Davis, *The Elements of International Law, with an Account of its Origin Sources and Historical Development*, Nowy Jork 1908, s. 382.

12 T. Hobbes, *Leviathan or the Matter, Forme, and Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*, Londyn 1651, s. 63.

13 „We, William, King of Prussia, make known Hobbes the following to all the inhabitants of the French territories occupied by the German armies: «The Emperor Napoleon having attacked by land and by sea the German nation, which desired and desires to live in peace with the French people, I have taken the command of the German armies, and have been led by military events to pass the frontiers of France. I make war upon French soldiers, not upon French citizens»”. M. Hewitson, *The People's War: Histories of Violence in the German Land 1820–1888*, Oxford 2017, s. 442.

14 H. S. Edwards, *The Germans in France. Notes on the Method and Conduct of the Invasion. The Relation between Invaders and Invaded and the Modern Usages of War*, Londyn 1874, s. 6.

schwywania. Problem ten był niezwykle poważnym zagadnieniem ówczesnego prawa międzynarodowego, a wiązał się z masowym ruchem tzw. wolnych strzelców (*francs-tireurs*), którzy nie posiadając uniformów armii francuskiej, organizowali się w różnego rodzaju grupy bądź oddziały i prowadzili regularną walkę z wkraczającą armią nieprzyjacielską. Prusacy w tej mierze traktowali członków ruchu oporu jako osoby pozbawione statusu jeńców wojennych, stosując szeroko represje wobec schwytanych partyzantów oraz ludności cywilnej podejrzewanej o współpracę. Powyższe okoliczności doprowadziły do sformułowania pojęcia „nielegalny kombatanant”, którego status prawny rodzi kontrowersje do dnia dzisiejszego (o kwestii tej będzie jeszcze mowa w innym rozdziale).

Kolejnym, trzecim, rodzajem norm (po prawie genewskim i prawie haskim), które także są zaliczane do katalogu międzynarodowego prawa humanitarnego, są przepisy i zwyczaje określające dopuszczalność stosowania pewnego typu uzbrojenia (*disarmament law*). Część z tych norm będzie miała charakter mieszany, ponieważ równolegle z przepisami zakazującymi bądź ograniczającymi możliwość stosowania na polu walki wybranych środków jej prowadzenia pojawiają się także elementy związane z metodami prowadzenia walki, charakterystyczne dla przepisów typu „haskiego”. Z reguły dotyczy to traktatów międzynarodowych, w których nie wprowadzono całkowitego zakazu prowadzenia działań wojennych. Najlepszym przykładem takiej normy są przepisy III Protokołu w sprawie zakazów lub ograniczeń użycia broni zapalających do Konwencji CCW z 1980 roku.

2. Depesza Otto von Bismarcka z 18 listopada 1870 roku

Podczas oblężenia Paryża w latach 1870–1871 kanclerz Rzeszy, za pośrednictwem ambasadora Stanów Zjednoczonych w Paryżu, wysłał 19 listopada 1870 roku list adresowany do francuskiego rządu dotyczący komunikacji lotniczej prowadzonej za pośrednictwem balonów z otoczonego miasta do obszaru pod kontrolą francuską (*toutes les personnes qui prendront cette voie pour franchir nos lignes sans autorisation ou pour entretenir des correspondances au prejudice de nos troupes s'exoiserint, si elles tombes en notre pouvoir, au meme traitement, qui leur est ainsi applicable, que ceux qui ferait des tentatives semblables par le voie ordinaire*)¹⁵. W dokumen-

15 P. B. Larsen, J. C. Sweeney, J. Gillick, *Aviation Law: Cases, Laws and Related Sources: Second Edition*, Leiden 2012, s. 2; A. Merignhac, F. Martens, *Les Lois et Coutumes de la Guerre Sur Terre d'après le Droit International Moderne et la Codification de la Conférence de la Haye de 1899*, Paryż 1903, s. 193–194.

cie tym wspomniano, że w razie ewentualnego lądowania aerostatów za liniami niemieckimi wszyscy członkowie załogi będą traktowani jako osoby działające na zapleczu frontu (w istocie sprowadzało się to do konstatacji, że schwytani członkowie załóg francuskich balonów będą traktowani jako szpiegowie)¹⁶. E. Castrén sprzeciwiał się powyższej interpretacji, wskazując, że powstała ona na skutek zniekształconego jej odbioru przez stronę francuską i podnosząc, że w oryginalnej depeszy nie znajduje się wprost odwołanie do traktowania załogantów jako szpiegów¹⁷. W trakcie konfliktu doszło do dwóch przypadków aresztowania i osadzenia w więzieniu francuskich załóg balonów, które wylądowały na obszarze znajdującym się pod kontrolą niemiecką. Jeden z załogantów, M. Verrecke, został po wylądowaniu schwytany oraz uwięziony – uwolniono go dopiero po dwóch miesiącach od dnia podpisania pokoju¹⁸. Drugi dowódca balonu, A. Nobécourt, także wylądował poza liniami i następnie po schwytaniu został skazany na śmierć (karę, którą później zamieniono na dożywotnie więzienie)¹⁹. Strona francuska ten pogląd odrzuciła, uznając, że nie istnieje możliwość wykonywania jakiegokolwiek jurysdykcji w przestrzeni powietrznej, analogicznie jak w przypadku zasady wolności mórz, które nie podlegały zajęciu²⁰. Kwestia ta wywołała wtedy wiele kontrowersji w środowisku badaczy²¹. Dla ówczesnej doktryny prawa międzynarodowego działanie strony niemieckiej było uważane za błędne także z innego powodu – panowało przekonanie, że działania załóg statków powietrznych za liniami wroga nie mogą zostać zakwalifikowane jako akty szpiegostwa, lecz legalne akty kombatanckie, więc schwytanych załogantów należy traktować adekwatnie jak jeńców wojennych²². J. C. Bluntschli, C. Lardy oraz R. Octave w tej mierze stwierdzili, że skoro armia sprawująca efektywną kontrolę nad okupowanym terytorium ma prawo do kontroli przestrzeni powietrznej w efektywnym zasięgu swych działań, to w tym zakresie zakazane jest wykorzystywanie balonów. Jednocześnie jednostki latające znajdujące się powyżej określonej wysokości

16 Jako ciekawostkę należy podać, że do śledzenia balonów wykorzystywanych przez stronę francuską wysyłano jednostki pruskich ułanów, które w znacznej mierze pochodziły z rekrutów z Wielkiego Księstwa Poznańskiego. G. Tissandier, *Souvenirs et récits d'un aérostatier militaire de l'armée de La Loire 1870–1871*, Paryż 1891, s. 248; P. Morin, *Les lois relatives à la guerre selon le droit des gens modernes*, Paryż 1872, s. 146; P. Fauchille, H. Bonfils, *Traité de Droit International Public*, Paryż 1921, s. 628–629.

17 E. Castrén, *Ilmasota – kansainvälisoikeudellinen tutkimus*, Helsinki 1938, s. 164.

18 P. H. Windfield, *Aircraft Attacks*, „The Law Magazine and Review” 1915, vol. 257, s. 260.

19 J. M. Spaight, *War Rights on Land*, Londyn 1911, s. 208.

20 M. Schladebach, *Luftfreiheit: Kontinuität und Wandel*, Tübingen 2014, s. 18 i n.

21 P. Bordwell, *The Law of War between Belligerents: A History and Commentary*, Chicago 1908, s. 96; J. Vieillard-Baron, *Les Prisonniers De Guerre*, Paryż 1902, s. 149; E. Acolas, *Le Droit De La Guerre*, Paryż 1888, s. 59.

22 P. H. Windfield, *Aircraft Attacks...*, s. 270; G. Davis, *The Elements of International Law*, Londyn 1900, s. 299; J. Guelle, *Précis des Lois de la Guerre sur Terre; Commentaire Pratique à l'usage Des Officiers de l'Armée Active, de la Réserve et de la Territoriale*, Paryż 1884, s. 187–188.

unikają zarówno „suwerenności”, jak i „praw” strony okupującej i należy przyjąć domniemanie, że jedynie zamierzają przelecieć nad danym obszarem²³. J. Lefebvre podniósł, że personel aerostatów mający za zadanie obserwować nieprzyjacielskie ruchy w istocie wykonuje działania czysto wojskowe i zachowuje się podobnie jak okręty i statki należące do stron walczących, które zamierzają przełamać blokadę morską przeciwnika (a załogi te mają prawa kombatanckie)²⁴. Podkreślano jawność misji balonowych oraz ich zbliżony charakter do czynności posłańców bądź kurierów wojskowych²⁵.

3. Prawo bombardowań artyleryjskich

E. de Vattel w *Prawie narodów* zwracał uwagę, że zniszczenie miasta wskutek bombardowania artyleryjskiego jest rozwiązaniem ostatecznym, które powinno być uzasadnione szczególnymi powodami²⁶. J. A. Farrer zwrócił uwagę, że poglądy wyrażone przez prawników oraz budowniczych fortyfikacji (Sébastien le Prestre de Vaubana) wyrażające pogląd, zgodnie z którymi od ataków artyleryjskich należy oszczędzać obiekty i miejscowości, utraciły znaczenie wskutek przeciwniej praktyki państw w XIX wieku²⁷. Dla J. C. Bluntschliego pewnym rozwiązaniem o charakterze ekstremalnym, lecz zgodnym z prawem międzynarodowym była okoliczność, w której siły atakującego uniemożliwiają opuszczenie obleganego miejsca przez ludność miejską, z uwagi na konieczność wojskową mającą na celu zmuszenie drugiej strony do wcześniejszej kapitulacji. W przypadku bombardowania artyleryjskiego honorowe byłoby wystosowanie stosownego ostrzeżenia w celu ochrony osób niewalczących, jednocześnie w pewnych sytuacjach konieczność wojskowa uzasadnia podjęcie działań zbrojnych bez notyfikacji²⁸. Szwajcarski autor podkreślił także problem związany z obecnością w obrębie wielu ośrodków miejskich różnego rodzaju fortyfikacji oraz twierdz, uznając, że w tej sytuacji dana miejscowość nie może być traktowana jako „otwarta i niebroniona”²⁹.

23 J. C. Bluntschli, C. Lardy, R. Octave, *Le Droit International Codifié*, Paryż 1895, s. 632.

24 J. Lefebvre, *Le droit des gens moderne dans la guerre continentale*, Paryż 1886, s. 72.

25 P. Fiore, *Nouveau Droit International Public, Suivant les Besoins de la civilisation modern*, Paryż 1885, s. 171.

26 E. de Vattel, *Law of the Nations*, Filadelfia 1852, s. 368.

27 „Regular and simple bombardment that is, of a town indiscriminantly an merely its fortress, has now become the esthablished practice”. J. A. Farrer, *Military Manners and Customs*, Londyn 1885, s. 15.

28 J. C. Bluntschli, *Das Moderne Kriegsrecht Der Zivilisierten Staaten*, Nordlingen 1878, s. 10.

29 *Ibidem*, s. 10.

J. C. Bluntschli jako pierwszy wyraźnie wyartykułował fakt istnienia starej zasady wojskowej zakazującej atakowania miast nieufortyfikowanych oraz niebronionych. W 1864 roku podczas wojny prusko-duńskiej o Schlezwik-Holsztyn niemiecka artyleria zniszczyła miasto Sonderborg znajdujące się za liniami duńskimi, o którym ówczesna prasa twierdziła, że miało charakter wyłącznie cywilny oraz nie było ufortyfikowane³⁰. Analizujący oblężenie Metzu, Strasburga (gdzie mordercze stromotorowe zniszczyły część cennych zabytków miasta), Werony (destrukcja katedry) i Paryża w okresie wojny prusko-francuskiej H. S. Edwards zwrócił uwagę, że obydwie strony przyjęły, iż ufortyfikowane obszary miejskie mogą być atakowane bez rozróżnienia na obecność w centrach miast obiektów cywilnych bądź też celów wojskowych. W przeciwieństwie do praktyki w XVII i XVIII wieku ataki artyleryjskie zasadniczo nie powodowały zniszczeń większych niż ograniczone jedynie do fortyfikacji³¹. Podczas tego konfliktu pojawiły się głosy wyrażonej krytyki praktyki polegającej na „ostrzeliwaniu miast, które nie są wykorzystywane w planie obrony przeciwnika i których bombardowanie nie ułatwia jego zajęcia poprzez wyeliminowanie obrońców”³².

Trudno zweryfikować założenia J. C. Bluntschliego na temat istnienia starej zasady artyleryjskiej, która zakazywała atakowania nieufortyfikowanych obszarów miejskich³³. F. Martens wskazywał na sprzeczne z prawem wojny bombardowanie otwartych miast na wybrzeżu Morza Czarnego przez flotę turecką w okresie

30 F. Narjoux, *Notes and Sketches of an Architect Taken During a Journey in the Northwest of Europe, 1877*, „The Times”, 9th April 1864, s. 24.

31 „The reason why formerly the civil population of fortified towns was often spared the terror and torture of a bombardment, was not because the warriors of the seventeenth and eighteenth centuries were more humane than those of the present day, but because their guns were less powerful”. H. S. Edwards, *The Germans in France...*, s. 173.

32 „Setting aside this barbarous method of coercion, the utter uselessness of the bombardments of Strassburg and Paris will make them an everlasting disgrace to the German name. And here again we must go back to the Danish wars, in which acts, almost overlooked through smallness of the victimized towns, acquire a new significance by repetition on a larger scale. In 1864 the town of Sunderborg was bombarded and almost entirely destroyed, though it was situated on an island far behind the Danish positions, so that the Prussians could not obtain possession of it. The only result, besides the ruin of the inhabitants, was that the hospitals established there had to be removed, and that the Danish soldiers found their quarters less comfortable on their return (...). To suppose that the Prussian staff-officers expiated the shelling of the town to have any influence on the issue of the siege would be a bad compliment to their military judgment”. „Quarterly Review” 1871, vol. 130, s. 482; H. S. Edwards, *The Germans in France...*, s. 297.

33 „Wenn eine Stadt mit Festungswerken verbunden ist, so ist die Beschiessung, wenn dieselbe aus militärischen Gründen nothwendig ist, vorzugsweise auf die Festungswerke und die Vorwerke (Mauern und Thore der Stadt inbegriffen) und deren Zugänge zu richten, die inneren Stadttheile dagegen, welche von den friedlichen Bürgern bewohnt werden, möglichst zu verschonen”. J. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten als Rechtsbuch dargestellt*, Nordlingen 1872, s. 20.

wojny turecko-rosyjskiej (1877–1878)³⁴. Wytyczne wojenne niemieckiego sztabu generalnego z okresu przed I wojną światową (1902) wskazują, że umieszczenie tej zasady w formie prawa pozytywnego powinno być traktowane jako swoiste *superfluum*, uznając, że nowoczesna wojna nie zna przypadków przeciwnych³⁵.

Inną sytuacją w ocenie niemieckich sztabowców było atakowanie miast bronionych, względem których logika wojskowa nakazywała nie tylko zwalczanie samych fortyfikacji, ale także pozostałego obszaru miejskiego, który może zostać wykorzystany przez przeciwnika, np. do przerzucenia rezerw na zagrożony odcinek frontu – dopuszczając bombardowanie również obszarów, które służą jako miejsca przerzutu jednostek wojskowych bądź postoju³⁶. Potwierdza to lektura podręcznika F. von Liszt, aczkolwiek prezentuje on powyższe poglądy jako kontrowersyjne³⁷. Poprzez przyjęcie przytoczonego poglądu znacząco rozszerzano zakres bombardowania o miejscowości mogące być potencjalnie wykorzystanie przez przeciwnika w toku prowadzenia działań zbrojnych. W tym zakresie oceniano bombardowanie miejscowości Kehl (ogłoszonej miastem otwartym) w początkowej fazie oblężenia Strasburga przez wojska francuskie, pomimo protestów strony niemieckiej uznających dany atak za sprzeczny z prawem narodów³⁸. Podobne spostrzeżenia można odnaleźć w kontekście statusu Paryża³⁹. Von Moltke osobiście przyznał, że bombardowania bez rozróżnienia były „naruszeniem praw ludzkości”, jednakże dzięki tej praktyce skrócono czas oblężenia i ostatecznie osiągnięto cel humanitarny⁴⁰. Należy zwrócić uwagę, że masowe wykorzystanie artylerii w XVII i XVIII wieku ciągle dotyczyło głównie broni o wymiarze taktycznym, opartych na systemie Gribeauvala, stosowanym do zwalczania oddziałów przeciwnika. W wymiarze oblężniczym działa te, jak już wspomniano, nie mogły uczynić większych szkód, niż doprowadzać do zniszczenia fortyfikacji. Działa o większej donośności oraz energii kinetycznej zostały wprowadzone dopiero na skutek przełomu technologicznego. W połowie XIX wieku włoski artylerzysta skonstruował pierwsze działo ładowane odtłcowo z lufą gwintowaną, które później zostało rozpowszechnione w różnych armiach świata (działo Armstronga i francuskie działo 75 mm z 1897 roku). W tym samym okresie, z uwagi na możliwości techniczne, wzrosło także zainteresowanie prowadzeniem tzw. ognia

34 F. Martens, *Traité de Droit International*, Paryż 1883; J. Westlake, *International Law*, Cambridge 1913, s. 221.

35 J. H. Morgan, *The War Book of the German General Staff*, Nowy Jork 1915, s. 38.

36 *Ibidem*, s. 39.

37 F. von Liszt, *Das Völkerrecht*, Berlin 1898, s. 227.

38 Oczywiście, należy pamiętać, że strona niemiecka w tej mierze starała się tak dobrać przykład „legalnych” bombardowań, by w późniejszym okresie zalegalizować podobne praktyki w przyszłej wojnie. Zob. M. Howard, *The Franco-Prussian War: The German Invasion of France 1870–1871*, Padstow 2003, ebook.

39 M. Busch, *Bismarck in the Franco-German War 1870–1871*, Nowy Jork 1879, s. 131.

40 *International Law Topics and Discussions*, Naval War College, Waszyngton 1914, s. 88.

pośredniego, czyli ostrzału celów niewidocznych dla operatorów dział. Czynniki te spowodowały, że zagrożone bombardowaniem artyleryjskim stały się oprócz obszarów bezpośrednio przylegających do linii frontu, także lokacje dotychczas znajdujące się poza zasięgiem. W latach 1865–1868 dyskutowano na łamach specjalistycznej prasy francuskiej zakres dopuszczalnych ataków artyleryjskich względem ufortyfikowanych obszarów miejskich, wskazując, że pożądane jest bombardowanie zarówno umocnień, jak i obszarów mieszkalnych z uwagi na efekty psychologiczne takiego ostrzału, prowadzącego do wymuszenia kapitulacji⁴¹.

Przy okazji dyskusji nad statusem miast niebronionych (otwartych) rozważano ówczesne uwarunkowania polegające na tworzeniu przez stronę broniącą barykad i prowizorycznych fortyfikacji w centrach miast bądź w pobliżu znacznych skupisk niewalczących. Wobec takiej praktyki wskazywano konieczność rozdzielenia odpowiedzialności za ochronę ludności cywilnej zarówno na atakujących (oblegających), jak i broniących (obleganych)⁴². Ponadto zauważalna jest zdecydowana tolerancja wśród prawników tamtego okresu możliwości powstania ofiar cywilnych wśród mieszkańców obszarów bronionych, a nawet uznawania tych osób za czasowo tracące swoją ochronę wynikającą z faktu bycia niewalczącymi⁴³. W konsekwencji dopuszczano atakowanie zarówno fortów bądź innego typu umocnień, jak i obszaru zabudowanego, jeżeli całość lokalizacji spełniała wymagania obszaru bronionego. Wynikało to z faktu, że praktyka ataków na fortyfikacje, będąca w rzeczywistości atakiem na całe miasto celem zmuszenia ludności do wcześniejszej kapitulacji, miała istotne uzasadnienie, a ewentualna odpowiedzialność za te straty została przerzucona na stronę broniącą⁴⁴. Nie był to jednak pogląd jednolity, gdyż w dalszym ciągu umyślne zwrócenie dział przeciwko obszarowi zabudowanemu, nawet w trakcie ataku na miasto o charakterze bronionym, było traktowane przez pewnych autorów jako naruszenie praw wojny⁴⁵. Inni podnosili konieczność zachowania przy tym zasad daleko idącej ostrożności, zwłaszcza gdy celem ataku miałyby być obiekty użyteczności publicznej lub o szczególnej wartości kulturalno-historycznej⁴⁶.

Francuskie wytyczne wojenne z 1884 roku wskazywały na konflikt perspektyw: publicystycznej, która nakazywała kierowanie ognia wyłącznie na instalacje obronne, gdyż działania przeciwnie nie przynosiły efektów, oraz wojskowej, która

41 Appendix B., *The Bombardment of Fortified Towns*, [w:] H. S. Edwards, *The Germans in France...*, s. 311.

42 G. Davis, *The Elements...*, Londyn 1900, s. 302.

43 J. Risley, *The Law of War*, Londyn 1897, s. 108; F. Martens, *Traité...*, s. 221; W. Manning, *Commentaries on the Law of Nations*, Londyn 1839, s. 139.

44 M. Waxman, *Siegecraft and Surrender: The Law and Strategy of Cities as Targets*, „Virginia Journal of International Law” 1999, vol. 39, s. 363–364.

45 T. J. Lawrence, *The Principles of International Law*, Boston 1900, s. 334; A. Sheldon, *Political and Legal Remedies for War*, Londyn 1880, s. 353.

46 G. Davis, *The Elements...*, Londyn 1900, s. 302.

uznawała, że bombardowanie całego obszaru miejskiego jest uzasadnione tym, że cała ludność cywilna jest jednocześnie częścią załogi oblężonego miasta⁴⁷. A. Morin wskazał, że miejscowości broniące mogą być atakowane tylko w takim zakresie, aby doprowadzić do rzeczywistego przełamania obrony⁴⁸. P. Fiore wspomina, że przed wojną z 1870–1871 roku było powszechnie akceptowane, że efekty bombardowań artyleryjskich powinny być ograniczone do umocnień bądź budynków o znaczeniu wojskowym, jednocześnie nie można było jednoznacznie określić ówczesnej praktyki państw związanej z atakowaniem broniących obszarów miejskich⁴⁹. E. Acolas zdecydowanie podnosił, że jedyny legalny sposób atakowania obszarów zabudowanych broniących bądź ufortyfikowanych przez przeciwnika może być wymierzony tylko przeciwko instalacjom obronnym⁵⁰. Wskazywane w tej mierze były incydenty z lat 1838 (atak francuskiej floty na meksykańskie forty w Vera Cruz) oraz 1855 (oszczędzenie Sewastopola przez wojska sprzymierzone), które są ostatnimi zdaniem J. Lefebvre przykładami „starej” praktyki bombardowań obszarów niebronionych⁵¹. Inni autorzy wprost uważali bombardowanie obszarów zabudowanych jako nielegalny środek walki, jednakże w praktyce dopuszczalny i rozpowszechniony⁵². Jedyną platformą wzajemnego porozumienia (*mutual understanding*) było objęcie zakazem bombardowania obszarów niebronionych oraz obowiązkiem atakującego do podjęcia wszelkich niezbędnych środków w celu ochrony obiektów użyteczności publicznej, miejsc kultu religijnego, kultury oraz szpitali przed skutkami ataku, o ile nie są wykorzystane przez nieprzyjaciela do obrony. W tym samym okresie pojawiła się także sugestia, aby jako obszary broniące traktować miejsca, które mogą być zajęte przez wojska lądowe bez oporu ze strony nieprzyjaciela⁵³. W tym kontekście odchodzono od pojęcia obszarów ufortyfikowanych, uznając, że nie przystają one do realiów współczesnej wojny (fortyfikacje bowiem traciły na realnej wartości bojowej, miasta zaś stawały się twierdzami z uwagi na swoją zabudowę)⁵⁴. Warto zwrócić uwagę, że w języku francuskim wykorzystuje się w tej mierze sformułowanie *l'occupé*, które powinno się tłumaczyć jako „zajęcie”. Przyjęcie polskiego słowa „okupacja” powoduje, że istnieje możliwość bombardowania miast potencjalnie niebronionych (tj. opuszczonych przez regularne siły zbrojne), ale jednocześnie przy tym stawiających opór podczas okupacji miasta. Wynika to z przyjęcia

47 *Ibidem*, s. 19.

48 A. Morin, *Les lois relatives...*, s. 202.

49 P. Fiore, *Nouveau...*, s. 136.

50 E. Acolas, *Le Droit...*, s. 56.

51 J. Lefebvre, *Le droit...*, s. 51–52.

52 P. Fiore, *Nouveau...*, s. 692.

53 A.-L. Pillet, *Le Droit de la Guerre, Premier Partie – Les Hostilities, Conférences Faites aux Officiers de la garnison de Grenoble*, Paryż 1892, s. 171.

54 „It is recognized that the legitimacy of the bombing does not depend on the question of whether the town is open or fortified, but whether it defends itself”. E. Nys, *Le Droit International; Les Principes, Les Théories, Les Faits*, Bruksela–Paryż 1906, s. 214.

pewnego procesu logicznego, w którym zajęcie miasta poprzedza okres jego okupacji i w efekcie walczący tracą możliwość bombardowania z uwagi na zajęcie miasta niebronionego.

4. Konferencja brukselska z 1874 roku

9 lipca 1874 roku car Mikołaj II w okólniku skierowanym do przedstawicielstw dyplomatycznych akredytowanych przy Imperium Rosyjskim zaproponował zwołanie konferencji dyplomatycznej w celu przyjęcia prawnomiędzynarodowych rozwiązań w zakresie uregulowania i skodyfikowania istniejących już zasad *ius in bello* z uwagi na względy humanitarne, cywilizacyjne oraz ogólny interes ludzkości⁵⁵. Projekt przedłożony przez Imperium Rosyjskie został wypracowany przez młodego rosyjskiego badacza prawa międzynarodowego – Fiodora Martensa, który oparł go w swym zasadniczym zarysie na tzw. kodeksie Liebera z okresu wojny secesyjnej z 1863 roku⁵⁶. Owocem prac delegatów był dokument znany jako Deklaracja brukselska dotycząca praw i zwyczajów obowiązujących w wojnie lądowej z 1874 roku.

Wiele kontrowersji wzbudził art. 14 Projektu, który stanowił, że „fortece bądź ufortyfikowane miasta mogą być oblegane, za miasta zupełnie otwarte uważa się obszary, które nie są bronione przez wrogich żołnierzy ani ludność cywilną, nie stawiają oporu, rejony te nie podlegają atakowi bądź bombardowaniu”⁵⁷. Zastrzeżenia do tego przepisu zgłosił delegat Niemiec, który wnosił o wykreślenie słowa „zupełnie” (*entièrement*). Przedstawiciel Szwajcarii zażądał dopisania sformułowa-

55 „la conférence n’ayant d’autre but que de consacrer des règles universellement admises”. *Actes de la conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d’une convention internationale concernant la guerre: protocoles des séances plénières: protocoles de la commission déléguée par la conférence*, Paryż 1874; C. J.-M. Lucas, *La Conférence Internationale de Bruxelles sur Les Lois et Coutumes de la Guerre*, Paryż 1874, s. 4–5.

56 Interesującą analizę szczegółów rosyjskiej inicjatywy przedstawiał Peter Holquist (*The Russian Empire as a „Civilized State”: International Law as Principle and Practice in Imperial Russia, 1874–1878*). F. Martens uważał, że najpoważniejszym problemem praktycznego stosowania norm *ius in bello* jest nieznamość ich treści przez zwykłego żołnierza oraz różnica w interpretacjach (nie upatrywał jako intencjonalnych zachowań stron podczas wojny francusko-pruskiej z 1871 roku polegających na naruszeniu praw i zwyczajów wojennych, lecz wynikających z błędnej wykładni).

57 „Les forteresses ou villes fortifiées peuvent seules être assiégées. Une ville entièrement ouverte, qui n’est pas défendue par des troupes ennemies et dont les habitants ne résistent pas. Les armes à la main, ne peut pas être attaquée ou bombardée”. *Actes de la conférence de Bruxelles de 1874...*, s. 5.

nia „miejscowości”. Przyjęte zmiany zmieniały treść pierwotnego przepisu w sposób następujący: „Miejsca bronione mogą być oblegane. Miasta i miejscowości, które nie są bronione, nie mogą być atakowane ani bombardowane”⁵⁸. Kontrowersje wzbudziło traktowanie miejscowości położonej w pobliżu fortów jako bronionej, na wniosek przewodniczącego uznano, że jeżeli otwarte miasto nie wspomaga defensywy forticy bądź fortów, powinno zostać chronione przed atakiem. Podczas konferencji w Brukseli w 1874 roku mieszkańcy Antwerpii przedstawili rządowi belgijską petycję w sprawie przyjęcia na spotkaniu dyplomatycznym zasady, że zamieszkane osiedla znajdujące się także w ufortyfikowanych obszarach miejskich będą chronione normą prawa międzynarodowego przed bombardowaniem w razie oblężenia⁵⁹. Projekt ten został później prezentowany i popierany przez przedstawicieli Belgii oraz Holandii, jednak ostatecznie niemiecki delegat wskazał, że petycja prowadzi do odebrania możliwości prowadzenia działań zbrojnych w pełnym i efektywnym zakresie przez walczących⁶⁰. Interesujące jest, że pomimo iż projekt nie znalazł się w tekście końcowym, podkomisje opiniujące jego treść przyznały, że „operacje zbrojne winny kierować się wyłącznie przeciwko siłom zbrojnym oraz środkom prowadzenia walki walczących, nigdy zaś przeciwko obywatelom tego państwa, którzy nie uczestniczą aktywnie w działaniach zbrojnych”⁶¹. Petycja mieszkańców Antwerpii z 1874 roku, po pewnych modyfikacjach, w istocie zawiera esencję współczesnych rozwiązań międzynarodowego prawa humanitarnego w kontekście zasady rozróżnienia na 100 lat przed PD I do Konwencji genewskich z 1977 roku⁶². Ostateczny tekst art. 15 Deklaracji stanowił, że „fortyfikowane miejsca mogą zostać oblegane. Zabrania się atakowania niebronionych miast i zamieszkanymi miast”.

Na forum konferencji zastanawiano się również nad kwestią statusu załóg balonów podczas konfliktu zbrojnego, co było bezpośrednią reminiscencją incydentów, jakie miały miejsce podczas wojny prusko-francuskiej⁶³. W ramach prac nad kwestią regulacji poświęconych jeńcom wojennym dyskutowano także nad statusem żołnierzy, którzy operują za liniami wroga celem zdobycia informacji wywiadowczych bądź przekazują wiadomości pomiędzy różnymi odcinkami frontu⁶⁴.

58 *Ibidem*, s. 9.

59 „comme un principe d'humanité qu'on ne puisse bombarder des quartiers de villes même fortifiées”. *Ibidem*, s. 9.

60 „M. le général de Voigts-Rhetz demande qu'il soit acte au' protocole que, le bombardement étant un des moyens les plus efficaces pour atteindre le but de la guerre, il est impossible de satisfaire au désir des intéressés”. *Ibidem*, s. 49.

61 „Elle s'est trouvée d'accord pour constater que, d'après les principes qui président à ses délibérations, les opérations de guerre doivent être dirigées exclusivement contre les forces et les moyens de guerre de l'Etat ennemi et non contre ses sujets, tant que ces derniers ne prennent pas eux-mêmes une part active à la guerre”. *Ibidem*, s. 42.

62 J. M. Spaight, *War Rights...*, s. 166.

63 D. Johnson, *Rights in Air Space*, Manchester 1965, s. 8.

64 *Actes de la conférence de Bruxelles de 1874...*

Postanowiono, że ta kategoria personelu wojskowego nie będzie traktowana jako szpiegdy, jeżeli ma to charakter jawnej operacji bojowej⁶⁵. W tej mierze delegaci podzielili ogólne stanowisko ówczesnej doktryny prawa międzynarodowego, która wskazała na potrzebę asymilacji załogantów (aeronauców) do kategorii walczących m.in. poprzez wymóg jednolitego umundurowania oraz posiadania odpowiednich rang wojskowych⁶⁶. Postanowiono też w tej mierze zrównać ze statusem wojsk lądowych członków załogi balonów, którzy dostarczają wiadomości i utrzymują komunikację pomiędzy różnymi wojskami bądź też terytorium państwa. Przedstawiciel strony niemieckiej zdecydował się odejść od stanowiska wyrażonego w depeszy Bismarcka z 19 listopada 1870 roku i zgodził się z ogólnym poglądem w przedmiocie traktowania załogantów balonów jako jeńców wojennych⁶⁷. Na żądanie delegata zarejestrowano poprawki do protokołu konferencji, zgodnie z którymi załogi balonów mogą zostać wezwane do poddania się i ostrzelane w razie odmowy⁶⁸. Zestrzelona załoga jest w tej sytuacji traktowana jako jeńcy wojenni⁶⁹. Stanowisko wykluczające możliwość uznania załogantów statków balonowych za szpiegów zostało potwierdzone na konferencji Instytutu Prawa Międzynarodowego w 1877 roku w Gandawie⁷⁰.

Na konferencji dyplomatycznej w Brukseli w 1874 roku podjęto pierwszy w dziejach wysiłek związany z kodyfikacją międzynarodowego prawa wojennego. Pomimo że ostatecznie żadne z państw nie ratyfikowało tzw. Deklaracji brukselskiej dotyczącej praw i zwyczajów obowiązujących w wojnie lądowej, to koncepcja z 1874 roku była podstawą późniejszych rozwiązań haskich z 1899 i 1907 roku i bez wątpienia wyraźnym sygnałem dla społeczności międzynarodowej o zwyczajowym statusie wielu fundamentalnych norm międzynarodowego prawa humanitarne⁷¹.

65 J. F. Lycklama à Nijeholt, *Air Sovereignty*, Bruksela 1901, s. 1.

66 „Everything is arranged in the opinion of M. Gefifcken, after That aeronauts should not be regarded as Spies (International Law IV, § 2141), Mr Wilhelm (1) That the principle of the assimilation of aeronauts to Once admitted, they should be placed under the same conditions, That is, to give them a uniform that clearly marks Their military character, and regular titles, as well as a Villon. So, if the balloons come to fall in the ranks Enemies, no one will be able to challenge their crews belligerents”. C. Calvo, *Le Droit International Théorique et Pratique: précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, Paryż 1896.

67 A. Rousseau, *Les Prisonniers de Guerre*, Paryż 1903, s. 149; A. Mattelart, *The Invention of Communication*, Minneapolis 1998, s. 218.

68 J. A. Farrer, *Military Manners...*, s. 148.

69 „M. le général de Voigts-Rhetz demande qu'il soit acte au protocole que les individus montés en ballon pourront être sommés de descendre; que, s'ils s'y refusent, on pourra tirer sur eux, et que, lorsqu'ils seront capturés, ils seront prisonniers de guerre et ne pourront en aucun cas être traités comme espions”; H. Woodhouse, *Textbook of Aerial Laws and Regulations for Aerial Navigation, International, National and Municipal, Civil and Military*, Nowy Jork 1920, s. 182.

70 „A cette catégorie appartiennent aussi les individus capturés dans les ballons et envoyés pour transmettre des dépêches, et en général pour entretenir les communications”. *Annuaire de l'Institut...*, vol. IV, s. 283.

71 C. J.-M. Lucas, *La Conférence...*, s. 2.

5. Projekt prawa wojny lądowej z 1880 roku Instytutu Prawa Międzynarodowego

Instytut Prawa Międzynarodowego w 1880 roku debatował na sesji w Oksfordzie nad projektem przedłożonym przez sprawozdawcę M. Gustave Moyniera w zakresie tzw. instrukcji prowadzenia wojny lądowej (*Manuel Des Lois De La Guerre Sur Terre – Manual on Laws of War in Land Warfare*)⁷². Stowarzyszenie chciało w ten sposób podkreślić swój wkład w dyskusję nad rozwojem prawa międzynarodowego regulującego prawa i obowiązki walczących w wojnie lądowej. Podkreślono, że okres sześciu lat, jaki upłynął pomiędzy konferencją z 1874 roku w Brukseli a obradami ówczesnych ekspertów prawa międzynarodowego, pozwolił na potwierdzenie ogólnych założeń co do prawidłowości prób kodyfikacji praw wojny (jednocześnie uznając projekt międzynarodowej konwencji opierającej się na założeniach projektu za przedwczesny). Jednocześnie, co należy podkreślić, dokument ten miał charakter pierwszej instrukcji (*manual*) adresowanej względem sił zbrojnych, która nie miała „charakteru innowacji, lecz zbioru wyartykułowanych wyraźnie i zaakceptowanych zasad prowadzenia wojny”⁷³.

W ramach zakresu rozprawy należy zwrócić uwagę, że bezpośrednio pod wpływem doświadczeń wojny francusko-pruskiej z 1870 roku eksperci komisji zdecydowali się na przyjęcie rozszerzonego zakresu podmiotowego pojęcia jeńca wojennego. Zaliczono do tej kategorii nie tylko osoby będące częścią sił zbrojnych państwa wojującego, ale także posłańców przekazujących oficjalne informacje oraz cywilnych pilotów (aeronautów), którzy wykonują zadania obserwacji wroga albo utrzymywania komunikacji lądowej z różnymi sektorami frontu (art. 21)⁷⁴. Ponadto art. 24 instrukcji wskazywał, że nie można zaliczyć do kategorii działań szpiegowskich zadań wykonywanych przez załogantów statków powietrznych.

6. Próba delegalizacji wojny powietrznej – Haga 1899

W rosyjskiej nocie dyplomatycznej wydanej przez ówczesnego ministra spraw zagranicznych Imperium Rosyjskiego księcia Mouravieffa z 12 sierpnia 1898 roku wskazano na potrzebę „zachowania pokoju światowego oraz możliwą redukcję

⁷² *Annuaire de l'Institut...*, vol. V, s. 150–174.

⁷³ *Ibidem*, s. 158.

⁷⁴ „The same rule applies to messengers openly carrying official dispatches, and to civil aeronauts charged with observing the enemy, or with the maintenance of communications between the various parts of the army or territory”. *The Laws of War on Land*, Oxford, 9th September 1880 w: D. Schindler, J. Toman, *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions, and Other Documents*, Dordrecht 1988, s. 36–38.

„nadmiernego arsenału bojowego” jako zasadniczy zakres przyszłej dyskusji przedstawicielstw dyplomatycznych akredytowanych przy dworze w Petersburgu nad nową formułą międzynarodowej konwencji⁷⁵. W depeszy podniesiono obawy rosyjskiego dworu związane z konsekwencjami społecznymi, technologicznymi oraz ekonomicznymi wyścigu zbrojeń związanymi z masowością produkcji uzbrojenia ciężkiego typu pod koniec XIX wieku⁷⁶. 30 grudnia 1898 roku rosyjska dyplomacja wydała nową notę określającą szczegółowy program konferencji oraz proponowany porządek obrad. W pkt 3 wymienionego dokumentu podniesiono jako element dyskusji kwestię „ograniczenia wykorzystywania materiałów wybuchowych o znacznej mocy oraz wprowadzenia zakazu rzucania z balonów (lub innych podobnych środków) jakichkolwiek ładunków wybuchowych bądź pocisków”⁷⁷.

Na podstawie decyzji przewodniczącego komisji zagadnienie zostało poddane pod obrady I komitetu, który po krótkiej dyskusji przyjął rosyjską propozycję, uznając możliwość bombardowania powietrznego za „nadmierne czynienie szkód nieprzyjacielowi”. Sprawozdawca ze strony francuskiej podnosił, że obecny stan technicznego zaawansowania wojsk balonowych nie pozwala uznać ich za kluczowy element wysiłku wojennego, a ponadto brak dokładności bombardowania nie pozwalał na skierowanie siły tego środka przeciwko celom o charakterze wybitnie wojskowym. Wskazano, że przyszłe rozwiązanie normatywne w przedmiocie bombardowania lotniczego odnosi się jedynie do balonów, nie obejmując środków artyleryjskich oraz podobnych środków, rozumianych przez delegatów komisji jako nowy środek działający w podobny sposób jak balony, lecz jeszcze niewynaleziony. Znaczny wkład w przyjęcie regulacji miała postawa delegata technicznego Stanów Zjednoczonych, kpt. Croziera, który wykazał na ostatnim spotkaniu podkomisji, że ówczesna technika lotnicza nie pozwala przyjąć, że balony będą w stanie skutecznie i z dostateczną dokładnością ograniczać skutki bombardowań lotniczych. Jednocześnie dostrzegł, że nie można wykluczyć, aby lotnictwo poprawiło swoją skuteczność i tym samym było środkiem, który skutecznie skróci długość walki oraz negatywne konsekwencje wojny, co uzasadnia przyjęcie jedynie czasowego moratorium⁷⁸. Nie

75 A. Pearce Higgins, *The Hague Peace Conferences and Other International Conferences Concerning the Laws and Usages of War: Text of Conventions with Commentaries*, Cambridge 1909, s. 39–40.

76 W okresie poprzedzającym bezpośrednio I konferencję pokojową w Hadze w 1899 roku rozpoczęto produkowanie w wielkich ilościach szybkostrzelnych dział artyleryjskich w fabrykach Schneidera (Francja), Kruppa (Niemcy) oraz Vickersa (Wielka Brytania). Rozbudowane koncerny zbrojeniowe otrzymywały zamówienia rządowe na tysiące sztuk. Zob. M. W. Janis, *North America: American Exceptionalism in International Law*, [w:] B. Fassebender, A. Peters (red.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford 2012, s. 543. J. Goldblat, *Arms Control: The New Guide to Negotiations and Agreements*, Londyn 2002, s. 19.

77 J. B. Scott, *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907, Accompanied by Tables of Signatures, Ratifications and Adhesions of the Various Powers, and Texts of Reservations*, Oxford 1915, s. xvii.

78 W. Crozier, *Report of Captain Crozier to the Commission of the United States of America to the International Conference at the Hague Regarding the Work of the First Committee of the Con-*

zdecydowano się na wprowadzenie do tekstu końcowego sformułowania „środki lotnicze” z uwagi na trudności definicyjne, uznając pierwszeństwo zwrotu „podobne”⁷⁹. Zaakceptowano ponadto, aby zakaz ten miał charakter wyłącznie czasowy i obowiązywał przez okres 5 lat, co uzyskało aprobatę uczestników komisji – było to spowodowane przekonaniem o możliwości poprawy dokładności skuteczności ataków powietrznych i znaczącego wzrostu efektywności lotnictwa w przyszłych działaniach wojennych⁸⁰. Zdaniem gen. Mouniera przyjęcie rozwiązań o charakterze stałym byłoby pozbawione właściwości praktycznych, a balony mogą stać się „legalnym środkiem prowadzenia działań wojennych”⁸¹.

Efektem przytoczonych rozważań było przyjęcie tzw. IV Deklaracji haskiej z 1899 roku w sprawie zakazu zrzucań z balonów, przez okres 5 lat, pocisków i środków wybuchowych. Deklaracja zawierała charakterystyczną dla wszystkich dokumentów uchwalonych podczas konferencji pokojowych w 1899 i 1907 roku klauzulę *si omnes*, uruchamiającą obowiązywanie deklaracji tylko w wypadku, gdy stronami konfliktu są jednocześnie państwa związane deklaracją. Zasadniczą treścią deklaracji była „zgoda umawiających się Stron na zakazanie, na okres lat 5, wyrzucania pocisków bądź innych materiałów wybuchowych z balonów bądź jakiegokolwiek nowej metody działającej w podobny sposób”⁸². Deklarację ratyfikowało 25 państw (w tym Austro-Węgry, Francja, Niemcy, Włochy, Japonia, Rosja, Stany Zjednoczone). Nie podpisały bądź nie ratyfikowały deklaracji Zjednoczone Królestwo oraz Turcja⁸³.

Tłumaczenie tekstu oryginalnego zaproponowane w opracowaniu L. Gelberga pt. „Prawo międzynarodowe i historia dyplomatyczna. Wybór dokumentów, wstęp i opracowanie” z 1954 roku („lub w inny podobny nowy sposób”) zestawione z tekstem francuskim *modes analogues nouveaux* oraz angielskim *other new methods of a similiar nature* uwidacznia różnice w posługiwaniu się zwrotami „środki” (*means*) oraz „metody” (*methods*) bądź synonimem „sposób”. W ten sposób w założeniach deklaracja zasadniczo odnosiła się bardziej do schematu związanego z działaniem podobnym do bombardowania przy użyciu balonu, niż antycypowała pojawienie się nowego podobnego środka. Tekst deklaracji wydaje się precyzyjny i jednoznacznie zakazujący prowadzenia bombardowań powietrznych za pośrednictwem balonów bądź też innych „nowych i podobnych metod/sposobów”⁸⁴. W ten sposób

ference and its Sub-committee, [w:] J. B. Scott, *The Hague Peace Conferences of 1899 of 1907*, vol. 2, Baltimore 1909, s. 30.

79 J. B. Scott, *The Proceedings of the Hague Peace Conferences: Translation of the Official Texts, The Conference*, Nowy Jork 1920, s. 280–281.

80 *Ibidem*, s. 354; W. M. Gibson, *L'Aéronautique et le droit international de la guerre*, „Revue Générale de Droit Aérien” 1935, vol. IV, s. 236.

81 J. B. Scott, *The Proceedings of the Hague...*, s. 280.

82 The Hague declarations of 1899 (IV, 1) and 1907 (XIV) prohibiting the discharge of projectiles and explosives from balloons w: *Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, Pamphlet No. 7*, Waszyngton 1915.

83 H. Woodhouse, *Textbook of Aerial Laws...*, s. 184.

84 P. H. Windfield, *Aircraft Attacks...*, s. 260–261.

uzyskano możliwość objęcia działaniem dyspozycji deklaracji także nowych środków, których działanie było podobne do bombardowania za pośrednictwem balonów. W zamyśle twórców przewidywano wyraźnie możliwość pojawienia się doskonalszych sposobów prowadzenia działań powietrznych i wskutek powszechnej akceptacji powyższej konkluzji zdecydowano się jedynie na zakaz o charakterze czasowym⁸⁵. Nie przesądzono tym samym o całkowitym zdelegalizowaniu lotnictwa jako środka prowadzenia walki zbrojnej, wprowadzając bardziej pewnego rodzaju czasowe moratorium⁸⁶. Oczekiwaniem prawników było stwierdzenie, że bojowe statki powietrzne będą posiadały dostateczne zdolności do ograniczenia zakresu bombardowań powietrznych jedynie do celów wojskowych. P. Fauchille, który prezentował projekt regulacji przestrzeni powietrznej na sesji Instytutu Prawa Międzynarodowego w 1902 roku, skrytykował uczestników konferencji i delegatów za przyjęcie zakazu o pustej treści normatywnej, z uwagi na brak technicznych możliwości przenoszenia przez balony ładunków wybuchowych. E. Nys uznawał, że poprzez przyjęcie deklaracji o jedynie czasowym zakresie trwania, uczestnicy konferencji w istocie zagłosowali przeciwko próbie trwałego ograniczenia możliwości prowadzenia wojny powietrznej⁸⁷. W. H. Boothby podkreślił, że tekst deklaracji z 1899 roku był próbą wypośrodkowania wymagań precyzji języka konwencyjnego, a jednocześnie sformułowaniem na tyle elastycznym, aby objąć jego dyspozycją także pojawienie się przyszłych i nieznanых środków prowadzenia ofensywnych operacji powietrznych⁸⁸.

7. Projekt Instytutu Prawa Międzynarodowego bombardowań morskich miast otwartych z 1896 roku

W 1896 roku w Wenecji na sesji Instytutu Prawa Międzynarodowego sprawozdawca zagadnienia dopuszczalności bombardowań miast w wojnie morskiej Den Beer Poortugael omawiał kwestię definicji miasta otwartego. W trakcie dyskusji

85 M. N. Schmitt, *Aerial Warfare*, [w:] A. Clapham, P. Gaeta (red.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford 2014, s. 120.

86 R. F. Williams, *Developments in Aerial Law*, „University of Pennsylvania Law Review” 1926, vol. 139, s. 140; N. Ronzitti, *The Codification of Law of Air Warfare*, [w:] N. Ronzitti, G. Venturini (red.), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues (Essential Air and Space Law)*, Utrecht 2006, s. 4.

87 E. Nys, *Le Droit International; Les Principes, Les Théories, Les Faits*, Paryż–Bruksela 1906, s. 111.

88 W. H. Boothby, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, Oxford 2009, s. 15–16.

uczestnicy podnieśli, że najistotniejszą kwestią w określeniu zakresu definicji legalnej miejscowości otwartej jest to, czy stanowi ona jednocześnie obszar niebroniony, co zdaniem uczestników było kluczowym kryterium. Wskazano, że istnieją wyjątki, w których obszar niebroniony może być poddany bombardowaniu (np. instalacje obronne, w celu zdobycia egzekwowania rekwizycji oraz w sytuacji, gdy obszar jest broniony), a intensywność bombardowania jest okolicznością irrelevantną. Podzielone zdania dotyczyły kwestii ataku na stolicę kraju jako wyłącznego kryterium, sprzeciwiano się (jednomyślnie) uznaniu, że dany obszar podlegał atakowi tylko i wyłącznie ze względu na obecność stacjonującego garnizonu wojskowego w okresie pokoju⁸⁹. W konkluzji stwierdzono, że nie ma zasadniczych różnic pomiędzy prawem bombardowań lądowych a normami regulującymi możliwość bombardowania w warunkach wojny morskiej. Podniesiono konieczność odpowiedniego stosowania art. 32 instrukcji z Oksfordu (przygotowanej przez Instytut w 1880 roku), zakazującej dokonywania niszczenia, które nie jest uzasadnione koniecznością wojskową, a także bombardowania lokalizacji o charakterze niebronionym⁹⁰. Miejscowość traciła status obszaru otwartego, jeżeli była broniona przez fortyfikacje bądź zespół fortów, znajdujący się w maksymalnej odległości do 10 kilometrów od obszaru miejskiego. Obszar otwarty mógł podlegać bombardowaniu, jeżeli atak miał służyć wyegzekwowaniu niezbędnych kontrybucji, zniszczeniu instalacji o charakterze wojskowym. Miasto nie mogło być bombardowane wyłącznie z tego powodu, że jest stolicą danego państwa, bądź posiada garnizon stacjonujący w warunkach pokojowych.

Zarówno przepisy Deklaracji brukselskiej z 1874 roku jak i tzw. Instrukcja z Oksfordu Instytutu Prawa Międzynarodowego dotyczyły praw i zwyczajów obowiązujących w wojnie lądowej. Z uwagi na brak regulacji możliwości prowadzenia działań marynarki wojennej przeciwko obiektom położonym na lądzie Instytut Prawa Międzynarodowego zdecydował się w 1896 roku na przyjęcie odpowiedniej instrukcji dotyczącej zasad prowadzenia bombardowania morskiego⁹¹. Zgodnie z treścią rezolucji w art. 1 wskazano, że nie istnieją różnice pomiędzy reżimem prawnym rządzącym bombardowaniem morskim a lądowym. Artykuł 2 wskazał, że adekwatne przepisy Instrukcji z Oksfordu dotyczące m.in. bombardowania lokalizacji o charakterze niebronionym są aktualne względem działań wobec obszarów nabrzeżnych. Jednakże w art. 4 wskazano wyraźne wyjątki od powyższej zasady. Po pierwsze, w rozumieniu tego przepisu za miejscowość otwartą uznawano lokację, która nie jest broniona przez fortyfikacje bądź inne środki oporu, bądź forty znajdujące się w jej pobliżu (od 4 do 10 kilometrów). Atak na taki obszar zabudowany traktowano jako nielegalny z nielicznymi wyjątkami. Po drugie, okręty

89 *Annuaire de l'Institut...*, vol. XV, s. 146–149.

90 *Ibidem*, s. 150.

91 *Documents Relating to the Program of the First Hague Peace Conference, Laid Before the Conference by the Netherland Government, Translation*, Toronto 1921, s. 59–60.

wojenne miały prawo bombardowania miasta otwartego w celu zniszczenia znajdujących się w nim doków, instalacji wojskowych (*military establishments*), składów materiałów wojennych oraz okrętów wojennych znajdujących się w porcie. Po trzecie, dopuszczano także atak w celu wyegzekwowania kontrybucji bądź dostaw niezbędnych dla funkcjonowania floty. Ponadto otwarte miasto, które broni się przed wkroczeniem wojsk lądowych bądź jednostek desantowych, które wylądowały na brzegu, może być bombardowane w celu wsparcia własnych oddziałów bądź w celu wsparcia szturmów ze strony lądu, o ile miasto stawia opór. Zakazano bombardowania obszarów zabudowanych w celu wywołania pożarów (*bombardments of which the object is only to exact a ransom are specially forbidden*). Artykuł 5 zabraniał atakowania otwartych miast tylko i wyłącznie z powodu tego, że dana miejscowość jest stolicą państwa bądź siedzibą rządu, bądź stacjonuje w niej pokojowy garnizon⁹².

Przepisy rezolucji, pomimo pozornego ujednolicenia reżimów rządzących bombardowaniem morskim i lądowym, wprowadzają jednocześnie kardynalny wyjątek od ogólnego zakazu atakowania miejscowości niebronionych, polegający na możliwości niszczenia celów o charakterze wojskowym niezależnie od statusu miejscowości. W owym okresie nie istniała podobna norma w przypadku bombardowań lądowych, co fundamentalnie różnicuje rygory prawne obowiązujące na gruncie wojny lądowej i morskiej. Przyczyny takiego rozróżnienia zostały wyjaśnione podczas dyskusji toczonej na forum I konferencji haskiej z 1899 roku.

8. Bombardowania lądowe i morskie – Haga 1899

W trakcie dyskusji nad problemem bombardowań oraz oblężeń pojawiło się istotne zagadnienie związane z ujednoliceniem przepisów dotyczących bombardowań morskich i lądowych. W toku prac innej podkomisji dostrzeżono istnienie podstawowych różnic w regułach rządzących prawem do bombardowań morskich oraz lądowych – w przypadku ataków morskich zwrócono uwagę na możliwość przyjęcia dopuszczalności ataków na obszary niebronione, w których znajdowały się konkretne instalacje o charakterze wojskowym⁹³. M. Rolin, francuski badacz prawa międzynarodowego, wskazał, że zwyczaje obowiązujące w wojnie morskiej mają odmienny charakter niż w przypadku operacji lądowych i w konsekwencji bombardowanie miast i portów przybrzeżnych może mieć miejsce także względem obszarów niebronionych. Ataki okrętów wojennych charakteryzują się tą odmiennością, że w przeciwieństwie do działań wojsk lądowych floty nie dys-

⁹² *Ibidem*, s. 313–317.

⁹³ J. B. Scott, *The Proceedings of the Hague...*, Haga 1907, s. 409.

ponują możliwością okupowania terenu, więc tylko bombardowanie może być środkiem zadającym przeciwnikowi straty. Jednocześnie M. Rolin zaznaczył niedopuszczalność ataków mających na celu sterroryzowanie ludności cywilnej oraz bezmyślne niszczenie własności⁹⁴. Konkluzja taka wywołała sprzeciw delegatów Włoch oraz Belgii argumentujących o konieczności zharmonizowania przepisów rządzących różnymi reżimami bombardowań, uznających za niedopuszczalne zezwalanie na atakowanie przez okręty wojenne obiektów, które normalnie mogą być celami w wojnie lądowej. Dyskusja ta nie osiągnęła jednak konstruktywnego finału w roku 1899 i została pozostawiona bez jednoznacznej refleksji poza jedynie stwierdzeniem o zasadniczej kontrowersyjności tematu. W kontekście art. 15 Deklaracji brukselskiej z 1874 roku podniesiono za niemieckim delegatem gen. Grosse von Schwarzhoff, że zbędne jest zaznaczanie, że przedmiotem bombardowania artyleryjskiego może być obszar ufortyfikowany, gdyż istnieje możliwość atakowania obszarów zabudowanych, które znajdują się w pobliżu fortyfikacji. Już w tym okresie podnoszono w doktrynie konieczność zwrócenia uwagi na faktyczne elementy uznania statusu danej lokalizacji za bronioną, a nie ufortyfikowaną, o czym decydowała zdolność danej miejscowości do bycia zajęta przez nadciągającą armię lądową bez oporu⁹⁵. Zdecydowano się przy tym na pozostawienie dalszej treści przepisów stanowiących o zakazie atakowania niebronionych miast, wsi oraz domostw (art. 25 Regulaminu do Konwencji haskiej z 1899 roku).

3 lipca 1899 roku pod przewodnictwem F. Martensa nastąpiło zebranie (nr 5) II komisji, która tego dnia rozpatrywała zagadnienie związane z rozdziałem „Bombardowania i oblężenia” i dyskutowała nad art. 15 (dawnym) projektu z 1899 roku o zakazie bombardowań obszarów niebronionych⁹⁶. Przedstawiciel Belgii A. M. Beernaert protestował przeciwko interpretacji zaproponowanej przez M. Rolina i rozróżnieniu na prawo bombardowań lądowych i morskich. W jego ocenie niedopuszczalne było doprowadzenie do sytuacji, w której okręty wojenne posiadały możliwość atakowania obszarów, które były chronione w przypadku operacji lądowych⁹⁷. Pogląd ten nie został jednak podzielony przez wszystkich, którzy potwierdzili stanowisko francuskie w tej mierze. Delegat niemiecki stwierdził natomiast, że umieszczenie w pierwotnym tekście sformułowania „ufortyfikowane obszary są bronione” jest zbędne z uwagi na fakt, że w powyższym sformułowaniu nie ma możliwości objęcia jego zakresem fortyfikacji o charakterze polowym, a nie stałym, które usprawiedliwiają oblężenie danego obszaru. Pogląd ten został jednomyślnie zaakceptowany⁹⁸. Ważnym zastrzeżeniem Grossa von

94 *Ibidem*, s. 410.

95 F. Longuet, *Le droit actuel de la guerre terrestre, son application dans les conflits les plus récents*, Montpellier 1900, s. 107.

96 Obszary ufortyfikowane podlegają obleganiu. Otwarte miasta, osady oraz wsie, które nie są bronione, nie mogą być atakowane bądź bombardowane.

97 J. B. Scott, *The Proceedings of the Hague...*, Haga 1907, s. 493.

98 *Ibidem*, s. 494.

Schwarzhoff było wskazanie, że „zakaz bombardowania miast niebronionych nie może zabraniać niszczenia jakichkolwiek budynków, które mogłyby zostać uznane za konieczne z punktu widzenia operacji wojskowej”⁹⁹. Uwaga ta nie spotkała się ze sprzeciwem podczas prac w podkomisji¹⁰⁰.

Konwencja haska z 1899 roku o prawach i zwyczajach obowiązujących w wojnie lądowej wraz ze swym Regulaminem uzyskała jedynie częściową akceptację. Związaniem się konwencją odmówiły m.in. Niemcy, Austro-Węgry, Stany Zjednoczone, Wielka Brytania, Włochy, Japonia, Serbia oraz Turcja. Z wielkich mocarstw swe podpisy złożyli jedynie przedstawiciele Francji i Rosji oraz mniejszych państw (Belgia, Holandia)¹⁰¹. Konferencja okazała się więc jedynie połowicznym sukcesem i to tylko w warstwie normatywnej – potwierdziła charakter kilku norm z Deklaracji brukselskiej z 1874 roku, zwłaszcza w obszarach takich jak klasyfikacja walczących, traktowanie jeńców wojennych, a także sposób prowadzenia oblężeń i bombardowań. Nie osiągnięto jednak zasadniczego celu Fiodora Martensa, jakim było dokonanie powszechnie rozpoznanej i utrwalonej kodyfikacji norm prawa zwyczajowego, zwłaszcza w świetle znacznego odsetka państw, które do konferencji nie przystąpiły. W efekcie mała liczba ratyfikacji, w obliczu treści art. 1 Konwencji haskiej z 1899 roku i klauzuli *si omnes*, powodowała, że w ówczesnej sytuacji międzynarodowej nie było możliwe stosowanie tej konwencji w europejskich warunkach geostrategicznych¹⁰².

W kontekście prawa wojny powietrznej podkreślić należy, że jednomyślnie uznano prawidłowość dotychczasowych poglądów doktryny w zakresie uznawania członków załóg balonowych wykonujących misje komunikacyjne za jeńców wojennych – czego wyrazem było przyjęcie art. 29 Regulaminu haskiego z 1899 roku wykluczającego z kategorii szpiegów operatorów balonów¹⁰³. Z uwagi na przyjęcie stosownej Deklaracji w sprawie zakazu rzucania pocisków i ładunków wybuchowych na konferencji haskiej z 1899 roku nie uregulowano statusu załógantów, którzy uczestniczyli w balonowych misjach bojowych¹⁰⁴.

99 *Ibidem*, s. 424.

100 *Ibidem*, s. 59.

101 Na stronie MKCK są podane nieprawidłowe dane co do liczby ratyfikacji, wynikające z błędnego zakwalifikowania ratyfikacji dotyczącej końcowego aktu konferencji (ratyfikowanego przez wszystkich uczestników) jako liczby ratyfikacji w zakresie Konwencji dotyczącej praw i zwyczajów wojennych, która została ratyfikowana tylko przez 15 państw.

102 Biorąc pod uwagę zawiązywanie się sojuszy Entanty i Państw Centralnych, ratyfikacja przez Francję oraz Rosję powodowała, że przyłączenie się Wielkiej Brytanii (która konwencji nie podpisała) do przyszłej światowej wojny oznaczało brak możliwości stosowania konwencji w konflikcie światowym. R. Kolb, *The Law of Treaties: An Introduction*, Northampton 2016, s. 123; R. Hanski, *The Second World War*, [w:] L. Hannikainen, R. Hanski, A. Rosas (red.), *Implementing Humanitarian Law Applicable in Armed Conflict: The Case of Finland*, Dordrecht 1992, s. 46.

103 T. Holland, *The Laws of War on Land (Written and Unwritten)*, Oxford 1908, s. 47.

104 J. B. Scott, *The Proceedings of the Hague...*, Haga 1907, s. 60.

9. Status prawny przestrzeni powietrznej na początku XX wieku

Wykorzystywanie obiektów latających typu balonowego zaczęło rodzić zagadnienia związane z kwestią komunikacji o charakterze między państwowym, zwłaszcza w zakresie zwierzchnictwa państwa nad słupem powietrznym znajdującym się w granicach jego terytorium. Otwartość przestrzeni powietrznej powodowała w tej mierze określone konsekwencje związane z prawem przelotu nad obcym obszarem. Kwestia prawa danego władcy (właściciela) danego terytorium do słupa powietrznego nie była jednakże prawniczą *terra incognita* – dotyczyła bowiem już w czasach antycznych odpowiedzialności właścicieli budynków za spadnięcie rzeczy z wysokości czy też prawa do pobierania owoców spadających z drzew, w tym także rosnących na obcym gruncie¹⁰⁵. Zasada rozciągania władztwa nad powietrzem w jego granicach (*cuius est solum, eius est usque ad coelum et ad inferos* – z łac. czyje jest władanie nad ziemią, tego również nad niebem i piekłem) miała swe odniesienie w perspektywie prawa prywatnego (np. Kodeks Napoleona i systemy oparte na prawie kontynentalnym czy sprawa Bury przeciwko Pope z 1586 roku w obszarze *common law*)¹⁰⁶. Pierwsze loty balonów budziły więc wątpliwości w zakresie kwestii naruszenia praw właścicieli gruntów, nad którymi przelatywały¹⁰⁷. Stopniowo uznano, że zasada *cuius est solum* nie może mieć charakteru nieograniczonego¹⁰⁸. W państwach opierających się na systemie *common law* starano się określić *in casu* zakres władania właściciela gruntu w przestrzeni powietrznej – np. w latach 30. XX wieku Sąd Najwyższy stanu Massachusetts orzekł, że przelot wykonany na wysokości 100 stóp (ok. 33 metrów) nad poziomem gruntu jest naruszeniem praw właścicielskich, jednak nie przesądził o istnieniu zasady w tej mierze¹⁰⁹. Ostatecznie zakres władztwa jest wyznaczany poprzez określenie granicy słupa powietrznego przez relewantne normy prawa lotniczego kierującego się względami bezpieczeństwa żeglugi powietrznej.

Powyższe zagadnienia dotyczyły zasadniczo wewnętrznej komunikacji lotniczej bądź – do początków XX wieku – granic władztwa właściciela nieruchomości¹¹⁰. Kwestią jednakże otwartą stało się ustalenie zasad rządzących między-

105 Y. Abramovitch, *The Maxim 'Cuius Est Solum Ejus Usque Ad Coelum' as Applied in Aviation*, „McGill Law Journal” 1962, vol. 4, no. 8, s. 250–253.

106 P. H. Sand, J. de Sousa Freitas, G. Pratt, *An Historical Survey of International Air Law before the Second World War*, „McGill Law Journal” 1960, vol. 1(7), s. 23–24; A. De Lapradelle, *De L'Origine De La Maxime Cuius Solum, Ejus Coelum*, „Revue Générale de Droit Aérien” 1932, s. 295–300.

107 S. Truxal, *Economic and Environmental Regulation of International Aviation: From International to Global Governance*, Londyn 2017, s. 2–4.

108 J. Piet Honig, *The Legal Status of Aircraft*, Dordrecht 1956, s. 15.

109 *Worcester Smith and another vs. New England Aircraft Company Incorporated and Others*, 270 Mass. 511.

110 P. P. C. Haanappel, *The Law and Policy of Air Space and Outer Space: A Comparative Approach*, Haga 2003, s. 1–2.

narodowym ruchem powietrznym – a w związku z tym fundamentalne pytanie o prawo władania państwa w przestrzeni powietrznej oraz jego zakres¹¹¹. Grocjusz w swym dziele „O wolności mórz” wskazał, że powietrze posiada podobny status jak oceany – ma charakter wspólny i nie może zostać zawłaszczone przez jakiegokolwiek suwerena¹¹². Holenderski teoretyk prawa międzynarodowego dostrzegał jednak także brak jednoznaczności w kwestii statusu obszaru powietrznego nad terytorium, zwracając uwagę na rozwiązania prawa rzymskiego odnoszące się w tej mierze do budynków wznoszących się ponad powierzchnię ziemi¹¹³. Z oczywistego punktu widzenia zagadnienia przelotów międzynarodowych za czasów Grocjusza nie były rozpatrywane w większym stopniu i oczekiwały na przełom techniczny związany z komunikacją balonową, która zaczęła się rozpowszechniać od połowy XIX wieku.

10. I projekt Paula Fauchille’a z 1902 roku

Między 31 lipca a 3 sierpnia 1889 roku w Paryżu odbyło się jedno z pierwszych spotkań o charakterze międzynarodowym poświęconych zagadnieniom rozwoju lotnictwa¹¹⁴. Na kongresie przedstawiono także po raz pierwszy pytanie o zakres komunikacji lotniczej na wypadek wojny, w tym możliwości jej zawieszenia¹¹⁵. Jednak pierwsze badania nad treścią międzynarodowego prawa lotniczego należy utożsamiać z osobą francuskiego profesora, wybitnego uczonego prawa międzynarodowego tamtego okresu Paula Fauchille’a. Autor ten w 1901 roku wydał artykuł „Reżim prawny przestrzeni powietrznej i aerostatów” (*Le domaine aérien et le régime juridique des aérostats*), który wydaje się pierwszym opracowaniem naukowym badającym status obiektów latających oraz przestrzeni z perspektywy prawnomiędzynarodowej. Francuski badacz wyraził w nim przekonanie, że zasada suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej może doprowadzić do

111 B. F. Havel, G. S. Sanchez, *The Principles and Practice of International Aviation Law*, Cambridge 2014, s. 18; H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, New Jersey 2000, s. 301.

112 H. Grotius, *Freedom of the Seas*, Nowy Jork 1916, s. 24.

113 H. Grotius, *The Rights of War and Peace*, Indianapolis 2005, s. 428.

114 Jednym z uczestników konferencji był Polak na służbie rosyjskiej, powstaniec styczniowy, znany konstruktor inż. Stefan Drzewiecki, który w ówczesnym czasie dokonywał pierwszych badań i opracowań z zakresu aerodynamiki.

115 *Ministère Du Commerce, De L'Industrie Et Des Colonies, Exposition Universelle Internationale De 1889, Direction Générale De L'Exploitation, Congrès International D'Aéronautique, Procès-Verbaux Sommaires*, Paryż 1889, s. 22; R. Bartsch, *International Aviation Law: A Practical Guide*, Oxon 2016, s. 7.

zaburzenia możliwości rozwoju komunikacji lotniczej i być przykładem nadużycia prawa przez państwo sprawujące suwerenność na określonym obszarze względem pozostałych uczestników ruchu lotniczego¹¹⁶. Zauważano rozwój techniki lotniczej, która w owym okresie wchodziła w erę sterowców charakteryzujących się zdolnością do kontrolowanego przelotu na dalsze dystanse¹¹⁷. Ponadto w 1898 roku doszło do pierwszych porozumień regulujących sposób przelotu aerostatów wojskowych, zawartych pomiędzy rządami Austro-Węgier oraz Cesarstwa Niemieckiego, co sygnalizowało międzynarodowy charakter rozwiązań dotyczących przestrzeni powietrznej¹¹⁸. Francuski prawnik, jako członek Instytutu Prawa Międzynarodowego, został wyznaczony na sprawozdawcę zagadnienia dotyczącego statusu prawnego przestrzeni powietrznej¹¹⁹. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że P. Fauchille uznawał, że obok potrzeby determinacji prawnego statusu przestrzeni powietrznej niezbędne jest też odniesienie się do rzeczywistości wojennego wykorzystywania balonów do operacji wojskowych. Francuski prawnik wykazał się w tej mierze wielką dalekowzrocznością naukową, uznając, że statki powietrzne zdominują działania militarne zarówno na lądzie (przez możliwość przenoszenia uzbrojenia), jak i na morzu (przez zdolności w zakresie wykrywania okrętów podwodnych)¹²⁰. Fauchille w swej analizie podkreślił istnienie poważnego zagrożenia w zjawisku nieuregulowanej wojny powietrznej¹²¹.

116 P. Fauchille, *Le domaine aérien et le régime juridique des aérostats*, „Revue Générale De Droit International Public” 1901, s. 400–404.

117 W 1884 roku armia francuska stworzyła pierwszy kontrolowany sterowiec napędzany energią elektryczną – Le France. W 1900 roku francuski przemysłowiec naftowy Henri Deutsch de la Meurthe ustanowił nagrodę w wysokości 100 000 franków dla pierwszej latającej maszyny zdolnej do wykonania okrążenia wieży Eiffla w Paryżu w określonym czasie. W 1901 roku sterowiec zbudowany przez Alberto Santos-Dumonta znany jako „Santos nr 6” osiągnął założenia konkursowe. W tym samym okresie pierwszy oblot nad Jeziorem Bodeńskim w południowych Niemczech wykonał LZ 1 konstrukcji hrabiego von Zeppelina. Zob. R. Bluffield, *Over Empires and Oceans: Pioneers, Aviators and Adventurers: Forging the International Air Routes 1918-1939*, Tichehurst 2014, s. 42–43.

118 A. van Wijk, *The Legal Status of the Aircraft Commande – Ups and Downs of a Controversial Personality in International Law*, [w:] A. Kean (red.), *Essays in Air Law*, Haga 1982, s. 313; C. Berezowski, *Le développement progressif du droit aérien*, „Recueil Des Cours” 1969, t. 128, s. 10.

119 *Annuaire de l'Institut...*, vol. XIX.

120 „Les aérostats ne deviendront-ils même pas un jour de véritables engins de combat? Dès aujourd'hui, leurs passagers peuvent être munis de fusils qu'ils déchargeront sur les balons de l'adversaire; mais actuellement ils ne sauraient porter des canons, des projectiles de quelque poids ou des matières explosibles qu'ils lanceront au-dessous d'eux sur les troupes de l'ennemi. Ces dernières manoeuvres ne sont pas cependant inconcevables”. *Ibidem*, s. 23.

121 „Il se peut que la guerre aérienne soit alors autorisée par les puissances avec tous les développements que la science pourra lui donner. Et on ne saurait affirmer que cela serait un mal. Les conséquences d'une pareille lutte dans l'espace seront si terribles que, pour s'y soustraire, les États en arriveront peut-être à éviter la guerre elle-même”. *Ibidem*, s. 23.

Sprawozdanie francuskiego uczonego nie ograniczyło się wyłącznie do przedstawienia problemu, ale uwzględniło także możliwe kierunki rozwoju reżimu międzynarodowego prawa lotniczego w formie autorskiego projektu regulacji. W ramach przedłożonej propozycji P. Fauchille dokonał wstępnego podziału aerostatów (tak bowiem w projekcie z 1902 roku Instytutu Prawa Międzynarodowego określano statki powietrzne) na państwowe oraz cywilne. Odnosząc się do podkategorii wojskowych aerostatów, podkreślono, że powinny one znajdować się na służbie państwowej pod kontrolą wojsk lądowych bądź marynarki wojennej oraz być obsadzone przez umundurowaną załogę (w późniejszej części mowa o dowodzeniu przez umundurowanego oficera)¹²². W art. 2 projektu podjęto zagadnienie kwestii konieczności oznaczania statków powietrznych (poprzez prezentowanie flagi państwowej)¹²³. Fauchille podkreślił, że nie tyle istotne jest odtworzenie znaków flagi narodów, ile stosowanie innych charakterystycznych znaków (np. płomieni), które pozwolą na skuteczną identyfikację znaków przynależności państwowej ze znacznych odległości¹²⁴. Wskazano na potrzebę zdecydowanego potępienia możliwości działania statków powietrznych pod tzw. fałszywą flagą, jako sprzecznej z prawem międzynarodowym i moralnością¹²⁵. Sankcją za „bezpaństwowy” charakter aerostatu było zakwalifikowanie go jako statku pirackiego¹²⁶. Zapobiec temu miałyby wprowadzenie powszechnych regulacji w zakresie obowiązku umieszczenia oznaczenia państwowego, jak również odpowiedniej kontroli przez właściwe organy państwowe. Fauchille proponował w następnych przepisach (art. 4, 5, 6) szczegółowe zasady prowadzenia dokumentacji lotniczej, spisu załóg oraz przewożonych towarów, a także rejestru statków powietrznych

122 „Les aérostats, publics, c'est-à-dire affectés au service de l'État, sont militaires ou civils. Sont considérés comme militaires tous ballons sous le commandement d'un officier de l'armée de terre ou de mer. commissionné par l'autorité militaire et montés par un équipage militaire. Sont considérés comme civils tous ballons sous le commandement d'un fonctionnaire civil de l'État et montés par un équipage à la nomination de l'État ou de ses représentants”. *Ibidem*, s. 26.

123 „Tous aérostats, publics ou privés, doivent porter, d'une manière constante, attaché au milieu de leur enveloppe, le drapeau national (1). Les aérostats publics, militaires et civils, arboreront leurs flammes respectives, les premiers sur le côté de leur nacelle elles seconds sur leur enveloppe au-dessous du drapeau national”. „Wszystkie aerostaty, publiczne lub prywatne, muszą w sposób ciągły nosić flagę narodową (1) pośrodku koperty. Aerostaty publiczne, zarówno wojskowe, jak i cywilne, będą latać ze swoimi oznaczeniami (...)”. *Ibidem*, s. 26.

124 „C'est par la formé qu'au point de vue aéronautique les drapeaux des différents États devront se différencier: la forme d'un drapeau, ainsi, que son emplacement, sont eu effet visibles: dans l'espace jusqu'à 3,600 et 4,000 mètres; il conviendrait dès lors que les États s'entendissent pour fixer chacun à ce point de vue la configuration de son drapeau”. *Ibidem*, s. 27.

125 „Cet usage peut se concevoir, quoique, en droit et en morale' internationale, il soit un acte gravement répréhensible donnant à l'État lésé in juste sujet de grief”. *Ibidem*, s. 29.

126 *Ibidem*, s. 28.

jako zadań administracji centralnej¹²⁷. Aktualność tych przepisów potwierdza wielkie zdolności intelektualne francuskiego autora, którego idee znacząco wyprzedzały jego czasy.

Jednakże najbardziej fundamentalną propozycją francuskiego prawnika było wpisanie na gruncie art. 7 zasady statuującej wolność przestrzeni powietrznej¹²⁸. Zasada ta obowiązywała zarówno w czasie pokoju, jak i wojny, podlegając ograniczeniom niezbędnym dla zachowania praw państwa-terytorium w zakresie kontroly wywiadu, przestępstw celno-skarbowych, uwarunkowań sanitarnych, bezpieczeństwa w żegludze, a także bezpieczeństwa narodowego¹²⁹. Dla Fauchille'a, podobnie jak dla Grocjusza, de Vattela i van Bynkershoecka, otwarte obszary morskie nie podlegały zawłaszczeniu, także przez państwo-terytorium (nad którym wznosi się dany słup powietrza). Uzasadnienie propozycji wskazywało, że przestrzeń powietrzna nie podlega zawłaszczeniu ani żadnej suwerenności – francuski teoretyk w tej mierze przekonywał, że przyjęcie odmiennego spojrzenia miałoby charakter niestabilny i nieostry oraz uniemożliwiałoby sprawną komunikację między państwami¹³⁰. Przy jednoczesnym podkreśleniu braku możliwości zawładnięcia obszarem powietrznym Fauchille dopuszczał wykonywanie pewnych uprawnień państw związanych z kwestiami ochrony ich suwerenności, także w kontekście prowadzonego konfliktu zbrojnego, wprowadzając pojęcie zastrzeżonej strefy powietrznej (*zone de protection ou d'isolement*), gdzie dopuszczalne było wykonywanie pewnych uprawnień związanych z działaniami na rzecz bezpieczeństwa państwowego, celnego oraz norm sanitarnych¹³¹. Nie było to jednakże objęcie części suwerenności państwa atmosfery o określonej wysokości, lecz jedynie nadanie uprawnienia względem państwa-terytorium do wykonywania pewnych uprawnień, niewpływających na możliwość zawłaszczania danej części atmosfery. Zakres ich wykonywania był ograniczony wymiarem uprawnień pozostałych państw¹³². Wolna komunikacja lotnicza mogła się odbywać powyżej wysokości 1500 metrów nad terytorium objętym stosownymi restrykcjami (uzasadnieniem były możliwości wykonywania efektywnej fotografii lotniczej w ramach czynności o znaczeniu wywiadowczym) oraz odległości 1500 metrów od brzegów i fortyfikacji przybrzeżnych. Aerostaty publiczne i prywatne znajdujące się w granicach zastrzeżonej strefy powietrznej mogły zostać poddane rewizji (prawo

127 *Ibidem*, s. 30.

128 „L'air, par sa nature même, ne se prête à aucune appropriation; il ne saurait être occupé d'une façon réelle et continue: il ne peut donc être un objet de propriété”. *Ibidem*, s. 32.

129 *Ibidem*, s. 33.

130 *Ibidem*, s. 33–34.

131 „The air constituting one of these things, since is free, each State must therefore be able to restrict, vis-à-vis of others, the use of the air which surrounds it. However, air being a res nullius whose use is; common to all, a State in the space of its right of conservation that, as far as exercising it, it does not deprive other States”. *Ibidem*, s. 35.

132 *Ibidem*, s. 36–37.

wizyty państwowego aerostatu) oraz mógł wobec nich zostać podjęty pościg do granic zastrzeżonej strefy powietrznej innego państwa, a także prawo do zmuszenia podejrzanego aerostatu do lądowania bądź w ostateczności zestrzelenia¹³³. W ramach strefy zastrzeżonej aerostaty państwa-terytorium miały nieograniczone prawo do podróżowania, przy tym także funkcjonował obowiązek znoszenia pewnych uprawnień państwa-terytorium. Statki powietrzne państw trzecich mogły przelatywać przez strefy zastrzeżone pod warunkiem przedniej notyfikacji przelotu. Prawo do lądowania przysługiwało prywatnym statkom latającym, natomiast nie obowiązywało w stosunku do państwowych aerostatów – przewidziano w tej mierze wymóg przedniej zgody¹³⁴.

11. Międzynarodowe prawo wojny powietrznej w projekcie Paula Fauchille’a z 1902 roku

Francuski prawnik nie ograniczył swych rozważań wyłącznie do kwestii pokojowego wykorzystania lotnictwa. Zgodnie z duchem ówczesnej epoki, w wizji ówczesnych ekspertów prawa międzynarodowego, zagadnienia związane z wojennym użyciem sterowców oraz balonów powinny być rozstrzygane równolegle z innymi zagadnieniami związanymi z otwarciem przestrzeni powietrznej do powszechnego użytku. Paul Fauchille w swym projekcie z 1902 roku zastanawiał się nad granicami teatru operacyjnego (a także prawnego) wojny powietrznej. W wojnie lądowej i morskiej strony wojujące mogą prowadzić działania zbrojne w granicach swojego terytorium oraz na obszarach niepodlegających jurysdykcji stron neutralnych (np. morza otwarte). Fauchille przeniósł te elementy na grunt rozważań dotyczących wojny powietrznej, uznając, że zasadniczo obszar powietrzny w granicach terytorium państwa wojującego jest otwarty dla przestrzeni działań wojennych (art. 21)¹³⁵. Francuski prawnik nie przewidywał żadnych ograniczeń w prowadzeniu wojny powietrznej nad morzem otwartym. Problematyczne jednak było w jego ocenie utrzymanie konceptu wolności przestrzeni powietrznej w ramach toczącej się wojny powietrznej, poprzez zezwolenie aero-

133 *Ibidem*, s. 40–44.

134 *Ibidem*, s. 45–46.

135 „Państwa wojujące mają prawo w jakiegokolwiek części przestrzeni powietrznej do dokonywania aktów zbrojnych ponad swoim terytoriami oraz nad morzem otwartym. Państwo wojujące nie jest upoważnione do wykonywania aktów wojennych, które mogą prowadzić do upadku amunicji nad terytorium innego państwa oraz jego wybrzeży w zasięgu skutecznej donośności uzbrojenia lotniczego. W razie wybuchu konfliktu zbrojnego aerostaty dzielą się na aerostaty wojujących i państw neutralnych”. *Ibidem*, s. 58.

statom należącym do państw walczących na prowadzenie działań zbrojnych nad terytorium państw neutralnych, z uwagi na zagrożenie wynikające z możliwości niekontrolowanego upadku pocisków¹³⁶. Artykuł 22 projektu ustanawiał zakaz żeglugi powietrznej statków należących do państw neutralnych w każdej części atmosfery rozciągającej się nad terytorium państwa walczącego oraz w odległości 11 000 metrów od linii brzegowej¹³⁷. Artykuł 23 projektu stanowił, że balony podlegają w pełni prawom wojny lądowej i morskiej, w szczególności II i III Deklaracji haskiej z 1899 roku¹³⁸. Fauchille zastanawiał się, czy tak nieprecyzyjna i nieperfekcyjna broń jak aerostaty może być uznawana za legalny środek walki¹³⁹. Francuski prawnik przewidywał także rzeczywistość walki powietrznej pomiędzy aerostatami – rozumianą jako wymianę ognia pomiędzy jego załogami. Jego zdaniem balony i sterowce można w pierwszej kolejności porównać do torped – zarówno na płaszczyźnie technicznej, jak i prawnej. Torpedy były bowiem uważane za broń szczególnie skuteczną, gdyż przyczyniały się do szybkiego zatopienia wrogiej żeglugi, ale skracały również czas ewakuacji¹⁴⁰. Jednocześnie zostały zaakceptowane powszechnie przez państwa morskie jako dopuszczalny środek walki – zdaniem Fauchille’a tę samą analogię należy stosować względem balonów.

Dla francuskiego prawnika wojna powietrzna jest w pełni dopuszczalną metodą prowadzenia działań wojennych – zarówno w przedmiocie walki pomiędzy aerostatami, jak i bombardowań celów na morzu i lądzie (*La guerre aérienne, telle qu'elle peut actuellement se comporter, n'est donc pas en soi illégitime*). Uważał on, że ataki z powietrza nie mają bardziej zdradzieckiego charakteru niż ataki artylerii lądowej wykorzystującej ukształtowanie terenu czy łodzi podwodnych¹⁴¹. Fauchille krytykował państwa za niewiążący charakter Deklaracji haskiej z 1899 roku, za tymczasowość oraz brak praktycznego odniesienia względem technicznych możliwości ówczesnego lotnictwa balonowego (uznając, że balony w tamtym czasie nie posiadały praktycznych zdolności do przenoszenia uzbrojenia pozwalającego na bombardowanie ludności cywilnej), dostrzegając przy tym poważną ułomność zastosowanej klauzuli *si omnes*, przy jednoczesnym wezwaniu, aby wojny powietrznej nie toczyć w warunkach próżni prawnej¹⁴².

136 *Ibidem*, s. 60–62.

137 *Ibidem*, s. 64–67.

138 *Ibidem*, s. 68.

139 *Ibidem*.

140 „On en autorise, en effet, dans la guerre maritime qui sont aussi terribles: les torpilles, lancées des flots ou du dessous de la mer font sombrer les, cuirassés, avec leur équipage; d’une façon si rapide que le sauvetage en est presque toujours impossible”. *Ibidem*, s. 68.

141 *Ibidem*, s. 69.

142 „La déclaration Ire de La Haye, du 29 juillet 1899, a néanmoins, formellement «interdit de lancer des projectiles et des explosifs du haut des ballons ou par d’autres modes analogues nouveaux». Mais, il convient de l’observer, au moment où cette déclaration a été rendue, elle ne pouvait avoir aucun caractère pratique puisqu’il n’était pas possible aux ballons de se charger de projectiles; et ses auteurs paraissent bien avoir voulu réserver le cas d’une invention de ce

Francuski autor podnosił, że w kontekście reguł wojny powietrznej znacznie więcej analogii powinno zostać zaczerpniętych z zasad rządzących wojną morską niż lądową, z uwagi na fakt braku możliwości zajęcia terytorium i sprawowania nad nim kontroli, co eliminuje szereg zagadnień związanych chociażby z kwestią praw i obowiązków strony okupującej (*de l'assimilation de la guerre aérienne à la guerre maritime*)¹⁴³. W dalszej części art. 25, 26 i 27 projektu stanowiły, że załogi zestrzelonych bądź lądujących na terytorium wroga balonów mają status jeńców wojennych, nie mogą być traktowane jako szpiegzy, a ranni mają być traktowani zgodnie z normami Deklaracji haskiej z 1899 roku o dostosowaniu Konwencji genewskiej z 1864 roku do wojny morskiej¹⁴⁴. Fauchille w swej wizji umożliwiał także stronom wojującym lądowanie na terytorium państwa neutralnego i wykonanie pewnych napraw (na zasadzie analogii z przepisami obowiązującymi w wojnie morskiej, a związanych z obecnością okrętu wojennego strony wojującej w porcie neutralnym)¹⁴⁵. Interesująco w art. 32 francuski teoretyk prawa międzynarodowego lotniczego odniósł się do kwestii latających swobodnie bezzałogowych aerostatów, uznając je za równorzędne środki wojny, niepodlegające zajęciu przez państwa neutralne (*Ils constituent alors un moyen de guerre auquel le belligérant sera en droit de s'opposer dans toutes les portions de l'atmosphère où les actes d'hostilité sont permis*)¹⁴⁶.

Drugi sprawozdawca projektu Ernest Nys (profesor prawa międzynarodowego na Uniwersytecie w Brukseli, późniejszy sędzia Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej) zwrócił uwagę, że instytucje prawa morza będą punktem wyjściowym do dyskusji nad prawnym statusem przestrzeni powietrznej. Kwestia nowożytnego spojrzenia na kwestię jurysdykcji państwa na morzu terytorialnym, zwłaszcza w kontekście ustalenia jego szerokości wyznaczonej zasięgiem działań przybrzeżnych, miała swe odbicie także w zakresie istnienia tzw. zastrzeżonych stref powietrznych (*canon can generate sovereignty over the atmosphere*). E. Nys popierał uwagi Fauchille'a na temat ochrony pewnych uprawnień państwa w przestrzeni powietrznej znajdującej się najbliżej terytorium (*droit de conservation*), jednak według niego – podobnie jak jego przedmówcy – za tymi prawami nie kryło się jakiegokolwiek roszczenie państwa do przestrzeni powietrznej¹⁴⁷. W swym

genre, puisqu'ils ont limité la prohibition qu'ils édictaient à une durée de cinq années; la Grande-Bretagne, d'ailleurs, a refusé d'admettre cette interdiction, et il a été nettement déclaré qu'elle serait sans effet dans les guerres où serait partie un État non signataire". *Ibidem*.

143 *Ibidem*, s. 70.

144 *Ibidem*, s. 72–74.

145 „Art. 23. Balloon warfare is subject to the laws and customs of maritime warfare, subject to the provisions of the Second and Third Declarations of The Hague of July 29, 1809”; „Art. 25. The crew of any enemy balloon, public or private, which falls into the power of the adversary, is a prisoner of war”. *Ibidem*, s. 76–80.

146 *Ibidem*, s. 85.

147 W istocie powyższy konglomerat praw i obowiązków państwa wynikających z tzw. *de droit de conservation* jest bardzo zbliżony do koncepcji tzw. morskiej strefy przyległej, która nie jest częścią wód terytorialnych państwa przybrzeżnego, a jednocześnie państwo to ma

spojrzeniu na zakres tzw. praw konserwacyjnych państwa w przestrzeni powietrznej był znacznie bardziej radykalnym niż Fauchille zwolennikiem koncepcji wolności powietrza. Belgijski profesor kwestionował zasadność ustalenia wysokości zastrzeżonej strefy powietrznej do 1500 metrów ponad powierzchnią morza (z uwagi na trudności nawigacyjne, wymagające ciągłej obserwacji terenu) czy reguł dotyczących narodowości załogi¹⁴⁸.

W kontekście międzynarodowego prawa wojny powietrznej Nys zwrócił uwagę, że do 1870 roku nie było norm *ius in bello* odnoszących się do użycia aerostatów w wypadku konfliktu zbrojnego. Belgijski prawnik uznawał list Bismarcka z 19 listopada 1870 roku jako przykład nie do zaakceptowania. Posługując się kodeksem Liebera z 1863 roku (art. 99 i 100), wskazywał, że już w trakcie wojny secesyjnej umundurowani żołnierze dostarczający wiadomości oraz operujący za liniami wroga muszą w razie schwytania uzyskać status jeńca wojennego. Pogląd ten został zaakceptowany na gruncie późniejszych projektów (Deklaracji brukselskiej z 1874 roku, Instrukcji oksfordzkiej z 1880 roku oraz Konwencji haskiej o prawach i zwyczajach obowiązujących w wojnie lądowej)¹⁴⁹. Nys podnosił, że zakaz określony na gruncie IV Deklaracji haskiej z 1899 roku o zakazie zrzucania obiektów nie ma charakteru definitywnego, a jedynie czasowy (*La prohibition ne fut pas prononcée de manière définitive*). Na marginesie warto wspomnieć, że E. Nys jest także jednym z pierwszych specjalistów prawa międzynarodowego, który użył w 1906 roku sformułowania „samolot” (*aéroplans*) w opracowaniu naukowym¹⁵⁰.

12. Sesja Instytutu Prawa Międzynarodowego w Gandawie w 1906 roku

Podczas kolejnej sesji Instytutu Prawa Międzynarodowego w Gandawie w 1906 roku powrócono do dyskusji nad treścią projektu Fauchille’a z 1902 roku, przedstawionego delegatom na spotkaniu w Brukseli¹⁵¹. Po raz pierwszy zasadzie wolności przestrzeni powietrznej przeciwstawiono pogląd w zakresie możliwości

uprawnienie do wykonywania pewnych uprawnień związanych z kwestiami skarbowo-celno-imigracyjnymi w granicach strefy przyległej. *Ibidem*, s. 106.

148 „N’y a-t-il pas exagération dans les précautions; n’oubliez-t-on pas que la navigation aérienne ne s’exercera pas uniquement à des centaines et à des milliers de mètres de hauteur, mais qu’aérostats et aviateurs rendront les plus utiles services s’ils peuvent «naviguer» sans trop s’éloigner de la terre?”. *Ibidem*, s. 108.

149 *Ibidem*, s. 111–113.

150 *Ibidem*, s. 110.

151 *Ibidem*, Session De Gand – Septembre 1906.

sprawowania suwerenności w przestrzeni powietrznej przez państwo-terytorium z uwagi na zastrzeżenia związane z bezpieczeństwem państwa – właściciela słupa powietrznego. Odwoływano się w tej mierze do znanych z międzynarodowego prawa morza rozwiązań: granica tzw. powietrza terytorialnego jest wyznaczana zasięgiem dział artylerii przeciwlotniczej¹⁵². Część specjalistów postulowała, aby państwo – właściciel słupa powietrznego rozciągającego się nad jego obszarem traktowało dany obszar przestrzeni powietrznej na zasadach analogicznych jak w przypadku suwerenności państwa przybrzeżnego wobec morza terytorialnego (L. Oppenheim posługiwał się pojęciem *territorial atmosphere*)¹⁵³. Z poglądami tymi polemizował P. Fauchille (pełniący funkcję sprawozdawcy), jako stwarzającymi zagrożenie dla wolności żeglugi lotniczej. Podnosił, że wyznaczenie granicy wolnej strefy powietrznej zasięgiem dział doprowadzi ze względów technicznych do ustania komunikacji lotniczej, rozwiązanie o charakterze konwencyjnym doprowadzi do arbitralnego i krzywdzącego traktowania statków powietrznych państw trzech¹⁵⁴. W toku obrad sprawozdawca Instytutu zaproponował roboczą definicję o charakterze hybrydowym o następującej treści: „powietrzne jest co do zasady wolne, a państwa mogą wykonywać uprawnienia o charakterze zapobiegawczym i obronnym”¹⁵⁵.

W efekcie na sesji Instytutu doszło do wyodrębnienia się trzech poglądów prawnych odnoszących się do kwestii suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej. Pierwszy, prezentowany przez E. Nysa, postulował, że komunikacja lotnicza powinna odbywać się bez jakichkolwiek ograniczeń, także w bezpośredniej bliskości lądu (był to pogląd prezentowany na sesji Instytutu Prawa Międzynarodowego w Brukseli w 1902 roku), również z pominięciem praw do ochrony państwa. Całkowitym przeciwieństwem poglądów belgijskiego prawnika była zasada wyłącznej suwerenności państwa zakładająca pozbawienie możliwości prowadzenia komunikacji lotniczej na podstawie uznania państwa – właściciela słupa po-

152 *Ibidem*, s. 295.

153 „Since the territory of a State includes not only the land but also the rivers which water the land, the maritime belt, the territorial sub soil, and the territorial atmosphere, all these can, as well as the service of the land itself, be an object of State servitudes. Thus a State may have a perpetual right of admittance for its subjects to the fishery in the maritime belt of another State, or a right to lay telegraph cables through a foreign maritime belt, or a right to build and use a tunnel through a boundary mountain, and the like. And should ever aerostation become so developed as to be of practical utility, a State servitude might be created through a State acquiring a perpetual right to send military aerial vehicles through the territorial atmosphere of a neighbouring State”. L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*. Vol. I. Peace, Londyn 1909, s. 259.

154 *Annuaire de l'Institut...*, vol. XXI, s. 295.

155 „1° l'air n'est susceptible ni de propriété ni de souveraineté, donc l'air est libre; 2° l'État a un droit de conservation et de défense pour garantir les éléments essentiels de son existence, tant physique que morale. D'où cette formule: L'air est libre sous réserve du droit de conservation et de défense de l'État adjacent”. *Ibidem*, s. 296.

wietrznego¹⁵⁶. Z kolei P. Fauchille podtrzymał, że dopuszczalne jest co najwyżej przyznanie prawa państwu do utrzymywania zastrzeżonej strefy powietrznej do wysokości 1500 metrów przy założeniu, że powietrze jest wolne i terytorium słupa powietrznego nie podlega zajęciu przez państwo. Inną teorię głosił przedstawiciel brytyjskiej doktryny prawa międzynarodowego J. Westlake, który wyraźnie opowiedział się za uznaniem obszaru powietrznego, bez ograniczeń wysokościowych, jako podlegającemu zwierzchnictwu państwa, w którym prawo tranzytu ma charakter jedynie wyjątkowy (analogicznie do statusu morza terytorialnego)¹⁵⁷. Westlake postulował całkowite odwrócenie koncepcji Fauchille'a, poprzez wskazanie, że państwo ma suwerenność w przestrzeni powietrznej znajdującej się ponad jego terytorium z wyłączeniem prawa nieszkodliwego przelotu balonów oraz innych maszyn latających. W odpowiedzi na tę koncepcję francuski prawnik wskazał, że nie istnieje możliwość obiektywnego zawładnięcia danym obszarem powietrznym oraz niezrozumiałe jest dla niego, w jaki sposób można egzekwować w przestrzeni powietrznej prawo nieszkodliwego przelotu. Przedstawiciel Włoch M. Corsi poparł brytyjskie stanowisko, wskazując, że koncepcja P. Fauchille'a nie chroni dostatecznie fundamentalnych podstaw integralności terytorialnej państw przed działaniem podmiotu zewnętrznego¹⁵⁸. E. Rolin wskazał, że dyskusja ma dla niego charakter przedwczesny, z uwagi na ówczesny stan rozwoju techniki lotniczej¹⁵⁹.

Warto podnieść, że dyskusja Instytutu dotyczyła częściowo zagadnienia związanego z wykorzystaniem techniki telegraficznej oraz przepływu fal radiowych przez granicę państw walczących oraz neutralnych. Podczas wojny japońsko-rosyjskiej w 1905 roku rosyjski dowódca w Port Arthur uznawał osoby nadające transmisje telegraficzne i radiowe za szpiegów. Oceniający te wydarzenia niemiecki delegat von Bar podniósł, że w kontekście balonów i statków powietrznych przedwcześnie jest przesądzać, jak powinien wyglądać reżim przestrzeni powietrznej. Zwrócił jednakże uwagę, że państwa neutralne mogą w czasie wojny sprzeciwiać się przepływowi fal radiowych przez swoje terytorium, co może sygnalizować krystalizowanie się pewnych zasad względem statusu prawnego przestrzeni powietrznej¹⁶⁰. Poprawka prof. Westlake'a została odrzucona głosami większości uczestników sesji Instytutu Praw Międzynarodowego w Gandawie, co ukazywało zaaprobowanie koncepcji Paula Fauchille'a w zakresie wolności przestrzeni powietrznej, przy jednoczesnym pojawieniu się wyraźnego głosu sprzeciwu w tej mierze¹⁶¹.

156 *Ibidem*, s. 297.

157 *Ibidem*, s. 298.

158 „ur l'espace aérien qui le borde, l'Etat a non seulement le droit de prendre toutes les mesures nécessaires à sa sûreté, mais encore le droit de réaliser tous les avantages économiques que donne la possession du sol”. *Ibidem*, s. 300.

159 *Ibidem*, s. 301.

160 *Ibidem*, s. 302.

161 *Ibidem*, s. 305.

Tabela 3. Koncepcje podziału przestrzeni powietrznej na sesji Instytutu Prawa Międzynarodowego w Gandawie w 1902 roku

Wysokość	Paul Fauchille	John Westlake	Ernest Nys
> 1500 m	Strefa zastrzeżona	Pełna suwerenność	Strefa wolna
< 1500 m	Strefa wolna	Pełna suwerenność	Strefa wolna

13. Rozwój prawa lotniczego przed I wojną światową

Potrzeba regulacji statusu prawnego przestrzeni powietrznej zaczynała stawać się palącym problemem o zasięgu międzynarodowym. Wynikało to ze wzrastającej liczby incydentów związanych z lotami balonowymi o charakterze międzypaństwowym, a także pojawieniem się w 1903 roku konwencjonalnego statku powietrznego cięższego od powietrza (wynalazku braci Wright), który dysponował zewnętrznym i niezależnym napędem. Trzy incydenty były w tej mierze kołem zamachowym kolejnej regulacji o wymiarze międzypaństwowym. W 1904 roku rosyjskie jednostki ochrony pogranicza ostrzelały balony przelatujące nad ówczesną granicą rosyjsko-niemiecką¹⁶². W 1908 roku niemieckie balony wylądowały na terytorium francuskim (większość załogi stanowili oficerowie niemieckich sił zbrojnych), a w 1909 roku Louis Blériot wygrał konkurs organizowany przez „Daily Mail” dla osoby, która pierwsza pokona drogą lotniczą kanał La Manche, przelatując bez przeszkód z Francji do Wielkiej Brytanii, bez wystąpienia o jakąkolwiek zgodę na lot¹⁶³.

Kolejny projekt międzynarodowego prawa lotniczego powstał na konferencji międzynarodowej w Paryżu w 1910 roku¹⁶⁴. Na konwencji posługiwano się nowymi pojęciami w postaci *appareils d'aviation* (urządzenia lotnicze) oraz sformułowaniem *aéronefs* (samoloty) zaproponowanym przez L. Renault¹⁶⁵. Rozważania o kwestiach prawnych nawigacji lotniczej zostały przygotowane na gruncie prac I komisji, która miała za zadanie m.in. dyskusję nad rozróżnieniem pomiędzy prywatnym a państwowym statkiem powietrznym, narodowością i sposobem oznaczania statków powietrznych oraz szczególnymi zasadami dotyczącymi

162 H. B. Robertson, *The Status of Civil Aircraft in Armed Conflict*, „Israel Yearbook on Human Rights” 1997, s. 113.

163 P. H. Sand, J. de Sousa Freitas, G. Pratt, *An Historical Survey...*, s. 30–32; D. Richemond-Barak, *Underground Warfare*, Oxford 2018, s. 69.

164 Conférence Internationale de Navigation Aérienne: Procès-Verbaux des Séances Et Annexes; Paris, 18 Mai-29 Juin, 1910.

165 *Ibidem*, s. 23–25.

funkcjonowania statków publicznych. Sprawozdawcą Komisji został Paul Fauchille. Podczas dyskusji przyjęto konieczność klasyfikowania statków znajdujących się na służbie państwowej z uwagi na kryterium wykonywanej przez nie służby oraz faktu dowodzenia przez funkcjonariusza państwowego¹⁶⁶. Wyodrębniono w ramach tego podziału istnienie statków powietrznych o charakterze wojskowym, przeznaczonych do służby w siłach powietrznych oraz pozostających pod dowództwem umundurowanego personelu sił zbrojnych¹⁶⁷. Podkreślono konieczność posiadania narodowości przez każdy statek powietrzny. Przyjęte założenia dokumentu wskazywały na stopniową erozję poglądu o wolności przestrzeni powietrznej na rzecz wyłącznej suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej, poprzez wymóg zawierania dwustronnych porozumień międzypaństwowych dotyczących komunikacji lotniczej (*L'établissement de lignes internationales de communication aérienne dépendra de l'assentiment des États intéressés*)¹⁶⁸. Strona niemiecka domagała się wyraźnego uprawnienia dla państwa-terytorium do wydawania przepisów regulujących ruch lotniczy, w pierwszej kolejności podkreślając konieczność przyjęcia teorii zupełnej i bezwarunkowej suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej nad jego terytorium oraz wodami terytorialnymi¹⁶⁹. Strona francuska, reprezentowana przez Paula Fauchille'a, uznawała, że zmiany te nie mogą prowadzić do podważenia generalnej zasady wolności żeglugi powietrznej¹⁷⁰. Stanowczo przeciwko temu pogładowi protestowała delegacja brytyjska, podnosząc, że „abstrakcyjne uprawnienia statku powietrznego do swobodnego przelotu nad obcym terytorium nie mogą zostać zaakceptowane jako niemające podstaw w prawie międzynarodowym”¹⁷¹. Przedstawiciele tego państwa podnosili absolutne prawo w okresie wojny do zakazu przelotu obcych statków przez swoją przestrzeń powietrzną ze względów bezpieczeństwa państwowego i lotniczego, związanego z wolą rezerwacji przestrzeni powietrznej wyłącznie dla własnego teatru działań wojennych¹⁷². Inne państwa (np. Bułgaria) optowały za francuskim modelem z modyfikacjami dotyczącymi możliwości wykonywania uprawnień związanych z obroną państwa oraz bezpieczeństwem jego obywateli¹⁷³.

Rozwiązania projektu paryskiego odnosiły się także do regulacji rządzących samolotami wojskowymi. Artykuł 41 przewidywał podział na publiczne i wojskowe statki wojskowe, uznając, że te ostatnie muszą znajdować się na służbie wojskowej, pod dowództwem umundurowanego oficera przy jednoczesnym

166 *Ibidem*, s. 70.

167 *Ibidem*, s. 72.

168 *Ibidem*, s. 192.

169 J. Cooper, *The International Air Navigation Conference, Paris 1910*, „Journal of Air Law and Commerce” 1952, vol. 127, s. 132.

170 *Ibidem*, s. 206–210.

171 *Ibidem*, s. 210.

172 *Ibidem*, s. 270.

173 *Ibidem*, s. 274.

obowiązku oznaczania statków zgodnie z jego przynależnością państwową (art. 42). Artykuł 44 wprowadzał zasadniczo zakaz możliwości przelotu wojskowych statków powietrznych na terytorium innego państwa bez jego zgody. Artykuł 49 projektu paryskiego był wyraźnym stwierdzeniem okoliczności związanej ze stopniowym podziałem międzynarodowego prawa lotniczego na sferę działań lotnictwa w okresie pokoju oraz wojny¹⁷⁴. Mimo że konwencja z 1910 roku miała także obowiązywać w stanie wojny, to jednak tworzyła tylko obowiązki i uprawnienia stron neutralnych, nie ograniczając uprawnień stron walczących, wynikających z istnienia stanu wrogości pomiędzy nimi. Wskazano na konieczność posiadania przez wojskowe statki powietrzne odpowiedniego oznaczenia państwowego¹⁷⁵. W kontekście przelotu statku wojskowego przez dane państwo podnoszono konieczność uzyskania uprzedniej autoryzacji bądź wyraźnego zaproszenia państwa – właściciela słuza powietrznego¹⁷⁶. Wojskowe statki powietrzne powinny posiadać status adekwatny do okrętów wojennych i nie podlegać jurysdykcji państwa trzeciego¹⁷⁷. Sprawami komunikacji lotniczej w czasie wojny miała zająć się przyszła konferencja¹⁷⁸. Ostatecznie – z uwagi na różnice w fundamentalnych sprawach dotyczących jednoznacznego opowiedzenia się przedstawicieli państwa za doktryną reprezentowaną przez Fauchille’a (popieraną przez delegację francuską) bądź Westlake’a (podnoszoną przez stronę brytyjską) – konferencja zakończyła się fiaskiem¹⁷⁹. Należy jednak zwrócić uwagę, że konferencja z 1910 roku przyczyniła się w znaczącym stopniu do rozwoju międzynarodowego prawa lotniczego – wiele z rozwiązań legislacyjnych przygotowanych na gruncie projektu paryskiego zostało zaakceptowanych w późniejszych dokumentach tej gałęzi prawa¹⁸⁰. Projekt z 1910 roku wskazywał także, że zagadnienie wykorzystania lotnictwa wojskowego w konflikcie zbrojnym oraz warunków prowadzenia wojny powietrznej ma być przedmiotem odrębnej regulacji traktatowej – powyższy schemat prac legislacyjnych został powielony we wszystkich późniejszych rozwiązaniach o charakterze konwencyjnym. W istocie propozycje kongresu były ostatnim dokumentem międzynarodowego prawa lotniczego, który obejmował swym zakresem przedmiotowym przynajmniej częściowo zagadnienia związane z działaniem lotnictwa wojskowego w okresie konfliktu zbrojnego.

174 *Ibidem*, s. 198.

175 *Ibidem*, s. 286.

176 *Ibidem*, s. 292.

177 *Ibidem*, s. 289.

178 *Ibidem*, s. 267.

179 *Ibidem*, s. 264; D. Johnson, *Rights in Air...*, s. 23–24; E. L. Giemulla, *Chicago System: Genesis and Main Characteristic*, [w:] E. Giemulla, L. Weber, *International and EU Aviation Law: Selected Issues*, Alphen aan den Rijn 2011, s. 7.

180 P. H. Sand, J. de Sousa Freitas, G. Pratt, *A Historical Survey...*, s. 30; E. Sochor, *The Politics of International Aviation*, Hampshire 1991, s. 1–2.

14. Rozwój zasady wyłącznej suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej

Dyskusja na forum prawa międzynarodowego odbiła się szerokim echem także na gruncie ówczesnej doktryny prawa międzynarodowego. J. F. Lycklama à Nijeholt w swej publikacji pt. „Air Sovereignty” z 1910 roku zwrócił uwagę, że w większości wypadków zasada całkowitej suwerenności w przestrzeni powietrznej była uważana jako możliwość zablokowania funkcjonowania komunikacji lotniczej o charakterze międzynarodowym¹⁸¹. Jednocześnie sam autor zdecydowanie optował za koncepcją przypisania państwom „wyłącznej suwerenności w przestrzeni powietrznej o nieograniczonej wysokości, która może być ograniczona tylko i wyłącznie poprzez stosowną wolę państwa”¹⁸². W podobnym duchu wyrażał się A. Kuhn na łamach „American Journal of International Law” w 1910 roku, wskazując na, jego zdaniem, oczywiste różnice między statusem wód otwartych, które z uwagi na swój charakter były niemożliwe do opanowania przez suwerena ze względów praktycznych, a przestrzenią powietrzną rozciągającą się nad terytorium państwowym¹⁸³. A. S. Hersey uznawał z kolei za Oppenheimem i Westlake’em, że kontrola nad przestrzenią powietrzną powinna mieć charakter analogiczny jak w przypadku kontroli suwerena nad morzem terytorialnym, wskazując na korzystanie z prawa nieszkodliwego przelotu przez statki powietrzne, które mogą podlegać jurysdykcji państwa (jednak tylko w kontekście prywatnych statków powietrznych)¹⁸⁴. H. Hazelnite podkreślał, że w jego ocenie zasada pełnej wolności powietrzna (zwłaszcza w wersji przedstawianej przez E. Nysa) nigdy nie uzyska pełnej akceptacji wśród społeczności międzynarodowej. Powietrze nie jest obszarem morza, problem przestrzeni powietrznej jest zagadnieniem dotyczącym wszystkich państw świata, a działalność morską zasadniczo ogranicza się jedynie do obszaru przybrzeżnego¹⁸⁵. Hazelnite zwracał uwagę, że badacze optujący za przyjęciem istnienia zasady pełnej suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej uznawali przede wszystkim za najważniejsze, aby chronić terytorium przed możliwością powstania szkód wynikających z komunikacji lotniczej¹⁸⁶. Interesująco autor twierdził, że pomysł J. Westlake’a przyznający w przestrzeni powietrznej innym statkom powietrznym prawo do nieszkodliwego przelotu jest zbyt dalekim

181 R. F. Williams, *Developments...*, s. 141.

182 J. F. Lycklama à Nijeholt, *Air...*

183 A. K. Kuhn, *The Beginnings of an Aerial Law*, „American Journal of International Law” 1910, vol. 4, s. 113.

184 A. S. Hersey, *The International Law of Aerial Space*, „The American Journal of International Law” 1912, vol. 6, s. 384.

185 H. Hazelnite, *The Law of the Air: Three Lectures Delivered in the University of London at the Request of the Faculty of Laws*, Londyn 1911, s. 14.

186 *Ibidem*, s. 28.

ograniczeniem ich suwerenności, a jako rozwiązanie przedstawiał konieczność przyjęcia regulacji o charakterze międzynarodowym, w formie konwencji, która zrównoważy interesy państw i jednocześnie zapewni możliwość rozwoju międzynarodowej komunikacji lotniczej¹⁸⁷.

15. II konferencja pokojowa w Hadze z 1907 roku

15.1. Uwagi ogólne

Zasadniczym wydarzeniem historycznym, jakie miało miejsce między latami 1899–1907, była szeroko komentowana wojna japońsko-rosyjska (1904–1905), która jak wskazano w innym rozdziale, wywołała ożywioną dyskusję prawnomiędzynarodową, zwłaszcza co do okoliczności towarzyszących jej rozpoczęciu oraz przebiegu. Towarzyszył jej mianowicie ogólny wzrost napięcia w stosunkach międzypaństwowych oraz stopniowe kreowanie dwóch przeciwstawnych biegunów polityczno-wojskowych – Trójpzymierza i Trójporozumienia¹⁸⁸. W 1904 roku Wielka Brytania i Francja zawarły traktat *Entente Cordiale*, wymierzony bezpośrednio w Niemcy, których zbrojenia zaczęły zagrażać brytyjskiej dominacji morskiej oraz kolonialnej. Poważnym incydentem w stosunkach niemiecko-francuskich był tzw. incydent marokański. W latach 1904–1905 Francja usiłowała przejąć kontrolę nad niepodległym Marokiem, co spotkało się z interwencją niemiecką (wizyta cesarza Wilhelma II w Tangerze), omal niezakończoną nowym konfliktem pomiędzy tymi państwami. Do wojny nie doszło z uwagi na wyraźne poparcie Wielkiej Brytanii dla działań francuskich¹⁸⁹. W efekcie zwołanie II konferencji pokojowej miało na celu osiągnięcie dwóch celów. Po pierwsze, zamierzano doprowadzić w ten sposób do odprężenia w stosunkach międzynarodowych w ówczesnym okresie. Po drugie (podobnie jak w kontekście I konferencji), regulacje konwencyjne miały doprowadzić do częściowego „wyrównania szans” w przyszłym konflikcie poprzez uzyskanie rozbrojenia pewnych typów oręża, które z pewnością miało mieć charakter kluczowy w przyszłym konflikcie.

Ratio legis w kontekście prawnym była konieczność ponownej rewizji przepisów uchwalonych na I konferencji pokojowej w 1899 roku w sprawie praw

187 *Ibidem*, s. 36.

188 Zob. R. Hamilton, H. Herwig, *World Wars: Definition and Causes*, [w:] R. Hamilton, H. Herwig, *The Origins of World War I*, Cambridge 2003, s. 1–45.

189 G. Cashman, L. Robinson, *An Introduction to the Causes of War: Patterns of Interstate Conflict from World War I to Iraq*, Plymouth 2007, s. 42–43.

i zwyczajów obowiązujących w wojnie lądowej, szczególnie w przedmiocie obowiązków stron neutralnych oraz rozpoczęcia kroków wojennych. Konieczne było także ustosunkowanie się do treści złożonych (poza konwencjami) Deklaracji w 1899 roku, w tym – kluczowej z punktu widzenia tematyki pracy dotyczącej bombardowań powietrznych – IV Deklaracji w sprawie zakazu zrzućania, przez okres 5 lat, z balonów pocisków i środków wybuchowych z dnia 29 lipca 1899 roku, z uwagi na upływ 5-letniego okresu moratorium w 1904 roku¹⁹⁰. Przewidywano także podjęcie prac nad stworzeniem specjalnej regulacji dotyczącej wojny morskiej, gdzie zasadniczymi kwestiami byłyby: rozpoznanie zakresu dopuszczalnych bombardowań celów lądowych oraz użycie torped i min przybrzeżnych, możliwości przekształcenia statków handlowych w czasie wojny, prawa do zajęcia mienia na morzu, okres dopuszczalnego przebywania okrętów wojennych w portach państw neutralnych po rozpoczęciu kroków wojennych. Wszystkie powyższe propozycje programowe miały być drogą depeszy przedstawione przedstawicielom obcych państw akredytowanych przy Imperium Rosyjskim. Na miejsce obrad II konferencji pokojowej ponownie wybrano Hagę. Najbardziej istotny fragment dyskusji nad rewizją praw i zwyczajów obowiązujących w wojnie lądowej i podjęcia kroków wojennych miał miejsce na forum II komisji pod przewodnictwem A. M. Beernaerta oraz T. M. C. Assera¹⁹¹.

15.2. Przedłużenie IV Deklaracji z 1899 roku w sprawie zakazu zrzućania z balonów pocisków i środków wybuchowych

Na spotkaniu komisji 7 sierpnia 1907 roku (spotkanie nr 5) rozważano kwestię dalszego przedłużenia okresu stosowania Deklaracji z 1899 roku w sprawie zakazu zrzućania z balonów pocisków i innych środków wybuchowych. Zauważono, że ze względu na upływ terminu 5-letniego od 1904 roku dokument jest uznawany za niewiążący¹⁹². Delegacja belgijska przedstawiła projekt odnowienia deklaracji z 1899 roku o kolejne 5 lat (tj. do roku 1912) o identycznej treści jak pierwotny dokument. Rozpoczęło to dyskusję nad przyszłością rozwiązania. Przedstawiciele rosyjscy zwrócili uwagę, że w ich odczuciu okres 8 lat, jaki upłynął pomiędzy Deklaracją z 1899 roku a drugą konferencją pokojową w Hadze w 1907 roku, nie był wystarczający, aby analizować możliwości techniki lotniczej i bombardowania

190 Na pierwszej konferencji pokojowej w Hadze w 1899 r., obok deklaracji dotyczącej balonów, przyjęto także deklaracje w sprawie gazów duszących oraz pocisków rozszerzających.

191 J. B. Scott, *The Proceedings of the Hague Peace Conferences; Tranlation of the Offical Texts: The Conference of 1907 Volume II Meetings of the Second, Third and Fourth Commissions*, Nowy Jork 1921, s. 63.

192 „This Declaration, which had been made only for a period of five years, expired in 1904”. *Ibidem*, s. 150.

powietrznego¹⁹³. Dostępne informacje wskazywały na możliwość uzyskania stosunkowo niewielkiej poprawy efektywności ataków z powietrza, gdy porównywać je do ostrzału artyleryjskiego bądź morskiego. Istotą rosyjskiej propozycji w tej mierze było zaprzestanie stosowania rozwiązań o charakterze tymczasowym, a zdecydowanie się na przyjęcie regulacji stałej i konwencyjnej (a nie w formie dodatkowej deklaracji), istotnie związanej z istniejącym już Regulaminem do Konwencji haskiej z 1899 roku¹⁹⁴. W tej mierze zamierzano dokonać modyfikacji istniejącego art. 25 Regulaminu, stanowiącego o zakazie bombardowania niebronionych miast, wsi oraz budynków, poprzez wprowadzenie dodatkowej przesłanki, która uwzględniała także fakt dokonania ostrzału z powietrza przez balony bądź też „inne nowe metody działające w podobny sposób”¹⁹⁵. Rosyjska propozycja zawierała następujący zapis znowelizowanego art. 25 Regulaminu: „Zakazane jest bombardowanie bądź atakowanie, przy użyciu artylerii bądź przy użyciu balonów bądź też «innych nowych metod działających w podobny sposób» miast, wsi, zabudowań oraz budynków, które są niebronione i nie zawierają instalacji bądź składów wojskowych mogących zostać wykorzystane przez nieprzyjaciela dla celów wojennych”¹⁹⁶.

Delegat Austro-Węgier skłaniał się do przyjęcia kolejnego zakazu o charakterze czasowym, argumentując to brakiem przesłanek natury wojskowej, przemawiających za uznaniem bombardowania lotniczego za efektywną metodę prowadzenia działań zbrojnych. Podkreślono przy tym „brak możliwości obrony przez walczących praw do przestrzeni powietrznej i granic przestrzeni powietrznych, należących do nich tak samo jak władanie nad własnością i obywatelami” (istotna uwaga w kontekście zasady pełnej suwerenności w przestrzeni powietrznej, nad którą w tamtym okresie intensywnie dyskutowano na sesjach Instytutu Prawa Międzynarodowego w Ghent w 1902 roku oraz Brukseli w 1906 roku). Przedłużenie stosowania Deklaracji z 1899 roku uznawano za rozwiązanie kompromisowe, które jednocześnie traktowano jako możliwość rozwoju awiacji bez czynnika militarnego. Komentujący wystąpienie delegatów francuski profesor L. Renault zwrócił uwagę, że w jego ocenie przedłużenie dalszego stosowania Deklaracji z 1899 roku nie ma racjonalnego uzasadnienia z punktu widzenia humanitarne-go, skoro w dalszym ciągu dopuszczalne jest prowadzenie działań wojennych za

193 „We do not know, – and the years which have passed since the Declaration of 1899 have given us very little information on this point, – what military aviation, or, if you will, aerial artillery, may have in store for us”. *Ibidem*, s. 146.

194 W. Hull, *The Two Hague Conferences and Their Contribution to International Law*, Boston 1908, s. 80.

195 J. B. Scott, *Instruction to the American Delegates to the Hague Peace Conferences and Their Official Reports*, Chicago 1916, s. 104.

196 „It is forbidden to bombard or attack, by artillery or by throwing projectiles or explosives from balloons or by the aid of other new methods of a similar nature, towns, villages, dwellings or buildings that are not defended and do not contain establishments or depots that can be utilized by the enemy for purposes of the war”. J. B. Scott, *The Proceedings of the Hague...*, Nowy Jork 1921, s. 146.

pośrednictwem artylerii. Zdaniem francuskiego delegata bombardowania lądowe i powietrzne podlegają tym samym reżimom prawnym oraz mają podobną specyfikę techniczną i nie ma uzasadnienia, aby wykluczać możliwość prowadzenia działań wojennych za pomocą szeroko rozumianego lotnictwa¹⁹⁷. Przedstawiciel Holandii wnosił o przedłużenie stosowania Deklaracji z 1899 roku z uwagi na konieczność lepszego poznania charakterystyki awiacji, przy jednoczesnym podkreśleniu humanitarnego (a nie pragmatycznego) *ratio legis* legislacji, zaznaczając zagrożenia związane z atakami lotniczymi¹⁹⁸. Na rozważania natury ekonomicznej, przemawiające za przyjęciem zakazu, które prowadzą do ograniczenia wyścigu zbrojeń, zwrócił uwagę delegat Wielkiej Brytanii, a poparcie w sprawie przedłużenia czasu trwania Deklaracji z 1899 roku wyrazili przedstawiciele Turcji, Chin oraz Portugalii.

Brak jednolitości wśród uczestników konferencji powodował modyfikację stanowisk innych państw. Delegat Grecji w takiej sytuacji zastrzegł sobie prawo do poparcia propozycji rosyjskiej i francuskiej. Podczas głosowania nad przyjęciem belgijskiej propozycji przedłużenia obowiązywania Deklaracji z 1899 roku „za” głosowały m.in. Stany Zjednoczone, Austro-Węgry, Rumunia, Włochy, Turcja, Belgia, a także warunkowo (pod rygorem uzyskania jednomyślności) Niemcy. Przeciwno opowiedzieli się przedstawiciele Francji i Rosji. Interesującą obserwację dotyczącą gry mocarstw przedstawił M. W. Royse, który przytoczył, że zwolennikami przedłużenia stosowania Deklaracji z 1899 roku były te państwa, które nie posiadały żadnego znaczącego potencjału lotniczego w 1907 roku, bądź też Wielka Brytania, która obawiała się realnej możliwości wykonania uderzenia powietrznego na jej terytorium. Z kolei przeciwnikami przedłużenia tej deklaracji były Francja i Niemcy, które posiadały rozbudowany program rozwoju lotnictwa wojskowego (sterowce oraz pierwsze samoloty konwencjonalne) i nie były zainteresowane jakimikolwiek ograniczeniami w jego postępach. Decydującym czynnikiem jednak, który przesądził o zalegalizowaniu bombardowania lotniczego, poprzez wprowadzenie poprawki w treści art. 25 Regulaminu haskiego w wersji z 1899 roku, była postawa strony rosyjskiej, dysponującej największymi ilościowo siłami powietrznymi w 1907 roku¹⁹⁹.

15.3. Przyjęcie art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku

Przedstawiciele Rosji dążyli do poddania pod głosowanie swojej propozycji. W ramach dyskusji formalnej nową propozycję przedłożył delegat Włoch, którego inicjatywa miała interesującą formę, mianowicie składała się z dwóch artykułów.

197 *Ibidem*, s. 147.

198 *Ibidem*, s. 148.

199 M. W. Royse, *Aerial Bombardment and the International Regulation*, Nowy Jork 1928, s. 86–103.

Pierwszy artykuł zabraniał zrzucania pocisków bądź materiałów wybuchowych z balonów nieobsadzonych przez załogę wojskową (docelowo także bezzałogowych). Artykuł drugi zaś podnosił, że bombardowanie powietrzne podlega takim samym ograniczeniom jak w przypadku wojny morskiej i lądowej, o ile jest zgodne z nowymi metodami prowadzenia działań zbrojnych²⁰⁰. Podniesiono konieczność uregulowania w formie stałej kwestii bombardowań lotniczych, z uwagi na ciągły postęp techniczny, którego pierwsze wyniki mogą już wskazywać na możliwości wyciągnięcia wniosków co do zdolności prowadzenia działań wojennych z użyciem lotnictwa. Z uwagi na powyższe, ze względów pragmatycznych, włoska delegacja wносиła o przyjęcie rozwiązania o charakterze stałym, którego celem nie będzie proaktywny zakaz prowadzenia działań wojennych przez lotnictwo (z uwagi na niepraktyczność takiego rozwiązania), a wprowadzenie ograniczeń wojny powietrznej akceptowalnych dla przedstawicieli państw. Uważano, że rozwiązaniem tej sytuacji może być jedynie albo jednomyślne przyjęcie deklaracji przez wszystkie państwa albo dokonanie poprawek w dokumentach odnoszących się do wojny lądowej i morskiej²⁰¹. Zadaniem ich będzie zharmonizowanie wszystkich typów ataków: z powietrza, lądu czy morza. Obawiano się, że przedłużenie stosowania Deklaracji z 1899 roku przez jedynie część państw, przy jednoczesnym braku nowelizacji Regulaminu haskiego, doprowadzi do sytuacji, w której balony posłużą do atakowania obiektów niebronionych²⁰². Okres pięciu lat uznawano w ocenie włoskiej delegacji za niedostateczny, gdyż w tym czasie nie ujawnią się pełne możliwości samolotu jako środka walki. Włoską propozycję w zakresie ujednolicenia przepisów dotyczących różnych typów bombardowań poparła strona niemiecka²⁰³. Francuski delegat techniczny podniósł, że słowo „bombardowanie” wykorzystywane na gruncie Regulaminu haskiego z 1899 roku ma identyczne znaczenie w kontekście każdego typu ataku, niezależnego od metody (obecnej bądź przyszłej)²⁰⁴. Dyskusja ujawniała różnice pomiędzy delegata-

200 „It is forbidden to throw projectiles and explosives from balloons that are not dirigible and manned by a military crew. Bombardment by military balloons is subject to the same restrictions accepted for land and sea warfare, in so far as this is compatible with the new method of fighting”. J. B. Scott, *The Proceedings of the Hague...*, Nowy Jork 1921, s. 149.

201 „It may be that the rules relating to bombardment adopted by the 1899 Conference also apply, as the eminent Mr. Louis Renault of the French delegation has said, to balloons, but as this interpretation has not yet been given it cannot be considered as settled”. *Ibidem*, s. 151.

202 „If unfortunately a war should break out then, balloons belonging to the belligerent armies could throw their projectiles against an undefended town, drop their explosives on the dome of a cathedral or on the tower of a museum, and they would be within their right; private balloons could, with the authority of the State, be armed and thus play a part in aerial operations similar to privateering without being restrained by the Convention of Paris”. *Ibidem*.

203 „He consequently asks that the vote on the two articles of the Italian amendment be separated and declares that he will favor only the second”. *Ibidem*, s. 152.

204 „As to the third point, which concerns the restrictions accepted for war on land and sea, it seems to him to be sufficient to give the text of the 1899 Regulations respecting the laws

mi, którzy zwrócili uwagę na zagadnienie objęcia przez art. 25 Regulaminu haskiego swoją dyspozycją przypadków bombardowania powietrznego. Ostatecznie druga część włoskiej propozycji zdobyła szerokie poparcie (przy zaledwie jednym głosie sprzeciwu)²⁰⁵.

14 sierpnia 1907 roku kontynuowano dyskusję nad odnowieniem IV Deklaracji haskiej z 1899 roku. Delegaci z Rosji oraz Włoch podtrzymywali zamiar uzupełnienia art. 25 Regulaminu haskiego o rozwiązanie legislacyjne, które pozwoli na objęcie ochroną przed atakiem niebronionych obszarów zabudowanych, w tym także przed bombardowaniem powietrznym²⁰⁶. Przedstawiciele ci zaproponowali znowelizowane brzmienie przepisu: „Zabrania się atakowania bądź bombardowania przez artylerię bądź poprzez wyrzucanie pocisków i materiałów wybuchowych z balonów, bądź innych nowych metod w podobny sposób, niebronionych miast, wsi, budynków. Zakazuje się ignorowania podczas bombardowania powietrznego istniejących restrykcji obowiązujących w bombardowaniu lądowym bądź morskim, o ile powyższe ograniczenia są zgodne z nową metodą prowadzenia walki zbrojnej”. Protokoły posiedzeń ujawniają pewien konflikt pomiędzy przewodniczącym komisji optującym za przedłużeniem Deklaracji z 1899 roku a delegatami Rosji, Francji i Włoch dążącymi do zmiany przepisów Regulaminu haskiego z 1899 roku²⁰⁷. Francuski przedstawiciel techniczny jednak uznawał, że rozróżnianie typów bombardowania z uwagi na platformy, z których są one dokonywane (morska, powietrzna bądź lądowa), jest pewnym *superfluum* z uwagi na uniwersalny charakter zwrotu „bombardowanie”. W związku z tym zaproponował wykorzystanie zwrotu „w jakibądź sposób” (fran. *par quelque moyen que ce soit*, ang. *by whatever means*), dodanego po zwrocie „zabrania się bombardowania i atakowania”²⁰⁸. Propozycja spotkała się z szeroką akceptacją i ostatecznie zosta-

and customs of war on land the general character which they have in effect, since the word bombardment is applicable to every method, present or future, which may be employed in throwing projectiles or explosives”. *Ibidem*.

205 *Ibidem*, s. 153.

206 „Same time by the delegation of Italy, were inspired by the same thought: to add to Article 25 of the Regulations of 1899 concerning the laws and customs of war on land a provision that would assure for all time to undefended towns, villages, dwellings and buildings immunity from attack or bombardment even by means of balloons or other new analogous means”. *Ibidem*, s. 14.

207 Editorial Note, *The Use of Ballons in the War between Italy and Turkey*, „The American Journal of International Law” 1912, vol. 6, s. 487.

208 „In these circumstances he must ask whether the enumeration proposed by the delegation of Russia will strengthen the principle in view to spare as far as possible the places and buildings in question. On the contrary he thinks it would be preferable to make the present text of Article 25 more precise by inserting the words: «by any means whatever,» after the words: «It is forbidden to attack or bombard.» Such an addition would certainly offer better guaranties both for the present and the future”. J. B. Scott, *The Proceedings of the Hague...*, Nowy Jork 1921, s. 15; W. M. Gibson, *L'Aéronautique...*, s. 238.

ła zaaprobowana jednomyślnie przez uczestników prac komisji²⁰⁹. W ten sposób rozszerzono zakaz atakowania obszarów zamieszkałych i budowli niebronionych o działania powietrzne²¹⁰.

15.4. Fiasko XIV Deklaracji haskiej z 1907 roku

17 sierpnia 1907 roku propozycje komisji zostały dyskutowane na forum plenarnym konferencji. Podczas głosowania nad odnowieniem Deklaracji w sprawie zakazu zrzucania, przez okres 5 lat, z balonów pocisków i środków wybuchowych z 29 lipca 1899 roku delegacja francuska podkreśliła, że nie jest w stanie poprzeć przedłużenia okresu obowiązywania dokumentu z 1899 roku, podnosząc, że zmiany w Regulaminie haskim z 1899 roku dotyczącym praw i zwyczajów obowiązujących w wojnie lądowej w sposób dostateczny spełniają humanitarne potrzeby uregulowania kwestii bombardowań lotniczych²¹¹. Strona brytyjska zaproponowała, aby okres 5-letni został wyeliminowany i wprowadzono zapis o obowiązywaniu deklaracji „do czasu zwołania Trzeciej Konferencji Pokojowej”²¹². Za przyjęciem brytyjskiej poprawki głosowały (oprócz Wielkiej Brytanii) z większych państw jedynie Stany Zjednoczone. Większość mocarstw tego okresu głosowała przeciwko bądź wstrzymała się od głosu. Także głosowanie nad samą Deklaracją w formie propozycji przedłożonej przez stronę belgijską (zmodyfikowaną przez poprawki delegacji Wielkiej Brytanii) było dalekie od jednolitości, a sprzeciw wyraziły Niemcy, Francja oraz Rosja²¹³.

Deklaracja w sprawie zakazu rzucania z balonów pocisków i środków wybuchowych z 18 października 1907 roku, zwana XIV Deklaracją haską, odwzorowała w swej zasadniczej treści poprzedni dokument z 1899 roku²¹⁴. Istotną zmianą było

209 „The President says that the Commission is unanimous in adopting the proposal thus amended”. J. B. Scott, *The Proceedings of the Hague...*, Nowy Jork 1921, s. 15.

210 C. H. Stockton, *Outlines of International Law*, Nowy Jork–Chicago–Boston 1914, s. 359; Z. Cibichowski, *Międzynarodowe prawo wojenne z uwzględnieniem przesilenia bałkańskiego*, Lwów 1914, s. 46; R. Bechoff, *L'Aviation et les lois de la guerre*, „Revue Générale de Droit Aérien” 1932, vol. 9, s. 530; A. De Lapradelle, *La guerre italo-abyssine et le respect des lois de la guerre*, „Revue Générale de Droit Aérien” 1936, s. 32; J. B. Scott, *Instruction to the American Delegates to the Hague Peace Conferences and Their Official Reports*, Nowy Jork 1916, s. 103–104.

211 „It considers that the humanitarian object is fully attained by the general provision of the Regulations of 1899 on bombardment, especially since, upon our proposal, the words «by any means whatever» have been added to the prohibition laid down in Article 25 of these Regulations”. J. B. Scott, *Instruction to the American Delegates...*, s. 85.

212 *Ibidem*.

213 *Ibidem*, s. 577.

214 XIV Declaration Prohibiting the Discharge of Projectiles and Explosives from Balloons; J. B. Scott, *Instruction to the American Delegates...*, s. 687.

usunięcie określonego czasu obowiązywania Deklaracji – w 1907 roku przyjęto, że będzie ona obowiązywać do czasu zakończenia trzeciej konferencji pokojowej. Z konferencją tą (planowaną na rok 1915) doktryna prawa międzynarodowego wiązała nadzieje dotyczące m.in. kwestii użycia lotnictwa w przyszłym konflikcie zbrojnym²¹⁵. W związku z tym, że trzecia konferencja w Hadze nie została nigdy zwołana, z formalnego punktu widzenia dokument obowiązuje do dnia dzisiejszego względem państw, które go podpisały. Formalne stosowanie tego dokumentu, zgodnie z klauzulą *si omnes*, zostało jednakże wydatnie ograniczone jedynie do przypadków, w których obydwie strony walczące są jednocześnie stroną deklaracji. Deklarację podpisały z większych państw jedynie Stany Zjednoczone, Belgia, Holandia. Odmówiły swego podpisu wszystkie pozostałe mocarstwa. Powyższe zjawisko sygnalizowało, że państwa wyraźnie podkreśliły wolę dopuszczenia lotnictwa jako nowego środka prowadzenia działań wojennych, a bombardowania powietrznego jako legalnej metody ataku. Dyskusja nad unormowaniem ataków powietrznych w formie deklaracji o charakterze tymczasowym, mającej formę proaktywnego zakazu, stała się zapisem stałym, znajdującym się w Regulaminie haskim. Delegaci uznali, że wprowadzenie zakazu bombardowania miast niebronionych w jakibądź sposób znajduje dostateczne uzasadnienie humanitarne, ponieważ zapobiega możliwości wykonywania ataków z powietrza w większym zakresie, niż byłoby to dopuszczalne w wojnie lądowej. Pominęto przy tym zakres dyskusji, jaki toczył się w związku z przepisami tzw. IX Konwencji haskiej z 1907 roku na gruncie bombardowań morskich. Prawdopodobnie jednym z nieświadomych błędów prac przygotowawczych było uznanie kwestii stosowania Deklaracji z 1899 roku jako elementu dyskusji związanej z regulacją Konwencji z 1899 roku o prawach i zwyczajach obowiązujących w wojnie lądowej, co naturalnie ograniczyło zakres dyskusji.

15.5. Bombardowania morskie na konferencji haskiej z 1907 roku

Kwestia bombardowań morskich nie była przedmiotem rozwiązania traktatowego na pierwszej konferencji haskiej w 1899 roku. Z uwagi na powyższe trzeciej komisji powierzono zadanie przygotowania projektu nowej konwencji, która obejmie swym zakresem zagadnienie związane z atakowaniem niebronionych miast i obszarów zabudowanych przez siły morskie. Propozycję unormowania zagadnienia przedłożyli przedstawiciele kilku państw. Stany Zjednoczone podniosły ogólną regułę wynikającą z art. 25 Regulaminu do Konwencji z 1899 roku, jednocześnie podkreślając, że obszary zamieszkane mogą być poddane „przypadkowym zniszczeniom związanym z niszczeniem instalacji wojskowych, składów materiałów wojennych, okrętów wojennych w porcie, a także

215 R. E. Heinselman, *Aerial Warfare*, „The Canadian Law Times” 1913, vol. 33, s. 747.

w celu rekwizycji z obowiązkiem przedłożenia stosownego ostrzeżenia”²¹⁶. Delegacja włoska zaproponowała, aby tzw. Konwencja morska wprost odesłała do unormowań obowiązujących w wojnie lądowej, czyli art. 25–28, również podnosząc, „że bombardowanie miast niebronionych jest dopuszczalne, jeżeli jest konieczne w celu zniszczenia instalacji wojskowych, składów materiałów wojennych i okrętów wojennych”²¹⁷.

Łączna propozycja delegatów Stanów Zjednoczonych, Hiszpanii, Włoch, Holandii oraz Rosji zakładała, że „jeżeli jest to wymagane przez względy wojskowe, dopuszcza się zniszczenie instalacji wojskowych bądź morskich, składów broni, fabryk zbrojeniowych, wykorzystywanych przez wroga siły zbrojne, o ile dowódca zgłosił żądanie władzom lokalnym. Po upływie rozsądnego czasu oczekiwania, obszary zabudowane mogą być poddane zniszczeniu w granicach nieuniknionych szkód wynikających z bombardowania”²¹⁸. Przedstawiciele Francji wnosili o dodanie zapisu, który „nakazywał dokonywanie niszczeń obszarów zabudowanych w najmniejszym możliwym stopniu z uwagi na ogólną zasadę zakazu atakowania lokalizacji niebronionych”²¹⁹. Przedmiotem dyskusji na forum komisji stała się propozycja międzypaństwowa. Przewodniczący A. M. Beernaert podniósł, że istotą przyjęcia w 1899 roku zakazu bombardowań obszarów zamieszkałych przez ludność cywilną była potrzeba ochrony zasady, zgodnie z którą niewalczący nie mogą być obiektem działań zbrojnych, jeżeli nie biorą w nich udziału²²⁰. Zauważył, że wątpliwości zostały podniesione w związku z kwalifikacją sformułowania „bombardowanie miasta przybrzeżnego” jako aktu wojny morskiej, a nie lądowej²²¹. Komentując przedłożone propozycje, zaaprobował warunki zezwalające na atakowanie w wyjątkowych sytuacjach portów i lokalizacji nadmorskich, które są niebronione, uznając prawo walczących do destrukcji instalacji wojskowych²²². Podczas dyskusji nad projektem konwencji podniesiono niepraktyczność charakteru wymogu przedkładania stosowanego ostrzeżenia z uwagi na utratę możliwości taktyczno-strategicznych²²³. Wiele z delegacji uznawało ten zapis za zbędny, podtrzymując jednocześnie swoją akceptację poglądu związanego z możliwością atakowania określonych urządzeń i obiektów (sformułowanie to nie pojawiło się wprost podczas dyskusji nad treścią projektu) o znaczeniu wojskowym, położo-

216 J. B. Scott, *The Proceedings of the Hague...*, Nowy Jork 1921, s. 655.

217 *Ibidem*, s. 657–658.

218 *Ibidem*, s. 659.

219 *Ibidem*, s. 660.

220 „It is forbidden to harm in any way populations who take no part in the military operations; and, even between combatants all unnecessary infliction of injury is forbidden. These rules were the basis of the work of the First Hague Conference, and thenceforth form a part of positive international law”. *Ibidem*, s. 543.

221 *Ibidem*.

222 *Ibidem*, s. 544.

223 *Ibidem*, s. 546.

nych w obrębie lokalizacji niebronionych²²⁴. Z uwagi na powyższe zdecydowano się zmodyfikować obowiązek wydania uprzedniego ostrzeżenia poprzez dodanie sformułowania „o ile sytuacja wojskowa pozwala”²²⁵.

15.6. Deklaracja interepretacyjna Den Beer Poortugaela

Godne przytoczenia są rozważania członków trzeciej komisji pierwszego podkomitetu nad znaczeniem zwrotu „niebronione lokacje”. Wykładnię tego sformułowania przedstawił delegat Holandii Den Beer Poortugael. W jego ocenie w wojnie lądowej obszarem bronionym było w istocie miejsce, które może zostać zajęte bez oporu przez nadciągające wojska. Obroną miasta w rozumieniu przepisu mogą być zarówno fortyfikacje stałe, jak i tymczasowe, np. barykady miejskie²²⁶. W kontekście wojny morskiej dostrzeżono brak zdolności okrętów wojennych do zajęcia określonej lokalizacji znajdującej się na lądzie (z wyjątkiem łączonej operacji lądowo-morskiej)²²⁷. Delegat posługiwał się dla lepszego zobrazowania przykładem wybrzeża holenderskiego, które jest bronione przed możliwością desantu morskiego, jednocześnie podnosząc, że istniejące fortyfikacje nadmorskie nie sprawiają, że dane miasto (w tym przypadku Haga) może być uznane za bronione. Zalecał ostrożność w interpretacji pewnych norm mogących być pretekstem rozciągania skutków prowadzonych operacji zbrojnych względem lokalizacji, które nie spełniają testu obszaru bronionego²²⁸. W jego ocenie istnieje konieczność dokonywania ciągłego rozróżnienia pomiędzy obroną przybrzeżną a miastem znajdującym się w pobliżu obszaru przybrzeżnego, które może być zbombardowane tylko wtedy, gdy ma charakter miasta bronionego²²⁹. W trakcie dyskusji delegat

224 „As to Article 2, we do not see why, in undertaking the bombardment of defended towns, as, for example, military ports, the commander of the vessels should warn the authorities in advance. It is also difficult to understand the necessity of warning the local authorities regarding an attack on war-ships in ports or military or naval establishments, etc., and of waiting quietly for the local authorities to themselves destroy them”. *Ibidem*, s. 547.

225 *Ibidem*, s. 548.

226 „In land warfare there is no doubt; it is as clear as day. An armed force is marching toward a town. This town is either fortified or open. Even if it is ordinarily open the entrances might be defended by temporary fortifications, breastworks, barricades and tambours”. *Ibidem*, s. 549.

227 „Naval forces do not march towards a town. Their aim is not to possess themselves thereof except in case they act conjointly with land forces”. *Ibidem*.

228 „Scheveningen is, so to speak. The Hague. Would one, because of the defense of the Scheveningen coast, be able to regard The Hague as defended in order to bombard this open town? No, certainly not. The enemy certainly has every right to use his artillery against our artillery and the other defenses of the coast, to whatever extent he deems advisable, but he has no right to bombard the town under the pretext that it is a defended town”. *Ibidem*, s. 550.

229 *Ibidem*.

portugalski wnosił o doprecyzowanie pojęcia miasta niebronionego²³⁰. W odpowiedzi uznano, że deklaracja Den Beer Poortugaela będzie oficjalnie zarejestrowana w protokołach konferencji i będzie służyła jako wykładnia sformułowania, jednocześnie zaznaczając, że stworzenie bardziej precyzyjnego sformułowania jest utrudnione w kontekście projektu²³¹. Do powyższego zastrzeżenia nie złożono w toku prac trzeciej komisji sprzeciwu. W raporcie sprawozdawcy podkomisji podkreślono, że samo istnienie fortyfikacji nie przesądza o możliwości zakwalifikowania danego obszaru jako „ufortyfikowany”, jeżeli nie są one faktycznie obsadzone przez załogę²³². Wskazano na istotne trudności w sformułowaniu wiążącej definicji „bronione” bądź „niebronione”²³³.

15.7. Dyskusja nad listą celów wojskowych w IX Konwencji haskiej z 1907 roku

Inna część dyskusji koncentrowała się wokół kategorii instalacji, przewidzianych do bombardowania portów bądź obszarów przybrzeżnych niezależnie od ich statusu. Delegat Niemiec zwrócił uwagę, że oprócz instalacji wojskowych w obszarze zabudowanym mogą istnieć inne elementy infrastruktury, do których zniszczenia walczący może mieć „znaczące powody natury wojskowej”, jak np. ważne skrzyżowanie dróg kolejowych bądź zapasów należących do prywatnego podmiotu²³⁴. Powyższy wniosek wzbudził pewne kontrowersje pomiędzy uczestnikami konferencji, poprzez dodanie sformułowania „fabryk i zapasów” jako kolejnej kategorii obiektów, które mogą być zniszczone w lokalizacji o charakterze niebronionym, którzy uznali powyższe zmiany jako zbyt daleko idące²³⁵. Przedstawiciel Holandii podniósł, że wprowadzenie możliwości atakowania danej lokalizacji z uwagi na istnienie zapasów mogło sprowadzić się do możliwości objęcia zakresem bombardowania całego obszaru przybrzeżnego ośrodka miejskiego. W efekcie wprowadzono poprawkę, w wyniku której zamieniono zwrot „zapasów” na sformowanie francuskojęzyczne *war materiel*, oznaczające materiały wojenne²³⁶. Ustalenia te

230 „Captain Burlamaqui de Moura requests a precise definition of an «undefended town»”. *Ibidem*, s. 551.

231 *Ibidem*; *International Law Topics and Discussions*, Naval War College, Waszyngton 1914, s. 73–75.

232 „In the first place, it should be firmly established that the existence of fortifications does not of itself suffice to permit the bombardment of the place fortified if the fortifications are not defended”. J. B. Scott, *The Proceedings of the Hague...*, Nowy Jork 1921, s. 551.

233 „We believed that we should refrain from formulating a definition in the text itself of the project, in view of the difficulty of defining precisely this purely negative idea”. *Ibidem*, s. 344.

234 *Ibidem*, s. 551.

235 *Ibidem*.

236 „Rear Admiral Siegel says that he is willing to withdraw the word «supplies» since the expression «war materiel» which is now in Article 5 is entirely satisfactory to him”. *Ibidem*, s. 552.

zostały zaakceptowane większością głosów uczestników podkomisji, a następnie przedłożone pod dyskusję całej komisji. Zaakceptowano jednomyślnie ogólną zasadę zakazu atakowania obszarów niebronionych (w nowej numeracji określonego jako art. 1)²³⁷. W kontekście art. 2 podniesiono, że dyspozycje obydwu przepisów mają ściśle powiązanie, poprzez zastosowanie zwrotu „pomimo/jednakże”, co świadczy o uznaniu art. 2 za normę wprowadzającą wyjątek od zakazu bombardowań obszarów niebronionych²³⁸. Raport sprawozdawcy podkreślał, że art. 2 jest wynikiem uznania przez delegatów konferencji odrębności występujących na gruncie wojny lądowej i morskiej, co powinno w konsekwencji prowadzić do przyjęcia odrębnego reżimu prawnego. Uznano prawo walczących do niszczenia pewnego typu obiektów także w sytuacji braku podstaw do uznania danej lokalizacji za bronioną²³⁹. Całkowity zakaz bombardowania w wersji przyjętej na gruncie dokumentu dotyczącego prawa i zwyczajów obowiązujących w wojnie lądowej uznano za niepraktyczny i niemożliwy do przestrzegania²⁴⁰. Brakowało jednomyślności co do wskazania właściwego momentu podjęcia ataku morskiego, a przede wszystkim zasadniczy rozdzźwięk panował w zakresie stosowania uprzedniego ostrzeżenia. Zapisy dyskusji ujawniają również obawy uczestników konferencji związane z atakowaniem obszarów niebronionych, gdzie uprawnienie do bombardowania szerokiej kategorii obiektów stwarzało realne zagrożenie dla ludności cywilnej, zwłaszcza w wypadku względnego i fakultatywnego charakteru stosowanego ostrzeżenia²⁴¹. W tym zakresie popularność zaczęła uzyskiwać francuska wersja art. 2 projektu konwencji podkreślająca, aby w przypadku podjęcia ataku na obszar niebroniony ograniczyć zakres destrukcji do minimum, a także wprowadzić warunkowe ostrzeżenie „o ile sytuacja wojskowa pozwoli”²⁴². Uzyskała ona całkowite poparcie wielkich mocarstw morskich (Stanów Zjednoczonych, Niemiec, Austro-Węgier, Francji, Wielkiej Brytanii, Japonii, Rosji).

Ostatecznie przyjęty dokument oznaczony jako IX Konwencja haska o bombardowaniach morskich w czasie wojny z 1907 roku w art. 1 zakładał zakaz

237 *Ibidem*, s. 343.

238 *Ibidem*, s. 346.

239 *Ibidem*.

240 „Indeed the Commission is unanimously in favour of prohibiting bombardment of undefended towns; but, on the other hand, to lay down a prohibition that is too absolute would be placing commanders of naval forces in a position where it would be impossible to obey”. *Ibidem*, s. 348.

241 „The question is, whether to permit destruction by bombardment and with suddenness, without any warning, of the public and private depots, not only the installations adapted to serve the fleet and the army but also shipyards, bridges, railway stations, etc. Where is the town which, if bombarded in these circumstances, will not suffer incalculable damage from projectiles that fall on establishments and occupied places, in the streets and accidentally upon numerous neighboring dwellings?”. *Ibidem*, s. 349.

242 *Ibidem*, s. 350.

bombardowania niebronionych portów, miast, osad oraz wsi, które są niebronione²⁴³. Artykuł 2 przepisu po negocjacjach uzyskał formę zbliżoną do francuskiej propozycji. Przepis tego artykułu stanowi, że instalacje wojskowe, morskie, składy materiałów wojennych, warsztaty i fabryki mogące zostać wykorzystane przez stronę walczącą oraz statki wojenne znajdujące się w porcie. W razie szczególnych względów natury wojskowej, uznając ogólny zakaz atakowania obszarów niebronionych, dowódca floty mógł podjąć bombardowanie bez ostrzeżenia z wymogiem zachowania wszelkich środków ostrożności dla ludności cywilnej. Z zastrzeżeniami dotyczącymi w większości art. 1 głosowały za przyjęciem wszystkie państwa uczestniczące w konferencji²⁴⁴.

15.8. Odmienność zasad regulujących bombardowania lądowe i morskie

Reguły rządzące bombardowaniami morskimi zostały w znacznej mierze zmodyfikowane w stosunku do odpowiedniej regulacji występującej na gruncie operacji lądowych. Delegaci państw przyjęli, że całkowity zakaz bombardowania niebronionych lokalizacji w kontekście wojny morskiej nie może mieć charakteru absolutnego. Podkreślono w tym zakresie zdecydowaną odmienność charakterystyki działań floty wojennej, która w przeciwieństwie do oddziałów lądowych nie posiadała zdolności do zajmowania określonego terytorium. Artykuł 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku zakładał możliwość atakowania określonej kategorii celów, którym można przypisać charakter celów wojskowych we współczesnym rozumieniu. Niemniej zwłaszcza w kontekście fabryk oraz składów materiałowych istotną trudnością była ocena rzeczywistej wartości tych obiektów dla wkładu wojennego strony przeciwnej, skoro przepis nie przedstawiał żadnych konkretnych przesłanek w tej mierze, a bazował przy tym jedynie na potencjalnej możliwości wykorzystania danych materiałów. Pojawił się także obowiązek zachowania wszelkich środków ostrożności w przypadku bombardowania obiektów położonych w granicach lokalizacji niebronionych. Warto podnieść, że w trakcie dyskusji plenarnych ujawniły się głosy sygnalizujące potrzebę lepszego zdefiniowania sformułowania „miejscowości niebronione”. Już wtedy przyznano, że możliwość wyraźnego określenia zakresu tego zwrotu jest utrudniona w kontekście warunków prowadzenia wojny morskiej. Wprowadzone rozwiązania z pewnością w znacznie większym zakresie uwzględniały wszystkie aspekty związane z prowadzeniem wojny morskiej. Kluczowym aspektem było podobnie jak w kontekście

243 „It is forbidden to bombard by naval forces undefended ports, towns, villages, dwellings or buildings. (...) A place cannot be bombarded solely because automatic submarine contact mines are anchored off the harbor”. *Ibidem*.

244 *Ibidem*, s. 88–89.

wojny powietrznej przyjęcie braku możliwości zajmowania lokalizacji. Problematyczne jednak było ustalenie, w jaki sposób oceniać, czy dana miejscowość ma charakter broniowej bądź nie. Istniejące zapisy spotkań plenarnych i obrad ujawniają, że w ich trakcie ustalono, że porty i miasta przybrzeżne mogą być przedmiotem bombardowania morskiego, jeżeli dysponują środkami walki przeciwokrętowej, np. artylerią przybrzeżną. Katalog celów wojskowych należy uznać za zgodny z logiką wojskową i na tyle szeroki, że nawet przyjęcie, iż art. 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku zawierał enumeratywny katalog obiektów, nie zmienia faktu, że zakres stosowania tej normy pozwalał na objęcie nim właściwie każdej budowli o znaczeniu wojskowym.

16. Sesja Instytutu Prawa Międzynarodowego w 1910 roku

Zagadnienie komunikacji lotniczej w warunkach pokoju było ponownie przedmiotem sprawozdania Paula Fauchille'a na kolejnej sesji Instytutu Prawa Międzynarodowego w 1910 roku. Francuski profesor komentował rozwiązania przyjęte na gruncie projektu paryskiego z 1909 roku, jednocześnie stopniowo zmieniając stanowisko co do wcześniej przyjętej zasady wolności przestrzeni powietrznej, nazywając ją w 1910 roku koncepcją wolności żeglugi powietrznej, która podlega ograniczeniom z uwagi na bezpieczeństwo państwa oraz jego obywateli²⁴⁵. Fauchille próbował w tej mierze połączyć kwestię ogólnego zwierzchnictwa państwa w swej przestrzeni powietrznej (jako *res communis*) z naturą powietrza jako elementu nieuchwytnego (jak *res nullius*), uznając przy tym, że zasada pełnej suwerenności pozostaje w zupełnym konflikcie z postulatem Johna Westlake'a w zakresie przyznania uprawnienia do nieszkodliwego przelotu nad własnym terytorium. Francuski badacz międzynarodowego prawa lotniczego zwracał uwagę na inne ułomności zasady pełnej suwerenności państwa we własnej przestrzeni powietrznej. Podnosił, że w czasie wojny, przy przyjęciu, że powietrzne jest wolne, wrogie statki powietrzne nie mogą dokonywać aktów zbrojnych nad obszarem państw neutralnych, jednocześnie mając prawo do przelotu nad nim. W jego odczuciu pełna suwerenność państwa uniemożliwi walczącym prowadzenie działań wojennych w przestrzeni powietrznej, jeżeli są one oddzielone państwem neutralnym i nie mają wspólnych granic, wskazując tutaj przykład Grecji i Bułgarii²⁴⁶. Fauchil-

²⁴⁵ *Annuaire de l'Institut...*, vol. XXIII, s. 298.

²⁴⁶ W okresie obrad Instytutu Grecja i Bułgaria nie miały wspólnej granicy lądowej. Została ona ustanowiona w wyniku rezultatu tzw. I i II wojny bałkańskiej (1912–1913).

le podnosił, że prawo swobodnego przelotu w przestrzeni powietrznej może podlegać arbitralnym ograniczeniom np. w wyniku uznawania przelotu statku powietrznego za zagrożenie z powodu hipotetycznej możliwości jego spadnięcia na terytorium danego państwa. Przeciwstawiał niepewności i arbitralności prawa nieszkodliwego przelotu sztywne regulacje rządzące prawami państwa do zamykania pewnych stref powietrznych z uwagi na tzw. prawa konserwujące²⁴⁷. Sprawozdawca Instytutu zrewidował także wysokość strefy zastrzeżonej, uznając że poziom 1500 metrów jest w świetle postępów fotografii lotniczej poziomem niedostatecznym dla ochrony przed działalnością wywiadowczą – jako rozwiązanie w tej mierze proponował wprowadzenie regulacji zakazujących przenoszenia aparatury typu szpiegowskiego na pokładach statków powietrznych oraz wprowadzenie specjalnych obszarów ochrony wojskowej, wokół których prowadzenie komunikacji lotniczej nie byłoby dopuszczalne²⁴⁸. W konsekwencji francuski profesor zaktualizował swoje propozycje zgłoszone na gruncie projektu z 1902 roku. Artykuł 7 projektu zakładał, że „żegluga powietrzna jest wolna, lecz każde z państw ma prawo do egzekwowania praw niezbędnych do ochrony jego terytorium, bezpieczeństwa narodowego oraz ochrony ludności zamieszkującej jego obszary”. W art. 8 podkreślono, „że w celu ochrony swych praw państwo może zamykać określone części atmosfery, w szczególności może zabraniać żeglugi powietrznej nad i wokół umocnionych obszarów”.

W ocenie niemieckiego delegata von Baara proste odwołanie się do analogii międzynarodowego prawa morza i prawa lotniczego nie może być we wszystkich przypadkach uzasadnione. Niemiecki autor podkreślił, że zagrożenia płynące dla ludności związane z nieuregulowaną żeglugą powietrzną o charakterze nieograniczonym są znacznie poważniejsze niż w przypadku żeglugi morskiej. Brakowało również technicznych możliwości weryfikacji tego, na jakiej wysokości znajduje się statek powietrzny, a także wskazywano na rozmaite okoliczności, które mogą wpływać na fakt naruszenia zastrzeżonych stref powietrznych²⁴⁹. Von Baar uznawał, że powyższe czynniki muszą prowadzić do porzucenia zasady wolności żeglugi na rzecz międzynarodowej regulacji, która unormuje warunki wykonywania suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej²⁵⁰. Autor skomentował też perspektywę Paula Fauchille’a na kwestię regulacji użycia lotnictwa podczas wojny, podnosząc, że analogiczne stosowanie zasad rządzących wojną morską jest nieprawidłowe, zwłaszcza w zakresie prawa do przyz (konfiskaty statków handlowych)²⁵¹.

247 *Annuaire de l'Institut...*, vol. XXIII, s. 301.

248 *Ibidem*, s. 302.

249 *Ibidem*, s. 313–314.

250 *Ibidem*, s. 314.

251 *Ibidem*, s. 316.

17. Sesja Instytutu Prawa Międzynarodowego w 1911 roku

Sprawozdawca Instytutu na sesji w 1911 roku podkreślił konieczność rozważenia zagadnień rządzących wykorzystaniem samolotu w warunkach przyszłej wojny, wskazując na rosnące zainteresowanie lotnictwem w kręgach wojskowych. Fauchille uznał, że materia wojny powietrznej dojrzała w zakresie technicznym i prawnym, by próbować stworzyć kodeks wojny powietrznej. Podkreślono w tej mierze istnienie regulacji dotyczących wojny lądowej oraz morskiej, które powstały na konferencji dyplomatycznej w Hadze w 1907 roku. Fauchille podkreślił, że reżim wojny powietrznej będzie zawierał regulacje poświęcone wyłącznie wojnie powietrznej i odrębne od zasad rządzących działaniami zbrojnymi na lądzie i morzu, z uwzględnieniem przepisów obowiązujących w przypadku innych działań wojennych²⁵². Analogię, zdaniem francuskiego badacza, powinno się stosować jako formę zasymilowania przepisów wojny powietrznej z normami obowiązującymi w wojnie morskiej w większym stopniu niż w wojnie lądowej. Przemawiała za tym m.in. kwestia zagarnięcia nieprzyjacielskiej własności na morzu, która powinna być uregulowana zgodnie z przepisami obowiązującymi w przypadku działań morskich. Podobnym problemem była kwestia dopuszczalnego zakresu przekształcenia cywilnych (prywatnych) statków powietrznych w wojskowe. Fauchille uznawał, że pozostawienie balonów na służbie wojsk lądowych czy też morskich nie powoduje, iż powinno się je traktować jako środki walki na lądzie bądź morzu i w ten sposób dokonywać analogicznego rozciągnięcia przepisów regulujących te wymiary prowadzenia działań zbrojnych²⁵³. Badacz podkreślił, że bombardowania lotnicze są faktem, z którym prawnicy muszą się zmierzyć w pełnym zakresie, także pomimo przyjęcia stosownej deklaracji w 1907 roku.

18. Projekt prawa wojny powietrznej Paula Fauchille'a

Z uwagi na powyższe względy, a także biorąc pod uwagę rezolucje Instytutu Prawa Międzynarodowego z 1910 roku dotyczące przygotowania projektu rozwiązań odnoszących się do operacji powietrznych w warunkach wojny, Paul Fauchille przygotował projekt kodeksu wojny powietrznej.

²⁵² *Annuaire de l'Institut...*, vol. XXIV, s. 24.

²⁵³ *Annuaire de l'Institut...*, vol. XXIII, s. 25.

Art. 1. Strony wojujące mają prawo w jakiegokolwiek części atmosfery prowadzić działania zbrojne nad własnym lądem, morzem i wybrzeżami. Zakazane jest prowadzenie działań zbrojnych w sposób, który może powodować powstanie zniszczeń na terytorium kraju neutralnego, w szczególności prowadzenie walk w bliskości zasięgu uzbrojenia statku powietrznego²⁵⁴.

Dyspozycja przepisu zawężała możliwość prowadzenia wojny powietrznej jedynie do granic państw walczących. Projektodawcy w szczególności zależało na uniknięciu możliwości powstania szkód na terenie państw neutralnych, co wpływało na zakaz walki powietrznej w strefie przygranicznej. Dalsze uwagi dotyczyły kwestii cyrkulacji wojskowych statków powietrznych nad obszarami zajmowanymi przez państwa neutralne, sprowadzając się w istocie ponownie do sporu w zakresie forsowanej przez francuskiego autora zasady wolności powietrza. Sprzeciwiał się temu wyrażnie przedstawiciel doktryny niemieckiej, uznający konieczność całkowitego zakazu korzystania przez statki powietrzne wojujących z przestrzeni powietrznej państw neutralnych²⁵⁵.

Art. 2. Nie uważa się za wojujące, z zastrzeżeniem treści artykułu 3, aerostatów wojskowych, o ile nie posiadają one wyraźnego państwowego przeznaczenia wojskowego i nie są dowodzone przez umundurowanego oficera. Wojskowe statki powietrzne powinny przy tym posiadać widoczne i wyraźne oznaczenie²⁵⁶.

Obserwując obrady Instytutu Prawa Międzynarodowego w zakresie dotyczącym statusu państwowych i wojskowych statków powietrznych, należy dostrzec stopniowe i jednolite traktowanie przesłanek nabycia przez dany statek powietrzny statusu wojskowego. Pierwszym wyznacznikiem było pozostawanie danego aerostatu na służbie państwowej o charakterze wojskowym. Drugim był fakt posiadania umundurowanego dowódcy w stopniu oficerskim. Trzecim elementem było posiadanie przez aerostat wyraźnego i widocznego znaku przynależności narodowej²⁵⁷. Pierwszy wymóg dotyczył charakterystyki statku powietrznego jako technicznie i konstrukcyjnie przystosowanego do określonych zadań na użytek sił zbrojnych (odrębnym zagadnieniem była możliwość dokonywania konwersji statku w wersji pasażerskiej na wersję wojskową). Drugim elementem było wymaganie wprost odnoszące się do statusu załogi wojskowego statku powietrznego – konieczność umundurowania była związana z zapobieżeniem możliwości traktowania pojmanych pilotów bądź załogantów jako szpiegów. Pośrednio z tym powiązana była także konieczność posiadania wyraźnego oznaczenia przynależności państwowej.

254 *Ibidem*, s. 28.

255 *Ibidem*, s. 139.

256 *Ibidem*, s. 28.

257 *Ibidem*, s. 66.

Art. 3. Stosowanie aerostatów typu sportowego jest zabronione pomiędzy walczącymi. Jednak prywatne aerostaty mogą zostać wcielone do służby wojskowej pod warunkiem pozostawania pod kierownictwem oficera strony walczącej oraz posiadania wyraźnych oznaczeń²⁵⁸.

Art. 4. Przekształcenie prywatnego aerostatu w wojskowy może nastąpić podczas wojny na terytorium bądź wodach terytorialnych państwa – właściciela aerostatu, na morzu otwartym, w przestrzeni powietrznej także państw neutralnych pod warunkami określonymi Konwencją haską z 1907 roku dotyczącej przekształcenia statków handlowych w okręty wojenne. Prywatne aerostaty przekształcone w statki wojskowe nie mogą zmienić swojego statusu przez cały okres prowadzenia działań wojennych²⁵⁹.

Artykuły 3 i 4 były wyrazem zastosowania analogii do praktyk mających miejsce na gruncie wojny morskiej, gdzie istniała możliwość przekształcenia statków handlowych w okręty wojenne. Powyższy przepis wiąże się z koncepcją Paula Fauchille'a w zakresie wolności przestrzeni powietrznej. Przyjęcie odrębnego poglądu związanego z uznaniem pełnej suwerenności państwa do słuza powietrza rozciągającego się nad jego terytorium wiązałoby się z przyjęciem przeciwnego stanowiska, gdyż zezwolenie na możliwość konwersji nad obszarami zajmowanymi przez państwa neutralne prowadziłoby do naruszenia zasad neutralności²⁶⁰. Wyrazem utrzymania idei wolnego powietrza był także art. 23. Wskazywał, że neutralne aerostaty są uprawnione do korzystania z przestrzeni powietrznej państw walczących powyżej wysokości 11 000 metrów pod rygorem uznania lotu za mający charakter szpiegowski²⁶¹.

Art. 5. W wojnie powietrznej powinno się stosować, jak najbardziej szeroko, odpowiednio IV Konwencję haską z 1907 roku regulującą prawa i zwyczaje obowiązujące w wojnie lądowej i morskiej. Przepisy działu I rozdziału II, przepisy działu II rozdziału I oraz działu II rozdziału III Konwencji haskiej z 1907 roku o prawach i zwyczajach obowiązujących w wojnie lądowej są stosowane do reżimu wojny powietrznej²⁶².

Art. 6. Zakazuje się zrzucania z balonów pocisków bądź bomb przeznaczonych wyłącznie do rozsiewania gazów bądź pocisków rozplaszczających się w ludzkim ciebie zgodnie z przepisami II i III Deklaracji haskiej z 1899 roku.

Art. 7. Zabrania się bombardowania niebronionych miast i wsi. Reguły dotyczące bombardowań w wojnie lądowej oraz morskiej Konwencji haskiej z 1907 roku stosuje się do bombardowań powietrznych²⁶³.

258 *Ibidem*, s. 28.

259 *Ibidem*, s. 29.

260 *Ibidem*, s. 68.

261 *Ibidem*, s. 34.

262 *Ibidem*, s. 29.

263 *Ibidem*.

Fauchille zwracał uwagę na konieczność odpowiedniego stosowania przepisów (a nie wprost), czyli w zakresie, w jakim byłoby to zgodne z charakterem i potrzebami wojny powietrznej. W szczególności dla sprawozdawcy w warunkach walk powietrznych zastosowanie powinny mieć normy regulujące status jeńców wojennych (dział I, rozdział II Konwencji haskiej z 1907 roku o prawach i zwyczajach obowiązujących w wojnie lądowej), zasady szkodenia nieprzyjacielowi (w zakresie wiarołomstwa i fortelu – dział II, rozdział I), a także przepisy działu II, rozdziału III (o parlamentarzach). Francuski autor odwołał się także do przepisów dotyczących wojny morskiej. Ponieważ jednak na II konferencji pokojowej nie doszło do przyjęcia regulacji o prawach i zwyczajach obowiązujących w wojnie morskiej, zamiarem delegatów było wprowadzenie zasady odpowiedniego stosowania przepisów rządzących w wojnie lądowej do norm obowiązujących w wojnie morskiej²⁶⁴. Zasadniczym wyjątkiem w tej mierze była jednakże kwestia bombardowań miast, wsi i osad przez siły morskie, co stało się podstawą przyjęcia nowej regulacji traktatowej w postaci IX Konwencji haskiej z 1907 roku o bombardowaniach morskich. Francuski autor uważał, że wiodącym reżimem (*en principe*) rządzącym zasadami wojny powietrznej powinny pozostać reguły obowiązujące w wojnie morskiej. Dopuszczał (*mais non exclusivement*) jednak możliwość stosowania również, w zależności od potrzeb, wymienionych powyżej norm IV Konwencji haskiej z 1907 roku o wojnie lądowej²⁶⁵.

Zaproponowane przez francuskiego autora rozwiązanie legislacyjne było ocenione przez komentatorów Instytutu (Rolina, Meuerra, Melili) jako częściowo wprowadzające w błąd co do rzeczywistej treści regulacji wojny powietrznej (*général de la formule de cet article a pu induire en erreur*)²⁶⁶. Ze stanowiskiem tym należy się zgodzić. Przede wszystkim najwięcej wątpliwości budzi rozwiązanie problemu bombardowań powietrznych. Artykuł 25 Regulaminu do IV Konwencji haskiej z 1907 roku znajduje się w dziale II, rozdziale I konwencji – co sygnalizuje, że zamiarem Fauchille'a było uznanie tego rozdziału za mający w pierwszej kolejności zastosowanie do warunków wojny powietrznej. Z drugiej strony francuski sprawozdawca wskazywał, że reżim prawny wojny morskiej jest znacznie lepiej dostosowany względem charakterystyki prowadzenia działań wojennych, dopuszczając odpowiednie stosowanie przepisów obowiązujących względem floty wojennej. Połączenie tych elementów powoduje powstanie pewnego chaosu legislacyjnego, gdyż np. w przedmiocie bombardowań powietrznych zakaz atakowania rejonów niebronionych ma wymiar absolutny w wojnie lądowej, gdy w kon-

264 *Ibidem*, s. 69.

265 „que la guerre aérienne doit être assimilée à la guerre maritime plutôt qu'à la guerre continentale: il faut, suivant les cas, lui appliquer les règles de l'une ou de l'autre; les cas où on doit s'inspirer de celles de la guerre maritime seront toutefois plus nombreux que ceux où on doit suivre celles de la guerre sur terre”. *Ibidem*, s. 70.

266 „Le caractère un peu trop général de la formule de cet article a pu induire en erreur; sur sa portée certains membres de la commission”. *Ibidem*, s. 69.

tekście operacji morskich podlega istotnym ograniczeniom. Chaos ten może, jednakże mieć charakter jedynie pozorny. W toku dyskusji nad treścią art. 7 jeden z komentatorów przepisu wniósł o przyjęcie poprawki do przyjętego projektu, podnosząc, że zakaz bombardowania nie dotyczy okrętów wojennych, składów materiałów wojennych oraz doków²⁶⁷. Odpowiedzią sprawozdawcy na ten wniosek było wskazanie jako właściwych zapisów prawnych Konwencji haskich z 1907 roku dotyczących bombardowania przez siły lądowe i morskie. Rozwiązałyby to ewentualne wątpliwości, a zmiana miałaby charakter *superfluum*. Jest to ważna uwaga, świadcząca o tym, że zdaniem Fauchille'a przepisy dotyczące bombardowań morskich będą stosowane w kontekście ataków z powietrza. Uwaga ta będzie rozważana w większym zakresie w dalszej części pracy.

Art. 8. Za szpiegowskie uznaje się aerostaty, które działając pod przykryciem bądź fałszywym pretekstem, zbierają bądź usiłują zbierać informacje nad terytorium państwa walczącego bądź obszarami lądowymi i morskimi zajmowanymi przez wrogie formacje wojskowe bądź grupy okrętów wojennych z zamiarem poinformowania strony przeciwnej. Nie są traktowani jako szpiegdy członkowie załóg aerostatów, którzy są umundurowani i wykonywali zadania na rzecz funkcji rozpoznawczych bądź komunikacyjnych pomiędzy różnymi częściami armii bądź też terytorium²⁶⁸.

Powyższy przepis dotyczył kwestii traktowania załóg statków powietrznych. Część komentatorów postulowała, aby uznać za szpiegowskie aerostaty, które nie posiadając znaków przynależności państwowej bądź wskazując fałszywą narodowość, prowadzą działalność obserwacyjną. Podnoszono także, aby traktować jako piratów/szpiegów załogi statków powietrznych, które dokonują bombardowania powietrznego, nie wypełniając jednocześnie definicji wojskowego statku powietrznego. Zdaniem sprawozdawcy powyższe propozycje zawierały się w pierwszym zdaniu art. 8, który obejmował generalny zakaz wiarołomnego wykorzystania flag, insygniów bądź symboli parlamentariuszy i Czerwonego Krzyża oraz przeciwnego państwa walczącego (art. 23(f) Regulaminu do IV Konwencji haskiej z 1907 roku o prawach i zwyczajach obowiązujących w wojnie lądowej)²⁶⁹. Pozostawały jednakże pewne wątpliwości związane ze statusem np. załóg uczestniczących w misjach bombowych. Skoro zdanie drugie art. 8 odnosiło się do jeńców wojennych jako osób, które będąc umundurowane, działają w służbach rozpoznania oraz komunikacji i utrzymują łączność z różnymi częściami armii lub terytorium, to pojawiła się wątpliwość względem statusu załogantów wykonujących misje bojowe np. o charakterze bombardowania strategicznego na zapleczu frontu. Co do zasady członkowie załóg tych statków

267 *Ibidem*, s. 141.

268 *Ibidem*, s. 30.

269 *Ibidem*, s. 72.

powietrznych działali na pokładach aerostatów spełniających status wojskowych statków powietrznych oraz byli umundurowani. Nie wykonywali jednak misji o charakterze rozpoznawczym bądź komunikacyjnym. Z drugiej strony z racji samego umundurowania i przebywania w oznaczonym statku powietrznym wykonywali funkcje o charakterze walczących i z tego też tytułu przysługiwałby im status jeńców wojennych.

Przepisy art. 9–19 projektu autorstwa Paula Fauchille’a regulowały kwestię zajęcia towarów znajdujących się na pokładzie, a także statusu aerostatów państwa walczącego znajdujących się na terytorium drugiego z państw walczących²⁷⁰. Artykuł 22 wprowadzał rozwiązania w zakresie wojny powietrznej analogiczne do znajdujących się w przepisach XIII Konwencji haskiej z 1907 roku o prawach i obowiązkach mocarstw neutralnych w razie wojny morskiej.

19. Komentarz do projektu kodeksu wojny powietrznej z 1911 roku

Bez wątpienia projekt Paula Fauchille’a był pierwszym kompleksowym rozwiązaniem zagadnienia wojny powietrznej w ujęciu prawnym. Reżim prawny wojny powietrznej dzięki pracom francuskiego badacza stał się odrębną częścią międzynarodowego prawa humanitarne. Autor prawidłowo przewidywał, że lotnictwo stanie się takim samym orężem prowadzenia działań zbrojnych jak narzędzia wykorzystywane w wojnie lądowej i morskiej. Wskazał także, że XIV Deklaracja haska z 1907 roku nie będzie respektowana w przyszłym konflikcie i z tej przyczyny zwrócił uwagę, aby eksperci prawa międzynarodowego nie tracili energii na jałowe (w jego ocenie) dyskusje nad legalnością bombardowania lotniczego *per se*, lecz zaakceptowali tę metodę prowadzenia działań wojennych jako legalną i poświęcili się kwestii uregulowania tej materii w sposób akceptowalny zarówno z perspektywy humanitarnej, jak i wojskowej. Fauchille dokonał istotnego postępu w tej mierze, decydując się na implementowanie do reżimu prawnego wojny powietrznej przepisów regulujących bombardowanie w wojnie morskiej i lądowej. Był to istotny przełom, gdyż w przeciwieństwie do delegatów uczestniczących w obradach II konferencji pokojowej w Hadze w 1907 roku Fauchille uniknął „tunelowości” prawniczej i pozostał konsekwentny w swej wizji asymilacji prawa wojny morskiej i powietrznej. W ten sposób zagadnienie związane z absolutnym zakazem atakowania obszarów niezabudowanych w wojnie lądowej zostało w znacznym stopniu zmodyfikowane

²⁷⁰ *Ibidem*, s. 76–100.

przez wprowadzenie możliwości stosowania norm obowiązujących w wojnie morskiej, dopuszczających niszczenie określonych kategorii obiektów także w sytuacji, gdy lokalizacja nie ma charakteru bronionego. Francuski sprawozdawca w tym kontekście wykazał się znaczną dalekowzrocznością prawniczą. Unormowania przedstawione na gruncie koncepcji z 1911 roku miały charakter kompleksowy i objęły swoim zakresem wiele zagadnień.

Charakterystyczny jest fakt, że większość prawników działających w Instytucie nie podzielała przenikliwej oceny zjawiska wojny powietrznej Paula Fauchille'a, uznając, że nowe możliwości prowadzenia działań wojennych są niezgodne z aktualnie obowiązującym prawem międzynarodowym bądź mają niehumanitarny charakter, co będzie dostatecznym powodem wprowadzenia prewencyjnego zakazu rozwijania tej technologii (twierdząc wprost, że nie może istnieć zjawisko wojny powietrznej)²⁷¹. Nie dostrzegano przy tym okoliczności, że w 1907 roku jedynie część państw zdecydowała się na sygnowanie dokumentu, a w szczególności faktu braku poparcia głównych mocarstw tamtego okresu, oraz wyjątkowego postępu techniki lotnictwa wojskowego. W swej doskonałej replice do powyższych zarzutów odniósł się sprawozdawca Instytutu. Dla Fauchille'a walka powietrzna była odzwierciedleniem warunków panujących na morzu oraz lądzie. Z uwagi na to zarówno wymiana ognia pomiędzy statkami powietrznymi (walka powietrze – powietrze), jak i pomiędzy statkami powietrznymi a obiektami znajdującymi się na lądzie ma wymiar uprawniony²⁷². Podkreślono, że główne wysiłki specjalistów powinny kierować się nie względem próby zdelegalizowania tego środka walki jako samego w sobie, lecz wobec tego, by wymiar wojny powietrznej został ograniczony jedynie do szkodenia siłom zbrojnym nieprzyjaciela, bez możliwości atakowania ludności cywilnej oraz niebronionych miast i wiosek. Francuski sprawozdawca odpierał także argumentację polegającą na przedstawieniu rozważań o charakterze humanitarnym, wskazując, że torpedy i miny morskie są bronią mogącą mieć charakter „perfidnych”, a znajdują się w powszechnym użytku flot wojennych różnych państw²⁷³.

W głosowaniu nad przyjęciem końcowej rezolucji odnoszącej się do wojny powietrznej odrzucono wniosek T. Hollanda i J. Westlake'a, aby zakazać wojskowym statkom powietrznym wykonywania jakichkolwiek aktów wrogości bądź ewentualnie ograniczyć ich działanie jedynie do zadań niebojowych²⁷⁴. Ostatecznie stosunkiem głosów 14 do 7 przyjęto rezolucję, w ramach której uznano „wojnę powietrzną za dopuszczalną, ale pod warunkiem, że nie tworzy ona większego niebezpieczeństwa dla ludności cywilnej niż wojna morska bądź lądowa”²⁷⁵.

271 *Ibidem*, s. 53.

272 *Ibidem*, s. 56–57.

273 *Ibidem*, s. 58.

274 *Ibidem*, s. 343.

275 *Ibidem*, s. 346.

20. Projekt praw wojny powietrznej V. Le Moyne'a

Zadania stworzenia kompleksowego kodeksu poświęconego wojnie powietrznej podjął się także inny francuski uczony V. Le Moyne, który na łamach swojej rozprawy doktorskiej w 1913 roku zaproponował własny projekt regulacji²⁷⁶.

*Art. 1. Wojna powietrzna jest dozwolona i odpowiednio regulowana przez przepisy obowiązujące w wojnie morskiej i lądowej*²⁷⁷.

*Art. 2. Teatr wojny powietrznej jest wyznaczany granicami państw walczących nad ich morzem terytorialnym oraz morzem otwartym*²⁷⁸.

Art. 3. Na czas wojny zabrania się wszystkim statkom powietrznym walczących przelotu nad terytorium państw neutralnych i vice versa.

Art. 4. W razie wybuchu wojny wszelkie statki powietrzne – cywilne oraz prywatne, mogą zostać zajęte w ramach teatru wojny. Wszystkie zajęte statki powietrzne powinny być zwrócone po zakończeniu wojny; ewentualnie ekwiwalent powinien zostać wypłacony.

Art. 5. Walczący mogą podjąć wszelkie działania względem neutralnych statków powietrznych znajdujących się na ich terytorium.

Art. 6. Za szpiegów mogą zostać uznani jedynie członkowie załogi samolotu działającego w ukryciu bądź pod fałszywym pretekstem, z zamiarem zebrania informacji o przeciwniku.

Art. 7. Status statku powietrznego powinien zostać ustalony na podstawie oznaczeń państwowych.

*Art. 8. Wojskowe statki powietrzne walczących, znajdujące się na terytorium państw neutralnych podlegają zajęciu. Zostaną zwrócone po zakończeniu wojny, załoga statku powietrznego podlega internowaniu*²⁷⁹.

W porównaniu do postanowień Instytutu Prawa Międzynarodowego z 1911 roku fundamentalną różnicą było uznanie zasadności postulatów doktryny niemieckiej na sesji w Madrycie i przyjęcie zupełnego zakazu przelotu statków powietrznych państw wojujących w przestrzeni powietrznej państw neutralnych. Odmienne także od stanowiska sprawozdawcy Instytutu P. Fauchille'a francuski badacz uznawał, że „niebezpieczeństwo bombardowań lotniczych o skali podobnej jak w przypadku ostrzału lądowego bądź morskiego jest niewielkie, a mies-

²⁷⁶ V. Le Moyne, *Le Droit Futur de la Guerre Aérienne: Thèse pour le Doctorat*, Nancy 1913.

²⁷⁷ *Ibidem*, s. 205.

²⁷⁸ *Ibidem*, s. 229; „Ainsi donc, dans la guerre aérienne, les hostilités auront lieu dans l'atmosphère qui domine le territoire de belligérants, leur mer territoriale et la mer libre. La circulation aérienne sera complètement interdite pour les belligérants au-dessus du territoire des neutres et pour les neutres au-dessus du territoire des belligérants et de leur mer territoriale”. *Ibidem*, s. 234.

²⁷⁹ *Ibidem*, s. 109–258.

kańcy niebronionych miast i wsi mogą być w tej mierze spokojni o swój los”²⁸⁰. W innym miejscu autor stwierdził, że „rola statków powietrznych będzie ograniczona wyłącznie do zadań czysto pomocniczych”²⁸¹. Z tego też powodu w art. 1 projektu Le Moyné’a ustanowiono, że wojna powietrzna będzie miała charakter legalny i będzie regulowana przez odpowiednie przepisy obowiązujące w wojnie morskiej i lądowej. Istotną i wciąż relewantną do dnia dzisiejszego obserwacją Le Moyné’a jest dostrzeżenie granic teatru działań lotnictwa wojskowego na wypadek konfliktu zbrojnego, opierającego się na granicach a) państw wojujących, b) ich morza terytorialnego, oraz c) morza otwartego. W dalszej części pracy autora znajdował się szeroki komentarz względem projektu Instytutu Prawa Międzynarodowego z 1911 roku, zwłaszcza w przedmiocie zasady wolności żeglugi powietrznej oraz zasad neutralności.

21. Projekt prawa wojny powietrznej autorstwa Jamesa M. Spaighta

Wielką wartość w badaniu prawa wojny powietrznej mają studia poczynione przez brytyjskiego prawnika oraz pilota Jamesa M. Spaighta, który dokonał rozbudowanej analizy problemu z perspektywy I wojny światowej, okresu międzywojennego oraz II wojny światowej. Pierwsza pozycja odnosząca się do statusu lotnictwa wojskowego na wypadek konfliktu zbrojnego powstała jeszcze przed wybuchem wielkiej wojny w 1914 roku i podobnie jak opracowanie Le Moyné’a zawiera interesujące propozycje *de lege ferenda* odnoszące się do projektu zaproponowanego przez Instytut Prawa Międzynarodowego w 1911 roku. Spaight we wstępnych rozważaniach celnie wskazał, że regulacja art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku obowiązująca w kontekście bombardowań powietrznych ma charakter nieadekwatny do warunków wojny powietrznej²⁸². Posłużył się w tej mierze rozsądną analogią do działań marynarki wojennej, nieposiadającej fizycznej możliwości okupowania danej lokalizacji w sposób charakterystyczny dla sił lądowych²⁸³. Korzyść wojskowa wynikająca z działań okrętów może być jedynie uzyskana poprzez zniszczenie budynków o specyficznej wartości militarnej – adekwatnie to treści art. 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku. Tymczasem zdaniem autora charakter działań powietrznych ma wymiar zbliżony do operacji morskich, co wymusza

280 *Ibidem*, s. 127.

281 *Ibidem*, s. 205.

282 *Ibidem*, s. 32.

283 *Ibidem*, s. 15–17.

zgodę na ataki bez ostrzeżenia obszarów niebronionych, w których znajdują się cele wojskowe²⁸⁴.

Art. 1. Za wojskowy będzie uznawany statek powietrzny, a jego załoga za walczących pod warunkiem, że samolot jest podległy władzy i kontroli państwa walczącego, a także posiada widoczny znak przynależności państwowej o charakterze nieusuwalnym oraz jego załoga nosi mundur lub dystynkcje wojskowe, podlega dyscyplinie wojskowej oraz respektuje prawa i zwyczaje wojenne.

Spaight uznawał za niesatysfakcjonujące dotychczasowe idee definiujące status wojskowego statku powietrznego oraz jego załogi, podnosząc potrzebę ścisłego przestrzegania zasady odróżnienia walczących od ludności cywilnej²⁸⁵. Sam autor krytykował system malowanych oznaczeń stosowanych podczas wojny bałkańskiej jako niedostatecznie widoczny dla walczących²⁸⁶. W świetle przepisu wojskowym statkiem powietrznym były statki powietrzne 1) znajdujące się pod kontrolą państwa walczącego, 2) posiadające widoczny znak przynależności państwowej, 3) kontrolowane przez umundurowanych załogantów bądź posiadających wyraźne dystynkcje, podlegających dyscyplinie oraz respektujących prawa i zwyczaje wojenne. Ten ostatni wymóg – umundurowania – był traktowany jako szczególnie użyteczny w sytuacji, w której załoganci zostaliby zmuszeni do opuszczenia statku powietrznego, jako oznaka statusu walczących. Argument ten został oparty także na podstawie art. 30 francuskiego dekrety z 16 grudnia 1913 roku, który nakazywał, aby wojskowe statki powietrzne posiadały załogę umundurowaną i certyfikat potwierdzający wojskowy charakter samolotu oraz załogi²⁸⁷.

Art. 2. Załoganci wszelkich innych statków powietrznych biorący czynny udział w walkach mogą zostać pociągnięci do odpowiedzialności jako nieuprzywilejowani kombataneci, a ich samolot może zostać skonfiskowany. Czynny udział obejmuje przewożenie pasażerów będących jednocześnie członkami sił zbrojnych przeciwnika, dostarczanie wiadomości wywiadowczych dla przeciwnika (informacji bądź komunikacji sygnałowej, świetlnej bądź też telegraficznej), jak również przewożenie uzbrojenia jakiegokolwiek rodzaju.

284 *Ibidem*, s. 18–19. „Bombardowania powietrzne podlegają przepisom IX Konwencji haskiej z 1907 roku o bombardowania morskich w czasie wojny. Bombardowanie powietrzne winno uzyskać poprzednią autoryzację najwyższego dowództwa”.

285 „An aircraft shall be considered to be a military aircraft and its crew to be belligerents provided the aircraft is under the direct authority, immediate control, and responsibility of a belligerent Power, that it bears the distinctive sign of its character as a military aircraft of the said Power, irremovable and recognisable at a distance, and that its crew are subject to military discipline, observe the laws and customs of war, and wear the uniform or other distinguishing emblem of their national forces”. J. M. Spaight, *Aircraft in War*, Londyn 1914, s. 114.

286 *Ibidem*, s. 71.

287 *Ibidem*, s. 74.

Artykuł 2 konstytuował w tej mierze zakaz prowadzenia działań wojennych przez cywilów pod rygorem utraty ochrony przed skutkami działań wojennych, a także możliwości skonfiskowania statku powietrznego²⁸⁸. Zwraca uwagę wykorzystanie przez autora sformułowania „nieuprawnieni walczący”²⁸⁹.

Art. 3. Załogi wojskowych statków powietrznych są jako walczący podlegli wszelkim Deklaracjom i Konwencjom, które dotyczą wojny oraz neutralności, o ile ich treść jest do pogodzenia z niniejszym projektem.

Artykuł 3 wskazywał, że załogi wojskowych statków powietrznych posiadają status walczących i podlegają „wszelkim Deklaracjom oraz Konwencjom dotyczącym wojny oraz neutralności”²⁹⁰. Prawo do statusu jeńca wojennego zostało rozciągnięte na załogantów prywatnych statków powietrznych, pod warunkiem że nie brali oni udziału w działaniach szpiegowskich bądź zbrojnych²⁹¹.

Artykuł 4 przewidywał możliwość zatrzymania przez stronę wojującą prywatnego statku powietrznego należącego do strony nieprzyjacielskiej, którego status na podstawie art. 5 byłby w pierwszej kolejności ustanowiony na podstawie właściwego znaku państwowego²⁹². Artykuł 13 z kolei wskazywał, że samoloty znajdujące się na pokładzie okrętów wojennych stanowią swoistą część składową okrętu – autor w tej mierze dostrzegł możliwość pojawienia się lotniskowców²⁹³.

Art. 6. Prywatny statek nieprzyjacielski może zostać skonfiskowany, jeżeli a) przelatuje w rejonie walk na morzu bądź na lądzie, miejsc koncentracji wojskowej bądź floty wojennej, oraz nad obiektami wojskowymi, b) ignoruje rozkazy walczących nakazujące lądowanie.

Art. 7. Prywatny nieprzyjacielski statek powietrzny może zostać ostrzelany i zniszczony w trakcie lotu, jeżeli a) uczestniczy w działaniach zbrojnych, b) ignoruje rozkazy nakazujące lądowanie, c) gdy wymaga tego szczególna wojskowa konieczność, uniemożliwiająca nadanie ostrzeżenia.

Artykuły 6 i 7 według propozycji brytyjskiego autora są pewną nowością normatywną – dotyczą możliwości pojawienia się statków powietrznych o charakterze prywatnym (czyli niewojskowym), które znajdują się w strefie działań wojennych. Autor uznaje, że docelowo statki te nie podlegają zestrzeleniu, ale ochrona

288 *Ibidem*, s. 51.

289 *Ibidem*, s. 114–115.

290 *Ibidem*, s. 115.

291 *Ibidem*.

292 *Ibidem*, s. 116.

293 *Ibidem*, s. 119.

ta wygasa wraz z możliwością pojawienia się danego statku w pobliżu działań zbrojnych, o ile prywatny statek powietrzny zachowuje się w sposób wrogi²⁹⁴.

Art. 8. Załoga nieprzyjacielskiego statku powietrznego może być uznana za szpiegów, jeżeli poszukuje bądź uzyskuje informacje powyżej terytorium bądź wód terytorialnych walczących, bądź ponad miejscami koncentracji sił zbrojnych i ich strefy operacyjnej z zamiarem zakomunikowania wiadomości. W sytuacji gdyby wojskowy statek powietrzny znalazł się nad strefą działań wojennych, załoga może być podejrzana o szpiegostwo, jeżeli zmienia bądź usiłuje zmienić prawdziwy charakter swojego statku powietrznego jako wrogiego samolotu wojskowego bądź działa pod fałszywym pretekstem. Osoba podejrzana o szpiegostwo może być osądzona dopiero po przeprowadzeniu procesu sądowego i nie może być sądzona za poprzednie czyny związane ze szpiegostwem, jeżeli dołączy do swych sił zbrojnych.

W ramach treści art. 8 ujawniła się krytyka braku precyzyjności art. 29 Regulaminu haskiego z 1907 roku, ze wskazaniem że nie uwzględnia on wszystkich możliwości pojawienia się działalności o charakterze szpiegowskim na zapleczu frontu. Istotną nowością normatywną było wskazanie konieczności przeprowadzenia odpowiedniego postępowania sądowego w przedmiocie jednoznacznego ustalenia statusu zatrzymanego²⁹⁵.

Art. 11. Wojskowe statki powietrzne należące do walczących nie mogą przelatywać nad terytorium należącym do państw neutralnych.

Art. 12. Państwo neutralne ma prawo zapobiegać wszelkimi sposobami naruszeniom wymienionym w artykule 11. Może zająć wojskowe statki powietrzne, a ich załoga będzie traktowana adekwatnie do sytuacji personelu sił naziemnych, wkraczających na terytorium neutralny.

W ramach art. 11 i 12 Spaight jednoznacznie opowiedział się za stanowiskiem wyrażonym przez doktrynę niemiecką, kontestując także pogląd J. Westlake'a w przedmiocie umożliwienia wykonywania przez wojskowe statki powietrzne prawa nieszkodliwego przelotu²⁹⁶. Brytyjski autor jednoznacznie uważał, że względy bezpieczeństwa państwa wymuszają przyjęcie zasady wyłącznej suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej²⁹⁷. Artykuły 14–19 dotyczyły regulacji związanych z konkretnymi regułami neutralności, w tym zakresu dopuszczalności korzystania z przestrzeni powietrznej przez strony wojujące.

294 *Ibidem*, s. 116, 55.

295 *Ibidem*, s. 117, 35.

296 *Ibidem*, s. 118.

297 *Ibidem*, s. 60–61.

22. Regulacja statusu prawnego przestrzeni powietrznej w latach 1911–1918

22.1. Brytyjska ustawa o żegludze powietrznej – Air Navigation Act z 1911 roku

Uchwalona przez brytyjski parlament ustawa z 1911 roku była pierwszym na świecie aktem prawa wewnętrznego regulującym kwestię żeglugi powietrznej. W ustawie określono zasady odpowiedzialności cywilnej użytkowników statków powietrznych, którzy operują nimi w sposób lekkomyślny i powodujący niebezpieczeństwo, tworząc przy tym obowiązek odszkodowawczy. Dokument przyznawał właściwym organom uprawnienia do zamykania pewnych obszarów strefy powietrznej ze względu na interes publiczny. Zakaz przelotu mógł być rozciągnięty względem każdego statku powietrznego. W wymiarze dyskusji dotyczącej statusu przestrzeni powietrznej brytyjska ustawa wyraźnie optowała za poglądami Johna Westlake'a, wprowadzając możliwość jednostronnego regulowania statusu przestrzeni powietrznej nad Wyspami Brytyjskimi przez organy tego państwa²⁹⁸.

22.2. Porozumienie francusko-pruskie z 1913 roku

26 lipca 1913 roku w Berlinie przedstawiciele Francji i Niemiec podpisali porozumienie dotyczące nawigacji lotniczej pomiędzy obydwooma państwami (*Navigaton Aérienne Entre La France Et l'Allemagne*)²⁹⁹. Umowa zawierała uzgodnienia co do możliwości przelotu statków powietrznych przez granicę państwową. Założono, że bez stosownego zaproszenia rządu danego państwa statki powietrzne należące do administracji wojskowej innego państwa, dysponujące całkowicie lub częściowo umundurowaną załogą, nie mogą wlatywać na obce terytorium, z wyjątkiem sytuacji związanych z niebezpieczeństwem dla statku bądź załogi. Porozumienie zawierało uprawnienie do przeszukania w takiej sytuacji statku powietrznego w związku z możliwością posiadania aparatury wywiadowczej i kontroli dokumentów załogi znajdującej się na statku. Rządy zobowiązywały się do przekazania stronie przeciwnej informacji dotyczącej umundurowania żołnierzy wojsk lotniczych oraz oznaczenia wojskowego statku powietrznego w sposób wyraźnie widoczny. Zgodzono się na wzajemne uznawanie kwalifikacji do prowadzenia statku powietrznego. Dopuszczono możliwość przekraczania granicy

298 B. Donahue, *Attacks of Foreign Civil Aircraft Trespassing in National Airspace*, „Air Force Law Review” 1989, vol. 30, s. 51.

299 *Exchange of Notes between France and Germany Concerning Aërial Navigation*, „The American Journal of International Law” 1914, vol. 8, s. 214–216.

przez niewojskowe statki powietrzne pod warunkiem posiadania odpowiedniej zgody władz lotniczych, wyraźnych oznaczeń rejestracyjnych, dokumentów kwalifikacyjnych, jak również stosownego zezwolenia na pobyt w obcym kraju wydany przez służby konsularne³⁰⁰. Bezwzględny zakaz komunikacji lotniczej obowiązywał w tzw. rejonach zastrzeżonych związanych z obszarami o szczególnym znaczeniu militarnym (np. pas przygranicznych fortyfikacji francuskich w okolicach Metz i Verdun). Porozumienie to podkreślało przyjęcie zasady pełnej suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej, także w przedmiocie regulowania wzajemnej komunikacji lotniczej o charakterze cywilnym. Załogi statków niewojskowych zostały bowiem zobowiązane do uzyskania wielu pozwoleń i zgód na wykonanie przelotu międzypaństwowego, co stało w wyraźnej opozycji do lansowanej przez Paula Fauchille'a idei wolności przestrzeni powietrznej³⁰¹.

W tym samym roku parlament brytyjski przyjął znowelizowaną wersję Air Navigation Act, która podobnie jak porozumienie francusko-niemieckie zakazywała zasadniczo przelotu obcych wojskowych statków powietrznych (uzależniając to od zaproszenia rządu Jego Królewskiej Mości) oraz wprowadzała daleko idące restrykcje w ruchu cywilnym nad Wyspami Brytyjskimi³⁰².

22.3. I wojna światowa a postawa państw neutralnych

2 sierpnia 1914 roku, na mocy Air Navigation Act z 1913 roku, brytyjski Home Office wprowadził zarządzenie o zamknięciu przestrzeni powietrznej nad Wyspami Brytyjskimi, a także wodami terytorialnymi dla statków powietrznych każdego typu z wyjątkiem samolotów wykonujących działania wojskowe i publiczne³⁰³. Odzwierciedleniem praktyki państw w przedmiocie uznania swej wyłącznej suwerenności w przestrzeni powietrznej było stanowisko państw neutralnych w I wojnie światowej³⁰⁴. Rząd holenderski już w 1913 roku przyjął przepisy regulujące kształt żeglugi powietrznej w analogiczny sposób jak treść francusko-niemieckiego porozumienia z tego samego roku. 3 sierpnia 1914 roku Holandia ogłosiła, że jakikolwiek obcy statek powietrzny przekraczający

300 Journal Officiel de la République Française. Lois et décrets (Dziennik Urzędowy Republiki Francuskiej Nr 217/1913).

301 S. Stadlmeier, *International Commercial Aviation: From Foreign Policy to Trade in Services*, Paryż 1998, s. 15.

302 L. Oppenheim, *International Law: A Treatise, Vol. I. Peace*, Londyn 1920, s. 354.

303 T. Barclay, *Law and Usage of War: A Practical Handbook on the Law and Usage of Land and Naval Warfare and Prize*, Londyn 1914, s. 2.

304 Jednym z oficjalnych powodów rozpoczęcia inwazji na Belgię przez Niemcy było naruszenie przestrzeni powietrznej tego państwa przez lotnictwo francuskie, zob. R. F. Williams, *Developments...*, s. 151.

granicę państwową bez zezwolenia będzie traktowany jako wrogi i zestrzelony³⁰⁵. Brak środków lotniczych uniemożliwiał skuteczne egzekwowanie tego postanowienia i przez cały okres wojny wrogie strony dokonywały naruszeń przestrzeni powietrznej Holandii, która z uwagi na swoje położenie miała wymiar strategiczny dla uderzeń lotniczych z obszaru Wysp Brytyjskich w kierunku północnych Niemiec. 22 września 1914 roku brytyjski samolot wojskowy zbombardował okolicę Maastricht³⁰⁶. Ponowne bombardowanie o charakterze pomyłkowym miało miejsce 30 kwietnia 1917 roku w miejscowości Zierikzee, gdzie zginęły 3 osoby³⁰⁷. Rząd holenderski po ustaleniu podmiotu odpowiedzialnego wystosował oficjalny protest, uznany przez Wielką Brytanię w formie odszkodowania w wysokości 30 000 florenów dla ofiar bombardowania powietrznego. Liczne przypadki przelotów lotnictwa brytyjskiego nad obszarem Holandii spotykały się z oskarżeniami strony niemieckiej o bezczynność Holandii i brak aktywnego przeciwdziałania w celu obrony swojej neutralności. W tym celu strona niemiecka zamierzała dostarczyć armii holenderskiej broń przeciwlotniczą pod warunkiem, że nie zostanie ona użyta przeciwko niemieckiemu lotnictwu³⁰⁸. Jednym z ognisk zapalnych sporu niemiecko-holenderskiego była sprawa sterowca L-19, który wracając z uszkodzonymi silnikami z misji bombowej wymierzonej w Liverpool w lutym 1916 roku, został ostrzelany przez holenderską obronę przeciwlotniczą i zmuszony do wodowania na Morzu Północnym, co przyczyniło się pośrednio do śmierci całej załogi (także w wyniku odmówienia udzielenia pomocy przez brytyjski kuter rybacki znajdujący w pobliżu)³⁰⁹.

W ramach działań władz holenderskich doszło do jeszcze jednego ważnego wydarzenia. 29 sierpnia 1914 roku rząd niemiecki wystosował oficjalną notę dotyczącą (w jego ocenie) bezprawnego zawładnięcia przez Holandię znajdującym się w porcie niemieckim samolotem wojskowym (wodnosamolot). Holandia odmówiła wówczas udzielenia 24-godzinnej postoi na wodach terytorialnych i w portach państwa neutralnego, wskazując, że charakterystyka samolotu

305 M. Abbenhuis, *Neutral Borders, Neutral Waters and Neutral Boundaries and Their Meanings in the History of the Netherlands*, [w:] B. J. Kaplan, M. Carlson, L. Cruz (red.), *Boundaries and Their Meanings in the History of the Netherlands*, Leiden 2009, s. 175.

306 M. Abbenhuis, *The Art of Staying Neutral: The Netherlands in the First World War, 1914–1918*, Amsterdam 2006, s. 91.

307 W. Klinkert, *Defending Neutrality: The Netherlands Prepares for War, 1900–1925*, Leiden 2013, s. 144.

308 M. Karau, *The Naval Flank of the Western Front: The Development and Operations of the German Marine Korps Flandern 1914–1918*, Barnsley 2003, s. 95; J. E. Kaufmann, H. W. Kaufmann, *The Forts and Fortifications of Europe 1815–1945: The Neutral States: The Netherlands, Belgium and Switzerland*, Barnsley 2014, s. 39.

309 O. Lissitzyn, *The Treatment of Aerial Intruders in Recent Practice and International Law*, „American Journal of International Law” 1953, vol. 47, s. 562–563; D. Sloggett, *A Century of Air Power: The Changing Face of Warfare 1912–2012*, Barnsley 2013, s. 143.

umożliwia traktowanie go na równych zasadach jak okrętu wojennego³¹⁰. Skutkiem tej sytuacji było internowanie załogi oraz samolotu, co stało się regułą i praktyką rządu holenderskiego względem wszystkich stron konfliktu od 1915 roku.

Podobne zagrożenie dotyczyło duńskiej strefy powietrznej. Z chwilą wybuchu wojny władze tego kraju nie były w stanie zdecydować się na zamknięcie własnej przestrzeni powietrznej z uwagi na wolę uniknięcia ewentualnych konfliktów ze stroną niemiecką. Pomiędzy 1915 a 1916 rokiem niemieckie lotnictwo dokonywało wielokrotnych naruszeń granicy państwa oraz jego wód terytorialnych, m.in. wskutek przelotów uszkodzonych sterowców typu Zeppelin. W kwietniu 1915 roku władze duńskie postulowały wprowadzenie całkowitego zakazu przelotów nad obszarem państwa oraz wodami terytorialnymi (z wyłączeniem szczególnego statusu Cieśniny Duńskiej), lecz dopiero po incydencie związanym z przelotami niemieckiego lotnictwa nad Kopenhagą w związku z działaniami przeciwko brytyjskim łodziom podwodnym zdecydowano się na przyjęcie 4 maja 1916 roku instrukcji zamykającej przestrzeń powietrzną dla obcych statków powietrznych. Stanowisko rządu duńskiego było jednak w tej mierze ostrożne i nakazywało rozróżnienie sytuacji związanych z celowym naruszeniem przestrzeni powietrznej oraz okoliczności wyjątkowych, zezwalając na otwarcie ognia tylko po wystosowaniu strzału ostrzegawczego oraz wyłącznie wobec nieuszkodzonych statków powietrznych³¹¹.

Z podobnymi konsekwencjami I wojny światowej borykała się Szwajcaria. 4 sierpnia 1914 roku rząd tego kraju wydał oświadczenie, w którym zabraniał przelotów wojskowych statków powietrznych należących do stron walczących nad jego terytorium³¹². Podczas rajdu brytyjskiego lotnictwa przeciwko bazie niemieckich sterowców w Friedrichshafen 21 listopada 1914 roku doszło do naruszenia szwajcarskiej strefy powietrznej, co spotkało się ze stosownym protestem dyplomatycznym. Rząd Jego Królewskiej Mości w nocy udzielił przeprosin, jednocześnie starając się zachowawczo utrzymać stan niepewności prawnej, który pozwalał z jednej strony wprowadzić ochronę Wysp Brytyjskich przed możliwością bombardowania z powietrza, z drugiej strony mógł służyć jako potencjalny pretekst usprawiedliwiający naruszenia przestrzeni powietrznej państw neutralnych³¹³.

310 J. C. Cooper, *National Status of Aircraft*, „Journal of Air Law and Commerce” 1950, vol. 17/292, s. 302.

311 M. H. Clemensen, *The Development of Air Defence of Copenhagen*, [w:] H. Amersfoort, W. Klinkert (red.), *Small Powers in the Age of Total War, 1900–1940*, Leiden 2011, s. 137–138.

312 „Art. 17. Wszelkie balony oraz statki powietrzne nienależące do sił zbrojnych Szwajcarii nie mogą przelatywać w przestrzeni powietrznej rozciągającej się ponad terytorium Szwajcarii, z wyjątkiem specjalnych upoważnień (...) przelot jakichkolwiek obcych statków powietrznych jest zakazany i będzie powstrzymywany wszelkimi dostępnymi sposobami”. *Bundesgesetz und Verordnungen*, 1914 30:353, cytowany przez *International Law Topics: Neutrality, Proclamations and Regulations with Notes 1916*, Naval War College 1916, s. 71–72; D. Johnson, *Rights in Air...*, s. 32.

313 W. Raleigh, *The History of the War in the Air 1914–1918: The Illustrated Edition*, Barnsley 2014, s. 337–338.

Zajęcie podczas I wojny światowej określonej postawy państw neutralnych co do własnej przestrzeni powietrznej było niezbędnym elementem pozwalającym na ostateczne ukształtowanie się podstawowych pryncypiów rządzących międzynarodowym prawem lotniczym³¹⁴. Wydane przez Holandię, Danię i Szwajcarię przepisy zabraniające obcych przelotów nad ich terytorium, przy jednoczesnym traktowaniu załogantów i statków powietrznych jako podlegających internowaniu, braku wyraźnego sprzeciwu stron walczących (angielska nota dyplomatyczna z 1914 roku nie składała zastrzeżenia w tej mierze) do końca konfliktu były dowodem dla ekspertów prawa międzynarodowego o uznaniu zasady całkowitej suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej jako fundamentu międzynarodowego prawa lotniczego³¹⁵. Jednocześnie postawa państw neutralnych w sposób zasadniczy określiła zarys geograficzny teatru wojny powietrznej.

23. Erozja immunitetu miast niebronionych

Amerykański instruktaż wojny lądowej z 1914 roku podnosił, że dopuszczalne jest bombardowanie fortów i miejsc umocnionych oraz miast będących miejscem przemarszu wojska nieprzyjacielskiego, wskazując, że obecność jednostek sanitarnych nie jest dostatecznym powodem, by zmienić status lokalizacji (§ 214)³¹⁶. Wskazywano także na brak zasad, które zabraniałyby użycia balonów i aeroplanów jako środków bombardowania przeciwko lokacjom niebronionym (§ 215)³¹⁷.

Opracowana na zlecenie sztabu niemieckich sił zbrojnych instrukcja o prawach i zwyczajach obowiązujących w wojnie lądowej stwierdziła w części odnoszącej się do bombardowań, że wojna nie polega tylko na zmaganiu się z samym przeciwnikiem, ale także z jego zasobami. Każde miasto, wioska bądź osada mogą być bombardowane nie tylko wtedy, kiedy są brnione, ale również wtedy, kiedy są tylko okupowane bądź wykorzystywane dla celów wojskowych. Miejsca umocnione – takie jak fortece, mogą być atakowane w każdym czasie z uwagi na ich charakter. Obszary miejskie połączone z fortecami w świetle niemieckiej instrukcji podlegają bombardowaniu jako całość, a ograniczenie ostrzału jedynie do rejonu faktycznie ufortyfikowanego odrzucono jako niepraktyczne i zagrażające sukcesowi operacji wojskowej. Nakazywano oszczędzanie obiektów użyteczności

314 Zob. W. Raafat, *La guerre aérienne et le droit des gens*, „Revue Générale de Droit Aérien” 1934, s. 40–42.

315 Zob. szerzej A. Meyer, *Das Neutralitätsrecht im Luftkriege*, Berlin 1931.

316 *Rules of Land Warfare FM 27-10*, War Department, Waszyngton 1914, s. 67.

317 *Ibidem*.

publicznej, jednakże tylko gdy nie są przeznaczone do działań o charakterze wojskowym – w przeciwnym razie względy natury humanitarnej muszą ustąpić. Krytykowano w ten sposób postawę francuskich specjalistów prawa międzynarodowego podnoszących kwestię bombardowania wieży katedry w Strasburgu, wskazując, że była ona jednocześnie stanowiskiem obserwacyjnym dla artylerii francuskiej. Jedynymi obiektami chronionymi bezwzględnie miały być budynki chronione Konwencją genewską. Niemiecki dokument w sposób wyraźny poszerzał dopuszczalny zakres bombardowania w obszarach miejskich, w znacznej mierze wypaczając sens zawarty w treści Regulaminu haskiego z 1907 roku³¹⁸.

24. Krytyka art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku. Dyskusja nad prawnym statusem Londynu jako miasta bronionego

Już w okresie bezpośrednio poprzedzającym wybuch I wojny światowej istniejąca siatka normatywna regulująca prawo bombardowań powietrznych uznana była za niespójną. Doktryna prawa międzynarodowego próbowała dokonać własnej interpretacji, która posiadałaby wartość praktyczną, dającą się pogodzić zarówno z rzeczywistością pola walki, jak i wymaganiami humanitaryzmu. T. Holland stał na stanowisku, że zakaz bombardowań obszarów niebronionych nie może być interpretowany jako brak zezwolenia na niszczenie celów o znaczeniu wojskowym, nawet w obrębie granic obszaru niebronionego³¹⁹. Także H. Hazelnite w swych wykładach poświęconych prawu wojny powietrznej podkreślił, że kwestia wykładni pojęcia „miejscowości niebronione” jest problematyczna. W jego ocenie wprowadzenie nowych środków obrony przeciwlotniczej może w konsekwencji powodować zmianę sposobu interpretacji art. 25 Regulaminu haskiego i sprawić, że obszary traktowane dotychczas jako niebronione utracą ten status³²⁰. J. Westlake wskazał, że ceną za zachowanie statusu miasta niebronionego jest „otwarcie” miasta, by wroga armia mogła wkroczyć do niego bez oporu³²¹. Z. Cibichowski uznawał, że miejscowość przestaje być broniona, jeżeli „wojsko zajmuje w niej pozycję obronną”³²².

318 J. H. Morgan, *The War Book...*, s. 100–103.

319 T. E. Holland, *The Law of War on Land*, Londyn 1908, s. 46.

320 H. Hazelnite, *The Law of the Air: Three...*, s. 123.

321 J. Westlake, *International Law. Part II. War*, Cambridge 1907, s. 355.

322 Z. Cibichowski, *Międzynarodowe prawo wojenne: z uwzględnieniem przesilenia bałkańskiego*, Lwów 1914, s. 46.

Jednym z wartych przytoczenia wywodów dotyczących statusu lokalizacji niebronionych przed wybuchem I wojny światowej jest dyskusja związana ze statusem prawnym Londynu wobec spodziewanego konfliktu. 22 kwietnia 1914 roku na łamach „The Journal of the Royal United Service Institution” jeden z oficerów instytutu, płk L. Jackson, opublikował artykuł pt. „Obrona miejscowości przed atakiem lotniczym”, w którym rozważał możliwość ataku powietrznego na stolicę Wielkiej Brytanii, uznając, że istniejące instalacje o charakterze wojskowym, fabryki oraz składy towarów będą dostatecznym powodem do przeprowadzenia ataków, także względem wielkich obszarów miejskich³²³. Brytyjski oficer podnosił, że spojrzenie prawa międzynarodowego na kwestię ochrony miast niebronionych przed atakiem z powietrza powinno być sprzężone z podejściem stosowanym w kontekście wojny lądowej. Innymi słowy, test stosowany w przypadku lokalizacji o charakterze niebronionym miał być równolegle stosowany w przypadku bombardowania z powietrza. Tym samym, w konkluzji autora, miasto niebronione musiało być rejonem nieokupowanym i gotowym do zajęcia przez armię przeciwnika, aby być objęte zakazem bombardowania z powietrza. Brytyjski specjalista podnosił w konkluzji pytanie, czy jakkolwiek badacz prawa międzynarodowego może definitywnie stwierdzić, że bombardowanie Londynu z powietrza będzie naruszeniem norm prawa wojennego, a także czy istnieje jakkolwiek władza, która mogłaby wyegzekwować ich stosowanie. W jego ocenie miasta takie jak stolica Wielkiej Brytanii w niedługim czasie staną się celem ataków z powietrza.

W ramach swoistej repliki na pytania stawiane przez płk. Jacksona odpowiedział T. Holland, który 24 kwietnia 1914 roku w liście skierowanym do redakcji gazety „The Times” podkreślił, że wprowadzone w 1907 roku podczas drugiej konferencji pokojowej w Hadze zmiany w treści art. 25 Regulaminu haskiego, w stosunku do wersji przyjętej w 1899 roku, miały w swym zamierzeniu objąć dyspozycją przepisu sytuacje związane z bombardowaniami lotniczymi, uznając Londyn za niekwestionowany przykład miasta o charakterze niebronionym³²⁴. W kolejnej korespondencji z 2 maja 1914 roku prof. Holland podkreślił, że przyjęcie rozwiązania obowiązującego na gruncie art. 25 Regulaminu haskiego ma zapobiegać bezmyślnemu (*wanton*) niszczeniu obszarów zabudowanych bez wyraźnego uzasadnienia wojskowego (*distinctly military object in view*). Zastrzeżenie powyższe jest znacznie dalej idące niż w przypadku zasad określonych na gruncie IX Konwencji haskiej z 1907 roku o bombardowaniach morskich. Holland jednakże dostrzegał możliwość odmiennych interpretacji przepisów, odwołując się do rezolucji Instytutu Prawa Międzynarodowego z 1896 roku w sprawie bombardowań morskich i toczącej się tam dyskusji. Brytyjski badacz

323 Zob. L. Jackson, *Defence of Localities against Aerial Attack*, „Journal of the Royal United Service Institution” 1914.

324 T. E. Holland, *A Supplement to Letters to the Time upon War and Neutrality*, Londyn 1916, s. 6–7.

prawa międzynarodowego wyrażał nadzieję, że Londyn jako miasto w okresie pokoju nieposiadające wartości wojskowej będzie utrzymywał ten status także w wypadku konfliktu zbrojnego.

J. M. Spaight przyznał Hollandowi rację, uznając z tych samych powodów reguły dotyczące bombardowania obowiązujące w regulacji haskiej z 1907 roku za niejasne i odnoszące się do wojny lądowej. Przypomniął treść brytyjskich i niemieckich instrukcji wydanych przed wybuchem I wojny światowej dotyczących stwierdzenia, że lokalizacja nie musi być broniona, wystarczy sam fakt zajmowania jej przed możliwością ataku bądź nawet przemarszu³²⁵. Pojawiło się w związku z powyższym zagadnienie, czy w ramach pojęcia obszaru niebronionego mieści się sytuacja związana z faktem, że dana lokalizacja nie ma fortyfikacji bądź urządzeń typu polowego, a jest jedynie okupowana, nawet w sposób przejściowy. Spaight uznawał, że jedyną dopuszczalną interpretacją przepisu jest zaakceptowanie możliwości atakowania obszarów zabudowanych, także wtedy gdy są jedynie miejscem przemarszu wojsk – nawet duże skupisko ludności nie może zapobiec atakowaniu przeciwnika, który mógłby korzystać z nieuprawnionej ochrony przed bombardowaniem. W związku z tym brytyjski badacz proponował, aby definiować obszar niebroniony „jako nieokupowany przez nieprzyjaciela i zdolny do zajęcia bez stawiania zbrojnego oporu przeciwnikowi”³²⁶. Z uwagi na powyższe, zdaniem autora, Londyn nie może być uznany za obiekt niebroniony w świetle przepisów art. 25 Regulaminu haskiego oraz art. 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku o bombardowaniach morskich miast otwartych³²⁷.

25. I wojna światowa – doktryna francuska a bombardowania powietrzne

Jak wskazano we wcześniejszych rozdziałach, wojna powietrzna w latach 1915–1916 uległa znacznemu zintensyfikowaniu. W 1915 roku niemieckie siły powietrzne dokonały wielu ataków na Wielką Brytanię oraz miasta francuskie. W odpowiedzi, powołując się na doktrynę represaliów, francuskie siły powietrzne wykonały szereg uderzeń odwetowych. Jednym z zasadniczych był atak 22 lipca 1916 roku na niemieckie miasto Karlsruhe, który spowodował znaczne straty wśród ludności cywilnej³²⁸. Ten oraz inne ataki były szeroko komentowane przez dok-

325 J. M. Spaight, *Aircraft...*, s. 13.

326 *Ibidem*, s. 14.

327 *Ibidem*, s. 16.

328 S. Tucker, *World War I: Encyclopedia*, t. I, Santa Barbara 2015, s. 628.

trynę prawa międzynarodowego państw Ententy³²⁹. Szczególne zaniepokojenie wywoływał wśród uczonych tamtego okresu skokowy wzrost strat wśród ludności cywilnej związany z atakami lotniczymi wykonywanymi w sposób niedbały bądź nieposiadający uzasadnienia wojskowego³³⁰. Większość tego typu incydentów było wiązanych przez ówczesnych ekspertów z nieadekwatnością siatki prawa międzynarodowego. E. Clunet wskazywał, że brak specjalnej regulacji poświęconej zagadnieniu wojny powietrznej powodował, że rezolucja Instytutu Prawa Międzynarodowego z 1911 roku, według której wojna powietrzna jest dozwolona w takim zakresie, w jakim nie powoduje większego niebezpieczeństwa niż wojna morska bądź lądowa, jest traktowana jako element zwyczajowego prawa międzynarodowego (co jest samo w sobie kontrowersyjną tezą, zważywszy na wynik głosowania w Instytucie). Autor uznawał ponadto, że Londyn ma charakter miasta otwartego, natomiast Paryż jest obszarem o charakterze mieszanym, jednak obecność fortów na granicach miasta nie pozbawiała go charakteru obszaru niebronionego. Autor podnosił, że bombardowanie samo w sobie powinno być ograniczone jedynie do fortyfikacji (zgodnie z propozycją mieszkańców Antwerpii zgłoszoną podczas obrad konferencji brukselskiej z 1874 roku)³³¹.

Całkowicie odmienny pogląd wyraził C. Picciotto, który dostrzegając coraz poważniejszy udział lotnictwa wojskowego w bieżącej wojnie, zaznaczył, że przedwczesne jest mówienie o dostatecznym i stałym zarysie praktyki państw w kontekście reguł rządzących wojną powietrzną. Autor dostrzegał, że brak ratyfikacji postanowień konwencji z 1907 roku powodował uruchomienie przewidzianej w art. 2 klauzuli *si omnes*, co skutkowało brakiem zarówno norm prawa konwencyjnego, jak i zwyczajowego regulujących wojnę powietrzną³³². Autor negatywnie wyrażał się o przedkładanych przez P. Fauchille'a i J. M. Spaighta projektach i próbach kodyfikacji, wskazując, że bazują one na postulatach, a nie są wyrazem dekodowania istniejącej praktyki, krytykując lekkomyślne stosowanie analogii³³³. Zdaniem autora teatr wojny powietrznej był wyznaczany wymiarem zakresu suwerenności przestrzeni powietrznej państw neutralnych. Podkreślił nieformalny charakter rezolucji podejmowanych przez Instytut Prawa

329 L. Rolland, *Les pratiques de la guerre aérienne dans la conflit de 1914 et le droit des gens*, „Revue Générale de Droit International Public” 1916, s. 531–545.

330 C. Pillet, *La Guerre Actuelle et Le Droit Des Gens*, „Revue Générale de Droit International Public” 1916, vol. 2, s. 27–28.

331 E. Clunet, *De l'emploi abusif des aérostats de guerre par les Allemands*, „Journal du droit international” 1916, s. 387–404.

332 Powyższa konstatacja była z dwóch powodów. Po pierwsze, norma Konwencji haskiej z 1907 roku miała charakter prawa zwyczajowego. Po drugie, klauzula *si omnes* nie została uruchomiona do 1917 roku, gdy Liberia jako państwo niebędące sygnatariuszem konwencji przystąpiło do wojny po stronie aliantów.

333 C. P. Picciotto, *Some Notes on Air – Warfare*, „Journal of the Society of Comparative Legislation” 1915, vol. 15, no. 2, s. 150.

Międzynarodowego, a także „izolowany” aspekt próby delegalizacji zjawiska bombardowania powietrznego podjęty w 1899 i 1907 roku. Z uwagi na klauzulę *si omnes* Konwencja haska z 1907 roku nie była przez autora traktowana jak wiążąca z uwagi na udział w wojnie państw takich jak Turcja, Serbia oraz Czarnogóra, które nie ratyfikowały konwencji, a jedynie zasady obowiązujące w prawie zwyczajowym mogły regulować przebieg bombardowań w wojnie lądowej. Autor uznawał, że statki powietrzne mogą bombardować obszary (budynki), które są jednocześnie bronione i ich zniszczenie uzasadnia potrzeba wojskowa. Ponadto każdy atak z powietrza musi kierować się zasadą stosowania przez personel wojskowy należytej ostrożności i troski, by unikać strat wśród niewalczących. Zdaniem autora nie istniały reguły, które określały, kiedy wojskowy statek powietrzny jest częścią sił zbrojnych strony wojującej, a także status załogi.

A. De Lapradelle wskazał, że poprzez odmowę przedłużenia obowiązywania IV Deklaracji haskiej na drugiej konferencji pokojowej z 1907 roku państwa strony zastrzegły sobie prawo bombardowania z powietrza wrogich okrętów, nieprzyjacielskich wojsk lądowych, arsenałów oraz innych instalacji wojskowych bez potrzeby stosowania uprzedniego ostrzeżenia. Nie mogą przy tym przekraczać ograniczeń obowiązujących w wojnie lądowej i morskiej³³⁴. Autor podnosił, że miasta przybrzeżne nie mogą być bombardowane jednocześnie przez siły powietrzne wspólnie z siłami morskimi bądź lądowymi, dopóki nie zaistnieją wspólne przesłanki bombardowania. W związku z tym szwadrony bombowe, które pojawiają się nad Paryżem i Londynem, w zależności od okoliczności, z jakim rodzajem sił zbrojnych współpracują, powinny zostać poddane temu reżimowi (morskiemu bądź lądowemu). De Lapradelle zastanawiał się nad kwestią samodzielnej akcji powietrznej, prowadzonej bez udziału floty bądź wojsk lądowych. Logiczną konsekwencją w przypadku obszarów bronionych była zgoda na atak pod warunkiem wcześniejszego ostrzeżenia, a w kontekście miast niebronionych stosowanie przepisów o bombardowaniach morskich i zezwolenie na niszczenie pewne kategorii obiektów wymienionych w art. 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku. Dla autora problemem była jednakże kwestia technicznej możliwości negocjacji z władzami miast, stąd też wysnuł wniosek, że samodzielne bombardowanie lotnicze jest niemożliwe z uwagi na brak współdziałania z wojskami lądowymi bądź morskimi nawet w stosunku do obszarów bronionych. W kontekście wojny lądowej podnoszono, że samolot nie jest w stanie osiągnąć

334 „The powers which refused in 1907 to renew the prohibition of aerial bombardment intended thereby to reserve to themselves the right to destroy the ships of war of the enemy on the sea and the troops, in camp or in action, the arsenals, the storehouses, etc., of the enemy on land, without giving due warning. They did not claim and could not claim the right to pass beyond the limits prescribed for the nations by the laws of terrestrial and maritime warfare”. A. De Lapradelle, *Aerial Warfare and International Law*, „Scribner's Magazine” 1915, vol. 7, s. 20–21.

celów bombardowania, nie jest również w stanie przyjąć kapitulacji ani wezwać miejscowej ludności do otwarcia miasta w celu jego okupacji³³⁵.

S. Nicholson, adwokat praktykujący w Waszyngtonie w 1915 roku, wskazywał na protesty strony francuskiej w związku z bombardowaniem Antwerpii 25 sierpnia 1914 roku oraz atakami na Paryż, które spowodowały straty zarówno wśród ludności cywilnej, jak i mienia cywilnego³³⁶. Autor podnosił, że obszary otwarte, tj. możliwe do zajęcia przez wojska lądowe bez napotykania oporu ze strony przeciwnika mogą być bronione – wskazując na przykład Paryż. Stolica Francji zawiera bowiem wiele obiektów i instalacji o charakterze wojskowym, które stanowią legalne cele wojskowe. Nicholson był sceptyczny wobec głosów podnoszonych przez stronę brytyjską oraz francuską, uznając, poza oczywistymi przypadkami, część niemieckich bombardowań za legalne i dopuszczalne w świetle wymagań ówczesnych norm *ius in bello*. Autor wskazywał w tym zakresie na legalność atakowania określonych celów typu wojskowego, podnosząc przy tym postulat, aby podczas operacji lotniczej załogi statków powietrznych nie doprowadzały do ataków bez rozróżnienia. Identyczną ocenę ataków na Antwerpię wyraziła M. Jourdain, uznając miasto za przykład obszaru bronionego³³⁷.

J. W. Garner zwrócił uwagę, że w związku z rozwojem artylerii sztuka obronna oparta na fortyfikacjach straciła zupełnie znaczenie i w związku z istnieniem umocnień starego typu (np. średniowiecznych) nie należy traktować obszarów jako bronionych w rozumieniu przepisu art. 25 Regulaminu haskiego do IV Konwencji haskiej z 1907 roku. Autor uznawał za niedopuszczalną praktykę bombardowania saturacyjnego, podając przykład niszczenia przez niemiecką marynarkę wojenną brytyjskich rejonów przybrzeżnych tylko z powodu znajdowania się na ich terenie niewielkich rezerwuarów wojskowych, uzasadniających zniszczenie całej miejscowości. W kontekście bombardowań lotniczych amerykański autor był pierwszym, który wskazał na konieczność odmiennego traktowania zwrotu „niebronione miejscowości” w kontekście operacji lotniczych, podnosząc, że w aspekcie działań powietrznych trudno posługiwać się tą samą oceną, co w przypadku działań wojennych o charakterze lądowym. Miejscowość broniona w rozumieniu operacji lotniczych to taka, która posiada artylerię przeciwlotniczą³³⁸. Z tego tytułu Garner zgadzał się z koncepcją Fauchille’a, zakładającego zgodę na

335 „It may be true that the city contains magazines and troops. If the city is not fortified the local authorities can be summoned to destroy them without a demand for surrender. If the city is fortified the only summons that can be addressed to it is the surrender – a summons which the aeroplane is manifestly unable to enforce”. *Ibidem*, s. 20.

336 S. Nicholson, *Aerial Bombardment of Undefended Towns*, „The Law Student’s Helper” 1915, vol. 5, s. 5–7.

337 M. Jourdain, *Air Raid Reprisals and Starvation by Blockade*, „International Journal of Ethics” 1918, vol. 28, s. 544.

338 J. W. Garner, *International Law and the World War: Vol. I*, Londyn 1920, s. 469.

atakowanie pewnej kategorii celów z zastrzeżeniem podjęcia przez załogi statków powietrznych uzasadnionych środków ostrożności.

G. Phillimore wskazywał na problematykę bombardowania powierzchniowego, podnosząc, że część regulaminów wojskowych (regulamin niemiecki) oraz stanowisko doktryny podkreślały prawo walczących do bombardowania całego obszaru miejskiego, w tym także względem budynków prywatnych. Trudno określić, czy oznaczało to zezwolenie na ataki lotnicze bez ograniczeń w sytuacji, w której dany obszar miejski znajdował się pod oblężeniem – sam autor w tej mierze cytował poglądy C. H. Stocktona, który uznawał, że niedopuszczalne jest atakowanie niebronionych budynków nawet w sytuacji, w której całość miejscowości miała charakter bronionej (dotyczyło to zwłaszcza wojny powietrznej)³³⁹. Podobną sugestię przedstawił W. E. Ellis, twierdzący, że samodzielne ataki lotnicze nawet na bronione miasta nie mogą się odbywać bez jednoczesnego współdziałania floty oraz wojsk lądowych³⁴⁰. Jednocześnie podnoszono, że pomimo trudności związanych z przestrzeganiem zasady rozróżnienia w ramach nalotów z powietrza zasadniczym obowiązkiem dowodzących jest ochrona ludności cywilnej i unikanie niepotrzebnych strat wśród niewalczących³⁴¹. Brytyjski autor posługiwał się w tej mierze pojęciem tzw. strat towarzyszących (*collateral damage*).

26. Artykuł 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku i jego wymiar w wojnie powietrznej

Reasumując powyższe poglądy doktryny o charakterze krytycznym, można je zawęzić do kilku zasadniczych punktów:

1. Status miasta bronionego nie jest uzależniony od okoliczności, czy dana lokalizacja jest jednocześnie ufortyfikowana; istotą problemu jest rozmieszczenie w granicach miasta, wsi bądź osady takich środków, które utrudniają przeciwnikowi możliwość zajęcia danego obszaru (zdolność do stawienia oporu przeciwnikowi jako przesłanka spełnienia testu określonego na gruncie art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku)³⁴².

339 C. H. Stockton, *Outlines...*, s. 325.

340 „This ambiguity suggests the advisability of formulating a rule to the effect that the aerial bombardment of non-military plants or buildings should be permitted only when «defended» places are actually attacked or invested by land or maritime force”. W. E. Ellis, *Aerial – Land and Aerial – Maritime Warfare*, „The American Journal of International Law” 1914, vol. 8, no. 2, s. 264.

341 G. Phillimore, *Bombardments*, „Grotius Society” 1915, s. 59–65.

342 J. W. Garner, *International Law and the World War...*, s. 421.

2. Fundamentem testu obszaru niebronionego jest zdolność do jego zajęcia bez oporu przez siły lądowe przeciwnika.
3. Nie jest jednolicie przyjęte, czy miasta znajdujące się poza linią frontu mają charakter niebronionych³⁴³.
4. Brak jednoznaczności w podejściu do zagadnienia zwykłej obecności sił zbrojnych (np. przemarszu piechoty przez daną miejscowość na zapleczu frontu), które nie mają zamiaru obrony danego obszaru; zagadnienie adekwatne także w kontekście garnizonu pokojowego.
5. Brak jednoznaczności w ocenie, czy obiekty o ewidentnej wartości wojskowej usprawiedliwiają bombardowanie danego obszaru *per se*, czy nadal wymagają w takiej sytuacji konieczności uznania danej miejscowości za bronioną³⁴⁴.
6. Broniony charakter miejscowości powoduje, że przedmiotem bombardowania może być całość obszaru zabudowanego, a nie tylko miejsca oporu.
7. Brak jednoznaczności w uznaniu wojny powietrznej za podlegającą reżimowi bombardowań morskich bądź przyjęcie, że jedynie samolot znajdujący się w służbie morskiej może podlegać przepisom IX Konwencji haskiej z 1907 roku³⁴⁵.

27. Projekt bombardowań powietrznych Paula Fauchille'a

W 1917 roku kwestii bombardowań powietrznych poświęcił się największy specjalista ówczesnego międzynarodowego prawa lotniczego Paul Fauchille. Autor w swym podręczniku prawa międzynarodowego początkowo podkreślił, że reżim wojny powietrznej to asymilacja norm obowiązujących w wojnie lądowej i morskiej, ale powinna ona mieć swoje granice wynikające z charakterystyki lotnictwa³⁴⁶. Francuski profesor podkreślił różnice związane z reżimami obowiązującymi w wojnie morskiej oraz lądowej, zwracając uwagę na wyjątek związany z zezwoleniem na atakowanie pewnych kategorii obiektów o przeznaczeniu

343 „It would be difficult, if not impossible, to define what constitutes a defended locality, which, however, seems to be identical with a locality offering resistance to the enemy, whether fortified or otherwise”. *Points in International Law*, „The Canadian Law Times” 1914, vol. 34, s. 1179.

344 J. W. Garner, *International Law and the World War...*, s. 422.

345 W. M. Wherry, *Aerial Bombardment in International Law*, „New York Law Review” 1940, vol. 74, s. 138.

346 H. Bonfils, P. Fauchille, *Manuel de droit international public*, Paryż 1914, s. 1003–1004.

wojennym, określony na gruncie art. 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku, który zezwalał siłom morskim na niszczenie pewnej kategorii obiektów, nawet gdyby dany obszar miał charakter niebroniony. W przeciwieństwie do marynarki wojennej, w wojnie lądowej istnieje możliwość zajęcia instalacji wojskowych, fabryk, gdy dany obszar może być okupowany bez oporu. Fauchille opowiadał się także za jak najbardziej realistycznym interpretowaniem sformułowania „niebronione miejscowości” jako obszary zabudowane, które mogą zostać zajęte przez nieprzyjaciela bez potrzeby przełamania oporu obrońcy³⁴⁷. Nawet obszary fortyfikowane, które nie są bronione, nie mogą zostać poddane ostrzałowi. Francuski badacz starał się wykazać w swej pracy, co już podnoszono na gruncie prac drugiej konferencji pokojowej, że zakaz atakowania obszarów niebronionych nie musi mieć charakteru absolutnego, jeżeli celem ataku są obiekty niezbędne z punktu widzenia konieczności wojskowej. Fauchille podnosił, że lotnictwo wojskowe nie jest w stanie zająć danego obszaru zabudowanego jak wojska lądowe, nie jest także w sposób podobny do ataków morskich zmusić danego obszaru do kapitulacji czy zapłacenia kontrybucji (*bombardement d'occupation*)³⁴⁸. Francuski badacz podnosił, że zakres dopuszczalnego bombardowania w wojnie powietrznej nie może przekraczać akceptowalnego poziomu w wojnie morskiej i lądowej. Bombardowanie o charakterze destruktywnym prowadzone przez lotnictwo nie powinno, także w sytuacji obszarów bronionych, prowadzić do przyzwolenia na ataki względem ludności cywilnej. Z drugiej strony w przypadku miast otwartych z uwagi na brak możliwości okupowania danego terytorium przez lotnictwo charakter wojny powietrznej wymusza zgodę na zezwolenie niszczenia określonych celów o charakterze wojskowym.

W związku z tym jedynymi obiektami, które mogły być zniszczone przez lotnictwo zarówno względem obszarów bronionych, jak i niebronionych, są zdaniem francuskiego autora siły zbrojne walczących, dowództwo oraz reprezentacja rządu, instalacje wojskowe bądź morskie, składy materiałów wojennych, infrastruktura drogowa i kolejowa w postaci mostów, dróg oraz stacji kolejowych³⁴⁹. Fauchille podkreślał wymóg konieczności wykorzystania tych obiektów do celów wojskowych oraz wymóg odróżniania ich od służących prywatnym potrzebom ludności cywilnej, zaznaczając, że obiektywną trudnością będzie wymaganie od załóg samolotów stosowania zasady odróżnienia. Badacz jednocześnie zwrócił uwagę, że samolot w okresie wojny udowodnił, że jest najlepszym środkiem rozpoznania i korekcji ognia artyleryjskiego zarówno baterii lądowych, jak i morskich. Samolot może rozpoznać obiekty wojskowe o charakterze oczywistym (jak np. forty czy innego typu umocnienia polowe), natomiast istotną przeszkodą będzie rozpoznanie rzeczywi-

347 P. Fauchille, *La bombardement aérien*, „Revue Générale de Droit International Public” 1917, vol. 24, s. 63.

348 *Ibidem*, s. 64.

349 *Ibidem*, s. 70.

stego przeznaczenia danego obiektu i w tym zakresie powinien opierać swoje decyzje o ataku także na podstawie informacji uzyskanych od wywiadu.

W konsekwencji Fauchille uznawał, że statek powietrzny powinien odstąpić od bombardowania, gdy nie ma pewności co do charakteru celu planowego ataku. Francuski autor dostrzegał również kwestię wzrastającej skuteczności ognia artyleryjskiego jako czynnika usprawiedliwiającego możliwość atakowania danego obszaru zabudowanego. Należy też zwrócić uwagę na sformułowanie przez badacza prawa lotniczego fundamentalnej zasady wszelkich operacji powietrznych w obszarach zabudowanych, podkreślającej konieczność skierowania działań powietrznych tylko i wyłącznie przeciwko wrogim kombatanom bądź zasobom i środkom prowadzenia obrony strony przeciwnej³⁵⁰. Ludność cywilna oraz miennie cywilne mogą ucieść jedynie w przypadku pomyłkowego bombardowania (które jest elementem nieuniknionym podczas ostrzału lądowego i morskiego), a także w sytuacji zmiany przeznaczenia wykorzystania obiektów o charakterze cywilnym, które pozbawiają ochrony przed atakiem i uzasadniają ich zniszczenie w świetle zasady konieczności wojskowej. Ochroną przed nadużyciami ze strony wojujących miało być dopuszczenie na atakowanie nieprzyjaciela w formie represaliów oraz odpowiedzialność karna załóg samolotów. Te same zasady obowiązywałyby zarówno w przypadku ataków na obszary zabudowane, jak i grupy budynków oraz obiektów. W kontekście wykonywania ostrzeżeń zwrócono uwagę, że ponieważ bombardowanie lotnicze nie służy doprowadzeniu do okupacji danego obszaru, a destrukcji pewnych jego zasobów, to stosowanie notyfikacji o ataku powietrznym powinno ustąpić względem racjonalności wojskowej³⁵¹. Fauchille podnosił konieczność zakazania używania przez lotnictwo w formie bomb pewnych typów uzbrojenia, w tym chemicznego i – co interesujące – benzyny lotniczej (*le jet de pétrole enflammé*). Sprawcy naruszeń mogli narazić stronę wojującą na uprawnione represalia, odpowiedzialność karną oraz odszkodowawczą na podstawie art. 3 Regulaminu haskiego z 1907 roku.

W konkluzji swych rozważań Paul Fauchille sformułował sześć zasad rządzących bombardowaniami powietrznymi:

1. Zezwala się na atakowanie we wszelkich lokalizacjach – nawet tych, które są ufortyfikowane, broniące bądź okupowane, bądź tylko tych obiektów, które są instalacjami wojskowymi, składami materiałów wojennych, warsztatami i fabrykami działającymi na rzecz wojsk lądowych bądź marynarki, uzbrojenia,

350 „Le fait essentiel que de tout ceci on doit finalement retenir, c'est que les attaques aériennes ne doivent en principe avoir pour objet que d'infliger des dommages aux combattants ennemis ou aux ressources et aux moyens de résistance des combattants ennemis, et que c'est seulement par exception que des citoyens paisibles ou des propriétés particulières peuvent être détruits”. *Ibidem*, s. 71.

351 „La surprise est d'ailleurs, pour le bombardement aérien, une condition de sa réussite celui-ci perdrait beaucoup de son efficacité si les aéronefs devaient avant d'agir laisser à l'adversaire le temps d'user de ses moyens de défense”. *Ibidem*, s. 72.

przedstawicieli rządów, personelu sił zbrojnych oraz innych osób włączonych do działań floty bądź armii, z wyjątkiem osób i obiektów chronionych przez Konwencje genewskie. Ludność cywilna, jej mienie oraz własność państwowa niewykorzystywana przez siły zbrojne i rządy bądź nieposiadająca strategicznego znaczenia, jak mosty, drogi i stacje kolejowe, powinna być oszczędzona.

2. Obiekty użyteczności publicznej, szpitale, miejsca zabytkowe oraz kultu powinny być chronione przez widoczne znaki podane do wiadomości przez walczącego.
3. Reguły odnoszące się do miast i grupy osób odnoszą się także do izolowanych obiektów oraz pojedynczych osób.
4. Bombardowanie z powietrza może odbyć się bez uprzedniej notyfikacji.
5. Zabrania się wykorzystywania pocisków, które niepotrzebnie zwiększają cierpienia bądź czynią śmierć nieuniknioną, takich jak pociski lżejsze niż 400 gram wybuchające, rozrywające bądź zawierające zainfekowane materiały, w postaci trucizny, gazów duszących oraz paliwa lotniczego.
6. Pilot dokonujący naruszeń powyższych zasad będzie pociągnięty do odpowiedzialności karnej. Państwo wojujące ma obowiązek zapłaty odszkodowania oraz może być przedmiotem represaliów³⁵².

28. Atak na Lipawę z 29 stycznia 1915 roku

29 stycznia 1915 roku niemieckie lotnictwo zbombardowało Lipawę, port położony na Bałtyku (obecnie miasto na Łotwie). Z informacji strony rosyjskiej, wskazanej w wydaniu „The Times” z 1 lutego 1915 roku, potwierdzono, że Lipawa miała charakter lokalizacji niebronionej. W wyniku walk doszło do strącenia niemieckiego statku powietrznego i pojmania załogi³⁵³. Rosjanie potwierdzili, że załódze odmówiono statusu jeńców wojennych i uznano ją za przestępców winnych zbrodni zabójstwa w związku z atakiem na niebronione miasto, określając ich mianem „piratów powietrznych”. C. P. Picciotto zwrócił uwagę, że atak na obszar niebroniony jest zbrodnią wojenną, w związku z tym załoganci powinni być traktowani jako zbrodniarze³⁵⁴. J. Kroell jednakże informuje, że Związek Sowiecki w oficjalnym komunikacie z 27 stycznia 1935 roku uznał powyższą praktykę za nielegalną³⁵⁵.

352 *Ibidem*, s. 73.

353 „The Times”, 1st February 1915.

354 C. P. Picciotto, *Some Notes...*, s. 154.

355 J. Kroell, *Traité de Droit international public aérien: L'Aéronautique en temps de guerre*, Vol. II, Paryż 1936, s. 211.

29. Kazuistyczne podejście do teorii celu wojkowego

W swym komentarzu z 1909 roku do Konwencji haskich z 1907 roku A. Pearce Higgins wskazał za dopuszczalne atakowanie określonych elementów infrastruktury, takie jak: drogi kolejowe, stacje kolejowe, doki, mosty, składy węgla należące do ludności cywilnej bądź władzy publicznej³⁵⁶. Oprócz powyższego dowódca był uprawniony do destrukcji materiałów wojennych, zakładów i warsztatów użytecznych dla wojsk lądowych bądź marynarki wojennej jak również „czystych” celów wojskowych. J. M. Spaight do katalogu tego dodał jeszcze składy oleju oraz paliwa znajdujące się zarówno w składach wojskowych, jak i prywatnych, przed zakupem, na potrzeby sił zbrojnych, fabryki i zakłady produkujące sprzęt lotniczy, silniki, śmigła, a także prywatne szkoły lotnicze³⁵⁷. J. Westlake dodawał do tego katalogu również budynki rządowe, które mogą być poddane w każdym czasie ostrzałowi³⁵⁸. Rozwinięciem katalogu celów wojskowych będących przedmiotem ataku w okresie I wojny światowej była instrukcja cesarza Niemiec Wilhelma II z 12 lutego 1915 roku w sprawie bombardowania Londynu, w ramach którego: 1) „Jego Cesarska Mość wyraża nadzieję, że wojna powietrzna przeciwko Anglii będzie prowadzona z największym możliwym zapałem”; 2) oraz „Jego Cesarska Mość przeznacza następujące cele do ataku: materiały wojenne jakiegolwiek typu, koszary i instalacje wojskowe, zbiorniki oleju i paliw, a także doki portu w Londynie. Nie można czynić przedmiotem ataku obszarów mieszkalnych Londynu, a przede wszystkim wszystkich pałaców należących do brytyjskiej rodziny królewskiej”³⁵⁹. Powyższe poglądy uwiadamiały stopniowe wykształcenie się pojęcia celu wojkowego, jednakże jedynie w formie kazuistycznej. Pojawienie się abstrakcyjnej definicji powyższego sformułowania nastąpiło dopiero w okresie międzywojennym.

356 A. Pearce Higgins, *The Hague Peace Conferences...*, s. 355.

357 J. M. Spaight, *Aircraft...*, s. 19–20.

358 J. Westlake, *International Law. Part II. War*, Cambridge 1907, s. 77.

359 S. F. Wise, *Canadian Airmen and the First World War: The Official History of the Royal Canadian Air Force*, Toronto 1980, s. 234–235.

Rozdział V

Haskie reguły wojny powietrznej i ich wpływ na prawo wojny powietrznej w okresie II wojny światowej Stan prawa wojny powietrznej w latach 1945–1972

1. Doświadczenia I wojny światowej – wojna powietrzna w perspektywie prawnej Status XIV Deklaracji haskiej z 1907 roku

Wielka wojna potwierdziła przewidywania Paula Fauchille'a co do potencjału lotnictwa wojskowego. Pierwsze uderzenia powietrzne o charakterze strategicznym przeprowadzone przez niemieckie bombowce na Londyn, Antwerpię oraz Paryż wykazały także brak skutecznej reakcji międzynarodowego prawa humanitarnego na kwestię działań powietrznych. Obie strony konfliktu oskarżały się o wzajemne bombardowanie, pogwałcające status miast otwartych, które w istocie takiego charakteru nie miały. Udowodniło to niewydolność istniejącej siatki normatywnej w zakresie skutecznego regulowania rzeczywistości pola walki, czyniąc potrzebę zmian w tej mierze głównym zakresem apelu MKCK z 22 listopada 1920 roku do Zgromadzenia Ligi Narodów. Komitet żądał przyjęcia zakazu prowadzenia bombardowań powietrznych, wskazując, że I wojna światowa wykazała niemożność dokonania prawidłowego rozróżnienia pomiędzy miastami bronionymi bądź niebronionymi, uznając także brak zdolności lotników do efektywnego dokonania selekcji w trakcie operacji lotniczej¹. Częściowym punktem odniesienia w tej mierze były postanowienia traktatu wersalskiego z 1919 roku, który zakazywał Niemcom posiadania samodzielnej

1 J. W. Garner, *Proposed Rules for the Regulation of Aerial Warfare*, „American Journal of International Law” 1924, vol. 18, s. 71.

floty powietrznej o charakterze wojskowym (art. 198) oraz nakazywał demobilizację personelu sił powietrznych (art. 199)². Niewykorzystaną szansą na regulację zjawiska była konferencja paryska z 1919 roku, która ostatecznie doprowadziła do przyjęcia Konwencji urządzającej żeglugę powietrzną (tzw. Konwencji paryskiej z 1919 roku) jako pierwszego traktatu międzynarodowego prawa lotniczego. A. K. Kuhn wymienia trzy powody, dla których nie zdecydowano się na podjęcie dyskusji dotyczącej statusu lotnictwa wojskowego na wypadek działań wojennych podczas prac nad dokumentem dotyczącym lotnictwa cywilnego. Były one następujące: powszechne przekonanie o podważeniu znaczenia norm *ius in bello* poprzez postawę państw centralnych w czasie wojny, brak czasu, zamiar zdelegalizowania wojny jako środka rozstrzygania sporów międzynarodowych³. Jedynym przepisem odnoszącym się do wojny powietrznej był art. 38 Konwencji paryskiej z 1919 roku, który stanowił, że jej przepisy „nie ograniczają praw umawiających się Stron jako walczących bądź neutralnych”⁴.

Praktyka I wojny światowej potwierdziła ponadto, że XIV Deklaracja haska z 1907 roku, docelowo delegalizująca bombardowania powietrzne, stała się regulacją, której moc obowiązująca została uchylona poprzez przeciwną praktykę państw bądź też była traktowana jako niewiążąca z uwagi na klauzulę *si omnes*⁵. Dotyczyło to także tych stron, które związały się dokumentem w sposób formalny – zarówno Wielkiej Brytanii, jak i Stanów Zjednoczonych. A. S. Hersey wskazał, że jeszcze przed wielką wojną deklaracja nie mogła zostać uznana za „integralną część prawa międzynarodowego”⁶. G. Schwarzenberger obserwując upadek stosowania przez państwa XIV Deklaracji haskiej z 1907 roku, posłużył się cywilistyczną koncepcją opierającą się na klauzuli *rebus sic stantibus* – „istotnej zmiany okoliczności”⁷. Nieuregulowana wojna powietrzna stała się jedną z wielu poważnych luk w systemie *ius in bello*, których istnienie dostrzeżono po I wojnie światowej, równolegle z kwestią wykorzystania gazów bojowych,

2 N. Ronzitti, *The Codification of Law of Air Warfare*, [w:] N. Ronzitti, G. Venturini (red.), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues (Essential Air and Space Law)*, Utrecht 2006, s. 6.

3 A. K. Kuhn, *International Aerial Navigation and the Peace Conference*, „American Journal of International Law” 1920, vol. 14, s. 371.

4 W. H. Boothby, *The Law of Targeting*, Oxford 2012, s. 324.

5 „Here is one case in which such nullification of a Hague Convention, bringing the law back to what it would be without the Convention, really wiped all prohibition from the books since no other laws prohibiting any such bombing had ever been even considered previously”. H. A. Gosnell, *The Hague Rules of Aerial Warfare*, „American Law Review” 1928, vol. 62, s. 419.

6 A. S. Hersey, *The International Law of Aerial Space*, „The American Journal of International Law” 1912, vol. 6, s. 384.

7 G. Schwarzenberger, *The Law of Air Warfare and the Trend Towards Total War*, „University of Malaya Law Review” 1959, vol. 1, s. 122.

nieograniczoną wojną podwodną czy też brakiem systemu sprawiedliwości międzynarodowej, który pozwoliłyby na karanie sprawców naruszeń prawa konfliktów zbrojnych⁸.

2. Waszyngtońska konferencja rozbrojeniowa 1921–1922

Odbiciem głosu społeczności międzynarodowej dążącej do globalnego zmniejszenia napięć w stosunkach między państwami była zwołana na zaproszenie Stanów Zjednoczonych waszyngtońska konferencja rozbrojeniowa w 1921 roku⁹. Najistotniejszym z punktu widzenia treści rozprawy punktem pracy tej konferencji było powołanie na posiedzeniu 4 lutego 1922 roku Komisji rewizyjnej reguł obowiązujących w wojnie (*Commission to Revise Rules of War*). Zadaniem nowo utworzonej struktury, składającej się z dwóch delegatów uczestników konferencji, była dyskusja nad zagadnieniem aktualności przepisów haskich z 1907 roku, w obliczu pojawienia się od tego czasu nowych środków prowadzenia walki zbrojnej, oraz zaproponowanie rozwiązań, które pozwoliłyby na dostosowanie istniejących przepisów do realiów pola walki¹⁰. Komisja otrzymała zezwolenie na skorzystanie z porad ekspertów prawa międzynarodowego m.in. w zakresie dotyczącym wojny powietrznej¹¹. Należy jednakże zwrócić uwagę, że zasadnicza część uwagi państw – uczestników konferencji została skupiona (w płaszczyźnie prawnej) na problematyce związanej z kwestią prowadzenia nieograniczonej wojny podwodnej oraz stosowania gazów duszących. W płaszczyźnie politycznej zasadniczym zagadnieniem była próba ograniczenia zbrojeń morskich, zwłaszcza Cesarstwa Japońskiego, którego rozwój marynarki wojennej oraz znaczne zdobycze terytorialne w postaci opanowania kolonii niemieckich na Pacyfiku uznawano za geostrategiczne zagrożenie dla Stanów Zjednoczonych oraz Wielkiej Brytanii¹². Interesy wielkich mocarstw przeważały nad względami prawnymi.

8 H. S. Leroy, *Limitation of Air Warfare*, „Air Law Review” 1941, vol. 12, s. 24.

9 P. O'Brien, *British and American Naval Power: Politics and Policy, 1900–1936*, Westport 1988, s. 166.

10 No. 1 Resolution for a Commission of Jurists to Consider Amendment of Laws of War, February 4, 1922.

11 Resolution Establishing a Commission of Jurists to Consider Amendment of the Laws of War. Conference on the Limitation of Armament, Washington, November 12, 1921 – February 6, 1922, U.S. Government Printing Office, 1922, s. 1640.

12 H. Croly, *Roads to Peace: A Handbook to the Washington Conference*, Nowy Jork 1921, s. 3–24.

Z uwagi na powyższe zagadnienie reguł użycia lotnictwa na wypadek konfliktu zbrojnego zostało uznane za problem drugorzędny i znalazło się w programie konferencji dopiero w ostatniej fazie prac. 7 stycznia 1922 roku komitet do spraw ograniczenia zbrojeń rozważał raport podkomitetu do spraw ograniczeń produkcji, wykorzystania i charakteru samolotów. Raport ten podzielił statki powietrzne na trzy kategorie: pierwszą były samoloty użytku komercyjnego, drugą – cywilnego, a trzecią wojskowego. Główną tezę opracowania było ogólne stwierdzenie, że wprowadzenie jakichkolwiek rozwiązań o charakterze limitującym produkcję i rozwój lotnictwa zarówno cywilnego, jak i wojskowego jest nierealne z praktycznego punktu widzenia oraz niezwykle trudne do ujęcia w formie normy prawa międzynarodowego, która zyska dostateczne uznanie. Postulowano w tej mierze przyjęcie modelu określonego w traktacie wersalskim, ograniczającego możliwość rozwoju niemieckiego lotnictwa, poprzez wskazanie limitów w kategoriach uzbrojenia, mocy silnika czy też zasięgu¹³. Wskazano, że lotnictwo cywilne zawsze będzie miało dostateczny potencjał wojskowy i techniczny i z pewnością zostanie wykorzystane w roli wojskowych statków powietrznych. W tym zakresie konieczne byłoby wprowadzenie całkowitego zakazu rozwoju lotnictwa jako takiego, co zostało przez członków komitetu uznane za niemożliwe i niepraktyczne. Te same przeszkody istniały w sferze rozwoju sił powietrznych. Wskazano na brak porozumienia w przedmiocie liczbowego (odmiennie niż w przypadku floty wojennej) ograniczenia samolotów wojskowych z uwagi na wielką ilość zmiennych o subiektywnej wartości (np. skalę terytorium kolonialnego, geograficzne położenie samego państwa). W efekcie na konferencji waszyngtońskiej jednoznacznie odrzucono z rozmaitych względów próbę całkowitego i powszechnego rozbrojenia lotniczego.

Wychodząc z powyższego założenia, w raporcie wskazano na potrzeby „wynikające ze względów humanitaryzmu i zmniejszenia napięć w stosunkach międzynarodowych” związane z przygotowaniem regulacji dotyczącej użycia lotnictwa w konflikcie zbrojnym¹⁴. W konsekwencji optowano za przyjęciem reguł, które powinny regulować wykorzystanie samolotu podczas wojny i być przedmiotem międzynarodowego porozumienia w formie zaproponowanej przez podkomitet do spraw praw wojny¹⁵. Jednocześnie, z uwagi na brak gotowości wszystkich uczestników konferencji do dyskusji nad zagadnieniem, a także koniec prac plenarnych (zaplanowany na luty 1922 roku), zdecydowano, aby zagadnienie wojny

13 *Committee on Aircraft. Report on Limitation of Aircraft as to Number, Character and Use, Washington, December 1921*, [w:] *Conference on Limitation of Armament: Washington 1921–22 (Treaties, Resolutions)*, Londyn 1922, s. 24–25.

14 „It is necessary in the interests of humanity and to lessen the chances of international friction that the rules which should govern the use of aircraft in war should be codified and be made the subject of international agreement”. *Ibidem*, s. 34.

15 *Conference on the Limitation of Armament Held at Washington, November 12, 1921, to February 6, 1922. Report of the Canadian Delegate Including Treaties and Resolutions*, Ottawa 1922, para. 55–55, s. 26.

powietrznej uczynić przedmiotem następnej konferencji międzynarodowej – co wydaje się niezwykle symptomatyczne¹⁶. Podczas dyskusji nad raportem podzielono ten pogląd, uznając regulację za zbyt obszerną, aby poddać ją pod rozwałę uczestników konferencji. Zwrócono uwagę, że zadaniem podkomitetów opracowujących projekty odnoszące się do wojny powietrznej oraz przeglądu prawa i zwyczajów wojennych powinno być jedynie zbadanie merytoryczne zagadnień, które powinny pozostać przedmiotem zainteresowania przyszłych rozwiązań prawnomiędzynarodowych.

3. Zagadnienie wojny powietrznej na waszyngtońskiej konferencji rozbrojeniowej

Zakres prac konferencji nie zezwalał na wypracowanie stanowisk rządów we właściwym czasie, pomimo powszechnego przekonania delegatów o potrzebie uregulowania wojny powietrznej. Przewodniczący komisji wyrażał w tym miejscu ubolewanie i rozczarowanie brakiem możliwości rozwiązania ograniczeń rozwoju lotnictwa wojskowego oraz sposobu jego użycia w przyszłym konflikcie zbrojnym¹⁷. Częściowo próbowano naprawić ten brak poddaniem pod rozwałę uczestników amerykańskiej propozycji, która brzmiała: „użycie samolotu w przyszłej wojnie powinno być paralelne z normami obowiązującymi w wojnie lądowej, przy czym atakowanie niebronionych miast, wsi oraz osiedli jest niedozwolone. Bombardowanie ufortyfikowanych obszarów oraz fabryk zbrojeniowych jest dozwolone, lecz niebronione obszary zabudowane powinny być oszczędzone i wszelkie środki ostrożności powinny zostać powzięte, by chronić niewalczących od skutków ataków powietrznych”¹⁸. Propozycję przyjęcia rezolucji w tej mierze zaakceptował delegat włoski, który podkreślał konsekwencje ostatnich wydarzeń związanych z bombardowaniem obszarów niebronionych przez niemieckie lotnictwo w okresie I wojny światowej. Uznając potrzebę zaakcentowania zasady nieatakowania obszarów niebronionych przez lotnictwo, zaproponował przyjęcie

16 „This Committee recommends therefore that the question to the rules for aircraft in war be not considered at a conference in which all the members are not considered at a conference in which all the member are not prepared to discuss so large a subject, but that the matter be postponed to a future conference which it is recommended be assemble for the purpose at a date and place to be agreed upon through diplomatic channels”. *Subcommitte on Aircraft – Report on Limiation as to Numbers, Character and Use*, Conference on the Limitation of Armament Held at Washington, November 12, 1921, to February 6, 1922, Waszyngton, s. 776.

17 *Ibidem*, s. 796.

18 *Ibidem*, s. 800.

powyższej deklaracji: „Umawiające się Strony, zamierzając podkreślić konieczność respektowania norm prawa międzynarodowego, zakazujących bombardowania niebronionych miast, osad i wsi przez samoloty, uznają powyższy zakaz za część istniejącego prawa międzynarodowego i zgadzają się respektować powyższe zakazy pomiędzy sobą i zapraszają wszelkie cywilizowane nacje do ich akceptacji”. Francuska delegacja podkreśliła, że powyższa propozycja ma wymiar pewnego *superfluum*, gdyż została już sformułowana podczas prac nad Regulaminem haskim z 1907 roku i nie ma potrzeby jej ponawiania¹⁹. Amerykański delegat poparł włoską propozycję, wskazując na stan niepewności prawnej w przedmiocie stosowania podczas bombardowania lotniczego zasad z 1907 roku.

Zwrócono uwagę na istnienie dwóch reżimów (morskiego i lądowego), a także na fakt, że rozróżnienie lokalizacji na niebronione i bronione nie ma większego uzasadnienia w świetle praktyki wojny powietrznej. „Żadne miasto nie jest niebronione w świetle okoliczności bombardowania powietrznego” – argumentował amerykański delegat, uznając, że niemal każda miejscowość ma jakiś rodzaj obrony. Ponadto dostrzeżono, że reguły rządzące bombardowaniami lądowymi nie mogą zostać uznane za wystarczające w świetle ówczesnego rozwoju i taktyki działań powietrznych i wymagają nowego prawa w tej mierze. Delegat uznawał za zasadne atakowanie infrastruktury kolejowej oraz fabryk zbrojeniowych, przyznając z kolei, że regulacja haska z 1907 roku jest niewystarczająca, by chronić ludność cywilną zamieszkującą obszary niebronione. W odpowiedzi włoski delegat wskazał, że jest gotów do modyfikacji swojego stanowiska i wyraził zdanie, że komisja jurystów dokona szczegółowego rozważenia wszystkich kwestii prawnych, wnosząc jedynie o powszechne zrozumienie zasady o nieatakowaniu z powietrza niebronionych osad. Akceptację wyraził delegat francuski²⁰. Z uwagi na powszechną zgodę pozostałych uczestników odstąpiono od głosowania nad projektem rezolucji, uznając konieczność szczegółowej regulacji zagadnienia przez komisję jurystów. Przewodniczący zgromadzenia zwrócił uwagę na aspekt technicznej złożoności problemu, obawiając się ponownego oczekiwania na konsultację prawniczą, która mogłaby doprowadzić do przedłużenia obrad przyszłej konferencji w sposób nieakceptowalny. Delegat Wielkiej Brytanii podniósł, że szczególnie problematyczne w tej mierze jest rozwiązanie kwestii rozmieszczenia pewnych kategorii celów o znaczeniu wojskowym (takich jak fabryki, stacje kolejowe, składy amunicji) w pobliżu obszarów zaludnionych. Aby nadać przygotowanym normom międzynarodowym pełny kształt, uznawał, że niezbędne jest dołączenie do grona jurystów ekspertów lotniczych, którzy dostosują dialog prawniczy do wizji akceptowalnej zarówno dla kręgów wojskowych, jak i dyplomatycznych²¹.

19 *Ibidem*, s. 802.

20 W dokumentach konferencji zostało zanotowane, że delegat francuski podkreślił zakaz bombardowania nieufortyfikowanych obszarów. *Ibidem*, s. 806.

21 *Ibidem*, s. 808.

4. Haskie reguły wojny powietrznej z 1923 roku

4.1. Uwagi ogólne

Same wnioski nie mogą stać się prawem międzynarodowym, dopóki nie będą akceptowane przez cywilizowane mocarstwa, ale zgoda nie musi być wyrażona tylko poprzez światową konferencję²².

Pierwsze spotkania tzw. komisji jurystów miały miejsce 11 grudnia 1922 roku w Hadze, a na drugim spotkaniu przewodniczącym komisji został J. B. Moore, będący sędzią Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych oraz sędzią Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej. Delegacje miały mieszany charakter; oprócz dyplomatów, do prac przystąpili oficerowie lotnictwa oraz marynarki wojennej, a także eksperci prawni (W. Rodgers – Stany Zjednoczone, J. M. Spaight – Wielka Brytania, A. De Lapradelle – Francja, A. Cavaglieri – Włochy, M. Sugimura – Japonia, J. Van Eysinga – Holandia)²³. Komisja docelowo swymi pracami miała objąć zagadnienia związane z wykorzystaniem radia oraz lotnictwa, dzieląc się w ten sposób na dwie podkomisje. Członkowie komisji byli świadomi trudnych okoliczności towarzyszących dyskusji na temat statusu samolotu w przyszłej wojny i realnej możliwości bezowocności ich wysiłków, jednakże byli zdeterminowani, aby poprzez swoją dyskusję wzmocnić rolę prawa międzynarodowego. Przewodniczący Moore podkreślił, że pomimo przygotowawczego statusu spotkania ekspertów nie należy umniejszać znaczenia i powagi prac, które były przedmiotem obrad komisji. Utylitarny charakter prac delegatów przeciwstawiany był powszechnej opinii o niewydolności prawa międzynarodowego regulującego sposób prowadzenia działań zbrojnych²⁴. Zasadniczym celem działania komisji miało być stworzenie regulacji pozwalającej na wykorzystanie lotnictwa jako środka prowadzenia wojny w granicach dopuszczalnego w działaniach zbrojnych stopnia przemocy.

4.2. Przebieg prac komisji jurystów

Najpoważniejszym i jednocześnie najważniejszym zagadnieniem będącym przedmiotem obrad komisji jurystów z 1923 roku było stworzenie akceptowalnych zasad rządzących bombardowaniami powietrznymi. Ujawnione stenogramy pokazują,

22 Conference on the Limitation of Armament Held at Washington, November 12, 1921, to February 6, 1922. *Report of the Canadian Delegate Including Treaties and Resolutions Conference on the Limitation of Armament held at Washington November 12, 1921, to February 6, 1922. Report of the Canadian delegate including treaties and resolutions*, Ottawa 1922, s. 26.

23 J. B. Moore, *International Law and Some Current Illusions and Other Essays*, Chicago 1924, s. 182.

24 *Ibidem*, s. 186–189.

że był to jednocześnie najtrudniejszy moment obrad²⁵. Stadium początkowym rozmów była treść przedłożonych przez stronę amerykańską i brytyjską projektów, które zostały poddane pod dyskusję. Jednakże najistotniejszym ustaleniem wstępnym było stwierdzenie, że test obronności danego obszaru w kontekście operacji wojsk lądowych jest nieprawidłowy w odniesieniu do operacji lotniczych i musi zostać zarzucony²⁶. Komentujący pracę komisji J. B. Moore zwrócił uwagę, że status Deklaracji haskiej z 1899 roku o zakazie rzucania z balonów pocisków i środków wybuchowych całkowicie wygaś w kontekście praktyki państw równoległe z wybuchem wojny w 1914 roku, także z uwagi na istnienie klauzuli *si omnes*, co wobec stosunkowo niewielkiej liczby ratyfikacji przedłużonej Deklaracji haskiej z 1907 roku prowadziło do stwierdzenia, że nawet w kontekście czysto formalnym dokument ten nie obowiązywał wobec stron walczących²⁷. Komentator stwierdził, że zagadnienie bombardowań lotniczych stało się najpoważniejszym wyzwaniem dla członków komisji. Brytyjska delegacja zaproponowała po raz pierwszy wprowadzenie pojęcia celu wojskowego, jednakże bez podjęcia próby jego zdefiniowania. Amerykański projekt z kolei dzielił obszar operacji powietrznych na rejony znajdujące się w bezpośredniej i dalszej odległości od frontu; rejony walk mogłyby być przedmiotem bombardowania bez zasadniczych ograniczeń (z wyjątkiem obiektów mających status specjalnie chronionych). Natomiast względem obszarów położonych poza zapleczem frontu dopuszczalne było atakowanie tylko wskazanych celów o znaczeniu wojskowym (wyszczególnionych na gruncie art. 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku). W efekcie amerykańska propozycja nie wskazywała definicji pojęcia celu wojskowego (uznając, że pozostawiałoby to zbyt dużą swobodę dowodzącemu statkiem powietrznym), lecz zdecydowała się na przyjęcie kazuistycznego poglądu, określającego które z konkretnych obiektów mogą być przedmiotem ataku wojskowego²⁸.

Zmodyfikowana wersja amerykańska zakładała, że „bombardowanie powietrzne jest dopuszczalne przeciwko celom wojskowym, tj. takim, których zniszczenie bądź uszkodzenie przyniesie walczącym wyraźną korzyść wojskową”²⁹. Do celów takich zaliczono siły zbrojne przeciwnika, okręty wojenne, instalacje wojskowe, składy materiałów wojennych, zakłady zbrojeniowe, linie komunikacyjne wy-

25 Zob. przemówienie przewodniczącego J. B. Moore’a, który zwrócił się z apelem do uczestników komisji o konsensus w tej mierze. *Ibidem*, s. 200–201.

26 *Ibidem*, s. 194.

27 Jedynym źródłem na temat przebiegu prac komisji jurystów jest wskazane wyżej źródło. Autor wskazuje, że prace przygotowawcze zostały opublikowane w opracowaniu *Procès-verbaux de la Commission de la Haye (1922–1923) pour la révision des lois de la guerre*, Paryż 1930, niestety źródło to jest niedostępne.

28 A. Jachec-Neale, *The Concept of Military Objectives in International Law and Targeting Practice*, Oxon 2015, s. 20.

29 „Aerial bombardment is legitimate only when directed at a military objective, that is to say, an object of which the destruction or injury would constitute a distinct military advantage to the belligerent”. J. B. Moore, *International Law...*, s. 197.

korzystywane do celów wojskowych. Bombardowanie nie mogło być kierowane przeciwko ludności cywilnej. Zakazane było atakowanie wojsk rozmieszczonych w obszarach zabudowanych, jeżeli „koncentracja wojskowa tego dostatecznie nie uzasadnia, zważywszy na niebezpieczeństwo wynikające stąd dla ludności cywilnej”³⁰. Wersja włoska różniła się od amerykańskiej listy celów, wskazując je jako: a) siły zbrojne, b) baraki i koszarzy wojskowe, c) okręty wojenne, d) arsenały wojskowe, e) składy uzbrojenia i amunicji, f) stacje kolejowe, g) linie komunikacyjne i transporty, h) zakłady i struktury bezpośrednio i efektywnie działające na rzecz produkcji zbrojeniowej. Wprowadzała podział na obszary położone w pobliżu frontu oraz strefy znajdujące się poza rejonem bezpośrednich walk³¹. Zasadniczo, w świetle włoskiej propozycji, atak na miejscowości położone na zapleczu teatru operacyjnego był niedozwolony, z wyjątkiem bombardowania obiektów znajdujących się na liście celów, które powinno być przeprowadzone pod warunkiem uniknięcia strat wśród ludności cywilnej. W wypadku braku możliwości spełnienia powyższej przesłanki atak powietrzny nie mógł zostać przeprowadzony. W przypadku działań podejmowanych w bezpośredniej bliskości frontu morskiego bądź lądowego, biorąc pod uwagę obowiązek rządu polegający na usunięciu ludności cywilnej z danego obszaru zagrożonego działaniami wojennymi, był dozwolony, o ile istniało uzasadnione przypuszczenie o dostatecznej koncentracji wojskowej³². Obydwa projekty wprowadzały nakaz zapłaty odpowiedniego odszkodowania na rzecz osób i podmiotów, które poniosły straty wskutek naruszeń powyższych przepisów, a instrukcja włoska dodatkowo wprowadzała nakaz pociągnięcia do odpowiedzialności karnej pilotów.

4.3. Propozycja włoska i amerykańska uregulowania reżimu bombardowań powietrznych

Różnice pomiędzy tymi projektami były dość zasadnicze, zwłaszcza w przedmiocie przyjęcia dopuszczalnej kategorii celów, które mogłyby być objęte reżimem bombardowania. Amerykańska propozycja zakładała konieczność wypełnienia dwuetapowego testu. W pierwszej kolejności istniała konieczność ustalenia, czy przedmiot ataku jest celem wojskowym (*military objective*) tj. takim, którego zniszczenie bądź uszkodzenie/zranienie przyniesienie wojującemu wyraźną (*distinct*) korzyść wojskową (*military advantage*). Drugim elementem wspomnianego wyżej testu było stwierdzenie, że obiekt wymieniony w kategorii pierwszej może być przedmiotem ataku powietrznego tylko wtedy, jeżeli znajduje się w katalogu legalnych celów: nieprzyjacielskich sił zbrojnych, fabryk i warsztatów wojennych,

30 *Ibidem*, s. 198.

31 *Ibidem*, s. 195.

32 *Ibidem*, s. 198.

składów materiałów wojennych, instalacji wojskowych, fabryk zaangażowanych w produkcję zbrojeniową o ważnym i powszechnie znanym znaczeniu bądź linii komunikacyjnych wykorzystywanych przez siły zbrojne. Włoska propozycja nie zawierała w sobie pojęcia celu wojskowego, tworząc za to enumeratywną listę celów, zasadniczo zbliżoną do pierwotnej wersji amerykańskiej – dodając nową kategorię w postaci stacji kolejowej. Wywołało to sprzeciw ze strony komentatora projektu, wskazującego że stacje kolejowe, które nie są wykorzystywane do celów wojennych, nie mogą być z racji samego statusu traktowane jako cele w każdych warunkach³³. Odmienne było również definiowanie przemysłu o charakterze zbrojeniowym jako produkcji efektywnej (*effective*) oraz bezpośrednio (*direct*) wpływającej na wytworzenie broni, amunicji oraz środków transportu. O ile amerykański projekt *prima facie* zakładał, że pewien typ infrastruktury tradycyjnie będzie zawsze pracował na rzecz wysiłku wojennego państwa (np. zakłady Kruppa w Niemczech), o tyle koncepcja włoska zakładała możliwość objęcia przedmiotem ataku nie tylko końcowego wytwórcę sprzętu o przeznaczeniu wojskowym, ale także jego poddostawców, o ile efektywnie i bezpośrednio uczestniczą w procesie końcowym składania uzbrojenia, amunicji oraz środków transportu.

Kolejnym zagadnieniem, w ramach którego istniały różnice pomiędzy poglądami włoskim i amerykańskim, była odpowiedź na zagadnienie o zasadniczej wartości praktycznej, tj. sytuacji faktycznej, w której obiekty podlegające bombardowaniu zostaną rozmieszczone w pobliżu miejsc zamieszkania ludności cywilnej. Projekt amerykański przewidywał, że nie jest dopuszczalne w takiej sytuacji atakowanie saturacyjne oraz nakazywał, aby bombardowanie było skierowane wyłącznie przeciwko obiektowi wojskowemu. W propozycji włoskiej zastrzegano, że atak lotniczy powinien być przeprowadzony tylko pod warunkiem pewności, że nie przyniesie strat wśród ludności cywilnej, nakazując, aby w braku możliwości spełniania tego kryterium w sposób zupełny (*absolute observance*) załoga samolotu bombowego odstąpiła od działania. Tekst zaproponowany przez delegatów włoskich był w swej formie zdecydowanie bardziej kategoryczny³⁴.

Problemem bezpośrednio związanym z wykładnią art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku dotyczącego zakazu atakowania niebronionych miast, wsi oraz osad była kwestia działań lotnictwa względem miejsc położonych z dala od linii frontu. Delegacja włoska dzieląc teatr działań wojennych na bezpośrednio znajdujący się na froncie oraz znajdujący się poza nim, zakazywała wykonywania ataków powietrznych na miejscowości położone poza strefą bezpośrednich działań wojennych. Wyjątkiem było jednakże bombardowanie obiektów wymienionych w zamkniętej liście celów. Oznacza to, że bombardowanie obszarów znajdujących się poza linią frontu mogło mieć wyłącznie wymiar selektywnego ataku. W wypadku

33 „Ordinarily a railway station as such possesses no military value whatever and its use is distinctively non-military in war as well as in peace”. *Ibidem*, s. 199.

34 *Ibidem*.

miejsowości znajdujących się w rejonie działań wojennych dopuszczano możliwość wykonywania uderzeń o charakterze powierzchniowym, o ile jest to uzasadnione dostateczną koncentracją wojskową przeciwnika. Wyobrażono sobie w ten sposób zaistnienie stanu faktycznego, w którym obszar zabudowany jest wykorzystywany przez wojska lądowe do bezpośredniej obrony przed nadciągającym nieprzyjacielem, potencjalnie jako obszar umocniony. Uznano przy tym, że strona atakująca może za pośrednictwem swojego lotnictwa wojskowego dokonać ataku powierzchniowego, który spowoduje osłabienie bądź załamanie nieprzyjacielskiego oporu. Włoska delegacja wskazywała, że obowiązki atakującego i obrońcy mają charakter stały i równy podczas konfliktu, podnosząc, że ludność cywilna takich miejscowości powinna być uprzednio ewakuowana bądź przeniesiona do bezpiecznego miejsca. Była to istotna zmiana w stosunku do projektu strony amerykańskiej, który zakładał, że atak na miejsca koncentracji wojskowej powinien uwzględniać niebezpieczeństwo, jakie może wyniknąć dla ludności cywilnej.

Po 5-godzinym spotkaniu delegatów, 12 lutego 1923 roku delegaci przyjęli w sposób jednomyślny tekst przyszłego art. 24 projektu Haskich reguł wojny powietrznej, który uznawany był za najtrudniejszy i najbardziej kontrowersyjny element prac konwencji. Pozostałe elementy prac dotyczyły pewnych kwestii związanych z działaniami lotnictwa na morzu i nadaniu statkom powietrznym uprawnień charakterystycznych dla okrętów wojennych, np. poprzez wykonywanie prawa wiozoty, kwestii blokady bądź dostosowanie norm prawa przyzowego³⁵. Raport końcowy z prac komisji nie zawierał żadnych informacji co do wdrożenia tych zasad w formie międzynarodowego traktatu. Nie zawarto także klauzuli *si omnes*, charakterystycznej dla regulacji z 1907 roku. Publikacja prac komisji nastąpiła w formie przedruku zamieszczonego w „American Journal of International Law” nr 4/17 z 1923 roku³⁶.

4.4. Status wojskowego statku powietrznego i załogi w świetle reguł z 1923 roku

Artykuł 1

Reguły wojny powietrznej mają zastosowanie do wszelkich statków powietrznych, niezależnie od tego, czy są cięższe bądź lżejsze od powietrza oraz unoszą się na wodzie.

Jest to przepis o fundamentalnym znaczeniu, wskazuje bowiem na zakres przedmiotowy prawa wojny powietrznej, stosowanego względem wszystkich statków powietrznych, niezależnie od charakterystyki technicznej. W ramach powyższego

³⁵ *Ibidem*, s. 202–206.

³⁶ *General Report of the Commission of Jurists at the Hague*, „The American Journal of International Law” 1923, vol. 17, s. 242–260, przedruk także w „International Law Studies Series” 1924, vol. 96, s. 96–154.

jednolicie traktowano zarówno statki powietrzne dysponujące własnym napędem, jak i aerostaty w postaci sterowców oraz balonów. Podobną uwagę poczyniono względem hydroplanów (które mogły być uważane za okręty wojenne)³⁷.

Artykuł 2

Za publiczne uznaje się następujące statki powietrzne: a) wojskowe statki powietrzne, b) niewojskowe statki powietrzne wyłącznie przeznaczone do służby państwowej. Wszystkie pozostałe statki powietrzne uważa się za niepaństwowe.

Twórcy komisji w tej mierze podkreślali wpływ prac konferencji paryskiej w 1919 roku, która w pewnym sensie usankcjonowała podział lotnictwa proponowany na początku XX wieku przez P. Fauchille'a na statki powietrzne: wojskowe, publiczne oraz pozostałe (w domyśle prywatne) – z uwagi na ich charakter³⁸. Jednocześnie zdecydowano, aby reżimem wojny powietrznej objąć wszelkie statki powietrzne niezależne od ich statusu. Objęcie regulacją jedynie wojskowych statków powietrznych nie mogło mieć wymiaru skutecznego, z uwagi na możliwie ciągłą interakcję ruchu lotniczego o charakterze wojskowym i cywilnym w przestrzeni powietrznej państw walczących.

Artykuł 3

Wojskowy charakter statku powietrznego jest ustalany na podstawie zewnętrznego znaku wskazującego na jego przynależność państwową i wojskowy status.

Ratio legis przepisu było dokonanie rozróżnienia przynależności danego statku powietrznego do sił zbrojnych bądź nie, z uwagi na konieczność odmiennego statusu statków powietrznych wojskowych oraz prywatnych nieznajdujących się w służbie państwowej. Mniej oczywista w świetle komentarza jest kwestia, czy statki publiczne (np. służące na potrzeby policji) mogą być traktowane także jako element sił zbrojnych danego państwa i mają podobny status jak wojskowe statki powietrzne. Powyższa norma jest bezpośrednim nawiązaniem do rozwiązania z 1902 roku, gdzie P. Fauchille wskazywał na konieczność posiadania przez wojskowe statki powietrzne znaku przynależności państwowej. Co warto zaznaczyć, zgodnie z przepisem oznaczenie powinno stwierdzać nie tylko przynależność państwową statku powietrznego, ale także jego wojskowy charakter. W chwili sporządzania dokumentu, na podstawie praktyki państw w okresie I wojny światowej można z całą świadomością stwierdzić, że powyższe normy uzyskały już status prawa zwyczajowego wskutek stosowania specjalnej odznaki – jako wyróżniającego znaku sił powietrznych danego państwa, będącej jednocześnie znakiem przynależności państwowej oraz wojskowego charakteru statku powietrznego.

³⁷ J. B. Moore, *International Law...*, s. 226.

³⁸ *Ibidem*, s. 227.

Artykuł 4

Publiczny niewojсковy statek powietrzny wykorzystywany do służby celnej bądź policyjnej powinien posiadać dokumenty potwierdzające fakt jego wyłącznie publicznej funkcji. Oprócz tego musi posiadać znak przynależności państwowej oraz potwierdzający jego niewojсковy charakter.

Według komentarza do raportu końcowego komisji status statku powietrznego o charakterze publicznym był ustalany na podstawie dokumentacji statku powietrznego³⁹.

Artykuł 5

Publiczny, niewojсковy statek powietrzny inny niż wykorzystywany do służby celnej bądź policji powinien posiadać w trakcie wojny te same oznaczenia, i dla potrzeb niniejszego projektu będzie traktowany odpowiednio jak prywatny statek powietrzny.

Do innej kategorii publicznych, lecz niewojсковych statków powietrznych zaliczano statki, które są wykorzystywane do służby pocztowej bądź komercyjnej. Ich status w kontekście międzynarodowego ruchu lotniczego powinien być identyczny jak w przypadku statków powietrznych o charakterze prywatnym, zgodnie z art. 30 Konwencji o żegludze powietrznej z 1919 roku (tzw. Konwencji paryskiej).

Artykuł 6

Statki powietrzne niewskazane w art. 3 i 4 są traktowane jako prywatne, o ile posiadają dokumenty oraz narodowe oznaczenia zewnętrzne.

Komentarz z 1923 roku przywiązywał wagę do rozróżnienia cywilnego ruchu lotniczego od innych kategorii statków powietrznych, wskazując na konieczność posiadania przez statek powietrzny charakterystycznego oznaczenia rejestrowego, zgodnie z Konwencją paryską z 1919 roku, tj. liter oznaczających państwo oraz numer⁴⁰. *Ratio legis* przepisu miało zagwarantować obiektywność państw walczących i neutralnych w rozpoznaniu statusu prywatnych statków powietrznych.

Artykuł 7

Oznaczenia wymagane przepisami powyższych artykułów powinny być przymocowane w taki sposób, aby uniemożliwić ich zdjęcie podczas lotu. Powinny być dostatecznych rozmiarów, by być widoczne z góry, z dołu oraz z boku.

Podkreślono potrzebę zapobiegania wszelkim możliwym przypadkom zmiany przynależności państwowej podczas lotu – w przeciwieństwie do wojny morskiej,

³⁹ *Ibidem*, s. 228.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 229.

gdzie pod pewnymi warunkami dopuszczalne było stosowanie obcej flagi⁴¹. Drugim aspektem była kwestia widoczności oznaczenia. Z jednej strony konieczność rozpoznania statusu statku powietrznego była szczególnie ważna dla obrony przeciwlotniczej oraz w samej walce powietrznej, z drugiej strony jaskrawe znaki państwowe mogły zbyt łatwo demaskować status samolotu i w rezultacie prowadzić do utraty elementu zaskoczenia. Zaznaczyć trzeba, że komisja zdecydowanie wskazała na konieczność umieszczenia oznaczenia państwowego na wszystkich trzech płaszczyznach statku powietrznego: dolnej, górnej oraz bocznej.

Artykuł 8

Znaki zewnętrzne, które są stosowane przez przepisy wewnętrzne danego państwa, powinny być notyfikowane wszystkim umawiającym się stronom. Zmiany w sposobie stosowania oznaczeń powinny być w okresie pokoju notyfikowane przed wejściem danych zmian w życie. Zmiany sposobu oznaczania statku powietrznego powinny być notyfikowane niezwłocznie po ich wprowadzeniu.

W trakcie prac komisja dyskutowała nad możliwością zakazu zmiany oznaczeń państwowych statków powietrznych w trakcie trwania konfliktu zbrojnego, jednak zdecydowano, że wprowadzenie powyższego rozwiązania może doprowadzić do sytuacji, w której państwa posiadające zbyt podobne oznaczenia państwowe będą narażone na powstanie strat od własnego ognia⁴².

Artykuł 9

Samolot niewojskowy należący do wojującego, publiczny bądź prywatny, może być przekształcony w wojskowy statek powietrzny pod warunkiem, że zmiana odbywa się w ramach jurysdykcji wojującego i nie na morzu otwartym.

Przepis ten w bezpośredni sposób nawiązywał do norm Konwencji o przerabianiu statków handlowych na okręty wojenne z 1907 roku (VII Konwencja haska).

Artykuł 10

Żaden statek powietrzny nie może mieć więcej niż jedną narodowość.

Podobne rozwiązanie zastosowano na gruncie art. 8 Konwencji paryskiej z 1919 roku⁴³.

Artykuł 11

Poza jurysdykcją państw wojujących bądź neutralnych statki powietrzne korzystają z nieograniczonego prawa przelotu nad morzem otwartym.

41 H. A. Gosnell, *The Hague Rules...*, s. 413.

42 J. B. Moore, *International Law...*, s. 230.

43 *Ibidem*, s. 231–232.

Artykuł 12

W czasie wojny każde państwo, wojujące albo neutralne, może zakazać przelotów we własnej przestrzeni powietrznej.

Dostrzegając wyjątkowość stanu wojny, także na podstawie obserwacji praktyki państw w okresie I wojny światowej, uznano prawo do zamknięcia przestrzeni powietrznej⁴⁴.

Artykuł 13

Tylko wojskowe statki powietrze mogą wykonywać prawa walczących.

Poprzez zakaz wykorzystywania przez walczących prywatnych okrętów, ustanowiony przez Deklarację paryską z 1856 roku, tylko jednostki znajdujące się pod dowództwem i kontrolą danego państwa mogą korzystać z praw walczących⁴⁵. Powyższe rozwiązanie zastosowano względem wojskowych statków powietrznych⁴⁶. Warto w tej mierze wskazać interesującą koncepcję A. Meyera, który wskazał na nadanie statkowi powietrznemu pewnego typu podmiotowości prawnej – w odniesieniu do możliwości wykonywania przez niego konkretnych uprawnień⁴⁷.

Artykuł 14

Wojskowy statek powietrzny powinien znajdować się pod dowództwem osoby znajdującej się na służbie wojskowej danego państwa, załoga powinna składać się wyłącznie z członków sił zbrojnych.

Artykuł 15

Członkowie załogi wojskowego statku powietrznego powinni nosić stale przytwierdzoną odznakę państwową, rozpoznawalną w razie opuszczenia przez załogę statku powietrznego.

Wymienione trzy przepisy regulowały status wojskowego statku powietrznego oraz jego załogi w kontekście wykonywania przez załogę pewnych uprawnień charakterystycznych dla stron walczących. Najistotniejszym elementem powyższego było potwierdzenie, że prawa kombatantów przynależą załodze wojskowego statku powietrznego także w sytuacji, w której zostanie oddzielona

44 *Ibidem*, s. 232.

45 Deklaracja paryska z 1856 roku dotycząca prowadzenia wojny na morzu, zakazująca tzw. *privateering* – czyli kaperstwa, wprowadzająca reżim prawny dotyczący statków neutralnych.

46 J. B. Moore, *International Law...*, s. 234.

47 „Hierdurch erhalten aber diese Schiffe und Luftfahrzeuge eine Art Persönlichkeit und führen ein den Menschen Ähnliches Eigenleben, wodurch sie sich von den sonstigen Sachen abheben. Es wird daher bei ihnen, obgleich die Sachen sind ebenso wie bei den psychischen Personen”. A. Meyer, *Völkerrechtlicher Schutz der friedlichen Personen und Sachen gegen Luftangriffe*, Berlin 1935.

od swojego samolotu. Było to istotne rozwiązanie, które usuwało wątpliwości istniejące na tle dotychczasowej regulacji, gdzie status jeńca wojennego przysługiwał na podstawie art. 29 Regulaminu haskiego z 1907 roku członkom załóg balonów, które miały za zadanie dostarczać wiadomości oraz informacje przeznaczone dla armii bądź oddzielonego frontem terytorium. Przy tej okazji powstało zagadnienie dotyczące statusu załóg pozostałych statków powietrznych, zwłaszcza tych, które nie pełniły służby kurierskiej, lecz operowały jako jednostki myśliwskie i bombowe, a więc zasadniczo poza zakresem przepisów. Załoga powinna posiadać także wyraźne oznaczenie państwowe na wypadek opuszczenia statku powietrznego i oddzielenia się od niego, jednak odstąpiono od wymogu posiadania umundurowania jak w przypadku art. 2 Regulaminu haskiego z 1907 roku⁴⁸. W tym zakresie wymóg posiadania munduru zastępowało posiadanie przez wojskowy statek powietrzny oznaczeń przynależności do sił powietrznych państwa wojującego.

Artykuł 16

Żaden inny samolot niż wojskowy statek powietrzny nie może być zaangażowany w działania zbrojne. Przez działania zbrojne rozumie się także transmitowanie w trakcie lotu danych wywiadowczych dla natychmiastowego użytku walczącego. Żaden prywatny statek znajdujący się poza jurysdykcją własnego państwa nie może być uzbrojony w trakcie wojny.

Komentarz podnosił, że skoro na walczących ciąży obowiązek nieczynienia przedmiotem działań wojennych niewalczących, to konsekwencją tej zasady jest zakaz brania udziału w działaniach zbrojnych przez osoby niebędące częścią sił zbrojnych. Zaznaczono, że w warunkach wojny powietrznej szczególne znaczenie mają rozpoznanie i wywiad, który może być wykonywany także poprzez aparaturę radiową znajdującą się na pokładzie prywatnych statków powietrznych. Z uwagi na skutki, jakie mogłyby powstać dla walczących, zdecydowano się pozbawić ochrony statki prywatne uczestniczące czynnie w działaniach wywiadowczych, uznając, że zachowanie tego typu narusza prawa wojny i powinno być karane odpowiednio – jako przykład działania perfidnego⁴⁹. W kontekście uzbrojenia prywatnego statku powietrznego uznawano powyższe działanie za czynny element uczestnictwa w działaniach wojennych, mogący również nieść znamiona działania wiarołomnego – powyższa okoliczność nie dotyczyła jednak obszarów pozostających pod jurysdykcją walczącego. W kontekście publicznych statków powietrznych o charakterze niewojskowym nie uznawano ich uzbrojenia pokładowego niezbędnego do pełnienia funkcji publicznych za element działania czynnego.

48 J. W. Garner, *International Regulation of Air Warfare*, „Air Law Review” 1932, vol. 2, s. 110.

49 J. B. Moore, *International Law...*, s. 236.

Artykuł 17

Zasady obowiązujące w Konwencji genewskiej z 1906 roku oraz Konwencji o zastosowaniu przepisów Konwencji genewskiej do wojny morskiej (X Konwencja haska z 1907 roku) mają zastosowanie w wojnie powietrznej oraz do powietrznych statków powietrznych wykonujących funkcje sanitarne, a także względem oficerów kontrolujących statki sanitarne. By otrzymać przywileje obowiązujące dla przenośnych jednostek medycznych, latające ambulanse oprócz własnych znaków państwowych muszą nosić znaki Czerwonego Krzyża.

Podobnie jak w stosunku do przepisów o dostosowaniu przepisów Konwencji genewskiej z 1906 roku do wojny morskiej, zdecydowano się poprzez ten sam mechanizm zastosować analogię względem wojny powietrznej. Nowością było wprowadzenie kategorii tzw. latających ambulansów, których status powinien być identyczny jak innych mobilnych urządzeń latających.

Artykuł 18

Wykorzystanie amunicji zapalającej, smugowej bądź wybuchowej przez samolot bądź przeciwko niemu nie jest zakazane. Powyższy przepis stosuje się zarówno względem stron związanych Deklaracją petersburską z 1868 roku, jak i tych, które nie są związane tym dokumentem.

Komisja podjęła decyzję o potrzebie ustanowienia wyraźnego reżimu prawnego w przedmiocie użycia amunicji typu zapalającego, wskutek kontrowersyjnej próby osądzenia jednego z pilotów okresu I wojny światowej za przypadek użycia tego typu amunicji jako aktu sprzecznego z prawem wojennym. Zadecydowały tutaj względy natury wojskowej – amunicja ta była niezbędna w pojedynkach powietrznych, gdyż pozwalała pilotowi na ocenę odległości od celu oraz skuteczności własnego ognia. Amunicja zapalająca okazała się niezwykle efektywna przeciwko wrogim sterowcom. Ponadto w 1923 roku przyjęto, że pilot ma prawo do użycia zarówno amunicji zapalającej nie tylko przeciwko wrogiemu statkowi powietrznemu, ale także przeciwko wojskom lądowym⁵⁰. Decyzja ta była wynikiem praktycznego braku możliwości zmiany posiadanej amunicji na pokładzie statku powietrznego w trakcie lotu. Zdaniem J. W. Garnera przepis ten był odzwierciedleniem analizy praktyki państw uczestniczących w I wojnie światowej, jednakże jednostkowy przypadek związany z zatrzymaniem pilota używającego broni zapalającej i postawienie go przed sądem za naruszenie przepisów Deklaracji petersburskiej z 1868 roku oraz Konwencji haskiej z 1907 roku zmusiły komisję do przyjęcia rozwiązania usuwającego wszelkie wątpliwości w tej mierze⁵¹. Pogląd

50 *Ibidem*, s. 238.

51 „The use of tracer bullets for the purpose mentioned was a general practice among aviators during the World War and it was defended as a necessary means of effective attack, but

ten był aprobowany przez niemal wszystkich przedstawicieli doktryny, z wyjątkiem J. M. Spaighta, który uznawał go za przekraczający poziom dopuszczalnego szkodenia nieprzyjacielowi⁵². E. Castrén słusznie wskazał, że praktyka użycia broni zapalającej w I wojnie światowej miała charakter powszechny i trudno ją z tego tytułu uznawać w jakimkolwiek stopniu za nielegalną, a Deklaracja petersburska z 1868 roku powinna być wykładana w sposób rozszerzający z uwagi na pojawienie się nowego nieznanego środka walki⁵³.

Artykuł 19

Wykorzystanie fałszywych zewnętrznych oznaczeń jest zakazane.

Korzystanie z fałszywych oznaczeń było w tym okresie traktowane jako szczególne naruszenie prawa międzynarodowego, zasługujące na surową represję – nie traktowano w świetle komentarza do art. 19 powyższego kroku za dopuszczalny fortel wojenny⁵⁴. J. M. Spaight analizując praktykę państw w okresie I wojny światowej, zwrócił uwagę także na zagadnienie korzystania z obcych znaków państwowych (fałszywych), które uznawał za sprzeczne ze zwyczajowym prawem międzynarodowym, podkreślając wagę protestów i replik związanych z rzekomymi przypadkami wykorzystywania przez lotnictwo francuskie, włoskie oraz niemieckie fałszywych kolorów przynależności państwowej⁵⁵. W tym samym duchu podkreślał możliwość wykorzystania zdobytych statków powietrznych przez walczących, o ile odpowiednie znaki poprzedniej przynależności państwowej zostaną usunięte. Legalne było również wykorzystywanie emblematów stosowanych jako oznaczenia eskadr lotniczych bądź innych formacji. Innym zagadnieniem w tej mierze była kwestia stosowania kamuflażu. W istocie wiele samolotów wykorzystywanych w okresie I wojny światowej posiadało jednolity, często jaskrawy kolor (jak np. samoloty Manfreda von Richtthofena zwanego Czerwonym Baronem). Dopiero lotnictwo brytyjskie rozpoczęło pod koniec wojny eksperymenty związane z nowymi kolorami maskującymi, podobnie jak niemieckie siły powietrzne – zdaniem brytyjskiego autora eksperymenty te, dopóki umożliwiały prawidłową identyfikację statku powietrznego, były dozwolone. Spaight podkreślił, że nie istniały wątpliwości w przedmiocie uznania załogantów prawidłowo oznaczonych statków powietrznych za jeńców

in at least one case enemy aviators were arrested and put on trial on the charge that such methods were contrary to the existing rules of the Hague Convention. To remove the doubt regarding the lawfulness of the practice, the Commission considered it desirable to adopt a rule on the subject". J. W. Garner, *International Regulation of Air...*, s. 110.

52 R. Berchoff, *L'aviation et les lois de la guerre*, „Revue Générale De Droit Aérien” 1932, vol. 9, s. 536.

53 E. Castrén, *Ilmasota – kansainvälisoikeudellinen tutkimus*, Helsinki 1938, s. 201.

54 J. B. Moore, *International Law...*, s. 239.

55 J. M. Spaight, *Air Power and War Rights*, Londyn 1924, s. 66–71.

wojennych. J. Kroell oprócz powyższego *ratio legis* wskazywał wymóg prawidłowego odróżniania się wojskowych statków powietrznych od pozostałych obiektów latających⁵⁶. Więcej wątpliwości wywoływało zagadnienie munduru – lotnicy powszechnie uznawali oznaczenia wojskowego statku powietrznego jako spełnienie wymogów wynikających z art. 2 Regulaminu haskiego z 1907 roku o prawach i zwyczajach obowiązujących w wojnie lądowej⁵⁷. Spaight podkreślił, że w jego ocenie nawet brak umundurowania nie może być podstawą odmowy statusu jeńca wojennego względem zatrzymanego pilota.

Artykuł 20

W wypadku uszkodzenia statku powietrznego załoga podczas próby opuszczenia jego pokładu za pośrednictwem spadochronu nie może być atakowana podczas opadania.

Spadochron jako środek ratunkowy załogantów statków powietrznych był wynalazkiem znanym już przed wybuchem I wojny światowej (tzw. spadochron Caltropa), jednakże początkowo stosowano go jedynie względem lotników znajdujących się w balonach obserwacyjnych, najbardziej narażonych na zestrzelenie przez lotnictwo myśliwskie. Szersze wykorzystanie wynalazku w konwencjonalnym lotnictwie napotykało na problemy natury praktyczno-technicznej (brak miejsca, skomplikowana procedura ewakuacji z samolotów wielopłatowych), a także moralnej (możliwość przedwczesnego skoku czy też unikania walki). Jednakże ostatecznie stały się one standardowym wyposażeniem każdego załoganta w siłach powietrznych wielu państw (z wyjątkiem Królewskiego Korpusu Lotniczego)⁵⁸. Pilot ewakuujący się z uszkodzonego samolotu z jednej strony znajdował się w sytuacji podobnej do rozbitka morskiego, z drugiej zaś jego wartość jako osoby wysoce wykwalifikowanej powodowała, że lądowanie na własnym terytorium z reguły oznaczało szybki powrót danego załoganta do własnych sił powietrznych i kontynuowanie walki. W konsekwencji ewentualne pozbawienie życia lotnika było docelowo działaniem przynoszącym realną korzyść wojskową – zwłaszcza jeżeli lądowanie mogło mieć miejsce nad obszarem zajmowanym przez własne siły zbrojne. Jednakże wbrew temu praktykę polegającą na atakowaniu załogantów ewakuujących się z uszkodzonych samolotów uznano zasadniczo za niedozwoloną⁵⁹.

W okresie międzywojennym aprobowano w całej rozciągłości humanitarne *ratio legis* przepisu, zauważając jednak istnienie pewnych „praktycznych” wątpliwości odnoszących się do statusu lotników ewakuujących się na własnym

56 J. Kroell, *Traité de Droit international public aérien: L'Aéronautique en temps de guerre*, Vol. II, Paryż 1936, s. 115.

57 J. M. Spaight, *Air Power...*, Londyn 1924, s. 81.

58 Pierwszą formacją, która wprowadziła na wyposażenie swych sił powietrznych spadochrony, była niemiecka Luftstreitkräfte. C. G. Sweeting, *United States Army Aviators' Equipment, 1917-1945*, Jefferson 2015, s. 115-119.

59 J. M. Spaight, *Air Power...*, Londyn 1924, s. 239.

terytorium⁶⁰. E. Riesch uznawał, że źródła zakazu atakowania lotników znajdujących się w sytuacji przymusowej mają swoje podstawy w treści art. 22 Regulaminu haskiego z 1907 roku, stanowiącego o ograniczeniu walczących możliwości dysponowania środkami szkodzącymi nieprzyjacielowi⁶¹. Nawiązując także do klauzuli Martensa, uznawał tego typu działanie za niezgodne z prawami obowiązującymi pomiędzy narodami, ludzkością oraz sumieniem społeczności międzynarodowej⁶². Autor dostrzegał jednak, że sytuacje związane z lotnikami ewakuującymi się z samolotu mogą być różne i nie zawsze powiązane z sytuacją awaryjną. W okresie wielkiej wojny ze spadochronu korzystali w takim samym stopniu szpiedzy, a w przypadku działań powietrznych w rejonie kolonialnym również oddziały desantowe (tak działały m.in. Królewskie Siły Powietrzne w ramach strategii *air policy*). Niemiecki badacz uznawał, że w przyszłości działania grup sabotażowych, mających na celu niszczenie określonych kategorii celów, będą odbywać się w pierwszej kolejności drogą lotniczą. W tym znaczeniu dopuszczano możliwość ostrzelania osób używających do tego celu spadochron⁶³. Istotna w tej mierze była ocena, czy wykorzystanie spadochronu służy wyłącznie ratowaniu życia, czy też także innym celom (tak m.in. E. Castrén)⁶⁴. Dostrzeżono, że z perspektywy wojskowej pozbawienie życia członka załogi jest cenniejsze niż zniszczenie samolotu do niego należącego, jednak prawo do zabicia pilota jest ograniczone przez zakaz szkodzenia nieprzyjacielowi w sposób nieograniczony. Autor wskazywał, że z uwagi na to, iż nie zawsze pilot opadający z samolotu zostanie jeńcem wojennym, nie jest praktyczne stosowanie w wojnie powietrznej przepisu art. 23 lit. c Regulaminu haskiego z 1907 roku („zabrania się mianowicie zabijać lub zadawać rany nieprzyjacielowi, który złożył broń i nie mając już środków obrony, zdał się na łaskę”). Z drugiej strony w sytuacjach awaryjnych, gdy spadochron jest jedynym sposobem własnego ratunku, pozycja załogantów statków powietrznych nie jest odmienna od rozbitków morskich, którym przysługuje szczególna ochrona międzynarodowa, a ewentualnie naruszenie zakazu jest traktowane jako poważne naruszenie praw i zwyczajów obowiązujących w wojnie⁶⁵. Artykuł 20 Haskich reguł wojny powietrznej był, zdaniem autora, zbyt kazuistyczny, ograniczając jego zakres przedmiotowy⁶⁶. Podobną uwagę poczynił J. Kroell, który proponował zmianę dyspozycji przepisu, wskazując, że ochroną powinny być objęte osoby, które uzewnętrzniają w sposób wyraźny zamiar ewakuacji z samolotu, m.in. poprzez wyjście na końcówkę płata⁶⁷.

60 H. A. Gosnell, *The Hague Rules...*, s. 418; J. M. Spaight, *War Rights...*, s. 143.

61 E. Riesch, *L'attaque pendant la descente en parachute*, „Revue Générale de Droit Aérien” 1932, s. 241.

62 J. B. Moore, *International Law...*, s. 242.

63 *Ibidem*, s. 243.

64 E. Castrén, *Ilmasota...*, s. 183.

65 *Ibidem*, s. 181.

66 E. Riesch, *L'attaque...*, s. 245.

67 J. Kroell, *Traité...*, s. 119.

Artykuł 21

Wykorzystanie samolotu do celów propagandowych nie stanowi nielegalnego środka walki. Załoganci statku powietrznego nie tracą statusu jeńców wojennych z racji uczestniczenia w powyższych misjach.

J. W. Garner podaje informację o procesach karnych dwóch brytyjskich załogantów, którzy zostali aresztowani i zatrzymani pod zarzutem szerzenia wrogiej propagandy w lutym 1918 roku za zrzucanie proklamacji prezydenta Stanów Zjednoczonych Thomasa Woodrowa Wilsona. Pod wpływem brytyjskiej interwencji (w ramach której zagrożono podjęciem środków odwetowych) lotników zwolniono⁶⁸.

5. Prawo bombardowań powietrznych w regulacji z 1923 roku

5.1. Uwagi ogólne

Artykuły 22–26 reguł z 1923 roku to normy o przełomowym i podstawowym znaczeniu dla prawa wojny powietrznej. Część III dokumentu poświęcona bombardowaniom lotniczym koncentrowała szczególną uwagę społeczności międzynarodowej, w tym także doktryny prawa międzynarodowego. Z perspektywy analiz XXI-wiecznego badacza można dostrzec, że zdecydowana część opracowań, która odwołuje się do dorobku komisji jurystów z 1923 roku, koncentruje się wyłącznie na dwóch artykułach (art. 22 i 24)⁶⁹. Podkreśla to wagę dokonanych ustaleń i zaproponowanej regulacji, albowiem nie ma wątpliwości, że w kontekście prawa wojny powietrznej zagadnienie bombardowań lotniczych ma szczególną wartość ze względu na destrukcyjne konsekwencje ataków lotniczych.

5.2. Bombardowania terrorystyczne

Artykuł 22 Haskich reguł wojny powietrznej konstytuował zakaz prowadzenia bombardowań o charakterze terrorystycznym oraz „bezmyślnym” – nieuzasadnionych koniecznością wojskową. Należy jednakże zwrócić uwagę, że przepis kwalifikuje jako takie jedynie te ataki, które są wymierzone „w celu terroryzowania ludności

68 J. W. Garner, *International Regulation of Air...*, s. 111.

69 Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge 2016, s. 102.

cywilnej albo niszczenia bądź uszkodzenia własności prywatnej nieposiadającej wartości wojskowej albo ranienia niewalczących”. W konsekwencji tylko działanie w postaci określonej strony podmiotowej – poprzez wykazanie tzw. zamiaru bezpośredniego kierunkowego (*dolus directus coloratus*) i dokonanie ataku w celu sterrowania ludności cywilnej stanowi naruszenie dyspozycji powyższego przepisu. Można stwierdzić, że bombardowanie o charakterze terrorystycznym jest w istocie kwalifikowaną postacią generalnego zakazu ataku na ludności cywilną bądź mienie o charakterze prywatnym. W konsekwencji nie każdy atak kierowany przeciwko niewalczącym musi mieć postać terrorystycznego, o ile nie został wykonany z określonym zamiarem⁷⁰. Komentarz J. B. Moore’a dotyczący prac komisji z 1923 roku w żaden sposób nie określa, co składało się na postać zamiaru, a w szczególności jakie okoliczności przedmiotowo-podmiotowe mogły o nim świadczyć (np. wydanie rozkazu nakazującego saturacyjne bombardowanie miejscowości, zaniechanie stosowania określonych środków ostrożności, wybór określonej metody oraz środków ataku itd.). Innymi atakami zakazanymi dyspozycją przepisu było niszczenie mienia należącego do ludności cywilnej – w tym kontekście warto zwrócić uwagę na genezę rozwiązania odwołującego się w sposób pośredni do treści art. 23 lit g Regulaminu haskiego z 1907 roku stanowiącego, że zabrania się „niszczyć lub zagarniać własność nieprzyjaciela, oprócz wypadków, gdy takiego zniszczenia (...) wymaga konieczność wojenna”, co zaznaczyli słusznie E. Castrén i A. Meyer⁷¹.

Wymóg *dolus directus coloratus* nie był jedyną przesłanką ograniczającą możliwe zastosowanie przepisu. Wskazywano bowiem, że istotne jest oddzielenie ataków o charakterze terrorystycznym od efektów ubocznych legalnych ataków czy też „normalnych” konsekwencji związanych z samym faktem prowadzenia działań wojennych⁷².

5.3. Kryterium obszaru bronionego a kryterium celu wojskowego

Największym osiągnięciem twórców art. 24 Haskich reguł wojny powietrznej była decyzja o uznaniu art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku za niedostosowany do warunków wojny powietrznej⁷³. Kryterium obronności osady zostało zarzucone. Decydujące obecnie było ustalenie, czy obiekty w nich znajdujące się są z natury

70 I. Henderson, *The Contemporary Law of Targeting*, Leiden 2009, s. 26.

71 E. Castrén, *Ilmasota...*, s. 177; A. Meyer, *Völkerrechtlicher...*, s. 138–139.

72 Comité International de la Croix-Rouge, *La Protection Des Populations Civiles Contre Les Bombardements: Consultation De Sir George Macdonogh*, Genewa 1930, s. 64–65.

73 „The most important innovation of the Rules of Air Warfare was doubtless the discarding of the requirement that a locality must be defended if bombardment of it was to be legitimate”. H. M. Hanke, *The 1923 Hague Rules of Air Warfare: A contribution to the development of international law protecting civilians from air attack*, „International Review of the Red Cross” 1993, vol. 292, s. 21.

bądź wykorzystania obiektami wojskowymi⁷⁴. Odejście od stosowania w kontekście bombardowań lotniczych art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku zostało aprobowane przyjęte w doktrynie prawa międzynarodowego. J. W. Garner wskazał, że test przyjęty na gruncie art. 25 Regulaminu haskiego miał charakter „nielogicznego i niepraktycznego” prowadzącego do „absurdalnych wniosków”, zwłaszcza gdy próba uznania danego obszaru za niebroniony pomimo znajdowania się w nim celów o znaczeniu wojskowym uniemożliwia atakowanie go za pośrednictwem lotnictwa⁷⁵. Podkreślił ponadto, że lotnictwo ze swej istoty jest niezdolne do zajęcia danego obszaru bądź wezwania danego miasta bądź osady do kapitulacji (podobnie jak P. Whitcomb Williams)⁷⁶. Garner celnie wskazał istotne zagadnienie w kontekście interpretacji art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku – jeżeli dany obszar musiał mieć charakter bronionego, to należałoby ustalić, w jakim zakresie jest on zdolny do obrony przed atakiem lotniczym, uwzględniając nie tylko obecność artylerii przeciwlotniczej, ale także myśliwców przechwytyjących⁷⁷. W tym samym duchu wypowiadał się J. M. Spaight, który zwrócił w tej mierze uwagę na problem miast znajdujących się poza zapleczem frontu, a jednocześnie narażonych w świetle Regulaminu haskiego z 1907 roku na konsekwencję bombardowań lotniczych w związku z obecnością lotnictwa myśliwskiego, które miało za zadanie sprawowanie obrony powietrznej⁷⁸. E. Colby wskazał, że rozwiązanie określone na gruncie art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku jest tak wadliwe, że szybko stało się teorią już podważaną nawet przed wybuchem samej wojny, zarówno przez praktyków, jak i treść instrukcji armii lądowych Wielkiej Brytanii i Stanów Zjednoczonych⁷⁹. Powyższe potwierdził A. S. Hershey, uznając zupeł-

74 „It will be noticed that for aerial bombardment the test adopted in article 25 of the Land Warfare Regulations, that of the town, etc., being defended, is abandoned. The nature of the objective or the use to which it is being put now becomes the test”. J. B. Moore, *International Law...*, s. 243.

75 J. W. Garner, *Proposed Rules...*, s. 57.

76 „Defense was an adequate criterion when the enemy attempted to capture, to force surrender, but it quite misses the point now that the enemy wishes simply to destroy. The advisability, moreover, of placing anti-aircraft guns used to protect otherwise innocent towns against possible violations in the category of legitimate targets is seriously to be questioned”. P. Whitcomb Williams, *Legitimate Targets in Aerial Bombardment*, „American Journal of International Law” 1929, vol. 23, s. 573.

77 J. W. Garner, *Proposed Rules...*, s. 70.

78 „It will be still more difficult in future to tell whether a place is defended or not, for defence against air attack will tend to take the form of aerial counteraction rather than of artillery defence, and a squadron or flight of defending aircraft, perhaps based on some fairly distant acrodrome, may suddenly appear above a town which is entirely open so far as ground defence is concerned, and deny the raiding aircraft force access to that town, which cannot then truly be said to be undefended”. J. M. Spaight, *Air Bombardment*, „British Yearbook of International Law” 1923, vol. 21, s. 23.

79 E. Colby, *Aerial Law and War Targets*, „American Journal of International Law” 1925, vol. 19, s. 70; „Even if this be true, the Article appears, nevertheless, to respond inadequately to

ną odmienność operacji wykonywanych przez siły morskie i lądowe⁸⁰. A. Meyer wskazał, że zakaz określony na gruncie art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku w żaden sposób nie może wypełnić przesłanki bombardowania o charakterze destrukcyjnym (*Bombardements des Destruction gegen militärische Objekte*) i nie może mieć zastosowania względem samodzielnych operacji lotniczych⁸¹.

5.4. Niepraktyczność testu obszaru niebronionego w kontekście wojny powietrznej

R. Bechoff jako jeden z pierwszych ekspertów *ius in bello* wskazał, że art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku nie określał w sposób jednoznaczny, czy jego dyspozycja umożliwia zaatakowanie danej lokalizacji z uwzględnieniem faktu „obrony” wykonywanej przez instalację artylerii przeciwlotniczej⁸². W istocie kryterium obronności mogło być w brzemieniu literalnym art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku pojmowane nie tylko *sensu stricto* jako obrona przed zajęciem danej lokalizacji przez wojska lądowe przeciwnika, ale również *sensu largo* jako obrona przed atakiem w jakiegokolwiek formie – w tym także powietrznym. Jednocześnie brak powiązania testu wynikającego z przepisów obowiązujących w Konwencji haskiej z 1907 roku z realną wartością danego obiektu w kontekście prowadzonych operacji wojskowych prowadził do kuriozalnych konsekwencji⁸³. Doskonale powyższe wątpliwości przedstawił R. Wymann, który wskazał, że miasto może być bronione przez atakiem wojsk lądowych, natomiast może nie posiadać środków obronnych pozwalających na obronę przed działaniem lotnictwa wojskowego. Amerykański autor rozwinął kryterium obronności w kontekście *sensu largo*, nie ograniczając go wyłącznie do istnienia zlokalizowanej naziemnie obrony przeciwlotniczej, ale zwrócił uwagę na istnienie aspektu związanego

existing conditions, because of the difficulty in determining what constitutes an undefended place in aerial warfare, and because of the absence of any provision acknowledging the right to direct attack, in places regarded as either defended or undefended, upon structures or things which by reason of their military importance the enemy may reasonably endeavor to destroy”. C. C. Hyde, *Land Warfare*, Waszyngton 1918, s. 51.

80 „Though H. R. 25 may be said still to constitute the formal law pertaining to aerial as well as land bombardment, it is wholly unsatisfactory, at least as far as the former is concerned”. A. S. Hershey, *The Essentials of International Law and Organization*, Chicago 1927, s. 660.

81 A. Meyer, *Völkerrechtlicher...*, s. 135–136.

82 R. Bechoff, *L'Aviation et les lois de la guerre*, „Revue Générale de Droit Aérien” 1932, vol. 9, s. 532.

83 „Undefended seems to imply susceptibility to immediate occupation, and no object of air attack is likely to fulfill this implicit requirement. Had other indicia been written in, the rule itself would have gone by the boards with the inevitable development of air warfar”. C. P. Phillips, *Air Warfare and Law: an Analysis of the Legal Doctrines, Practices and Policies*, „George Washington Law Review” 1953, vol. 21, s. 322.

z działaniami lotnictwa myśliwskiego. Niewystarczające w tej mierze było bazowanie jedynie na ujęciu środków obrony w płaszczyźnie wertykalnej (artylerii przeciwlotniczej), konieczne było odniesienie się do zagadnienia w kontekście horyzontalnym (obecność samolotów myśliwskich)⁸⁴. W oczywisty sposób prowadziło to do sytuacji, w której niedozwolone było wykonanie bombardowania lotniczego, pomimo obecności wrogich sił naziemnych, a nawet zamienienia miasta w obszar umocniony, „ale broniony jedynie przed atakiem sił lądowych”⁸⁵. J. Kroell wskazał, że w związku z obecnością obrony przeciwlotniczej i lotnictwa myśliwskiego potencjalnie także obszary znajdujące się z dala od linii frontu mogą stać się przedmiotem ataku powietrznego, gdyż posiadają status bronionych przed atakiem powietrznym (powyższe potwierdził także A. Züblin)⁸⁶. G. Schwarzenberger aprobował powyższy schemat, wskazując, że „nie ma znaczenia przeciwko jakiemu typowi ataku zostały rozmieszczone środki obrony”⁸⁷. W ten sposób fabryka amunicji znajdująca się na dalekim zapleczu przeciwnika nie mogła być przedmiotem ataku (skoro test z art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku jest stosowany także względem pojedynczych celów), jeżeli nie była broniona, natomiast miejscowość o przeważającym cywilnym charakterze podlegała bombardowaniu, gdy była chroniona już przez pojedynczy karabin maszynowy⁸⁸. Identyczny

84 „That the test of «undefended» was inadequate, particularly for air warfare, was clearly shown by the results of military operations during the Great War. The defense against aerial attack is not primarily dependent upon anti-aircraft artillery and machine guns on the ground, but is probably more dependent upon counteraerial attacks by the defended locality's pursuit planes which patrol and strive to protect vast territories”. F. E. Quindry, *Aerial Bombardment of Civilian and Military Objectives*, „Journal of Air Law and Commerce” 1931, vol. 2, s. 484.

85 W. M. Wherry, *Aerial Warfare in International Law*, „Contemporary Law Pamphlets” 1939, vol. 21, s. 3.

86 J. Kroell, *Les pratiques de guerre aérienne dans le conflit italo-éthiopien*, „Revue Générale de Droit Aérien” 1936, avril-juin, s. 191; Comité International de la Croix-Rouge, *La Protection Des Populations Civiles Contre Les Bombardements*, Genewa 1930, s. 235 i n.

87 „It is submitted that it suffices if a word is definable in good faith, and that this is possible in this case. A place is defended if it is capable of opposing an enemy attack. It appears immaterial against which type of warfare existing means of the defence of a place are directed. Admittedly, an enemy may find it difficult or impossible to ascertain the defended or undefended character of a place”. G. Schwarzenberger, *The Law of Air...*, s. 127.

88 „How could a pilot determine whether a city was defended? Even the absence of antiaircraft emplacements was insufficient, since the city might be defended by interceptor aircraft. But there was a logical paradox. A manufacturing center for some critical war material deep in the enemy's rear would be immune to destruction if it was not defended, but a city of no military value with thousands of people and one antiaircraft gun could be bombed to the ground. Therefore, Article 25 failed its most basic test because it was illogical. Not only could an enemy use it to protect his most vital assets, he could also use it to justify inhumanity. It was unworkable, since the criteria for defining a defended city were too vague. Moreover, if rules are to commend themselves to observance by fighting men, they must be based as much on considerations of military expediency as upon considerations of humanity”. R. H. Wyman, *The First Rules of Air Warfare*, „Air University Review” 1984, no. 1.

model interpretacji Regulaminu haskiego z 1907 roku wskazał S. E. Edmunds⁸⁹. J. Kroell analizując pod kątem prawnym przebieg inwazji włoskiej na Etiopię w latach 1935–1936, wskazał, że ostrzelanie statków powietrznych jest *prima facie* dowodem na „broniony charakter danej lokalizacji”⁹⁰. Powyższe konkluzje dobrze podsumowuje komentarz Z. Rotockiego, który wskazał, że Regulamin haski z 1907 roku nie był w żaden sposób konstruowany pod kątem pojawienia się bombardowania o charakterze strategicznym, a jedynie w wymiarze taktycznym, ograniczonym do bezpośredniej strefy styczności bojowej pomiędzy atakującym a broniącym⁹¹. Powyższą część warto zamknąć słuszną uwagą W. T. Mallisona, który wywiódł, że przepisy regulujące bombardowanie lotnicze opierały się na normach uwzględniających uwarunkowania techniczne artylerii lądowej, która na początku XX wieku była środkiem walki bardziej precyzyjnym niż bombardowania powietrzne⁹².

5.5. Konsekwencja uznania danego obszaru za broniony

Najpoważniejszą konkluzją wynikającą z wykładni art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku w relacji do prawa wojny powietrznej było stwierdzenie, że w razie uznania danego obszaru za broniony bombardowaniu mogła podlegać całość obszaru zabudowanego (tak twierdzili m.in. Fauchille, Spaight, Oppenheim, Hyde i Batty)⁹³. L. Rolland wskazał, że bombardowanie miast brzonych i ufor-

89 „But as there was no definition of an «undefended town» – as the presence of a single soldier might be sufficient to constitute it a defended town-bombardment by aircraft was practically no more restricted by law than bombardment by land batteries”. S. E. Edmunds, *Aerial Domain and The Law of Nations*, „St. Louis Law Review” 1923, vol. 8, s. 93.

90 J. Kroell, *Les pratiques de guerre aérienne...*, s. 190.

91 Z. Rotocki, *Polish Directives of 1939 Concerning Aerial Bombardment in the Light of International Rules of Air Warfare*, „Polish Yearbook of International Law” 1970, vol. 3, s. 148.

92 W. T. Mallison (red.), *Studies in the Law of Naval Warfare: Submarines in General and Limited Wars*, „International Law Studies” 1966, vol. 58, s. 177.

93 „The attacking force need not limit bombardment to the fortification or defended border only. Public buildings and private houses can be bombarded, as has been the practice in order to impress on local authorities the advisability of surrender”. G. Phillimore, *Bombardments*, „Grotius Society” 1915, s. 61; „In case of bombardment, the attacking force is not required by The Hague Regulations to confine its operations to fortifications. Subject to the limitations noted, such a force is free to destroy any edifices, public or private; and it may be expected so to direct its fire as to cause the reduction of the bombarded place by the surest and quickest process”. C. C. Hyde, *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, Boston 1922, s. 305; „It must be specially observed that no legal duty exists for the attacking force to restrict bombardment to fortification only. On the contrary, destruction of private and public buildings through bombardment has always been and is still considered lawful, as it is one of the means to impress upon authorities the advisability of surrender”. L. Oppenheim, *International Law: A Treatise: Vol. II: War and Neutrality*, Londyn

tyfikowanych jest trudne do jednoznacznej oceny, gdyż z jednej strony powinno dostrzegać się potrzeby natury wojskowej, przemawiające za bombardowaniem całego obszaru miejskiego, a z drugiej zaś względy przemawiające za ochroną ludności cywilnej nie zezwalają na dokonanie całkowitej destrukcji. L. Nurick wskazuje, że na prawo destrukcji obszaru bronionego powołano się m.in. w ultimatum kierowanym 10 października 1944 roku względem obrońców Akwizgranu⁹⁴.

5.6. IX Konwencja haska o bombardowaniach morskich a działania lotnicze

P. Fauchille w swej koncepcji prawa bombardowań powietrznych w 1917 roku podniósł, że konwencje z 1907 roku ustanowiły dwa reżimy kierujące się zasadami ostrzału miejscowości (tzw. bombardowania okupacyjnego) w wojnie lądowej oraz „bombardowania morskiego” w wojnie morskiej. Pomimo że z uwagi na podobieństwo charakterystyki działań powietrznych do działań morskich, zwłaszcza w odniesieniu do bombardowań, reżim wojny morskiej powinien być odpowiednio stosowany do działań lotnictwa wojskowego, to poza tym zdroworozsądkowym podejściem nic w tekście przepisu art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku ani w pracach przygotowawczych nad konwencjami nie wskazuje na możliwość przyjęcia takiego rozwiązania. Interpretacja wynikająca z art. 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku mimo *prima facie* bardziej dostosowanego całokształtu normatywnego do charakteru warunków wojny powietrznej nie była pozbawiona wad. Po pierwsze, przepis wymagał, aby w pierwszej kolejności wystąpić z odpowiednim żądaniem względem lokalnych władz i w wypadku braku spełnienia tego żądania zezwalał na podjęcie samodzielnych kroków. Trudno oczekiwać, że wymaganie to w jakikolwiek sposób mogło mieć zastosowanie względem lotnictwa wojskowego. Po drugie, art. 1 IX Konwencji haskiej z 1907 roku nie zawierał zwrotu adekwatnego do Regulaminu haskiego z 1907 roku – czyli zakazu bombardowania niebronionych osad w „jakibądź sposób”, a z prac przygotowawczych nad konwencją nie wynika, aby konwencja regulowała także operacje lotnicze – nawet wykonywane we współpracy z siłami morskimi. „Ratunkową” interpretację istniejącego prawa próbował wskazać P. H. Windfield, który przyjął, że cele wskazane na gruncie art. 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku zawsze będą mogły być przedmiotem bombardowania lotniczego niezależnie od statusu miejscowości⁹⁵. Podobną propozycję przedłożył H. F. Manisty, który w szczegółowym wywodzie

1912, s. 158–159. Zob. także M. W. Royse, *Aerial Bombardment and the International Regulation*, Nowy Jork 1928, s. 151–158.

94 L. Nurick, *The Distinction between Combatant and Noncombatant in the Law of War*, „The American Journal of International Law” 1945, vol. 39, s. 684.

95 P. H. Windfield, *Aircraft Attacks*, „The Law Magazine and Review” 1915, vol. 257, s. 267.

dokonał rewaluacji pojęcia lokalizacji niebronionej jako obszaru zabudowanego, nieufortyfikowanego oraz zamieszkałego przez ludność cywilną działającą w pokojowych warunkach, na terenie którego nie znajdują się zakłady, fabryki, warsztaty bądź też bazy wojskowe. Statusu miejscowości nie zmienia istnienie stacji kolejowych bądź skrzyżowań dróg lądowych, o ile są w sposób przeważający wykorzystywane przez ludność cywilną, a także obecność budynków rządowych⁹⁶.

B. M. Carnahan wskazuje na dwa szczegóły prac przygotowawczych z 1907 roku. Pierwszym było to, że IX Konwencja haska o bombardowaniach przez siły morskie w czasie wojny nie zawierała charakterystycznego dla art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku sformułowania w „jakibądź sposób” – z uwagi na różny skład ciał plenarnych pracujących nad przepisami. Na powyższą okoliczność zwrócił uwagę także A. Kuhn⁹⁷. Drugim było zastrzeżenie w toku prac konferencji zgłoszone przez niemiecką delegację, która wskazywała, że zakazem nie powinny być objęte budowle, których zniszczenie jest wymagane operacjami wojskowymi – a katalog tych obiektów został umiejscowiony w art. 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku, uznając, że w ramach tej interpretacji reżimy wszystkich typów bombardowania mogą być ujednolicone⁹⁸.

Kilku innych przedstawicieli doktryny opowiedziało się za stosowaniem wprost przepisów IX Konwencji haskiej z 1907 roku. Rolland przyłączył się do opinii Spaighta i Fauchille'a wyrażonych w przedmiocie stosowania przepisów IX Konwencji haskiej z 1907 roku do bombardowań lotniczych. Francuski badacz podkreślił, że w obszarach niebronionych, znajdujących się na zapleczu frontu znajdują się żywotne elementy wojennego wysiłku adversarzy, a rozwój lotnictwa wojskowego umożliwia walczącym atakowanie elementów gospodarki wroga (fabryk, zakładów) bądź bezpośredniego wysiłku wojennego w postaci miejsc koncentracji wojskowej⁹⁹. Podobną opinię w tej mierze wyraził E. d'Hooghe, przewodniczący Międzynarodowego Komitetu Lotniczego, wskazując, że zakazem bombardowania obszarów niebronionych nie są objęte obiekty, które ciągle bądź tymczasowo działają na rzecz wysiłku wojennego adversarza, wymieniając wśród listy celów: personel sił zbrojnych, ministerstwa wojny, okręty wojenne, doki, arsenały, magazyny żywności wojskowej, strategiczne punkty infrastruktury kolejowej i drogowej, a także miejsca produkcji zbrojeniowej¹⁰⁰. G. Thomson

96 H. F. Manisty, *Aerial Warfare and the Laws of War*, „Transactions Grotius Society” 1921, vol. 33, s. 84.

97 A. K. Kuhn, *The Beginnings of an Aerial Law*, „American Journal of International Law” 1910, vol. 4, s. 121.

98 „The apparent inconsistency between the law of sea bombardment and the law of land and air bombardment can thus be reconciled”. B. M. Carnahan, *The Law of Air Bombardment in its Historical Context*, „Air Force Law Review” 1935, vol. 17, s. 45.

99 L. Rolland, *Dans le conflit 1914 et le droit des gens*, „Revue Générale Droit International Public” 1916, s. 548.

100 E. d'Hooghe, *Droit Aérien*, Paryż 1914, s. 32–33.

analizujący działania lotnictwa aliantów w okresie I wojny światowej wskazał, że przyjęło ono za zasadnicze reguły rządzące bombardowaniami morskimi jako wiodący reżim prawny¹⁰¹. Wydaje się jednak, że pomimo zasadniczej słuszności powyższej konkluzji w kontekście czysto formalnym literalna wykładnia zarówno Regulaminu haskiego z 1907 roku, jak i IX Konwencji haskiej z 1907 roku przesądzała o konieczności uznania przytoczonej interpretacji wyłącznie jako stanowiska doktryny o charakterze niewiążącym. Ponadto próba zbudowania łącznika normatywnego pomiędzy przepisami obowiązującymi w wojnie lądowej oraz częściowo morskiej z realiami wojny powietrznej była w tej mierze sprzeczna z esencją działań powietrznych, jako operacji których celem samym w sobie było niszczenie określonych celów¹⁰².

5.7. Definicja celu wojskowego w świetle art. 24 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku

Artykuł 24 ust. 1 stanowił przełomowe rozwiązanie w historii *ius in bello*. Zrywając z kryterium obronności danej lokalizacji, zdecydowano się przyjąć, że legalnym przedmiotem operacji wojskowych jest działanie destrukcyjne skierowane przeciwko celom wojskowym¹⁰³. Rewolucyjne w tej mierze było nie tylko samo sformułowanie, ale także jego definiowanie w sposób abstrakcyjny, a nie kazuistyczny jak w przypadku art. 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku. W istocie pojęcie to w mniej lub bardziej precyzyjny sposób przejawiało się w doktrynie okresu I wojny światowej, a także w ogólnym zarysie działań alianckiego lotnictwa w trakcie tego konfliktu¹⁰⁴. Definicja ta wyraźnie wskazywała, że zniszczenie danego celu

101 G. Thomson, *Aerial Attack and Bombardment*, „Juridical Review” 1936, vol. 48, s. 50.

102 „The primary feature is that the land and sea principle of the «defended» status of the target is entirely abandoned. Certainly no change could be more reasonable. One of the two main legitimate reasons for bombardment by troops or ships is to make possible the capture of a place. Unless the place is defended, the bombardment for this purpose is unnecessary and therefore prohibited. It is well judged that any bombardment by aircraft can accomplish little directly toward the capture and occupation of enemy territory, in fact nothing by itself at the present time. Accordingly whether the objective be defended or not has little to do with this aim of aerial bombardment even though the sole defense might consist of anti-aircraft guns. The principal legitimate function of aircraft apart from combat with enemy aircraft and scouting, is the destruction of military objectives; which is, of course, sometimes the function of land and sea forces also”. H. A. Gosnell, *The Hague Rules...*, s. 419.

103 „It will be noticed that for aerial bombardment the test adopted in article 25 of the Land Warfare Regulations, that of the town, etc., being defended, is abandoned. The nature of the objective or the use to which it is being put now becomes the test”. J. B. Moore, *International Law...*, s. 243.

104 „Authority and practice alike tend to substitute the idea of the «military objective» for that of a «defended» place in aerial bombardment”. A. S. Hersey, *The Essentials of International Law and Organization*, Nowy Jork 1927, s. 660.

powinno przynieść walczącemu wyraźną korzyść wojskową, co oznaczało potrzebę skoncentrowania działań powietrznych na uzyskaniu rzeczywistego, a nie pośredniego, konkretnego sukcesu militarnego, poprzez osłabienie jego potencjału wojennego¹⁰⁵. Zwolennikiem tzw. teorii lokowania energii wojennej przeciwko celom, których eliminacja przynosi określony zysk strategiczno-taktyczny, był M. W. Roysse¹⁰⁶. Powyższa koncepcja wykluczała możliwość objęcia zakresem działań wojennych ludność cywilną nie tylko z uwagi na względy humanitarne, ale także czysto utylitarne, związane z potrzebą konserwacji energii wojennej na potrzeby niszczenia celów faktycznie mających wpływ na zwycięstwo w konflikcie. J. M. Spaight dostrzegł, że w komentarzu do prac komisji nie można odnaleźć wyraźnej definicji „bombardowania powietrznego”¹⁰⁷. Wydaje się jednak, że bliższe definiowanie tego pojęcia nie jest niezbędne i docelowo obejmuje wszelkie przejawy aktywności wojskowego statku powietrznego o charakterze kinetycznym kierowane przeciwko celom na lądzie bądź morzu. Przykładowo do bombardowania powietrznego zaliczano nie tylko samo zrzućanie bomb, ale także innego rodzaju pocisków w postaci np. lotu koszącego (tzw. *strafing*), w ramach którego dochodzi do ataku przy użyciu uzbrojenia pokładowego (karabinów maszynowych bądź działek).

Pomimo przełomowości w przyjęciu abstrakcyjnej definicji „celu wojskowego” art. 24 ust. 2 w sposób wyraźny ograniczył uznaniowość doboru celu walczących, sprowadzając go jedynie do enumeratywnie zamkniętego katalogu celów wojskowych. Do powyższych zaliczano: „siły zbrojne, instalacje i magazyny wojskowe, powszechnie znane centra uzbrojenia, amunicji bądź zapasów natury wojskowej oraz linie komunikacyjne wykorzystywane na potrzeby wojskowe”. Należy jednak zwrócić uwagę, że nadal w tej mierze obowiązywał warunek ustanowiony dyspozycją art. 24 ust. 1, który nakazywał, także w odniesieniu do istniejącej kategorii celów w ust. 2, aby każdorazowo określać istnienie wyraźnej korzyści wojskowej płynącej z ich eliminacji. W konkluzji definicja zaproponowana przez komisję jurystów miała charakter hybrydowy, będąc swego rodzaju pomostem pomiędzy kazuistycznym wyliczeniem w formie zamkniętego katalogu legalnych celów ataku powietrznego a abstrakcyjną „elastyczną” definicją pozostawiającą pewien zakres uznaniowości względem dowodzącego operacją bojową¹⁰⁸. Szczególnym zwolennikiem powyższej definicji był J. W. Garner, który uznawał test celu woj-

105 „The essential thing was that the belligerent effort should be directed against objectives whose damage or destruction was in accordance with the principles of warfare already accepted”. W. L. Rodgers, *The Laws of War Concerning Aviation and Radio*, „American Journal of International Law” 1923, vol. 177, s. 635.

106 Nazywanej także „teorią rozłożenia sił” czy też „teorią koncentracji”, zob. F. E. Quindry, *Aerial Bombardment...*, s. 480–482; H. S. Leroy, *Limitation...*, s. 20.

107 J. M. Spaight, *Air Power...*, Londyn 1924, s. 213.

108 „In contrast to the current U.S. analysis, the 1923 Air Rules may be seen as inflexible and exclusive”. H. Reinhold, *Target Lists: A 1923 Idea with Application for the Future*, „Tulsa Journal Comparative and International Law” 2002, vol. 10, s. 42.

skowego za jedyne „logiczne, rozsądne i słuszne rozwiązanie” w kontekście prawa bombardowań powietrznych¹⁰⁹. Wskazać należy, że uwaga ta jest tym cenniejsza, że pochodzi od badacza *ius in bello*, który wykazał brak dostosowania przepisu art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku do warunków obowiązujących w wojnie powietrznej.

5.8. Podział na bombardowanie taktyczne i strategiczne

Artykuł 24 ust. 3 dokonywał ponadto podziału ze względu na położenie danej lokalizacji w stosunku do linii frontu. Obszary znajdujące się na zapleczu, mogące zostać zaatakowane w ramach tzw. bombardowania strategicznego znajdowały się zasadniczo pod ochroną i zgodnie z dyspozycją przepisu niedozwolone było ich atakowanie z powietrza. Jedynym wyjątkiem w tej mierze była obecność celów wojskowych wymienionych w art. 24 ust. 2, jednak niedopuszczalne było bombardowanie tych celów, jeżeli jedyną metodą ataku był nalot o charakterze saturacyjnym¹¹⁰. *A contrario* straty wśród niewalczących były dopuszczalne tylko w razie bezpośredniej obecności ludności cywilnej w obrębie samego obiektu wojskowego¹¹¹. W przypadku obszarów położonych w bezpośrednim pobliżu frontu ograniczenia powyższe były zmniejszone. Bombardowanie o charakterze tzw. taktycznym było dopuszczalne, jeżeli było usprawiedliwione koncentracją wojskową, jednakże z obowiązkiem uwzględniania niebezpieczeństwa mogącego wyniknąć podczas bombardowania względem ludności cywilnej. Rozróżnienie to pozytywnie oceniał J. M. Spaight, wskazując, że w ramach rejonów przyfrontowych bombardowanie może mieć charakter mniej dokładnego (*less discriminating*) oraz bardziej rozległego (*more widespread*). Jednocześnie wskazał, że w jego ocenie zabronione jest bombardowanie każdego celu wojskowego położonego w granicach obszaru zabudowanego, jeżeli nie może być ono przeprowadzone bez poważnego i rozległego niszczenia obiektów cywilnych. Zdaniem P. Whitcoma Williamsa powyższe obostrzenie doprowadzi do sytuacji, w której strona broniąca będzie umyślnie relokować ludność cywilną czy też inne obiekty o charakterze cywilnym w celu „ekranowania” celów wojskowych¹¹². Spaight odczytywał dyspozycję

109 J. W. Garner, *International Regulation of Air...*, s. 118–120.

110 J. M. Spaight uznawał, że przez pojęcie bombardowania bez rozróżnienia należy rozumieć zakaz bombardowania legalnych obiektów wojskowych, jeżeli nie może zostać przeprowadzone bez jednoczesnego rozległego zniszczenia wśród obiektów wojskowych, co w efekcie prowadzi do podobnych efektów jak w przypadku bombardowania o klasycznym saturacyjnym charakterze.

111 W. M. Wherry, *Aerial Warfare...*, s. 4.

112 Co interesujące, na łamach własnego artykułu autor zaproponował zmiany w treści art. 24 reguł z 1923 roku, uznając, że cele wojskowe powinny być atakowane w każdych warunkach i niezależnie od ich położenia. P. Whitcomb Williams, *Legitimate...*, s. 578–579.

art. 24 ust. 1 w ten sposób, że jako przepis początkowy miała ciągle zastosowanie względem zarówno bombardowań obszarów bezpośrednio położonych w pobliżu miejsca prowadzenia działań wojennych, jak i na zapleczu frontu. Fakt np. oblegania danego obszaru oznaczał, że koncentracja wojskowa uzasadnia bardziej rozległe bombardowanie danego obszaru, ale wciąż w granicach określonych przez art. 24 ust. 1 Haskich reguł wojny powietrznej. W związku z tym autor doszedł do wniosku, że ocena legalności bombardowania jest związana bezpośrednio z jego skutkami¹¹³. Warto podkreślić, że wielu autorów podnosi, że zapisany na gruncie art. 24 ust. 4 obowiązek szacowania niebezpieczeństwa mogącego wyniknąć względem ludności cywilnej jest w istocie pierwszą w historii egzemplifikacją reguły proporcjonalności w formie prawa pozytywnego¹¹⁴.

6. Wady Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku

Artykuł 24 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku nie był wolny od uzasadnionej krytyki. Przyjęcie hybrydowej definicji celu wojskowego było przez E. Castréna uznawane za metodologiczny błąd, którego źródłem była próba połączenia koncepcji o przeciwstawnej treści. Fiński autor podnosił ponadto, że zwrot „wyrażna korzyść wojskowa” jest niedookreślony¹¹⁵. F. E. Quindry pomimo że wskazuje, że co do zasady zgadza się z koncepcją celu wojskowego zaproponowaną przez komisję jurystów w treści art. 24 ust. 1, podnosi, że lista zaaprobowanych celów nie jest zgod-

113 „In other words, the provision makes the legitimacy of a bombardment dependent upon its results. It is by those results that the question will be judged and indeed necessarily judged, whether the bombing force has, in fact, complied with the requirements of the rule of not”. J. M. Spaight, *Air Power...*, Londyn 1924, s. 217.

114 H. Reinhold, *Target Lists...*, s. 13; „The underlying principle of this rule is that whatever injuries the civil population may be subjected to, they should be merely incidental or accessory and the military damage must be compensatory, that is, sufficiently great to justify the sufferings caused those who are not legitimate objects of attack. It will be noted that in neither zone is bombardment totally forbidden, nor in either is it allowed without restriction. The principal difference is that in one a larger right of bombardment is permitted than is allowed in the other. The distinction is founded on considerations of both reason and logic, not to say humanity”. J. W. Garner, *Proposed Rules...*, s. 72–73; M. Lippman, *Aerial Attacks on Civilians and the Humanitarian Law of War: Technology and Terror from World War I to Afghanistan*, „California Western International Law Journal” 2002, vol. 33, s. 12; J. Rabkin, *Proportionality in Perspective: Historical Light on the Law of Armed Conflict*, „San Diego Journal of International Law” 2015, vol. 16, s. 304–305.

115 E. Castrén, *Ilmasota...*, s. 241–243.

na nawet z tymi celami, które zostały zaakceptowane przez walczących w okresie I wojny światowej¹¹⁶. J. M. Spaight wskazywał, że dodanie piątej kategorii celów (linii komunikacyjnych przeznaczonych do użytku wojskowego) było niezbędne z uwagi na brak jednoznacznego oparcia prawa walczącego do atakowania celów wojskowych w podobnych przypadkach. W kontekście stacji kolejowych podniesiono, że zasadne jest traktowanie stacji kolejowych znajdujących się w strefie przyfrontowej jako legalnych celów, z uwagi na ich rolę aprowizacyjną i transportową, natomiast w kontekście stacji położonych poza rejonem działań zbrojnych jest to dopuszczalne jedynie w takim zakresie, w jakim pozwala tzw. prawo do legalnej destrukcji (interesujący pogląd Spaighta – *law of devastation*)¹¹⁷. Spaight podawał w wątpliwość treść art. 24 ust. 3 odnoszącą się do znanych miejsc produkcji zbrojeniowej, uznając, że pewne gałęzie gospodarki mogą być wyłączone spod powyższej definicji, np. huty czy kopalnie, pomimo swojej ewidentnej efektywności działania na potrzeby gospodarki. Podobne stanowisko wyrażał M. W. Royse, podnosząc brak uwzględnienia elementów pierwotnych procesu produkcyjnego w postaci np. miejsc wydobywania surowców oraz ich przetwarzania¹¹⁸. P. Whitcomb Williams dostrzegał z kolei brak precyzji w odniesieniu do sformułowania „uznane centra produkcji zbrojeniowej”, wskazując na zbyt wąską restrykcję powyższego rozwiązania w rzeczywistości państwa silnie zindustrializowanego¹¹⁹. Ogólnie głosy krytyczne można sprowadzić do postulatów związanych ze zbyt wąskim zawężeniem katalogu celów określonego na gruncie art. 24 ust. 2 reguł z 1923 roku oraz braku dostatecznej precyzji towarzyszącej pewnym pojęciom, takim jak „wyrażna korzyść wojskowa”, „koncentracja wojskowa uzasadniająca bombardowanie” czy też „obszary położone poza linią frontu”¹²⁰.

Szczególnym krytykiem reguł z 1923 roku jest W. H. Parks, który wskazał na 1) brak zdefiniowania samego pojęcia celu wojskowego, 2) wadliwą kategoryzację celów wojskowych, 3) przerzucenie odpowiedzialności za straty towarzyszące na atakującego zamiast broniącego oraz 4) nieuwzględnienie sytuacji tzw. quasi-kombatantów, w konsekwencji nazywając dokument „zupełną porażką i zapomnianym dokumentem”¹²¹. N. A. Canestaro wskazał, że art. 24 dokonał „odejścia od prawa zwyczajowego”, jakie wykrystalizowało się w okresie I wojny światowej, poprzez przerzucenie odpowiedzialności atakującego za straty towarzyszące oraz ocenę skutków ataku bazującą raczej na jego efektach niż zamiarze¹²². Krytyczną

116 F. E. Quindry, *Aerial Bombardment...*, s. 489.

117 J. M. Spaight, *Air Power...*, s. 230.

118 M. W. Royse, *Aerial Bombardment...*, s. 226.

119 P. Whitcomb Williams, *Legitimate...*, s. 577.

120 N. Ronzitti, *The Codification...*, s. 7; J. Kroell, *Traité...*, s. 123.

121 „Rapidly the 1923 Hague Air Rules drifted into obscurity, adopted by no nation, and completely ignored by most aviation historians”. W. H. Parks, *Air War and the Law of War*, „Air Force Law Review” 1990, vol. 32, s. 33–35.

122 N. A. Canestaro, *Legal and Policy Constraints on the Conduct of Aerial Precision Warfare*, „Vanderbilt Journal of Transnational Law” 2004, vol. 37, s. 440.

analizę Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku przedstawił O. Hoiijer. Autor podkreślił, że potrzeba wprowadzenia nowego rozwiązania o charakterze dedykowanym wynikała z nieprawidłowej dyspozycji art. 25 Regulaminu haskiego, który w warunkach wojny powietrznej zakazywał ataków na legalne cele wojskowe¹²³. Jednocześnie poddał krytyce rozróżnienie sytuacji prawnej celów znajdujących się na linii frontu oraz na jego zapleczu. W pierwszej kolejności autor wykazał, że nie istnieje możliwość ustalenia w sposób geograficzny strefy prowadzenia działań wojennych. Odrzucał możliwość wyznaczenia jej zasięgiem ognia artyleryjskiego, uzasadniając, że w warunkach nowoczesnej wojny cały obszar państwa strony konfliktu może być przedmiotem działań wojennych, a walczący muszą mieć zapewnione prawo do atakowania celów o znaczeniu wojskowym położonych także poza linią frontu. Autor wskazał, że nie ma praktycznej i akceptowalnej reguły, która pozwoliłaby rozróżnić obszary położone bliżej frontu od rejonów znajdujących się poza strefą bezpośrednich działań wojennych i w tym duchu uznał za wadliwe rozróżnienie stosowane przez art. 24 ust. 2 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku. Druga uwaga autora dotyczyła zdefiniowania obiektów wojskowych w formie enumeratywnego wyliczenia. O ile w ocenie Hoiijera sama koncepcja oparcia się na teorii celu wojskowego była jak najbardziej słuszna, to umieszczenie wykazu celów, których zniszczenie było dopuszczalne w warunkach wojny, było nieprecyzyjne oraz niespójne. Zaznaczył, że pewne kategorie infrastruktury, jak np. znane ośrodki zbrojeniowe, są podstawą do późniejszych wzajemnie wykluczających się interpretacji podczas konfliktu zbrojnego¹²⁴.

E. Spetzler wskazał, że wadami art. 24 reguł z 1923 roku były: 1) ograniczenie możliwości ataku tylko i wyłącznie do personelu wojskowego, pozostawiając poza zakresem przepisu status tzw. quasi-kombatantów, 2) problematyczne ograniczenie wykonywania ataków tylko względem znanych centrów przemysłowych, 3) interpretacja art. 24 ust. 1 (określenie, czym jest wyraźna korzyść wojskowa), 4) dokonanie enumeratywnego wyliczenia wyłącznych celów o charakterze wojskowym¹²⁵. Zwłaszcza w tym ostatnim zakresie autor uznawał, że próba tworzenia zamkniętego katalogu celów wojskowych zostanie zawsze uznana za istotną wadę legislacyjną każdej późniejszej i przyszłej próby zdefiniowania pojęcia celu wojskowego, postulując w tej mierze potrzebę jednoczesnego wskazania przykładowej listy celów wojskowych¹²⁶. Niemiecki autor zaznaczał ponadto, że zaproponowana definicja w ramach art. 24 ust. 1 zdanie pierwsze projektu z 1923 roku była w tej mierze znacznie bardziej adekwatnym rozwiązaniem, które jednocześnie łączyło względy prawne oraz wojskowe związane z marnowaniem zasobów i środków na atakowanie celów, które nie wnoszą nic do działalności wojskowej przeciwnika

123 O. Hoiijer, *Les bombardements aériens*, „Revue de Droit Aérien” 1932, vol. 1, s. 824.

124 *Ibidem*, s. 827.

125 E. Spetzler, *Luftkrieg und Menschlichkeit*, Getynga 1956, s. 175.

126 *Ibidem*.

(*Ein Kampf gegen friedliche Objekte wird in solcher Lage nichts nur als Kriegsrecht-verletzung, sondern auch als Munition Verschwendung automatisch vermieden*). Spetzler w tej mierze aprobował teorię celu wojskowego zaproponowaną przez A. Meyera, który wskazywał na potrzebę wykazania istnienia związku przyczynowego pomiędzy zniszczeniem obiektu a jego wpływem na szanse prowadzenia działań wojennych przez przeciwnika¹²⁷. Zaprzeczeniem powyższego schematu była rzeczywista praktyka działań wojennych w okresie II wojny światowej wykonywana przez RAF¹²⁸. W ocenie niemieckiego autora bombardowanie powierzchniowe było fundamentalnie sprzeczne z istotą prowadzenia działań powietrznych – tylko i wyłącznie skoncentrowane na obiektach wojskowych przynosiło pożądane efekty¹²⁹. Spetzler zajmując się statusem tzw. quasi-walczących, zwrócił uwagę, że osoby te bez wątpienia swoją aktywnością przyczyniały się do sukcesu wojennego adwersarza, nie może to jednak prowadzić do całkowitego zatracenia charakteru ludności cywilnej. Podkreślał z kolei, że legalne obiekty wojskowe mogą być zaatakowane zawsze i w każdych okolicznościach, także w środowisku zasadniczo niewojskowym, nieodpowiadającym przy tym za niezamierzone i incydentalne straty wśród niewalczących¹³⁰. Spetzler uważał, że przyjęcie absolutnego standardu w tej mierze jest nierealne, gdyż nawet najbardziej oczywiste cele wojskowe *per se* mogą zostać rozmyślnie umieszczone w pobliżu obiektów cywilnych¹³¹. Niemiecki badacz zaznaczył, że zasadniczą różnicą pomiędzy bombardowaniem bez rozróżnienia a atakiem skierowanym przeciwko obiektom wojskowym jest istnienie swoistej proporcjonalności, w której racje wojskowe nie przeważają nad stratami wśród ludności cywilnej¹³².

Reguły nie określały kwestii kategorii tzw. quasi-kombatantów, niemniej większość autorów uznawała, że naturalny fakt przebywania robotników w ramach fabryk zbrojeniowych nie może prowadzić do przyznania im uprawnień charakterystycznych dla ludności cywilnej wykonującej aktywność czysto pokojową¹³³. J. M. Spaight za prof. Rollandem uznawał, że status robotników zatrudnionych w fabrykach zbrojeniowych jest pośredni – z jednej strony nie stanowią oni części sił zbrojnych i przez to nie mogą być atakowani tylko na podstawie swojego statusu, z drugiej strony z uwagi na fakt swojego zatrudnienia na ten czas stają się legalnym celem wojskowym¹³⁴. W 1938 roku Spaight stwierdził,

127 *Ibidem*, s. 181.

128 *Ibidem*, s. 183.

129 *Ibidem*, s. 184.

130 *Ibidem*, s. 192.

131 *Ibidem*, s. 193.

132 „Dass die Angriffswirkung über die Grenze des militärischen Objekts nicht über Gebühr hinausreichen darf, ist für den Begriff des gezielten Angriffs im Gegensatz zum unterschiedslosen Bombenkrieg selbstverständlich”. *Ibidem*, s. 194.

133 J. W. Garner, *International Regulation of Air...*, s. 117.

134 J. M. Spaight, *Air Power...*, s. 211.

że w jego ocenie prawo międzynarodowe musi dostrzec istnienie trzeciej klasy – w innym kształcie zasada rozróżniania nie będzie odgrywała żadnej roli w przyszłym konflikcie zbrojnym¹³⁵.

7. Recepcja Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku w doktrynie prawa międzynarodowego

Pomimo uzasadnionej krytyki niektórych rozwiązań z 1923 roku, zasadniczo doktryna prawa międzynarodowego przyjęła z aprobatą idee zaproponowane przez komisję jurystów. Zdecydowanie zbyt daleko idące są zarzuty W. H. Parksa, który zupełnie podważył wartość projektu haskiego, zapewne oceniając go z perspektywy braku akceptacji reguł z 1923 roku w formie prawa pozytywnego. Oczywiście jest, że Haskie reguły wojny powietrznej posiadają mniej lub bardziej poważne wady normatywno-interpretacyjne, ale jak doskonale zauważył E. Castrén, niemal każdy dokument *ius in bello* jest w tej samej mierze źródłem krytyki i niejasności, a sama praca komisji jurystów stanowiła istotny postęp w zakresie prawa bombardowań powietrznych¹³⁶. Wielu autorów wyrażało podobne przekonanie, uznając dokument z 1923 roku za uzasadnioną i rozsądną próbę kodyfikacji prawa rządzącego bombardowaniami powietrznymi. Rozróżnienie pomiędzy strefami bezpośredniej styczności bojowej oraz obszarami znajdującymi się poza tym rejonami uznawano za uzasadnione z uwagi na okoliczności prowadzenia operacji bojowych w obszarach przyfrontowych, gdzie walczący powinien posiadać większą swobodę ataku względem całości obszaru zabudowanego, będącego także z reguły miejscem czynnego oporu przeciwnika¹³⁷. M. W. Royse podkreślał, że konsekwencją rozróżnienia wymienionego na gruncie art. 24 ust. 3 Haskich reguł wojny powietrznej będzie przyjęcie, że w rejonie bezpośredniego sąsiedztwa operacji wojsk lądowych miejscowości mogą być atakowane bez większych ograniczeń, z uwagi na fakt, że ludność cywilna może zostać uznana za kategorię kombatantów, podnosząc, że krytyka innych autorów jest nieuprawniona

135 „International law must move with the times. It must accept the truth that the old clear-cut division of enemy individuals into combatants and non-combatants is no longer tenable without some qualification. It must recognize – unless and until air raiding beyond the battle zone is barred by international agreement – that there is now an intermediate class; the class of armament workers”. J. M. Spaight, *Non-Combatants and Air Attack*, „Air Law Review” 1938, vol. 372, s. 375–376.

136 E. Castrén, *Ilmasota...*, s. 42.

137 *Ibidem*, s. 232.

w świetle zasad prawa zwyczajowego obowiązującego względem miast bronionych¹³⁸. J. M. Spaight uznawał, że rozmieszczenie np. instalacji artylerii przeciwlotniczej w rejonach, w których znajdują się znaczne skupiska niewalczących, bezpośrednio obciąża stronę broniącą¹³⁹. W konsekwencji prowadzi to do zmiany statusu lokalizacji z niebronionej na bronioną, co w efekcie prowadzi do możliwości przyjęcia „klasycznej” doktryny bombardowania lądowego¹⁴⁰. A. Meyer wskazał, że enumeratywne wyliczenie obiektów wojskowych, poprzez zastosowanie zamkniętego katalogu celów wojskowych zaproponowanych w formie Haskich reguł wojny powietrznej jest niemożliwe¹⁴¹. Jego głównym zarzutem w tej mierze było podniesienie, że w przypadku kwalifikacji różnych celów zbyt wiele zależy od rzeczywistego przeznaczenia, które jest wartością zmienną, nie poddającą się jednoznacznej determinacji. Jednakże autor nie dyskwalifikował definicji zawartej w art. 24 ust. 1 i 2, podnosząc, że wątpliwości w tej mierze powinny być usuwane przez praktykę i orzecznictwo sądowe.

Istotne jest także spojrzenie całościowe na dorobek prac komisji z 1923 roku. Wielu autorów upatrywało w Haskich regułach wojny powietrznej z 1923 roku najważniejszej próby regulacji prawa wojny powietrznej, jaka została podjęta w okresie międzywojennym. W. M. Gibson podkreślił, że regulacji haska z 1923 roku w części dotyczącej praw i obowiązków strony neutralnej w wojnie powietrznej ma charakter deklaracyjny, a nie konstytutywny – ponieważ w swym zarysie jest wiernym odtworzeniem już istniejącej praktyki państw neutralnych, która wytworzyła się w okresie I wojny światowej¹⁴². J. W. Garner komentujący postępy w światowej legislacji dotyczącej prowadzenia wojny powietrznej zaznaczył, że odmienność wojny powietrznej od istniejącej regulacji siatki prawa obowiązującego w wojnie morskiej i lądowej wymuszała przyjęcie odrębnej dedykowanej regulacji (podobnie R. Berchoff)¹⁴³. Komisja jednakże starała się stworzyć siatkę normatywną w oparciu o normy już istniejące, stosując w pierwszej kolejności technikę adaptacji przepisów, zamiast prostej analogii. Garner uznał takie rozwiązanie za najbardziej zasadne, wskazując, że komisja posłużyła się powyższym systemem wszędzie tam, gdzie taka adaptacja była zrozumiała i możliwa¹⁴⁴. W. Ra-

138 M. W. Royse, *Aerial Bombardment...*, s. 228.

139 J. M. Spaight, *Air Power...*, s. 247–253.

140 *Ibidem*, s. 254.

141 A. Meyer, *La protection par le droit des gens de la population civile contre les attaques aériennes*, „Revue Droit Aérienne” 1939, s. 50.

142 W. M. Gibson, *L'Aéronautique et le droit international de la guerre*, „Revue Générale de Droit Aérien” 1935, vol. IV, s. 241.

143 „La guerre aérienne ayant ses caractères propres, aucune assimilation ne peut être faite avec la guerre terrestre et maritime”. R. Berchoff, *L'aviation...*, s. 533.

144 „The Commission also very properly recognized at the outset, that whatever rules were adopted they ought to begin with a definite and precise statement of certain objects for which bombardments by air should not be recognized as legitimate, and no difficulty was experienced in reaching an agreement as to what these purposes were”. J. W. Garner, *International Regulation of Air...*, s. 115.

afat stwierdził, że prace komisji jurystów z 1923 roku miały za zadanie dokonanie harmonijnego sprzężenia norm prawa międzynarodowego z rozwojem technologicznym lotnictwa. Sporządzając swoje opracowanie w 1934 roku, stwierdził, że reguły mają status częściowo zapomnianych w kontekście zmian związanych z procesem rozbrojeniowym toczącym się w latach 30. XX wieku (na forum konferencji rozbrojeniowej w Genewie). Jednocześnie wskazał, że w okresie napięcia międzynarodowego państwa-strony konferencji zgodziły się nadać wojnie powietrznej status prawny (*Il est grand temps cependant que les Puissances se mettent d'accord pour Donner à la guerre aérienne un statut legal*)¹⁴⁵.

Jak wskazał A. Meyer, komisja z 1923 roku różniła się tym od innych koncepcji i idei regulacji prawa wojny powietrznej, że jako jedyna posiadała status organu o charakterze oficjalnym, tworzonym przez przedstawicieli państw¹⁴⁶. Dla J. Kroella, badacza prawa wojny powietrznej w okresie międzywojennym, Haskie reguły wojny powietrznej stanowiły formę „oświadczenia o nowych zasadach, odwołujących się do dorobku haskiego z racji braku ich przyjęcia przez państwa”¹⁴⁷. Podniósł on jednocześnie, że wprowadzone rozwiązania z 1923 roku powodują korektę istniejących przepisów, niezbędnych do charakterystyki, jako swoista transpozycja – łącznik pomiędzy regulacją haską z 1907 roku a prawem wojny powietrznej (*raison, par conséquent de ce que les Regles de 1923, constituent dan leu ensemble un travail d'adaptation et de transpotions*), stanowią przy tym niezaprzeczalną wartość jako wyraz zasad ogólnych (*elles conservent néanmoins une valeur indéniable, comme étant l'expression de principes généraux déjà plus ou moins implicitement admis*).

Dla M. W. Roysa dokument z 1923 roku był wyrazem kompromisu pomiędzy szacunkiem dla konieczności ochrony życia i mienia niewalczących oraz wyrazem uznania efektywnego charakteru bombardowań powietrznych jako skutecznego środka prowadzenia działań wojennych¹⁴⁸. Bez wątplenia reguły działały jako swoisty zawór bezpieczeństwa zapobiegający użyciu lotnictwa na masową skalę. Doktryna celu wojskowego miała oddziaływać przeciwko atakom o charakterze terrorystycznym, mając na celu nakierowanie energii walczących na obiekty wojskowe. W tym znaczeniu zdaniem autora art. 22 Haskich reguł wojny powietrznej był wyrazem stanowiska światowej opinii, ale nie jednoznaczną sankcją o dostatecznym wymiarze¹⁴⁹. Artykuł 24 reguł z 1923 roku opierał się z kolei na doktrynie celu wojskowego poprzez zrównoważone podejście względem efektywności bombardowania oraz odejścia od kryterium obronności lokalizacji wyrażo-

145 W. Raafat, *La guerre aérienne et le droit des gens*, „Revue Générale de Droit Aérien” 1934, s. 706.

146 A. Meyer, *La protection...*, s. 43.

147 J. Kroell, *Incidents de guerre aérienne dans le conflit bolivo-paraguayen*, „Reveu Générale de Droit Aérien” 1935, vol. 1, s. 298.

148 M. W. Roys, *Aerial Bombardment...*, s. 212.

149 *Ibidem*, s. 221.

nej na gruncie regulacji haskiej z 1907 roku. Komentujący Haskie reguły wojny powietrznej J. M. Spaight podkreślił, że rzeczywistość wojenna wymagała opracowania dedykowanego kodeksu wojny powietrznej. Nie oznaczało to jednak, że normy, na które składały się efekty prac komisji jurystów, nie były zaadaptowane, często w drodze tylko nieznacznej modyfikacji i zaczerpnięte z już istniejących norm – zwłaszcza w przedmiocie wojny morskiej¹⁵⁰. Technika legislacyjna przyjęta w ramach tworzenia reguł z 1923 roku nie wyłączała możliwości odesłań do innych norm *ius in bello*, zarówno względem norm o charakterze traktatowym, zwyczajowym, jak również ogólnych zasad prawa międzynarodowego. Spaight zaliczał do powyższych odesłań wszelkie przepisy dotyczące traktowania jeńców wojennych, parlamentariuszy, rannych i chorych, które na mocy art. 62 Haskich reguł wojny powietrznej będą odpowiednio stosowane w kontekście wojny powietrznej.

Å. Hammarskjöld podkreślił precyzję projektu komisji jurystów z 1923 roku jako prawidłowego przykładu techniki legislacyjnej. Jednocześnie wskazywał, że w jego ocenie zakaz bombardowań obszarów położonych poza bezpośrednią linią frontu powinien być wzbogacony o dodatkowe elementy związane z ochroną osobową oraz wyraźne zaznaczenie, że chodzi o obszary zamieszkałe (*les personnes et les agglomérations*), proponując także wyraźne określenie poprzez geograficzne rozgraniczenie strefy bezpośredniego prowadzenia działań wojennych. Szwedzki autor wskazał, że nie ma wątpliwości co do legalności bombardowań celów wojskowych położonych poza linią frontu, co jest w pełni usankcjonowane prawem międzynarodowym¹⁵¹. W jego ocenie Haskie reguły wojny powietrznej z 1923 roku są prawidłowe co do zasady (zwłaszcza w zakresie, w jakim zastępowały rozróżnienie pomiędzy obszarem bronionym a teorią celów wojskowych), natomiast kwestionował szczegółowe zapisy art. 24. W zakresie listy celów wojskowych negował poddanie ocenie walczących, jakie centra produkcji mogą być przedmiotem ataku zbrojnego. Podnosił także brak określenia zakresu, w jakim mogą być wykorzystywane linie kolejowe, a według niego art. 24 ust. 3 jest wprost zachętą dla walczących do intencjonalnego relokowania celów wojskowych w pobliżu skupisk ludności cywilnej¹⁵².

H. S. Leroy podniósł, że reguły z 1923 roku mają charakter rozważnego i kompleksowego kodeksu prowadzenia wojny powietrznej, reprezentując wspólnie z wysiłkami Instytutu Prawa Międzynarodowego w okresie międzywojennym „awangardę” prawa międzynarodowego w tej mierze¹⁵³. Istotne znaczenie prac ko-

150 J. M. Spaight, *Air Power...*, s. 36.

151 Comité International de la Croix-Rouge, *La Protection Des Populations Civiles Contre Les Bombardements*, Genewa 1930, s. 46.

152 *Ibidem*, s. 47.

153 „This Commission of Jurists of the five great powers met in the Peace Palace from December 11, 1922, to February 9, 1923, and formulated a well-planned and comprehensive code for the limitation of air warfare”. H. S. Leroy, *Limitation...*, s. 25.

misji jako *opinio iuris* społeczności międzynarodowej zostało podkreślone przez W. M. Wherry'ego, który wskazał, że zasady ustanowione przez komisję mają nie tylko oparcie w rozsądku, ale także wskazują właściwy kierunek rozwoju prawa międzynarodowego, ponieważ z historii wojen wynika, że gdy każda ze stron walczących może w tym samym zakresie ponosić konsekwencje działania pewnych broni, to pociąga to za sobą możliwość wypracowania konsensusu międzynarodowego co do przyjęcia zakazów¹⁵⁴. Podobne zdanie wyraził też polski badacz, członek Zakładu Prawa Narodów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego Z. Rotocki¹⁵⁵. Autor podkreślił fakt, że to, iż Haskie reguły wojny powietrznej z 1923 roku nie zostały przyjęte jako międzynarodowy traktat, nie przekreśla ich znaczenia prawnego – Rotocki określał wysiłki komisji z 1923 roku jako oficjalny raport, który zmierzał do kodyfikacji istniejących norm międzynarodowego prawa obowiązującego w wojnie powietrznej. R. Bierzanek wyraził w tej mierze zdanie, że reguły z 1923 roku uzyskały podobny status jak Deklaracja londyńska z 1909 roku dotycząca wojny morskiej – dokument nieratyfikowany, ale uznany przez państwa jako wiążący. Komentując fakt, że reguły z 1923 roku nie zostały ratyfikowane przez żadne z państw, podniósł, że wynikało to z zachowawczości społeczności międzynarodowej związanej z przyspieszonym rozwojem techniki lotniczej oraz uznawania próby utworzenia dedykowanego kodeksu poświęconego wojnie powietrznej. Uważano za zbędne powtórzenie zasad obowiązujących już na gruncie wojny lądowej i morskiej¹⁵⁶. Jednakże cytując rozliczne przypadki pośredniej implementacji reguł z 1923 roku w formie instrukcji, rozkazów, dekretów oraz szerokiego zrozumienia ich wartości przez społeczność międzynarodową, uznawał on, że posiadają one istotną wartość normatywną. Polski autor podniósł, że jest to powszechnie uznany dokument prawa międzynarodowego, który w okresie przedwojennym był uznawany za wyznaczający słuszny i praktyczny kierunek rozwoju prawa wojny powietrznej.

Włoski badacz prawa wojny powietrznej R. Sandiford podkreślił, że historyczne próby zbudowania jednolitej siatki normatywnej na podstawie przepisów regulujących wojnę morską oraz lądową nie są pozbawione istotnych wad nieuwzględniających warunków prowadzenia działań powietrznych¹⁵⁷. W ramach powyższej

154 W. M. Wherry, *Aerial Warfare...*, s. 3.

155 „Despite the fact that The Hague Regulations were not incorporated into a form of binding agreement, they were undoubtedly an expression of prevailing legal conviction. It was an official effort aimed at explaining and formulating the rules evolved in the practice of war operations. It is therefore possible to say that The Hague Regulations formed an attempt at codifying the existing principles of the customary law of air warfare”. Z. Rotocki, *Polish Directives...*, s. 153.

156 R. Bierzanek, *Commentary, 1923 Hague Rules for the Control of Radio in Time of War*, [w:] N. Ronzitti (red.), *The Law of Naval Warfare. A Collection of Agreements and Documents with Commentaries*, Haga 1988, s. 402.

157 „Les différentes opinions trouvaient leur justification dans l'analogie entre l'avion et le navire, et dans les caractéristiques de la navigation maritime et aérienne. Mais cette assimila-

konkluzji autor także kwestionował oryginalność rozwiązań zaprezentowanych na gruncie reguł z 1923 roku, uznając że w istocie są kopiowaniem wcześniejszych zapisów występujących na gruncie Regulaminu haskiego z 1907 roku bądź norm prawa pozytywnego obowiązujących w wojnie morskiej¹⁵⁸. Nie zmieniło to jednak stanowiska autora co do znaczenia dokumentu uznawanego za pomnikowe osiągnięcie myśli prawniczej w kontekście prawa wojny powietrznej, wyznaczającej dalszy kierunek rozwoju tej dziedziny¹⁵⁹.

D. Johnson podniósł, że w jego ocenie reguły z 1923 roku nie mogą być traktowane jako dokument prawa międzynarodowego mający jakąkolwiek moc prawną, gdyż dysponują jedynie autorytetem ekspertów¹⁶⁰. Podniósł jednocześnie, że w przeciwieństwie do prac konferencji haskiej z 1899 i 1907 roku komisja jurystów zgromadziła zbalansowane liczbowo grono prawników oraz delegatów technicznych. W efekcie dokument przez nich stworzony miał charakter zupełnego i dedykowanego, przygotowanego przez ekspertów wspieranych przez przedstawicieli sił powietrznych, co pozwoliło na uzyskanie regulacji harmonijnej i spójnej¹⁶¹. Podobną opinię w przedmiocie statusu reguł wyraził L. C. Green, podnosząc, że dokument jurystów z 1923 roku „nie stanowi prawa bądź też jego ekspresji, jednakże pełni fundamentalną rolę w rozwoju międzynarodowego prawa wojny powietrznej i nie może być z tego tytułu dyspozycją zupełnie pomijaną”¹⁶².

Na podstawie wszystkich przytoczonych stanowisk należy wskazać, że doktryna okresu międzywojennego uznawała Haskie reguły wojny powietrznej z 1923 roku za dokument o wysokiej jakości legislacyjnej. Zwracano słusznie uwagę na istnienie jego wielu wad związanych głównie z niedookreśleniem definicji celu wojkowego. Dla A. Meyera pomimo braku transformacji Haskich reguł wojny powietrznej z projektu grupy wybitnych prawników do wymiaru prawa pozytywnego praca tej grupy nie może być potraktowana jako jedynie „stała i ważna wartość naukowa”, lecz jest istotnym punktem odniesienia norm prawa wojny powietrznej w przyszłym konflikcie zbrojnym¹⁶³. Warto jednakże

tion, contestée d'ailleurs par l'Institut de Droit international dans sa session de Madrid de fôli, ne manquait pas d'inconvénients, car en fait la situation de l'avion est bien différente de celle du navire”. R. Sandiford, *Évolution du droit de la guerre maritime et aérienne*, „Hague Academy of International Law” 1939, vol. 68, s. 662.

158 *Ibidem*, s. 667.

159 „Toutefois, ces règles sont un monument juridique très appréciable, qui marquera, dans l'évolution du droit de la guerre aérienne, une étape de grande importance et Presque décisive pour les principes adoptés, dont nous parlerons très brièvement tout à l'heure, surtout à l'endroit des bombardements et de la participation de l'aéronef aux opérations de la guerre maritime”. *Ibidem*.

160 D. Johnson, *Rights in Air Space*, Manchester 1965, s. 39.

161 *Ibidem*, s. 42.

162 L. C. Green, *Essays on the Modern Law of War*, Nowy Jork 1985, s. 139.

163 „Wenn auch die von der Juristenkommission ausgestellten und von ihr den Regierungen zur Annahme empfohlenen Entwurfe bisher von keiner Regierung angenommen worden

podkreślić, że np. w ocenie prawników publikujących na łamach „Revue Générale de Droit Aérien” wskazywano w pierwszej kolejności na brak aprobowania przez rządy państw tekstu reguł z 1923 roku, jako traktatu prawa międzynarodowego, podkreślając przy tym fakt przeciwnej praktyki państw, mającej miejsce w warunkach konfliktu zbrojnego w Chinach, Etiopii czy Hiszpanii. Z drugiej strony autorzy okresu międzywojennego podkreślali, że dokument będący efektem prac jurystów nie jest do końca studium oryginalnym, lecz mającym swoją normatywną wartość w już istniejących regułach obowiązujących w wojnie powietrznej i morskiej (taką opinię wyrażali m.in. J. Kroell oraz R. Sandiford). Opinia części autorów miała charakter zmienny – np. jeden z największych specjalistów prawa wojny powietrznej J. W. Garner w odczycie wygłoszonym w 1936 roku wskazał, że w jego ocenie nie istnieje żadne prawo międzynarodowe o charakterze konwencyjnym regulujące sposób prowadzenia wojny powietrznej, nie odnosząc się do faktu istnienia reguł z 1923 roku¹⁶⁴.

8. Doktryna prawa międzynarodowego i teoria celu wojkowego

Pojawienie się hybrydowej definicji celu wojkowego w ramach dokumentu z 1923 roku skłoniło wybitnych badaczy prawa wojny powietrznej do szerszego pochylenia się nad kwestią określenia legalnego przedmiotu operacji lotniczych. Fiński badacz E. Castrén dostrzegał, że zdefiniowanie powyższego pojęcia jest najważniejszym wyzwaniem prawa wojny powietrznej¹⁶⁵. Castrén widział źródło rozróżnienia w przepisach Deklaracji londyńskiej z 1909 roku, dzielących pewne kategorie dóbr na względne i bezwzględne (tj. przedmioty podlegające konfiskacie)¹⁶⁶. Zdaniem badacza prawo regulujące reżim bombardowań powinno rozróżniać pomiędzy celami osobowymi a nieosobowymi. Jego zdaniem niezbędne było dokonanie wyraźnego rozróżnienia między personelem sił zbrojnych a ludnością cywilną, jako naczelną zasady rządzącej mię-

sind, also praktisch bisher kein Wirksamkeit erhalten haben, so wird die Bedeutung der Arbeiten der Juristenkommission dadurch nicht demindert; es wird daher auch der Entwurf über die Luftkriegsregeln, abgesehen von seinem dauernden wissenschaftlichen Wert, den Kriegspartien in künftlichen Kriegen in Fragen des Luftkriegsrechts vielfach als Grundlage dienen können”. A. Meyer, *Völkerrechtlicher...*, s. 8.

164 J. W. Garner, *The Outlook for the Law of War and of Neutrality*, „The Grotius Society: Papers Read Before the Society in the Year 1936” 1936, vol. 22, s. 5.

165 E. Castrén, *Ilmasota...*, s. 241.

166 Deklaracja dotycząca prawa wojny morskiej, Londyn, 26 lutego 1909 r.

dzynarodowym prawem humanitarnym. Castrén proponował w związku z tym następujące definicje:

- 1) za członka sił zbrojnych uznaje się osoby, które poprzez swoją rangę bądź oficjalny status biorą udział w działaniach zbrojnych, bądź mają możliwość brania udziału, lub zarządzają działaniami zbrojnymi oraz te, których udział może powodować powstanie szkód wśród nieprzyjaciela;
- 2) za cele wojskowe uznaje się te, które poprzez swoją naturę są absolutnymi bądź quasi-absolutnymi obiektami wojskowymi, są wykorzystywane bądź przeznaczone do użycia, bądź wyłącznie do celów wojskowych, bądź w tym samym czasie alternatywnie także do celów cywilnych i wojskowych¹⁶⁷.

Castrén podtrzymywał rozróżnienie pomiędzy bezwzględnymi i względnymi celami wojskowymi (*targets of importance*). Do stałych celów o znaczeniu wojskowym można zaliczyć: forty, okręty wojenne, koszary, budynki ministerstw wojskowych, lotniska wojskowe, wszelkie środki prowadzenia walki (wojska pancerne, artylerię), składy amunicji i prochu oraz wszelki przemysł zaangażowany w produkcję zbrojeniową. Fiński badacz dostrzegał, że w wielu wypadkach fabryki przemysłowe mogą być zlokalizowane w centrach i skupiskach ludności. Dla autora legalność bombardowania będzie uzależniona od korzyści wojskowej, jaka zostanie uzyskana wskutek bombardowania oraz względem strat ludności cywilnej¹⁶⁸.

Dla porównania definicja A. Meyera stanowiła, co następuje: „celami wojskowymi są wszelkie osoby oraz obiekty, które posiadają dostateczny wpływ na możliwość uzyskania sukcesu w operacjach bojowych, rozumianego jako wpływ o charakterze normalnym oraz w normalnych okolicznościach”. Teoria Meyera w zasadniczej części skupiła się w pierwszej kolejności na podkreśleniu konieczności wystąpienia tzw. adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego o normalnym charakterze pomiędzy statusem danej osoby a działalnością wojskową, rozumianą jako przyczynianie się do sukcesu adwersarza¹⁶⁹.

167 „Sotilaalliseksi henkilö objekteiksi luetaan: 1) ne, jotka virallisen asemansa peusteella tavalla tai toisella osallistuvat tai joiden on maara osallistua vholisuuksiin tai niiden johon, ja 2) muut, joiden toiminasta toiselle sondankavijapouelle voi aiheutua valitononta vaaraa muut sotilassiset objektit (edaimet ja elottomate sineet kinnteat ja irtaimet): 1) ne, jotka jo luonteeltaan ovat yksinomaan tai paaasiallisesti tarkoiteut edistamman sotilaallista esineet, joita tosiasiassiset kaytetaan tai aiotaan sellaisinaam tai valmistuksen jalkeen kayttaa joko yksinomaan sotilaallisiin tai samalla kertaa taikka vuoronpeeraan naihin ja rachanomaisiin tarkoituksiin (n.s) sekaluontoiset objektit”. E. Castrén, *Ilmasota...*, s. 256.

168 *Ibidem*, s. 226.

169 A. Meyer, *Völkerrechtlicher...*, s. 82; A. Meyer, *La protection...*, s. 46–49. Meyer dokonywał podziału celów na polu walki z uwagi na pokojowe i niepokojowe cele wojskowe. Autor dostrzegał też problem osobowego rozróżnienia celów wojskowych. W jego ocenie obiektami tymi były wszystkie osoby będące częścią personelu wojskowego oraz

D. Fleck uważa powyższą konstrukcję za „najdoskonalszą próbę sformułowania przejrzystej definicji celu wojskowego opartej na równości i proporcjonalności”¹⁷⁰.

W kontekście celów wojskowych J. M. Spaight wskazywał, że prawo międzynarodowe rozróżnia osoby (*personel*) oraz urządzenia (*materiel*). Spaight podnosił, że w kontekście bombardowania obiektów o charakterze niewojskowym komisja z 1923 roku nie odniosła się do tej materii w sposób konstruktywny. Wskazał, że praktyka państw alianckich podczas I wojny światowej podnosiła przyjęcie doktryny celu wojskowego jako dopuszczalnego przedmiotu prowadzonych działań wojennych. Przy tym zasadniczo kwestionował praktyczne rozróżnienie pomiędzy strefami prowadzenia działań wojennych i rejonami znajdującymi się na zapleczu frontu. Autor podnosił, że teoria celu wojskowego w trakcie prowadzenia operacji powietrznej jest jak najbardziej aktywna także w sytuacji, w której lotnictwo wykonuje uderzenia w obrębie bezpośredniego zakresu frontu¹⁷¹. W przypadku obszarów znajdujących się z dala od rejonu walki reguła ta powinna być bardziej bezwzględnie wymagana. Ataki na cele wojskowe w pewnych sytuacjach mogą nieść ze sobą pewne ryzyko dla ludności cywilnej, ale Spaight uważał, że efekty te powinny mieć jedynie charakter przypadkowy¹⁷². Brytyjski autor za prof. Rollandem uznawał, że status robotników zatrudnionych w fabrykach zbrojeniowych jest pośredni – z jednej strony nie stanowią oni części sił zbrojnych i przez to nie mogą być atakowani tylko na podstawie swojego statusu, z drugiej zaś z uwagi na fakt swojego zatrudnienia na ten czas stają się legalnym celem wojskowym¹⁷³.

wszelkie obiekty, które mają znaczenie dla wysiłku wojennego adversarza. Definicja ta nie obejmowała tylko i wyłącznie członków sił zbrojnych, ale także osób pracujących w fabrykach zbrojeniowych (podczas pracy) oraz innych osób, które uczestniczą w działaniach wojennych. Jednocześnie autor sprzeciwiał się całkowitemu zatarcu granicy pomiędzy walczącymi i niewalczącymi w silnie zindustrializowanych społeczeństwach, które mogłoby prowadzić do przyjęcia, że każda osoba cywilna jest legalnym celem bombardowania powietrznego położonego na zapleczu frontu. Meyer jednocześnie odrzucał pogląd, że ludność cywilna nigdy nie może się stać obiektem działań wojennych (rozwiązanie to jest oparte na poglądzie, że w pewnych sytuacjach cywile mogą brać udział w działaniach wojennych – jest to w mojej ocenie błędne gdyż wtedy ludność cywilna traci swój status). Uznając, że zasadą jest, aby nie czynić przedmiotem bezpośredniego ataku ludności cywilnej, odrzucał możliwość przyjęcia poglądu opierającego się na absolutnej jej ochronie poprzez wprowadzenie zakazu prowadzenia wojen bądź też wojny powietrznej. Wyrazem ochrony ludności cywilnej zdaniem autora jest teoria obiektu wojskowego, będąca wyrazem niezbędnego sprzężenia immunitetu ludności cywilnej oraz interesów wojskowych.

170 D. Fleck, *Strategic Bombing and the Definition of Military Objectives*, „Israel Yearbook on Human Rights” 1997, vol. 27, s. 45.

171 J. M. Spaight, *Air Power...*, s. 207.

172 *Ibidem*, s. 210.

173 *Ibidem*, s. 211.

J. Kroell czyniąc powyższe uwagi na tle wojny powietrznej między Boliwią oraz Paragwajem, uznał za zgodne z prawem i moralnością międzynarodową bombardowanie rejonów scentralizowania przemysłu położonego na zapleczu frontu oraz w granicach niebronionych miast i wsi. Analizował w świetle art. 24 Haskich reguł wojny powietrznej zasadność przeprowadzenia ataków na fabryki garbnika, wskazując na ich charakter jako obiektu podwójnego zastosowania, uznając, że Boliwia była uprawniona do zaatakowania przedsiębiorstw z uwagi na odniesienie potencjalnej korzyści wojskowej. Autor podkreślał znaczenie problemu, postulując, aby na następnej konferencji dyplomatycznej rozpoznać zagadnienie związane z możliwością bombardowania fabryk i struktur przemysłowych o zasadniczo cywilnym przeznaczeniu, lecz działających także na potrzeby sił zbrojnych¹⁷⁴. Haskie reguły wojny powietrznej były w tym przypadku traktowane jako studium bazowe (*les travaux préliminaires et les études de base existent déjà; ce sont le Rapport général de la Commission International des Juristes de La Haye*).

Jeden z autorów analizy sporządzonej pod egidą MKCK w latach 30. XX wieku, szwajcarski badacz A. Züblin, uznawał, że największym wyzwaniem prawa wojny powietrznej jest sformułowanie w sposób jednoznaczny i wyraźny granic przedmiotowych bombardowania lotniczego¹⁷⁵. Szwajcarski oficer zwrócił uwagę, że nie ma wątpliwości co do istnienia konieczności wojskowej przemawiającej za atakami wymierzonymi w obiekty i cele działające na korzyść wysiłku wojennego nieprzyjaciela. A. Züblin wskazywał, że celami tymi mogą być mosty, składy amunicji, ale także główne stacje kolejowe, jak również zakłady produkcji chemicznej oraz energii elektrycznej. W tej mierze szwajcarski autor podnosił potrzebę przyjęcia odmiennego kryterium opartego na definicji o charakterze negatywnym, dokonującego wskazania, jakiego typu obiekty nie są uznawane za podlegające ochronie prawa międzynarodowego.

Należy zwrócić uwagę, że zaproponowane przez Castréna, Spaigha, Meyera oraz Kroella tezy w istocie nawiązywały do próby skonstruowania akceptowalnej definicji odnoszącej się w pierwszej kolejności do objęcia jej zakresem kwestii tzw. celów podwójnego zastosowania. Ponadto dążyli oni do zakwalifikowania jako celów wojskowych także różnego rodzaju celów o charakterze względnym, kontekstowym, które obejmują swoim zakresem możliwość dynamicznego kwalifikowania nowych aktywności na polu walki (w tym działalności osób pośrednio pracujących na rzecz wysiłku wojennego adversarza). Należy zwrócić uwagę, że o ile powyższe definicje zasadniczo są nieobecne we współczesnej literaturze oraz orzecznictwie, o tyle przytoczone poglądy wydają się zaawansowane i w swej treści zbliżone do dyspozycji dzisiejszego art. 52 PD I.

174 J. Kroell, *Incidents...*, s. 233.

175 Comité International de la Croix-Rouge, *La Protection Des Populations Civiles Contre Les Bombardements*, Genewa 1930, s. 235.

9. Pozostałe zagadnienia poruszone w ramach Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku

9.1. Ochrona dóbr kultury

Artykuły 25 i 26 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku dokonywały rewizji dotychczasowych norm art. 27 i 5 odpowiednio Regulaminu haskiego z 1907 roku o prawach i zwyczajach obowiązujących w wojnie lądowej oraz IX Konwencji haskiej z 1907 roku o bombardowaniach morskich. Podtrzymano obowiązek, aby podczas bombardowania danego obszaru dowódca statku powietrznego podjął wszelkie dostępne środki, aby chronić obiekty zabytkowe, kultu religijnego, miejsca użyteczności publicznej, jak również miejsca składowania chorych i rannych. Nowością, wprowadzoną dyspozycją przepisu, było podkreślenie wymogu prawidłowego oznaczania miejsc szczególnie chronionych, poprzez stosowanie znaków Czerwonego Krzyża (w przypadku obiektów chronionych stosownymi przepisami), a także ochrona pozostałych obiektów poprzez stosowanie nowego znaku prostokątnego, dzielącego się diagonalnie na dwa trójkąty o czarno-białych barwach. Z uwagi na doświadczenia związane z bombardowaniami nocnymi nałożono na walczących konieczność oznaczenia obiektów, które będą chronione także w porze nocnej. Artykuł 28 reguł z 1923 roku został oparty głównie na postulatach delegacji włoskiej, argumentującej potrzebę zwiększenia ochrony obiektów natury historycznej. Zasadniczym punktem artykułu było nałożenie obowiązku powstrzymania się od wykorzystywania powyższych obiektów oraz ich okolic do operacji wojskowych. W pierwszej kolejności każde z państw było uprawnione do wyznaczenia tzw. *zone of protection* – swoistej strefy ochronnej, notyfikowanej państwu trzecim. Granicą obszaru była okrąg o średnicy 500 metrów, oznaczony znakami widocznymi z powietrza. Zakazywano w granicach obszaru chronionego dokonywania rozmieszczenia jakichkolwiek struktur wojskowych bądź celów o znaczeniu wojskowym.

9.2. Szpiegostwo w wojnie powietrznej

Artykuł 27 Haskich reguł wojny powietrznej był według stanowiska komentatora do przepisów z 1923 roku prostą transpozycją art. 29 Regulaminu haskiego z 1907 roku¹⁷⁶. Warto w tej mierze wspomnieć o stanowisku delegacji amerykańskiej, która przedstawiała inną koncepcję regulacji, mając na względzie niebezpieczeństwo potraktowania załóg samolotów rozpoznawczych, wykonujących misje

176 „Article 27 is a verbal adaptation of the first paragraph of article 29 of the Regulations, so phrased as to limit it to acts committed while in the air”. J. B. Moore, *International Law...*, s. 248.

zwiadownicze na zapleczu frontu, jako szpiegów. Wersja przedłożona stanowiła, że „działania personelu wykonywane przez prawidłowo oznaczony nieprzyjacielski statek powietrzny, publiczny bądź prywatny, nie są traktowane jako akt szpiegostwa”. Ostateczny kształt artykułu był odmienny i bardziej zbliżony do wersji istniejącej na gruncie Regulaminu haskiego z 1907 roku, uznając za szpiegów tylko i wyłącznie osoby znajdujące się na pokładzie nieprzyjacielskiego bądź neutralnego statku powietrznego, jeżeli działają one w przebraniu bądź pod fałszywym pretekstem, zbierają bądź usiłują zebrać informacje w rejonie obszarów kontrolowanych przez walczących, z zamiarem przekazania ich wrogiej stronie. Artykuł 28 reguł z 1923 roku przewidywał, że czyn szpiegostwa popełniony przez załogantów bądź pasażerów statku powietrznego powinien być oceniany w świetle przesłanek obowiązujących w Regulaminie haskim z 1907 roku, a zgodnie z art. 29 Haskich reguł wojny powietrznej w sprawie karania czynów o znamionach szpiegostwa wprowadzono odesłanie do przepisów obowiązujących w wojnie lądowej.

9.3. Władza nad nieprzyjacielskimi i neutralnymi statkami powietrznymi oraz osobami na pokładzie

Komisja uznała, że rzeczywistość współczesnej komunikacji lotniczej pozwala przyjąć możliwość wzajemnej interferencji lotnictwa cywilnego oraz wojskowego, zwłaszcza pojawienie się nieuprawnionych statków powietrznych w strefie działań wojennych. Uznawano w tej mierze pierwszeństwo walczących do ochrony potrzeb podejmowanych przez nich operacji wojskowych i z tego tytułu zapewniono im możliwość ostrzegania niepożądanych obiektów powietrznych i zapobiegania ich przelotom w strefie walki. W powyższych przepisach należy doszukiwać się źródeł związanych z możliwością ustanawiania określonych stref powietrznych jako zakazanych dla żeglugi powietrznej. Artykuł 30 reguł z 1923 roku przewidywał, że dowodzący operacją w sytuacji, gdyby obecność neutralnego statku powietrznego mogła zagrozić operacji wojskowej, ma uprawnienie, by zakazać przelotu w pobliżu swojej operacji wojskowej bądź ewentualnie zażądać zmiany kierunku przelotu. Sankcją za niedostosowanie się do dyspozycji władz wojskowych była możliwość ostrzelenia. Artykuł 31 przewidywał możliwość rekwizycji neutralnego statku prywatnego, który znalazł się w posiadaniu armii okupującej, z pełnym odszkodowaniem. Artykuł 32 stanowił o możliwości konfiskaty nieprzyjacielskiego publicznego statku powietrznego, bez konieczności ustanawiania sądu przysowego. Artykuł 33 utrzymywał zasadę, aby niewalczących strony nieprzyjacielskiej nie czynić przedmiotem zbędnego ataku, wprowadzał także możliwość, że nieprzyjacielskie statki prywatne oraz publiczne, znajdujące się pod jurysdykcją swojego państwa, lecz o charakterze niewojskowym, mogą zostać ostrzelane, o ile nie skierują się do najbliższego lotniska. Inna zasada obowiązywała na gruncie art. 34, gdzie pojawienie się nieprzyjacielskiego samolotu prywatnego

bądź niewojskowego publicznego nad terytorium wroga bądź w ramach obszaru prowadzonych działań wojennych uprawniało drugą stronę do ostrzelania statku powietrznego. Artykuł 35 podkreślał, że neutralne statki powietrzne wlatujące w przestrzeń powietrzną stron walczących oraz przechwycone przez wojskowy statek powietrzny muszą wylądować w najbliższym możliwym porcie lotniczym bądź narażają się na atak – nie mogą być jednakże skonfiskowane na podstawie art. 31 reguł z 1923 roku¹⁷⁷.

9.4. Przypadki zestrzeliwania cywilnych statków powietrznych należących do walczących w okresie II wojny światowej

24 sierpnia 1938 roku samolot pasażerski Douglas DC-2 należący do China National Aviation Corporation, obsadzony załogantami ze Stanów Zjednoczonych, podczas lotu komercyjnego został zaatakowany przez grupę japońskich myśliwców i ciężko uszkodzony był zmuszony do lądowania w pobliżu Makao (tzw. incydent z Kweilin). Był to pierwszy przypadek zestrzelenia cywilnego statku pasażerskiego w historii trwającego konfliktu zbrojnego. 30 stycznia 1942 roku łódź latająca typu Short należąca do linii lotniczej Quantas została zestrzelona przez myśliwce japońskie podczas ewakuacji ludności cywilnej z Jawy. Innym słynnym przypadkiem było zestrzelenie 3 marca 1942 roku nad zachodnią Australią przez japońskie siły powietrzne samolotu Douglas DC-3 należącego do Królewskich Linii Lotniczych Indii Holenderskich (KNILM), przewożącego pilotów lotnictwa wojskowego, cywili uciekających przed zajęciem przez wojska japońskie, a także ładunek diamentów wielkiej wartości¹⁷⁸. 13 sierpnia 1942 roku samolot linii pasażerskich Air France wykonujący lot komercyjny z Marsylii do Algierii został zestrzelony przez myśliwiec Hawker Hurricane Królewskich Sił Powietrznych. 4 kwietnia 1943 roku brytyjski samolot Lockheed Lodestar należący do British Overseas Airways Cooperation został zestrzelony nad Morzem Północnym podczas lotu pasażerskiego ze Sztokholmu. Podobny przypadek miał miejsce 27 sierpnia 1943 roku, gdy samolot Douglas DC-2 został zestrzelony podczas lotu komercyjnego pomiędzy Aberdeen a Sztokholmem. 17 maja 1944 roku pod Belgradem alianckie samoloty myśliwskie zestrzeliły Junkersa Ju-52 należącego do Lufthansy, wykonującego lot pasażerski pomiędzy Belgradem i Sofią. 27 września 1944 roku Focke-Wulf Fw 200 Lufthansy wykonujący przelot na trasie Stuttgart – Barcelona został strącony przez myśliwiec nocny RAF nad Francją. 20 kwietnia 1945 roku w ostatnim rejsie lotniczym z oblężonego Berlina Junkers Ju-52 Lufthansy został zestrzelony przez sowieckie lotnictwo¹⁷⁹.

177 „If warned of the approach of such military aircraft, it is their duty to make a landing; otherwise they might hamper the movements of the combatants and expose themselves to the risk of being fired upon”. *Ibidem*, s. 253.

178 T. Womack, *The Dutch Naval Air Force Against Japan: The Defense of the Netherlands East Indies, 1941–1942*, Jefferson 2006, s. 139.

179 Dane dotyczące zestrzeleń znajdują się na stronie Aviation Safety Network, <http://aviation-safety.net/database> (dostęp: 4.12.2020).

Oceniając powyższe przypadki, należy stwierdzić z perspektywy reguł z 1923 roku, że zgodnie z art. 33 i 34 sytuacja niewojskowych statków powietrznych należących do walczących ulega rozróżnieniu w zależności od miejsca przechwycenia statku powietrznego. Istotne w tej mierze było znajdowanie się statku powietrznego w ramach przestrzeni powietrznej, tj. państwa rejestracji statku powietrznego. W tym przypadku – np. przechwycenia, samolot ten mógł zostać ostrzelany, o ile nie podjąłby próby lądowania w najbliższym porcie lotniczym (art. 34). W przypadku prywatnych statków powietrznych znajdujących się 1) w obrębie jurysdykcji państwa nieprzyjacielskiego, 2) w bezpośredniej bliskości tej jurysdykcji oraz poza jurysdykcją własnego państwa, 3) w bezpośredniej bliskości operacji wojskowych wroga zarówno o wymiarze lądowym, jak i morskim – mogą one zostać ostrzelane. *Ratio* rozróżnienia było podyktowane możliwością wykonywania w obrębie własnego terytorium stałych usług komunikacyjnych, w ramach których statki powietrzne wykonujące regularne loty komercyjne powinny być chronione przed możliwością ataku poprzez natychmiastowe podjęcie próby lądowania¹⁸⁰. Ograniczenia te nie działały w przypadku przelotów poza obszarem własnej jurysdykcji – działało w tej mierze domniemanie niekomercyjnego przeznaczenia lotu i w związku z tym niewojskowy statek powietrzny wlatywał we wrogą bądź potencjalnie wrogą przestrzeń powietrzną. Interpretacyjne wątpliwości budzi wykorzystanie sformułowania „jurysdykcja” – komentarz do reguł z 1923 roku odnosi ten element bardziej do sprawowania kontroli nad określonym terytorium niż do legalnego tytułu do sprawowania władztwa terytorialnego przez walczących. Niejasne było także ograniczenie tzw. niebezpiecznej strefy powietrznej tylko do rejonu bezpośrednich operacji wojskowych względem działań lądowych bądź morskich. Warto zwrócić uwagę, że wymienione incydenty można podzielić na:

- a) incydenty w obrębie kontrolowanej strefy przez państwo – właściciela statku powietrznego: incydent z Kweilin, zestrzelenie Ju-52 Lufthansy nad Serbią;
- b) incydenty w obrębie obszarów znajdujących się poza kontrolą walczących – nad morzem otwartym: incydent związany z Air France w pobliżu wybrzeża Algieru czy też samolotami brytyjskimi nad Morzem Północnym;
- c) incydenty w ramach bezpośredniej strefy prowadzenia działań zbrojnych: np. przelot Fw 200 Lufthansy do Barcelony nad Francją czy też ewakuacja samolotu linii Qantas z Jawy do Australii.

Co istotne, należy zwrócić uwagę na status statków powietrznych i charakter powyższych incydentów. Niemal wszystkie samoloty miały pochodzenie i przeznaczenie cywilne, będąc na służbie komercyjnych linii lotniczych bądź czasowo wykonując pewne zadania o wymiarze transportowym. Nie ma jednakże

180 „Non-military aircraft of belligerent nationality, whether public or private, should not in general be exposed to the risk of instant destruction, but should be given the opportunity to land”. J. B. Moore, *International Law...*, s. 252.

wiarygodnych danych odnośnie do dokładnego pochodzenia i charakteru zarówno pasażerów, jak i obiektów przewożonych przez te statki powietrzne. W niektórych przypadkach (jak np. podczas ewakuacji samolotami KLM i Qantas w 1942 roku z Indii Holenderskich) na pokładzie oprócz cywili znajdowali się także członkowie alianckich sił zbrojnych. Z perspektywy walczących następowała tutaj pewna wątpliwość interpretacyjna – z jednej strony atakowany statek powietrzny nie miał przeznaczenia bojowego (posiadał cywilne oznaczenia przynależności do rejestru państwa adwersarza), z drugiej strony zaś istniała wątpliwość co do faktycznego przeznaczenia przelotu (komercyjny bądź wywiadowczy) oraz charakteru ładunku (cywilny bądź obecność walczących na pokładzie). Jak wskazano wcześniej, reguły z 1923 roku stały na stanowisku, że sam przelot niewojskowego statku powietrznego w pobliżu strefy prowadzenia działań wojennych bądź znajdujących się pod kontrolą przeciwnika oznaczał możliwość uznania lotu za potencjalnie wrogi i to bez względu na *prima facie* komercyjny przeznaczenie przelotu. Praktyka państw w okresie II wojny światowej wskazywała, że walczący wszystkich stron dopuszczali się ataków przeciwko cywilnym statkom powietrznym oznaczonych znakami rejestru państwa wojującego. Nie zanotowano w tej mierze protestu dyplomatycznego – jedyną reakcją na zniszczenie cywilnego statku pasażerskiego była nota dyplomatyczna ambasadora USA w Japonii z 26 sierpnia 1938 roku, w reakcji na incydent z Kweilin. Potępiono w niej zniszczenie „komercyjnego” statku powietrznego i narażenie życia „amerykańskiej załogi” oraz pozostałych „niewalczących znajdujących się na pokładzie cywilnego i nieuzbrojonego statku powietrznego, wykonującego stałe połączenie pasażerskie”. W odpowiedzi japoński MSZ stwierdził, że chiński samolot „znalazł się w japońskiej strefie operacyjnej” oraz „zachowywał się w sposób charakterystyczny dla samolotów wojskowych”, uznając jednocześnie, że powyższe okoliczności (tj. próba ucieczki przed pościgiem) „usprawiedliwiają działania japońskich samolotów wojskowych”¹⁸¹.

9.5. Obowiązki walczących względem państw neutralnych oraz obowiązki państw neutralnych względem państw walczących **Internowanie wojskowych statków powietrznych oraz załóg przez państwo neutralne**

Haskie reguły wojny powietrznej z 1923 roku stały na stanowisku, że granice teatru wojny powietrznej są określane poprzez granice terytorialne państw walczących, ich morza terytorialne oraz morza otwarte. Walczący i ich statki powietrzne nie były uprawnione do podejmowania jakichkolwiek działań, które mogły naruszyć jurysdykcję państw neutralnych bądź też uniemożliwić realizowanie obowiązków wynikających ze statusu państwa neutralnego. Artykuł 40 potwierdził

181 „International Law Situations with Solutions and Notes” 1938, s. 23–24.

istniejącą praktykę państw neutralnych w okresie I wojny światowej i zakazywał przelotu nad terytorium państwa neutralnego wojskowym statkom powietrznym państw wojujących¹⁸². Artykuł 41 rozwiązywał zagadnienie dotyczące wyposażenia okrętów marynarki wojennej w lotnictwo towarzyszące, które posiadało w stosunku do floty wojennej odmienny status względem możliwości wizyty portu państwa neutralnego (wojskowe statki powietrzne nie mogły tego uczynić, z kolei okręty wojenne korzystały z tego prawa pod pewnymi warunkami). Zgodnie z dyspozycją przepisu takie statki powietrzne znajdujące się na wyposażeniu okrętów wojennych, jak lotniskowce powinny być traktowane jako część przynależna okrętu¹⁸³. Artykuł 42 nakładał na państwo neutralne obowiązek ochrony własnej przestrzeni powietrznej przed przelotem statków wojskowych należących do walczących oraz internowania statku powietrznego i jego załogi w przypadku znalezienia się w jego jurysdykcji¹⁸⁴.

17 września 1939 roku po otrzymaniu informacji o przekroczeniu granicy państwowej przez Sowieców eskadry znajdujące się w dyspozycji dowódcy lotnictwa i rozlokowane w bazach w Polsce południowo-wschodniej otrzymały rozkaz ewakuacji zarówno rzutów kołowych, jak i lotniczych do bazy rumuńskiego lotnictwa w Czerniowcach¹⁸⁵. Po wylądowaniu wszystkie wojskowe statki powietrzne polskiego lotnictwa wojskowego zostały internowane i częściowo wcielone do rumuńskiego lotnictwa wojskowego (np. bombowce PZL P-37 zostały zatrzymane jako zamówiona przed wojną dostawa). W okresie II wojny światowej miejscem częstego internowania samolotów oraz załóg lotniczych była Szwajcaria. Łącznie zanotowano 6500 przypadków naruszenia szwajcarskiej przestrzeni powietrznej, prawie 244 obcych statków powietrznych zostało zmuszonych do lądowania bądź zestrzelonych przez szwajcarskie myśliwce i obronę przeciwlotniczą. Szczególnie intensywne naruszenia przestrzeni powietrznej miały miejsce w okresie niemieckiej inwazji na Francję w 1940 roku, gdzie dochodziło do regularnych walk powietrznych pomiędzy Luftwaffe i szwajcarskim lotnictwem. W połowie 1940 roku zdecydowano, aby zmuszać naruszające przestrzeń powietrzną statki powietrzne do lądowania, jednak po incydentach związanych z przypadkami pomyłkowego bombardowania przez aliantów miast w Szwajcarii wznowiono misje lotnicze. Do tych działań lotnictwo szwajcarskie wykorzystywało niemieckie myśliwce Messerschmitt

182 Powyższe warunki zostały potwierdzone treścią projektu Konwencji o prawach i obowiązkach stron państw neutralnych w wojnie morskiej i powietrznej, przygotowane przez Uniwersytet Harvarda w 1939 roku (zob. *Draft Convention on Rights and Duties of Neutral States in Naval and Aerial War*, „American Journal of International Law” 1949, vol. 33).

183 J. B. Moore, *International Law...*, s. 258.

184 „Not only the aircraft and its crew and passengers but also the equipment and contents of the aircraft must be interned”. *War Materiel*, „11 Digest of International Law” 1968, no. 400, s. 402.

185 W. Roman, *Ewakuacja i internowanie wojsk polskich we Wrześniu 1939 roku*, „Piotrkowskie Zeszyty Historyczne” 2004, nr 6, s. 168.

Bf 109E, które zakupiono od Trzeciej Rzeszy w liczbie ok. 80 samolotów w 1939 i 1940 roku – co było częściowo powodem pomyłek oraz tragicznych przypadków ostrzeliwania szwajcarskich samolotów. Wymusiło to zmianę sposobu identyfikacji wizualnej i wprowadzenia wyraźnych czerwono-białych pasów na ustrzeżeniu dolnym¹⁸⁶.

Artykuł 43 stanowił, że załoganci uszkodzonego wojskowego statku powietrznego, którzy zostali uratowani przez jednostkę neutralną poza wodami terytorialnymi państwa neutralnego i następnie sprowadzeni na obszar znajdujący się pod jego jurysdykcją, powinni zostać internowani (podobnie jak w przypadku X Konwencji o dostosowaniu zasad Konwencji genewskiej do wojny morskiej z 1907 roku). Artykuł 44 zabraniał państwom neutralnym dostarczać bezpośrednio bądź pośrednio stronom walczącym statki powietrzne, części lotnicze, materiały, zapasy oraz elementy lotnicze – jako odzwierciedlenie utrwalonych zasad prawa międzynarodowego. Jednocześnie art. 45 stanowił, że rząd neutralny nie ma obowiązku zapobiegania eksportowi bądź tranzytowi materiałów wojennych nabytych przez strony walczące od osób fizycznych, znajdujących się na terenie państw neutralnych (kontrabandy – adekwatnie do przepisów obowiązujących w wojnie morskiej i lądowej).

Warto zwrócić uwagę, że w okresie II wojny światowej powszechną praktyką było dostarczanie przez państwa neutralne środków bojowych oraz zapatrzienia. Jednym z pierwszych przykładów jest dostarczenie Finlandii w okresie trwania wojny zimowej (1939–1940) przez Francję i Wielką Brytanię maszyn bombowych i myśliwskich typu Bristol Blenheim, Hawker Hurricane, oraz Caudron-Renault CR.714¹⁸⁷. Także programy „Cash and Carry” oraz „Lend-Lease” były w istocie próbą obejścia przez rząd Stanów Zjednoczonych zakazów dotyczących eksportowania materiałów wojennych do państw walczących, których „obrona była także niezbędna z punktu widzenia potrzeb obronnych Stanów Zjednoczonych”¹⁸⁸. Podczas wojny Yom Kippur w październiku i listopadzie 1973 roku USA w ramach operacji „Nickel Grass” dostarczyły Izraelowi ponad 100 samolotów bojowych F-4 Phantom i A-4 Skyhawk.

Artykuł 46 nakładał obowiązek zapobiegania przez państwo neutralne możliwości wykorzystania swojego terytorium jako bazy wypadowej dla działań wroga. W ustępie 1 wprowadzono nakaz zapobiegania startom ze swojego terytorium statkom powietrznym zamierzającym wykonać akcję zbrojną przeciwko walczącemu bądź przewożącym materiały zdadne do użytku wojennego, o ile istnieje uzasadnione przypuszczenie, że dany statek powietrzny będzie przewidziany do użycia przeciwko stronie walczącej. Zakaz w ust. 2 obejmował starty samolotów,

186 F. Lombardi, *The Swiss Air Power: Wherefrom? Where to?*, Zurich 2007, s. 34–35.

187 E. Borchard, *War, Neutrality and Non-Belligerency*, „American Journal of International Law” 1941, vol. 618, s. 622.

188 K. Wani, *Neutrality in International Law: From the Sixteenth Century to 1945*, Nowy Jork 2017, s. 159.

na pokładzie których znajdował się personel wojskowy strony walczącej, a ust. 3 wprowadzał obowiązek zapobiegania przygotowaniom do wylotu.

Jednym z samolotów polskiego lotnictwa wojskowego internowanym w Rumunii był egzemplarz prototypowy bombowca liniowego typu PZL-46 Sum. 26 września 1939 roku pod pretekstem przelotu samolotu na lotnisko fabryczne rumuńskich zakładów lotniczych samolot wykonał lot do oblężonej Warszawy. Na pokładzie przewożono oficera Sztabu Naczelnego Wodza mjr. Emila Galiana, który wiozł rozkazy dla dowodzącego obroną gen. Rómmla oraz polecenie stworzenia pierwszej polskiej organizacji podziemnej. Po dramatycznym lądowaniu samolot udał się do Kowna, gdzie 27 września 1939 roku został internowany wraz z całą załogą.

Artykuł 47 nakazywał, aby państwo neutralne zapobiegało możliwości wykorzystania własnej przestrzeni powietrznej w celu obserwacji rejonu operacji wojennych podczas konfliktu w państwie ościennym. Artykuł 48 podnosił, że egzekwowanie przepisów powyższego rozdziału (tj. dotyczącego praw i obowiązków stron walczących względem państw neutralnych i *vice versa*) nie może być traktowane jako element działań wojennych. Zgodnie z komentarzem do reguł z 1923 roku w pewnych sytuacjach dopuszczalne jest otwarcie ognia w celu przymuszenia wrogiego statku powietrznego do określonego zachowania, także względem wojskowego statku powietrznego innego państwa. Reguły podkreślały, że przypadek użycia siły polegający na ostrzelaniu statku powietrznego, którego przelot narusza pozycję państwa neutralnego, nie jest uznawany jako fragment prowadzenia działań wojennych. Podniesiono, że rząd państwa neutralnego nie odpowiada za powstanie jakichkolwiek szkód majątkowych bądź osobowych w związku z podjętym działaniem polegającym na użyciu siły¹⁸⁹.

9.6. Przepisy końcowe Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku

Rozdział VII Haskich reguł wojny powietrznej był tym zarysem regulacji, który spotkał się z największym oporem delegacji holenderskiej. Przepisy dotyczące prawa wizyty i przeszukania, zdaniem przedstawicieli Holandii, nie mogły zostać rozciągnięte drogą analogii na wojskowe statki powietrzne, które z praktyki i zwyczaju międzynarodowego przysługują wyłącznie okrętom wojennym państw wojujących¹⁹⁰. Pozostała część delegacji nie zgodziła się z powyższymi poglądami

189 J. B. Moore, *International Law...*, s. 264.

190 „The standpoint adopted by this Delegation is that the custom and practice of international law is limited to a right on the part of belligerent warships to capture after certain formalities merchant vessels employed in the carriage of such commerce. No justification exists for the extension of those rights to an aircraft, which is a new engine of war entirely different in character from a warship and unable to exercise over merchant vessels or

i zdecydowała się zaadaptować w art. 49 zasadę, w ramach której prywatny statek powietrzny podlegał wizycie, rewizji oraz zajęciu przez wojskowy statek powietrzny należący do walczących. Więcej kontrowersji wywołała kwestia możliwości wykonywania podobnego uprawnienia względem statków handlowych. Wskazywano na określone problemy natury technicznej, które sprawiały ewentualną kontrolę niezwykle uciążliwą dla statku handlowego, potencjalnie zmuszając go do zmiany wcześniej przyjętego kursu¹⁹¹. Delegacje pozostawały ze sobą w sporze o istotę prawa *per se* (Francja podnosiła, że reguły powinny zabraniać możliwości wykonywania przez wojskowe statki powietrzne prawa, o ile nie będą w stanie wypełniać norm obowiązujących w wojnie morskiej. Wielka Brytania wskazała, że problem należy bardziej porównać do kwestii możliwości wykonywania prawa zatrzymania i przeszukania przez okręty podwodne. Strona japońska podnosiła, że technika lotnicza nie pozwala na wykreowanie takiego prawa), co ostatecznie przesądziło o braku przyjęcia odpowiedniego rozwiązania w tej mierze.

Istotną wartość miały reguły końcowe. Artykuł 61 wskazywał, że pod sformułowaniem „wojskowy” rozumiano wszystkie rodzaje sił zbrojnych – siły powietrzne, wojska lądowe oraz marynarkę wojenną. Miało to zapobiec rozróżnianiu sytuacji prawnej – istniały tutaj wątpliwości odnoszone do odmiennego reżimu prawnego regulującego użycie lotnictwa przez marynarkę wojenną i wojska lądowe. Przykładem powyższego rozróżnienia była m.in. kwestia bombardowań powietrznych czy też np. wykonywania prawa wizyty i rewizji. Artykuł 62 wskazywał, że z wyjątkiem sytuacji określonych na gruncie rozdziału VII reguł z 1923 roku personel lotniczy zaangażowany w działania zbrojne podlega prawom i zwyczajom wojennym w takim samym zakresie jak personel lądowych sił zbrojnych i jest chroniony wszelkimi relewantnymi deklaracjami oraz konwencjami¹⁹². Z dodatkowych przedłożonych propozycji, które nie znalazły się w ostatecznym projekcie, warto wskazać na propozycję holenderską, która przewidywała nałożenie odpowiedzialności odszkodowawczej na państwo, którego personel wojskowy dopuścił się naruszeń¹⁹³. Ponadto rozważano także wprowadzenie przepisów karnych, wedle których sprawcy czynów sprzecznych z danym przepisem mogli być karani jako zbrodniarze wojenni.

private aircraft a control similar to that exercised by a warship over merchant vessels”. *Ibidem*, s. 265.

191 *Ibidem*, s. 266.

192 „Regard must be had to the last paragraph of the Convention to which the Land Warfare Regulations are attached, that cases not provided for are not intended, for want of a written prohibition, to be left to the arbitrary judgment of military commanders. In all such cases the population and belligerents are to remain under the protection of the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity and the requirements of the public conscience”. *Ibidem*, s. 284.

193 „The belligerent Party who, intentionally, or through negligence, violates the provisions of the present rules is liable to pay compensation in case damage is caused as a result of such violation. Such Party will be responsible for all acts committed by members of his armed forces”. *Ibidem*, s. 287.

10. Raport specjalistów MKCK z 1930 roku

W 1930 roku MKCK zwrócił się do wybranych ekspertów z prośbą o przedstawienie analizy dotyczącej możliwości precyzyjnego określenia zasad międzynarodowego prawa wojennego chroniącego ludność cywilną przed skutkami ataków artyleryjskich bądź bombardowań wszelkiego rodzaju¹⁹⁴. Jednym z konsultantów był szwedzki badacz Å. Hammarskjöld, który podkreślił istnienie przepisów haskich z 1923 roku jako części stanu prawnego obejmującego analizę¹⁹⁵. Autor poświęcił też część rozważań roli międzynarodowego prawa zwyczajowego, którego refleksem mogą być nieratyfikowane konwencje. W jego jednak opinii fakt podpisana konwencji, a następnie jej nieratyfikowania jest znakiem braku woli państwa do bycia związanym daną normą prawa międzynarodowego. W ocenie tej opiera się on na zwyczaju jako odzwierciedleniu normy traktatowej, z uwagi na konflikt z klauzulą Martensa (prawo zwyczajowe funkcjonuje obok normy konwencyjnej). Podawał w tej mierze jako przykład Deklarację londyńską z 1909 roku, która była powszechnie sygnowana przez państwa, ale nieratyfikowana. Dowodem na *desuetudo* względem Deklaracji haskiej z 1899 roku, przedłużonej na konferencji haskiej w 1907 roku, było przygotowanie reguł haskich z 1923 roku, które w odczuciu autora były postulatami typu *de lege ferenda* i nie tworzyły prawa pozytywnego. Była to jedyna regulacja, która odnosiła się do wojny powietrznej – rozumianej jako odbywającej się daleko poza liniami frontu¹⁹⁶. Reguły wymienione w art. 22–24 Haskich reguł wojny powietrznej autor uważał za element ogólnych zasad prawa międzynarodowego, które zostały przez komisję dostosowane do warunków samodzielnej wojny powietrznej (rozumianej jako wykraczającej poza zasięg 40 km, tj. artylerii dalekiego zasięgu). Jednocześnie podkreślał, że moc dokumentu z 1923 roku osłabia okoliczność, że jest to jedynie projekt, co może być podstawą zakwestionowania reguł jako wywodzących się z ogólnego prawa międzynarodowego. Dostrzegał jednakże możliwość przyjęcia, że reguły z 1923 roku są skryształizowaniem norm prawa międzynarodowego w odniesieniu do wojny powietrznej (*si l'on peut soutenir que le règlement de 1923 a cristallise dans une certaine mesure, en les adaptant aux conditions modernes, les regles du droit international général*)¹⁹⁷. Potwierdzeniem powyższego mogły być rozwiązania, które miały charakter całkowicie innowacyjny – wskazywano w tej mierze jako zasadniczy przykład rozwiązania obejmujące ochronę zabytków. Szwedzki badacz

194 Comité International de la Croix-Rouge, *La Protection Des Populations Civiles Contre Les Bombardements*, Genewa 1930.

195 Åke Hammarskjöld (1893–1937) – szwedzki dyplomata, członek Haskiej Akademii Prawa Międzynarodowego, od 1936 roku sędzia STMS, brat Daga Hammarskjölda, późniejszego Sekretarza Generalnego ONZ, *ibidem*, s. 14.

196 *Ibidem*, s. 34.

197 *Ibidem*, s. 48.

podkreślił, że w przypadku wojny powietrznej o charakterze strategicznym nie istnieją żadne normy prawa pozytywnego – mogą być wyłącznie dekodowane z zasad ogólnych oraz zwyczajowego prawa międzynarodowego¹⁹⁸.

Kolejną opinię w tej sprawie wydał G. McDonald, który zwrócił uwagę, że test obszaru niebronionego w kontekście IX Konwencji haskiej z 1907 roku jest odmieniony w stosunku do przyjętego na gruncie praw i zwyczajów obowiązujących w wojnie lądowej, z uwagi na okoliczność związaną z niemożnością zajęcia przez flotę wojenną danego obszaru lądowego i poddanie go pod okupację¹⁹⁹. Rozumowanie to powinno być aktualne także w stosunku do lotnictwa i stanowić fundament prawa bombardowań powietrznych. Zdaniem autora w kontekście bombardowań terrorystycznych nie było wątpliwości, że lotnictwo w tej mierze było jednym z najbardziej efektywnych środków, które mogły wywierać wpływ na morale ludności cywilnej. W kontekście definicji celu wojskowego autor zgodził się w tej mierze z Castrénem, że sformułowanie powszechnie akceptowalnej definicji jest niezwykle utrudnione²⁰⁰. McDonald zaznaczył, że fundamentem prawa międzynarodowego obowiązującego w wojnie jest zasada rozróżnienia i ochrona ludności cywilnej przed umyślnymi atakami w nią wymierzonymi. Jednak w kontekście stref bezpośredniego prowadzenia działań bojowych ochrona ludności cywilnej marginalizowała się²⁰¹.

M. W. Royse wskazał, że przy podejmowaniu decyzji o użyciu danego środka bądź broni na polu walki państwa nigdy nie zastanawiały się nad społecznymi (czytaj humanitarnymi) skutkami wykorzystania danego typu uzbrojenia, lecz kierowały się jedynie efektywnością. Royse w tej mierze wskazywał trzy zasady będące głównymi przesłankami wpływającymi na decyzję o ograniczeniu bądź zdelegalizowaniu danego typu uzbrojenia: 1) gdy dana broń stała się przestarzała (np. zatrute strzały), 2) gdy wprowadzenie reguły nie prowadziło do zróżnicowania sytuacji państw, 3) gdy broń bądź metoda prowadzenia działań wojennych nie była na tyle efektywna (przykład: XIV Deklaracja haska z 1907 roku w sprawie zakazu rzucania z balonów pocisków i środków wybuchowych). Zdaniem amerykańskiego autora istnieją trudności w określeniu ochrony ludności cywilnej, zwłaszcza w kontekście kwestii incydentalnych ataków powietrznych. Innym aspektem o charakterze kontrowersyjnym była granica pomiędzy legalnym wywieraniem wpływu na ludność danego państwa – efekt uboczny każdego konfliktu zbrojnego, a terroryzowaniem ludności cywilnej. Manual francuski z 1922 roku oraz amerykańska instrukcja z 1926 roku zakładały wpływ działań powietrznych o charakterze równoległym zarówno w przestrzeni ściśle wojennej – poprzez niszczenie celów wojskowych, jak i w perspektywie moralnej – poprzez pośredni wpływ operacji kierowanych przeciwko obiektom położonym w centrach miast²⁰².

198 *Ibidem*, s. 44.

199 *Ibidem*, s. 58.

200 *Ibidem*, s. 66.

201 *Ibidem*, s. 67.

202 *Ibidem*, s. 85.

V. Scialoja wskazał, że test określony na gruncie art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku obejmował nie tylko problem kwestii ustalenia faktycznej okoliczności bronięcia danego obszaru, ale także „jego potencjalnej zdolności do własnej obrony”²⁰³. Zdaniem autora minimalnym standardem ochrony ludności cywilnej podczas obłęgów powinna być zasada, która zabraniała kierowania w sposób umyślny ognia artyleryjskiego na dzielnice mieszkalne²⁰⁴. Autor podnosił konieczność modyfikacji wymagań haskich z 1907 roku w takim zakresie, w jakim w kontekście wojny lądowej wykluczały możliwość bombardowania celów wojskowych w nich położonych²⁰⁵. W ocenie autora nie ma szczególnych różnic w kontekście bombardowań powietrznych i lądowych, jedynie niedokładność techniki lotniczej powoduje, że przedmiotem ataku są obok celów militarnych także osoby i mienie cywilne²⁰⁶.

M. Sibert wskazywał, nie istnieją wątpliwości co do legalności wojny powietrznej oraz bombardowania powietrznego²⁰⁷. Poprawka art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku miała wdrożyć rozwiązania mające chronić ludność cywilną miejscowości niebronionych przed nowymi metodami prowadzenia działań wojennych. W ten sposób starano się zaadaptować wymóg, aby atakiem lotnictwa nie dotykać obszarów niebronionych, podobnie jak w przypadku działań artylerii lądowej²⁰⁸. *De facto* oznaczało to zmarginalizowane roli lotnictwa w przyszłym konflikcie zbrojnym jedynie do roli „powietrznej artylerii”. M. Silbert krytykował lekkomyślną analogię, brak elementarnej logiki ze strony delegatów oraz arbitralne ograniczenie gwarancji ludności cywilnej poprzez wprowadzenie testu miejscowości niebronionej i pominięcie przy tym losu niewalczących, znajdujących się w miejscowościach objętych działaniami wojennymi²⁰⁹. Autor wskazywał, że test wynikający z art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku dotyczący rozróżnienia pomiędzy miastami bronionymi a niebronionymi jest niemożliwy do praktycznego zastosowania, gdyż istnienie artylerii przeciwlotniczej pozwala przyjąć, że całość danego rejonu walk ma charakter niebronionego²¹⁰. Silbert podniósł także zupełny brak sensu w obligowaniu strony dokonującej bombardowania do stosowania uprzedniego ostrzeżenia²¹¹. Dostrzegł również brak podstaw w prawie zwyczajowym, by zdelegalizować praktykę nocnych nalotów²¹².

203 *Ibidem*, s. 119.

204 *Ibidem*, s. 120.

205 *Ibidem*, s. 121.

206 *Ibidem*, s. 122.

207 *Ibidem*, s. 133.

208 *Ibidem*, s. 137.

209 *Ibidem*.

210 *Ibidem*, s. 151.

211 *Ibidem*, s. 164.

212 *Ibidem*, s. 165.

W. Simons wskazał, że z uwagi na nową metodę prowadzenia działań wojennych, jaką jest lotnictwo, istnieje obiektywna trudność w ustaleniu praktyki, która mogłaby stanowić element wiążącego zwyczaju prawnomiędzynarodowego. Zdaniem niemieckiego autora reguła obowiązująca w przypadku bombardowań lądowych straciła swoją moc obowiązującą jeszcze przed wybuchem I wojny światowej (*Diese Regel hatte schon vor dem Weltkrieg ihre Bedeutung verloren*). Zarówno w miastach bronionych, jak i niebronionych występowały tzw. *erlaubten und unerlaubten Zielen* (autoryzowane i nieautoryzowane cele). Już wtedy praktyka dopuszczała atakowanie celów, które miały znaczenie dla wysiłku wojennego adversarza (*militärische Zwecke*). Simons potwierdził istnienie różnicy pomiędzy bombardowaniami lądowymi a morskimi, jako opierającej się w pierwszej kolejności na technicznym rozróżnieniu pomiędzy sposobami prowadzenia walki²¹³.

Przedłożone na zlecenie MKCK opinie eksperckie ujawniają znaczną polaryzację stanowisk sporządzających opinię w kwestii istnienia normy regulującej bombardowania powietrzne *per se*, jak również zakresu dopuszczalnego ataku, definicji celu wojskowego oraz wartości normatywnych regulacji z 1923 roku. Warto zwrócić uwagę, że dokument powyższy został przedłożony delegatom genewskiej konferencji rozbrojeniowej w latach 1932–1934.

11. Kongres praski z 1922 roku. Wojna powietrzna i międzynarodowe prawo lotnicze

Podczas dyskusji nad kształtem międzynarodowego prawa lotniczego po I wojnie światowej zagadnienie związane z uregulowaniem kwestii wykorzystania lotnictwa podczas konfliktu zbrojnego zostało poruszone w toku prac XX Kongresu Międzynarodowego Prawa Lotniczego, odbywającego się w dniach 25–30 września 1922 roku w Pradze. W ramach rozważań jednym z punktów obrad prelegentów było prawo wojny powietrznej (*le droit de la guerre aérienne*). Profesor Hobza zwrócił się z apelem do uczestników, aby nie pozostawiać kwestii regulacji prawnej działań lotniczych podczas konfliktu zbrojnego poza nawiasem zainteresowania międzynarodowego prawa lotniczego. Badacz zauważył brak przekonania wśród społeczności międzynarodowej, by w okresie pokoju dyskutować nad ewolucją prawa i zwyczajów obowiązujących w wojnie²¹⁴. Konieczne było m.in. znalezienie alternatywy dla art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku w kontekście ataków

213 *Ibidem*, s. 187.

214 Cinquième congrès international de législation aérienne du Comité juridique international de l'aviation, Praga 1922, s. 222.

powietrznych, poprzez przygotowanie odrębnej, dedykowanej regulacji. Hobza uznawał, że z założenia prawo międzynarodowe regulujące sposób prowadzenia działań wojennych ma charakter *leges imperfectes*, uznając, że jedynie stworzenie zbioru norm generalnych pozwoli na akceptację i stosowanie norm przez walczących, usankcjonowane w wiążącej formie dla państw. Profesor wskazał, że w jego ocenie prawo wojny powietrznej powinno być skonstruowane na podstawie praw i zwyczajów obowiązujących w wojnie lądowej i morskiej, jednakże z uwzględnieniem następujących zagadnień o charakterze indywidualnym, w postaci: 1) ochrony ludności cywilnej przed skutkami działań powietrznych, 2) ograniczenia dopuszczalnych środków i metod prowadzenia walki zbrojnej, 3) unifikacji pewnych reguł prawa wojny, 4) gwarancji egzekwowania norm. Hobza w pkt 1 swojej propozycji postulował za projektem kpt. Wallace'a, aby zasadniczo zakazać ataków przeciwko obszarom zamieszkanym, z wyjątkiem celów o znaczeniu wojskowym. W pkt 2 poprzez ograniczenie zakresu dopuszczalnego szkodenia nieprzyjacielowi proponował zakazanie atakowania obiektów szpitalnych, stosowania trucizn, a także środków powodujących rozległe obrażenia (*des materies propres a causer des maux superflus*). Postulaty wieńczył głos w sprawie potrzeby szczegółowego określenia, czym jest wrogi i neutralny statek powietrzny, a także potrzeby ustanowienia stałego międzynarodowego trybunału karnego, bez którego wszelkie ustanowione reguły miałyby charakter jedynie teoretyczny²¹⁵. Był to w istocie ostatni głos związany z prawem wojny powietrznej wyrażony na forum dyskusji związanej z międzynarodowym prawem lotniczym.

12. Konferencja rozbrojeniowa 1932–1934 w Genewie

Artykuł 8 Paktu Ligi Narodów obligował państwa członkowskie do podjęcia wysiłków na rzecz światowego rozbrojenia, którego celem było osiągnięcie minimalnego poziomu zbrojeń, dającego się pogodzić z „bezpieczeństwem narodowym” oraz z „egzekucją zobowiązań międzynarodowych”²¹⁶. Opracowanie szczegółowych planów zostało powierzone Radzie Ligi Narodów. E. P. Warner już w połowie lat. 20 XX wieku podnosił potrzebę rozbrojenia nie tylko w kontekście zbrojeń morskich, ale także lotniczych, uznając, że ograniczenie wojny powietrznej będzie

²¹⁵ *Ibidem*, s. 225.

²¹⁶ Traktat pokoju między mocarstwami sprzymierzonymi i skojarzonymi i Niemcami, podpisany w Wersalu 28 czerwca 1919 roku (Dz.U. z 1920 r. Nr 35, poz. 200).

służyło jako element zmniejszania napięcia w stosunkach międzynarodowych²¹⁷. Częściowym źródłem inspiracji w tej mierze było nałożenie ograniczeń na pokonane Niemcy w ramach Traktatu wersalskiego z 1919 roku, uznawanych jednakże za niedostateczne²¹⁸. Zagadnienie wojny powietrznej było jednym z podstawowych aspektów światowego rozbrojenia i zostało omówione w sposób szczegółowy podczas prac konferencji rozbrojeniowej w Genewie w latach 1932–1934. Konferencja genewska była już trzecią z rzędu próbą wyraźnego ograniczenia zbrojeń państw (po konferencji waszyngtońskiej z 1922 roku oraz konferencji londyńskiej z 1930 roku). Poprzednie wysiłki społeczności międzynarodowej uzyskały jedynie częściowe powodzenie w kontekście wojny morskiej, poprzez dokonanie ograniczeń tonażu oraz uzbrojenia ciężkich okrętów wojennych (wprowadzenie zasady 5 : 5 : 3 : 1,75 : 1,75, określającej proporcje floty wojennej Stanów Zjednoczonych, Zjednoczonego Królestwa, Japonii, Włoch oraz Francji). W 1930 roku w Londynie zdecydowano rozszerzyć zakaz m.in. o zakaz możliwości montowania ciężkiego uzbrojenia na pokładzie lotniskowców, a także wprowadzić ograniczenia w zakresie budowy okrętów poniżej 10 000 ton wyporności i uzbrojenia artyleryjskiego (podział na działa lekkie kal. 155 mm oraz średnie kal. 203 mm)²¹⁹. Podczas kolejnej konferencji rozbrojeniowej zdecydowano się na uregulowanie możliwości kolejnego ograniczenia wyścigu zbrojeń w dość radykalnym wymiarze, obejmując nim nie tylko rozbrojenia morskie, lecz także pozostałe rodzaje uzbrojeń, m.in. w postaci lotnictwa oraz wojsk lądowych. Już podczas prac przygotowawczych do konferencji na spotkaniu plenarnym państw uczestniczących w 1929 roku odrzucono niemiecką propozycję zdelegalizowania wojny powietrznej²²⁰. W Wielkiej Brytanii zasadniczym punktem odniesienia do problemu rozbrojenia była słynna wypowiedź Stanleya Baldwina pt. „Strach przed przyszłością” (*A Fear for the Future*) przed Izbą Gmin z 10 listopada 1932 roku, w której brytyjski polityk podkreślił, że nie istnieje żadna skuteczna ochrona ludności cywilnej przed atakiem ze strony lotnictwa, uznając, że „bombowce zawsze przejdą” (*the bomber will always get through*), a jedyną skuteczną formą obrony jest atak²²¹. W listopadzie 1932 roku brytyjskie Ministerstwo Lotnictwa wydało memorandum w odpowiedzi na propozycję E. Beneša z czerwca 1932 roku poprzez próbę wprowadzenia ograniczeń liczebności lotnictwa

217 „The reduction or limitation of preparations for air warfare is important primarily as a step towards the suppression of friction between nations, and in particular towards the elimination of that mutual fear which, while it exists, makes a steady march towards war almost inevitable”. E. P. Warner, *Aerial Armament and Disarmament*, „Foreign Affairs” 1925, vol. 4, s. 626.

218 „Neither in method of enforcement nor in specific nature of the technical restrictions imposed do the rules laid down under the Treaty of Versailles serve as a direct basis for an agreement for the limitation of aerial armaments”. *Ibidem*, s. 632.

219 Limitation and Reduction of Naval Armament (London Naval Treaty), Treaty signed at London, April 22, 1930.

220 „A German proposal for the abolition of bombing was rejected by a majority vote”. D. J. Shorney, *Britain and Disarmament*, Doctoral Thesis, University of Durham 1980, s. 321.

221 T. Mason, *British Air Power*, [w:] J. Olsen (red.), *Global Air Power*, Waszyngton 2011, s. 22.

państw mniejszych, zakazu budowy samolotów mających większy udźwign niż trzy tony. Nota zawierała także postanowienie, według którego ataki powietrzne mogą być kierowane tylko i wyłącznie przeciwko celom wojskowym²²². W podobnym duchu wyrażona została jedna z pierwotnych propozycji rządu francuskiego z lutego 1932 roku, proponująca zakaz prowadzenia bombardowań powietrznych w obrębie 10 kilometrów od linii frontu, z wyłączeniem miejsc koncentracji lotnictwa oraz artylerii, stosując jako zasadniczy reżim prawny przepisy IX Konwencji haskiej z 1907 roku o bombardowaniach morskich²²³.

J. M. Spaight, komentujący wydarzenia konferencji rozbrojeniowej w latach 1932–1934, nazwał ją „pułapką myślową składającą się z fałszywych korytarzy i ślepych uliczek, nieprowadzących do żadnego logicznego rozwiązania”²²⁴. Należy zwrócić uwagę, że ilość koncepcji oraz pomysłów związanych z uregulowaniem kwestii operacji powietrznych przekracza zdolność badacza. Z bardziej interesujących warto zwrócić uwagę na następujące:

- 1) propozycję francuską zakładającą, aby wszystkie samoloty bombowe zostały oddane pod zarząd Ligi Narodów – równolegle z pozostałym ciężkim uzbrojeniem w ramach tzw. procesu umiędzynarodowienia zarówno lotnictwa cywilnego, jak i wojskowego. Projekt zakładał utworzenie międzynarodowego zgrupowania wojskowego, które wykonywałoby funkcje zapobiegające możliwości prowadzenia działań wojennych przez państwa, a także byłyby rezerwą interwencyjną na wypadek agresji ze strony jednego z państw przeciwko drugiemu. W pewnym sensie była to propozycja stworzenia stałego kontyngentu wojskowego w formie zbliżonej do rozwiązań zawartych później na gruncie KNZ²²⁵;
- 2) propozycję całkowitego zakazu wykorzystania lotnictwa wojskowego wysuniętą przez stronę niemiecką, zaakceptowaną przez sowieckiego komisarza do spraw zagranicznych Litwinowa²²⁶;
- 3) tak zwaną rezolucję Beneša – propozycję prezydenta Czechosłowacji zakładającą zakaz jakichkolwiek form ataku lotniczego przeciwko ludności cywilnej oraz zakaz jakiegokolwiek innej formy bombardowania lotniczego z wyłączeniem lotnictwa, pozostającego pod międzynarodowym zarządem. Innymi postulatami było zmniejszenie liczby ciężkiej artylerii, całkowity zakaz prowadzenia wojny chemicznej oraz broni zapalającej, a także stworzenie Stałej Komisji do spraw Rozbrojenia mającej uprawnienia kontrolne względem stron konwencji²²⁷;

222 I. M. Philpott, *The Royal Air Force 1930 to 1939: An Encyclopedia of the Inter-War Years, Volume II, Rearmament 1930 to 1939*, Barnsley 2008, s. 12.

223 R. Bechoff, *L' Aviation...*, s. 536.

224 Zob. J. M. Spaight, *Aircraft in War in the Next War*, Londyn 1938.

225 *L'Aviation à la Conférence de Désarmement*, „Revue Général de Droit Aérien” 1932, s. 268–293.

226 R. Bechoff, *L' Aviation...*, s. 537; W. Raafat, *La guerre...*, s. 755.

227 „Air Forces; (a) absolute prohibition of all air attack against civil populations; (b) abolition of all other form of aerial bombing, under certain conditions, the chief of which is that civil aviation

- 4) postulat rządu Zjednoczonego Królestwa – propozycję zakazu bombardowań lotniczych jako metody prowadzenia działań wojennych, z wyłączeniem stref znajdujących się w strefach kolonialnych w ramach tzw. *air policing*;
- 5) propozycje innych państw zmierzające przynajmniej do częściowego albo całkowitego zakazania prowadzenia wojny powietrznej bądź bombardowań powietrznych²²⁸;
- 6) propozycję Stanów Zjednoczonych alternatywnie zmierzającą do zaproponowania rozwiązań regulujących prowadzenie wojny powietrznej bądź wprowadzenie limitów wielkości sił powietrznych danych państw²²⁹;
- 7) alternatywną propozycję francuską mającą na celu rozróżnienie możliwości bombardowania z uwagi na bliskość frontu.

Propozycje państw uczestniczących w konferencji były przedmiotem analizy tzw. Komisji do spraw Lotnictwa, która rozważała możliwość implementowania przedłożonych propozycji, od samego początku podchodząc do tej idei sceptycznie²³⁰. Delegacje podniosły, że kwestia zdeterminowania możliwości zakazu prowadzenia wojny powietrznej napotyka poważne trudności z uwagi na jej ogólnie polityczny charakter, brak możliwości zapobieżenia wykorzystania lotnictwa cywilnego do działań wojskowych²³¹, jak również obiektywne trudności wynikające z przyjęcia zakazu prowadzenia ofensywnych działań powietrznych. W szczególności ostatni punkt został podkreślony przez polskiego uczestnika prac komisji hrabiego Raczyńskiego. Polski delegat podkreślił, że w ramach prac konferencji

should be subject of international regulation". J. Van Beek en Donk, *Steps in Disarmament, Disarmament in 1932*, „The Yearbook of the Disarmament Information Committee” 1932, s. 12.

228 „These proposals, some twenty in all, might be classified as follows: abolition of military aviation (Denmark, Germany, Hedjaz, Hungary, Spain, Sweden, Turkey); abolition of bombing aeroplanes (Afghanistan, Belgium, China, Italy, Portugal, Switzerland); prohibition of bombardment from the air (Austria, Haiti, the Netherlands, Switzerland); prohibition of bomb-dropping by aeroplanes (Latvia); prohibition of armaments particularly aggressive in character (Finland); prohibition of offensive armaments, notably those presenting special danger to civilians (Norway)”. *Records of the Conference for the Reduction and Limitation of Armaments*, Volume 3, Minutes of the Air Commission, Genewa 1936, s. 14.

229 „The Air Commission recommends that, in view of its unanimous findings as to the grave threat to civilians from aerial bombardment, the General Commission should consider what effective action could be taken, as a part of any comprehensive scheme for disarmament, to do away with this threat, whether through the control of bombing from the air, the restriction on the number and size of aircraft available for aerial bombardment, or through other measures affecting aviation”. *Ibidem*, s. 75.

230 *Ibidem*, s. 7.

231 Na podstawie postanowień traktatu wersalskiego Niemcy były pozbawione możliwości rozwoju lotnictwa wojskowego (art. 198 i n.). W ramach tajnego porozumienia ze Związkiem Sowieckim, zawartego przy okazji Traktatu z Rapallo z 1922 roku, strona niemiecka uzyskała dostęp do radzieckich poligonów, gdzie mogła rozwijać zakazane technologie lotnicze. Z kolei samoloty przewidziane do użytku wojennego były budowane jako szybkie samoloty pocztowe bądź też pasażerskie (Ju-52).

wskazano definicję czynników wpływających na stan ekonomii państwa niezbędnych do utrzymania zdolności do prowadzenia działań wojennych. Do kategorii celów wojennych zaliczano: a) niszczenie nieprzyjacielskich sił zbrojnych bądź ich wyczerpanie, b) zniszczenie podmiotów działających na rzecz nieprzyjaciela, takich jak fabryki, stacje kolejowe, środki produkcji energii elektrycznej, c) środki lokomocji lądowej i powietrznej, pozwalające na przesuwanie oddziałów wojskowych, d) przerywanie ciągłości zaopatrzenia nieprzyjaciela, a także e) obniżenie jego morale. Polski delegat podkreślił znaczenie lotnictwa wojskowego dla osiągnięcia celów strategicznych. Raczyński dostrzegł, że w kontekście bombardowania lotniczego obiektywne trudności istnieją w rozróżnieniu operacji powietrznych nakierowanych bezpośrednio na terroryzowanie ludności cywilnej a atakami na cele wojskowe, w ramach których dochodzi do ubocznego atakowania ludności cywilnej²³². Przedstawiciel Polski podkreślił, że Konwencje haskie z 1899 i 1907 roku nie przewidywały rozwoju awiacji i nie istnieje aktualnie żaden ustanowiony reżim chroniący ludność cywilną przed skutkami bombardowań lotniczych²³³. Pozostałe delegacje przedstawiały projekty w celu zdeterminowania charakteru lotnictwa wojskowego, co pozwoliłoby na wyodrębnienie samolotów typu bojowego, których rozpowszechnianie byłoby niedozwolone. Delegacja belgijska zwróciła uwagę, że w 1929 roku zaproponowano kolejną definicję wojskowego statku powietrznego, jako posiadającego widoczne znaki przynależności do sił powietrznych, opancerzonego bądź zdolnego do odparcia przeciwnika w inny sposób, obsadzonego przez załogę wojskową oraz znajdującego się w stanie służby wojskowej²³⁴. Zdeterminowanie charakteru statku powietrznego uznawano za remedium, które pozwoli urzeczywistnić wolę rozbrojenia lotnictwa wojskowego.

Nie była to jednak jedyna sfera możliwych zmian. W raporcie podkomisji rozważano zagadnienie ograniczeń uzbrojenia statków powietrznych, uznając, że większość z nich może być wykorzystana ofensywnie, a także łatwo zamontowana na pokładzie samolotów lotnictwa cywilnego. Komisja oceniła, że bombardowanie powietrzne jest największym zagrożeniem dla ochrony ludności cywilnej, ale stopień niebezpieczeństwa będzie bezpośrednio uzależniony od środków wykorzystanych do wykonania konkretnej operacji lotniczej oraz metody, która zostanie

232 „A study of the third criterion adopted by the General Commission also led back to the question of air bombardment, which in time of war constituted a direct menace to the civil population, whether in the form of terrorisation by premeditated air attack on the civilians themselves or on an objective which is of a military nature but is situated in the immediate vicinity of civilian dwellings”. *Ibidem*, s. 12.

233 „The Hague Conferences of 1899 and 1907 had not foreseen the progress which aviation was to make, and had thus not established special legislative measures providing for the protection of civil populations against air bombardment. The defect must be remedied, but the Polish delegation could not consider this measure alone sufficient”. *Ibidem*, s. 12.

234 *Ibidem*, s. 13–14.

użyta do wykorzystania określonego środka²³⁵. Za szczególnie zakazane uważano bomby i pociski przenoszące substancje duszące, zapalające oraz wybuchowe²³⁶. W tym kontekście delegacje wyraziły ogólny zamiar uznania powyższego typu uzbrojenia za zakazany (z wyłączeniem bomb wybuchowych)²³⁷. W dalszej kolejności obrad komisja próbowała określić możliwość przygotowania projektu zakazującego wykorzystanie ofensywnych typów uzbrojenia. Dyskutowano także nad możliwością prac nad nowym prawem wojny powietrznej, przy jednoczesnym apelu delegacji Szwajcarii, która podkreślała, że społeczność międzynarodowa kategorycznie potępia działania mające charakter wymierzony w morale ludności cywilnej, nazywając je „strategią terroru”²³⁸.

Na forum plenarnym samej konferencji genewskiej w lipcu 1932 roku obradowano nad treścią przywołanej wcześniej rezolucji prezydenta Czechosłowacji z 20 lipca 1932 roku, której art. 1 dotyczył zakazu prowadzenia bombardowań powietrznych:

Konferencja zaniepokojona niebezpieczeństwami wynikającymi z możliwości wykorzystania bombardowania powietrznego w przyszłym konflikcie zbrojnym, zdecydowana by im przeciwdziałać proponuje następujące rozwiązania:

- 1) Ataki powietrzne przeciwko ludności cywilnej są całkowicie zakazane;
- 2) Wysokie Umawiające się Strony zgadzają się na zakazanie jakiegokolwiek bombardowania powietrznego pomiędzy nimi oraz na przyjęcie rozwiązań pozwalających na ograniczenie liczby wojskowych statków powietrznych oraz ich charakterystyki, a także uniemożliwienie wykorzystania statków cywilnych do celów wojennych poprzez wprowadzenie międzynarodowej regulacji²³⁹.

235 „The aircraft forming part of the air armaments of a country which can be regarded as the most threatening to the civil population are those capable of the most effective direct action by the dropping or launching of means of warfare of any kind; this efficacy depends primarily upon the nature of the means of warfare employed and the manner in which they are employed”. *Ibidem*, s. 16.

236 „Among these means the Sub-Committee specially mentions poisonous gases, bacteria and incendiary and explosive appliances”. *Ibidem*, s. 17.

237 „The delegations of all countries had agreed that chemical, bacteriological and incendiary warfare must be abolished. That being so, the means for carrying out such warfare must also be abolished, for it was open to question whether the Conference, by merely issuing prohibitive regulations, would have done anything really concrete. It must not be forgotten that most countries had been represented at The Hague. Nevertheless, certain events had taken place in the world since then”. *Ibidem*, s. 107.

238 „The French document pointed out that attacks on the civil population were contrary to international undertakings, but all States had not signed these undertakings; moreover, persons fully qualified to do so had assured him that certain military instructions expressly laid down that terror could be spread among civil populations by means of air bombardment. This, called the «strategy of terrorisation», was nothing short of pure barbarism”. *Ibidem*, s. 84.

239 *Ibidem*, s. 154.

Propozycja powyższa zawiera zasadniczo zbiór norm typu *disarmament* oraz *ius in bello*. Treść rezolucji dokonywała rozróżnienia pomiędzy atakami oraz bombardowaniami. *A contrario* z treści rezolucji wynikało, że dopuszczalne są ataki wojenne przeciwko celom wojskowym, w każdych zaś warunkach nie było dopuszczalne bombardowanie z powietrza. Artykuł 3 wprowadzał zakaz prowadzenia wykorzystania amunicji gazowej oraz zapalającej, natomiast art. 5 przewidywał zobowiązanie uczestników konferencji do sformułowania reguł prawa międzynarodowego odnoszących się m.in. do kwestii bombardowań powietrznych²⁴⁰. W świetle komentarza do rezolucji powyższa różnica pomiędzy sformułowaniami „atak” oraz „bombardowanie” nie została jednoznacznie wyjaśniona – podniesiono jedynie potrzebę wprowadzenia całkowitego zakazu bombardowań powietrznych, uznając, że nawet działania o charakterze legalnym prowadziły do jednoczesnego atakowania ludności cywilnej i nie mogły być dozwolone (wypowiedź sowieckiego komisarza do spraw zagranicznych Litwinowa)²⁴¹. Przedstawiciel Szwajcarii podniósł znaczenie dokumentu Komitetu Międzynarodowego Czerwonego Krzyża, który został przedłożony z tezą o potrzebie całkowitego zakazania prowadzenia wojny powietrznej²⁴². Ideę tę popierała większość delegatów reprezentujących mniejsze państwa. Mocarstwa uczestniczące w pracach poprzednich konferencji rozbrojeniowych składały mniej lub bardziej bezpośrednie obiekcje. Delegacja Japonii dostrzegła, że zakaz bombardowania lotniczego nie może mieć

240 „Rules of international law shall be formulated in connection with the provisions relating to the prohibition of the use of chemical, bacteriological and incendiary weapons and bombing from the air, and shall be supplemented by special measures dealing with infringement of these provisions”. *Ibidem*, s. 156.

241 „The clause prohibiting air attack against the civilian population was, of course, to be welcomed, but it, like the clause on chemical and bacteriological warfare, was more relevant to the sphere of the humanisation of war i.e., of the Red Cross than to the problems of disarmament, since it did not, in itself, mean the reduction of military aircraft, even by a single unit. In theory, it could hardly be said that the right of bombing the civilian population had ever been recognised or asserted by anyone. When the civilian population suffered in the last war as a result of aerial bombardment, the latter had usually been directed against military objectives and prompted by military and strategical considerations. So long as military aircraft, or at all events bombing aircraft, were not absolutely prohibited, there could be no guarantees whatever for the civilian population”. *Ibidem*, s. 165.

242 „The outset of the Conference, the International Committee of the Red Cross had submitted several documents. It had been asked by all the national Red Cross organisations to concentrate its efforts and studies on the question of the prohibition of bombardment from the air. In accordance with those instructions, the International Committee had examined all the aspects of the problem and had submitted to the Conference a document the fundamental conclusion of which was that aerial bombardment in all its forms should be totally, strictly and absolutely forbidden. He urged the Conference to give the closest attention to this document, which was the outcome of a long, patient and conscientious study”. *Ibidem*, s. 170.

charakteru oderwanego od rozbrojenia w zakresie pozostałych środków walki²⁴³. Wielka Brytania podkreśliła niemożność skutecznego zapobieżenia rozwojowi technologii cywilnej. Strona niemiecka zaznaczyła, że jedyną formą akceptowalnego zakazu była całkowita prohibicja posiadania przez państwo sił powietrznych, w tym także struktur treningowych i szkoleniowych, uznając postulaty określone na gruncie rezolucji Beneša za niedostateczne²⁴⁴. Francja zaznaczyła, że rezolucja powinna jednocześnie uwzględnić francuski postulat umiędzynarodowienia lotnictwa²⁴⁵. Związek Radziecki odmówił poparcia rezolucji z uwagi na brak zaakceptowania poprawek proponowanych przez Litwinowa²⁴⁶. W konkluzji większość uczestników konferencji głosowała za przyjęciem rezolucji (wśród nich m.in. Stany Zjednoczone, Zjednoczone Królestwo, Francja, Belgia, Holandia, Japonia, Polska oraz inne mniejsze państwa – łącznie 41 głosów za). Przeciwno rezolucji głosowało ZSRR oraz Niemcy, od głosu wstrzymały się m.in. Włochy, Turcja oraz Węgry²⁴⁷.

Niestety, kreatywność członków różnego rodzaju ciał plenarnych działających na forum samej konferencji rozbrojeniowej w Genewie w latach 1932–1934 nie przyczyniła się w żaden sposób do postępu prawa wojny powietrznej, przy jednoczesnym stałym podkreśleniu słuszności rozwiązań zaproponowanych w 1923 roku²⁴⁸. Podkreślił to m.in. polski delegat techniczny płk J. De Beaurain, który wskazał, że zagadnienie ochrony ludności cywilnej przed konsekwencjami prowadzenia nieograniczonej wojny powietrznej było już przedmiotem rozważań wybitnych prawników, którzy sformułowali istotne konkluzje w tej mierze²⁴⁹.

243 „The Japanese delegation considered, on the other hand, that the question of the total prohibition of air bombardment should be considered in its relation to other armaments and other methods of warfare”. *Ibidem*, s. 171.

244 „The chapter relating to air forces appears to satisfy a desire expressed by the German delegation, among others-namely, the complete prohibition of bombardment from the air. In the German view, however, this measure should take the form of the complete abolition of military aviation, which would, at the same time, constitute its guarantee. The resolution, on the contrary, merely prohibits, as between the contracting States, the launching of bombs, does not provide for the complete abolition of bombing appliances and does not prohibit either the preparation of those appliances or the training of personnel. So long as those gaps exist, the rules laid down in the resolution in this connection must necessarily remain problematical. Hence the terrible danger which threatens civilian populations in particular will remain”. *Ibidem*, s. 187.

245 *Ibidem*, s. 196–197.

246 *Ibidem*, s. 203.

247 *Ibidem*, s. 205.

248 G. Thomson, *Aerial...*, s. 55.

249 „Lastly, he drew attention to the fact that the problem of protecting civilians against aerial bombardment had been dealt with by a special committee composed of eminent jurists, which formulated important opinions to which reference had been made during the discussion. It would thus be astonishing if the technical experts of whom the Commission was composed were incapable of reaching definite and conclusive results through their examination of the problem, to which the Sub-Committee's work made a first and important contribu-

Możliwość zakazu bombardowań powietrznych uznawano za kluczowy element całego procesu rozbrojeniowego, a brak jego uzyskania ostatecznie przyczynił się do fiaska konferencji²⁵⁰. Pomimo powyższego obrady konferencji potwierdziły po raz kolejny potrzebę przestrzegania zasady rozróżniania w wojnie powietrznej jako kardynalnego elementu²⁵¹.

13. Stowarzyszenie Prawa Międzynarodowego – *International Law Association (ILA)*

13.1. Projekt wojny powietrznej ILA z Buenos Aires z 1922 roku

W 1922 roku na forum Stowarzyszenia Prawa Międzynarodowego (instytucji istniejącej od 1873 roku) podczas 31. sesji w Buenos Aires dyskutowano nad możliwością przyjęcia nowych rozwiązań w zakresie prawa wojny powietrznej. Autorem projektu były kapitan amerykańskich sił powietrznych W. Elliot. Rozwiązania miały częściowo posłużyć jako punkt wyjścia do dyskusji toczącej się na forum waszyngtońskiej konferencji rozbrojeniowej z lat 1922–1923 oraz prac specjalnych komisji powołanych do rewizji prawa i zwyczajów wojennych w kontekście nowych środków walki.

Artykuł 1

Wojna powietrzna jest definiowana jako atak zbrojny wykonany podczas wojny przez walczących względem celów na lądzie i morzu oraz powietrzu.

tion". *Records of the Conference for the Reduction and Limitation...*, s. 89; Janusz De Beaurain był inżynierem oraz żołnierzem Legionów Polskich w okresie I wojny światowej. 5 listopada 1918 roku wykonał pierwszy lot w historii polskiego lotnictwa wojkowego. W późniejszym okresie pełnił wiele funkcji dowódczych i kierowniczych. W latach 1929–1935 był przedstawicielem technicznym RP na konferencjach rozbrojeniowych w Genewie. Do 1939 roku był zastępcą dowódcy lotnictwa. W okresie II wojny światowej pozostawał bez przydziału.

250 „The prohibition of air bombardment was the keystone of air disarmament. If air bombardment were not abolished, it was useless to sacrifice the independence of civil aviation”. *Ibidem*, s. 103.

251 „The results of the Conference to date, to which I promised to refer, are to be found in the general commission's resolution, appearing at page 13 of the Report. It will be seen that this degree of agreement has been reached – Air attack against the civilian population shall be absolutely prohibited; The High Contracting Parties shall agree as between themselves that all bombardment from the air shall be abolished, subject to agreement with regard to measures to be adopted for the purpose of rendering effective the observance of this rule”. Australian House of Representatives, *Disarmament, Report of Geneva Conference*, 30 September 1932, 13th Parliament 1st Session.

Artykuł 2

Atak powietrzny przeciwko miejscowościom jest niedozwolony z wyjątkiem celów wojskowych.

Artykuł 3

Przez pojęcie celu wojskowego uznaje się składy wojskowe, fabryki oraz instalacje i zakłady wojskowe, linie kolejowe, stacje kolejowe i mosty wykorzystywane dla celów wojskowych i związanych z prowadzeniem działań wojennych.

Artykuł 4

Atak powietrzny w celu sterroryzowania ludności cywilnej jest zakazany.

Artykuł 5

Atak powietrzny przeciwko szpitalom i okrętom szpitalnym jest zakazany.

Artykuł 6

Zakazane jest atakowanie statków handlowych, chyba że w razie otwarcia ognia przez statek handlowy. Wojskowy statek powietrzny może realizować prawa do wizyty, przeszukania i zatrzymania statku handlowego oraz użyć broni względem statku handlowego, jeżeli statek stawia opór przy zatrzymaniu bądź podejmuje próbę ucieczki.

Artykuł 7

Jeżeli miejscowość jest atakowana przez siły lądowe walczących i podczas jej zajęcia dochodzi do nieprzyjacielskiego oporu, walczący ma prawo wezwać lotnictwo jako wsparcie podczas ataku.

Artykuł 8

W zakresie nieuregulowanym powyższymi przepisami obowiązują prawa i zwyczaje obowiązujące w wojnie morskiej i lądowej²⁵².

Projekt kpt. Elliota powstał chronologicznie wcześniej niż Haskie reguły wojny powietrznej, lecz zawiera sam w sobie wiele podobieństw do tych ostatnich. Pozornie największą różnicą pomiędzy przepisami jest brak wyraźnego rozróżnienia między strefą prowadzenia działań wojennych a strefą zaplecza frontu. Pozorność tego rozróżnienia jest zawarta w art. 7, który podkreślał, że w przypadku oblężenia miejscowości zabudowanej bądź ataku na nią walczący mogą korzystać ze wsparcia sił powietrznych. Oznaczało to przyjęcie, że w takich okolicznościach zakresem bombardowania jest objęta cała miejscowość, o ile stawia ona czynny opór przed zajęciem. W pozostałych sytuacjach atak na obszary zamieszkane co do zasady był niedopuszczalny, z wyjątkiem ataków skierowanych przeciwko celom wojskowym, definiowanym w sposób zbliżony do katalogu celów wojskowych określonych na gruncie art. 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku o bombardowaniach morskich. Zaznaczyć trzeba, że celem ataków mogły być tylko i wyłącznie obiekty zdehumanizowane (projekt nie zawiera odwołania

252 A. De Lapradelle, *Aerial Warfare and International Law*, „Scribner's Magazine” 1915, vol. 7, s. 554–555.

do personelu sił zbrojnych). Ponadto, co interesujące, projekt stanowi o atakach lotniczych, a nie bombardowaniach. Rozróżnienie to ma pewne istotne uzasadnienie – należy zwrócić uwagę, że bombardowanie jest bez wątpienia najdalej idącym środkiem prowadzenia wojny powietrznej, ale nie jedynym sposobem działania o charakterze wertykalnym. Drugą metodą oddziaływania jest tzw. *strafing* – czyli atak z lotu koszącego, przy użyciu uzbrojenia pokładowego. W tej sytuacji użycie sformułowania „atak” jest bardziej adekwatne do warunków prowadzenia wojny powietrznej niż zawężenie do samego sformułowania „bombardowanie”. W związku z tym projekt kpt. Elliota należy traktować jako pewnego rodzaju niezbędne minimum obowiązków walczących podejmowanych w ramach wojny powietrznej.

13.2. Konferencja w Sztokholmie w 1924 roku

W ostatecznej treści rezolucji Komitetu Prawa Lotniczego przy ILA podczas konferencji w Sztokholmie w 1924 roku projekt kpt. Elliota został uzupełniony o dodatkowe elementy, przez H. F. Manisty, wynikające z opublikowanego w 1923 roku raportu obejmującego swą treścią Haskie reguły wojny powietrznej²⁵³. Artykuł 2 regulacji stanowił, że wojną powietrzną jest atak bądź bombardowanie wykonywane podczas wojny z powietrza przez walczących w wyniku użycia statków powietrznych przeciwko celom na lądzie, morzu oraz w powietrzu. Artykuł 3 powtarzał zakaz prowadzenia operacji powietrznych przeciwko obszarom zamieszkanym, z wyjątkiem ofensywnych działań wojsk lądowych. Artykuł 4 zakazywał ataków o charakterze terrorystycznym wymierzonych przeciwko ludności cywilnej. Artykuł 5 dokonywał całkowitego przemodelowania dawnego art. 3 z regulacji z Buenos Aires. Uzupełniał definicję celów wojskowych o element związany z możliwością uznania jako legalnego celu personelu sił zbrojnych, rozumianego jako siły zbrojne walczące na linii frontu oraz tylko jednostki pomocnicze bezpośrednio działające na rzecz wysiłku wojennego państwa – przedstawiciele komitetu obawiali się, że rozszerzenie zapisów o dalsze kategorie może doprowadzić do wzruszenia fundamentów zasady odróżnienia²⁵⁴. Przepis ten zasadniczo był wiernym odbiciem art. 24 ust. 2 Haskich

253 33rd International Law Association Report Conference of 1924, *Report of the Aerial Law Committee*.

254 „The difficulty has been to find a formula for restricting the objectives for aerial attack, and this Committee now recommend the definition contained in Art. 5 of the new draft regulations as one which will limit aerial attacks to the forces in the field and only such auxiliary services as are directly concerned in the operations of war. It is felt impracticable to forbid the use of the aerial weapon against such services, but it is submitted that this definition will debar any belligerent from aerial attack for the purpose of terrorising the civil population”. *Ibidem*, s. 114.

reguł wojny powietrznej z 1923 roku²⁵⁵ z wyjątkiem braku w tekście art. 5 raportu komitetu fragmentu dotyczącego „powszechnie znanych miejsc produkcji zbrojeniowych” jako determinantów w określaniu celu bombardowań powietrznych. Pod wpływem prac komisji jurystów w art. 5 dodano zakaz bombardowania bez rozróżnienia, jeżeli sytuacja uniemożliwiała dokonanie rozróżnienia. Artykuł 6 stanowił, że statek powietrzny (w tym także prywatny) należący do walczących może być włączony do składu sił zbrojnych, podlegając wtedy relewantnym przepisom prawa wojennego. Artykuł 7 rezolucji stanowił, że w wypadku ataków na obszar zamieszkały, który ma być poddany okupacji przez stronę walczącą i jednocześnie broniący przez drugą stronę, użycie lotnictwa jest dopuszczalne, jako elementu wspierającego atak, pod warunkiem przestrzegania pozostałych praw i zwyczajów wojennych obowiązujących w wojnie morskiej oraz lądowej. Nowością były art. 12 i 13, które stanowiły, że winni naruszeń przepisów obowiązujących w wojnie powietrznej powinni być traktowani jako jeńcy wojenni, a państwo – naruszyiciel ma obowiązek odszkodowawczy względem poszkodowanych, wskazując na możliwość ustalenia zakresu odpowiedzialności w drodze postępowania sądowego na wniosek państwa reprezentującego poszkodowanych przez STSM.

W dyskusji nad treścią projektu przygotowanego przez H. F. Manisty podniesiono m.in. problem bombardowań powietrznych w porze nocnej, proponując wprowadzenie zakazu dokonywania operacji przeciwko obszarom zabudowanym po zapadnięciu zmroku, co spotkało się ze sprzeciwem większości badaczy²⁵⁶. Interesująca dyskusja dotyczyła wprowadzonego na gruncie art. 24 Haskich reguł wojny powietrznej nakazu powstrzymania się od bombardowania lotniczego w związku z sytuacją, w której dany obszar może być bombardowany bez rozróżnienia. Zdaniem niektórych dyskutantów mogło to premiować stronę, która intencjonalnie rozmieści fabryki i instalacje zbrojeniowe w centrach miast, wykorzystując bliskość ludności cywilnej²⁵⁷. Inne pomysły dotyczyły utworzenia specjalnej międzynarodowej komisji oraz międzynarodowej konwencji nakazującej i weryfikującej relokowanie instalacji o charakterze wojskowym z dala od centrów miast²⁵⁸. Steno-

255 „It requires a very close examination to see very much difference in the definition as drafted by Mr. Manisty, but there is an essential difference. I think that the real point is the definition of the Hague Jurists Commission, Art. 24. The definition there differs slightly from the definition of Art. 5 in our Report, and I think it will be for the Conference, if they think fit, to consider which is the better definition, although very strong reasons can be given for the adoption of Art. 5 as it appears on p. 6 of our Report”. *Ibidem*, s. 131.

256 „The motion was put to the Conference and declared lost”. *Ibidem*, s. 132.

257 *Ibidem*, s. 133.

258 „This would necessitate the creation of embattled areas distant from large towns for the production of munitions, but if that step were taken by an International Convention it would forbid such attacks as took place on London on the pretext that the Admiralty or railway termini were not fair military objectives. As Mr. Barratt has pointed out, if we carry out the rule as suggested now we shall encourage munition factories being built in the heart of great cities, and thereby give the belligerent an unfair advantage if he cannot attack those

gramy Komisji Prawa Lotniczego ujawniają poważne wątpliwości wśród członków komisji w zakresie dopuszczalnego zakresu definiowania, czym jest „cel wojskowy”, z obawy na możliwość objęcia nim całych obszarów miejskich²⁵⁹.

W 1930 roku Komitet Prawa Lotniczego przy ILA zaproponował wprowadzenie poprawek do tekstu Konwencji paryskiej z 1919 roku, regulującej zasady komunikacji i żeglugi powietrznej. Pomimo postulatów, aby objąć zakresem zmian także kwestię zasad dotyczących neutralności w razie konfliktu zbrojnego (zwłaszcza zakazu przelotu statków powietrznych należących do wojujących nad terytorium państw neutralnych), uwaga ta nie spotkała się z aprobatą pozostałych uczestników, którzy stwierdzili, że „materia dotycząca prawa wojny powietrznej nie jest możliwa do uregulowania w ramach przepisów urządzających żeglugę powietrzną w okresie pokoju”²⁶⁰.

13.3. Projekt konwencji dotyczącej bombardowań powietrznych – Amsterdam 1938

Do zagadnienia bombardowań powietrznych powrócono na 40. sesji ILA w Amsterdamie w 1938 roku, na której przedstawiono sprawozdanie komitetu przy ILA do spraw ochrony ludności cywilnej przed skutkami nowych środków i metod prowadzenia wojny (*Report of the Committee on the Protection of Civilian Populations against New Engines of War, Protection of Civilian Populations against New Engines of War*)²⁶¹. W ramach zespołu eksperckiego, obradującego pod przewodnictwem znanego badacza prawa wojny powietrznej okresu międzywojennego A. De Lapradelle, przygotowano projekt konwencji mającej docelowo poprawić stopień ochrony ludności cywilnej na wypadek przyszłego konfliktu zbrojnego, w ramach którego oczekiwano szerokiego wykorzystania nowych środków bojowych, w tym lotnictwa wojskowego. Zarys dokumentu opierał się na trzech zasadniczych filarach. Pierwszym było przekonanie, że celem i przedmiotem walki zbrojnej może być tylko i wyłącznie płaszczyzna rywalizacji pomiędzy kombatanami (art. 1), drugim fundamentem był zakaz atakowania w sposób bezpośredni ludności cywilnej, a trzecią zasadą było niedopuszczalne traktowanie infrastruktury cywilnej jako celu w świetle doktryny wojskowej²⁶². Jak wskazano w raporcie, w istocie projekt kon-

munition factories, whereas if they are treated as military works away from centres of population, then they are quite fair objectives for aeroplane attack”. *Ibidem*, s. 134.

259 *Ibidem*, s. 135.

260 36th International Law Association Report Conference of 1930, *Report of the Aerial Law Committee*, s. 253.

261 40th International Law Association Report Conference of 1938, *Protection of Civilian Populations against New Engines of War, Report of the Committee on the Protection of Civilian Populations Against New Engines of War, Protection of Civilian Populations against New Engines of War*.

262 *Ibidem*, s. 39.

wencji opierał się na całym dorobku *ius in bello* powstałym w okresie tzw. wielkiej kodyfikacji haskiej z 1907 roku, Haskich regułach wojny powietrznej z 1923 roku, postulatach składanych w trakcie genewskiej konferencji rozbrojeniowej z lat 1932–1934, a także na opisanym poniżej projekcie z Monako z 1934 roku.

Analizę projektu należy rozpocząć od treści art. 1, który stanowił, że ludnością cywilną są wszystkie osoby niebędące częścią sił zbrojnych wojującego²⁶³. Warto zwrócić uwagę na treść art. 2 projektu ILA z 1938 roku, który definiował, w jakich okolicznościach dana lokalizacja ma status niebronionej. Przyjmując ogólną zasadę wyrażoną na gruncie art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku, przepis stanowił, że wymogami uznania danej miejscowości za niebronioną jest 1) brak obecności sił zbrojnych, 2) brak instalacji wojskowych, koszar, arsenałów, fabryk, zakładów naprawczych, lotnisk i elementów przemysłu lotniczego, stoczniowego, składów marynarki wojennych, fortów oraz fortyfikacji polowych istniejących w obrębie miasta. Przepis bazował na wykazie określonym w art. 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku i miał charakter enumeratywnego wyliczenia. Należy zwrócić uwagę na brak wyszczególnienia w wykazie linii komunikacyjnych, a także dworców oraz mostów kolejowych. W ramach dyskusji powyższy brak został poddany znaczącej krytyce przez uczestników sesji w Amsterdamie, którzy podnieśli niekompletność listy celów wojskowych oraz brak odniesienia się do kwestii tzw. quasi-kombatantów²⁶⁴. Artykuł 3 konstytuował zakaz bombardowania miejscowości bronionych, jeżeli cele wojskowe nie mogą zostać wyraźnie zidentyfikowane, nawiązując do zapobieżenia możliwości bombardowań wykonywanych w sposób niedbały (było to bezpośrednio nawiązanie do pkt 3 rezolucji Zgromadzenia Ligi Narodów z 30 września 1938 roku). Artykuł 4 wprost recypował art. 22 reguł z 1923 roku. Artykuł 5 ust. 1 stanowił, że bombardowanie lotnicze jest niedozwolone, o ile nie jest kierowane przeciwko siłom zbrojnym przeciwnika bądź też liniom komunikacyjnym wykorzystywanym do celów wojskowych, natomiast ust. 2 określał niedopuszczalność bombardowania strefowego. Artykuły 6 i 7 zakładały m.in. zakaz stosowania amunicji typu zapalającego z wyłączeniem amunicji typu przeciwlotniczego, oświetlającego oraz niepowodującego ognia, a także w których powstanie efektu zapalającego ma jedynie charakter uboczny. Artykuł 10 umożliwiał utworzenie tzw. stref bezpieczeństwa, tj. obszarów, w których ludność cywilna powinna być chroniona przed atakami zbrojnymi w ramach konfliktu. Artykuły 11–14 w sposób szczegółowy określały warunki nabycia statusu rejonów wyłączonych spod działalności wojskowej, składu populacji rozmieszczonej

²⁶³ *Ibidem*, s. 41–54.

²⁶⁴ „These machines are made by the civilian populations behind the lines, and I would submit that the civilian who makes munitions, who produces coal from the mines, who produces iron or from the mines, who is in charge of an oil installation, who is in charge of transport, is just as important, from the military point of view, as a man in the fighting line. It seems to me that the first thing that has to be done is to give a definition of civilians, and who are the people that we are trying to protect”. *Ibidem*, s. 64.

w ramach strefy (osoby niezdolne do pełnienia służby wojskowej)), kontroli przez neutralne mocarstwa, transferu osób oraz towarów w niej położonych, a także weryfikacji statusu strefy przez STSM.

Regulacja zawierała pewne niespójności, zwłaszcza w treści art. 5 ust. 1, który stanowił, że bombardowanie powietrzne jest zawsze możliwe przeciwko siłom zbrojnym przeciwnika. Podobne wątpliwości budził art. 3 zakazujący bombardowania celów wojskowych położonych w obrębie miast bronionych, jeżeli nie mogą być one wyraźnie wyodrębnione²⁶⁵. W istocie projekt ILA z 1938 roku zmierzał to utworzenia mieszanego reżimu bombardowań, opierającego się zarówno na koncepcji obronności, jak i doktrynie celu wojskowego, uznając, że lokalizacja ma status niebronionej, o ile nie posiada w swoim obrębie celów wojskowych. Ważną kwestią w trakcie dyskusji było zwrócenie uwagi, że projekt „nie jest nową ideą prawa międzynarodowego, jest częścią Konwencji haskich z 1907 roku i uznana zasadą prawa międzynarodowego, że ludność cywilna nie może być czyniona przedmiotem bombardowania lotniczego”²⁶⁶. W tym samym tonie wypowiedział się A. De Lapradelle, który jako jedyny zwrócił uwagę na moc haskich reguł z 1923 roku, podnosząc, że rząd japoński ogłosił powyższy dokument jako część obowiązującego wiążącego Japonię prawa międzynarodowego (*Ce sont ces dispositions que maintenant le gouvernement japonais vient de déclarer commettant l'expression de sa propre conscience juridique*), uznając tym samym zasady zawarte w ramach dokumentu ILA za refleks obowiązującej już normy²⁶⁷.

14. Projekt MKCK z Monako z 1934 roku

Mieszana komisja prawników oraz medyków, obradująca pod egidą Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża przyjęła projekt dokumentu regulującego ochronę ludności cywilnej oraz rannych przed skutkami działań wojennych²⁶⁸.

²⁶⁵ *Ibidem*, s. 66.

²⁶⁶ „But the prohibition against bombardment applies in precisely the same way to open and undefended towns. When it is suggested that this prohibition is a novel idea introduced by this Committee, I would remind you that the principle was embodied in the Hague Convention and is today part of the international law that is recognised, so far as I know, by every nation. It is nothing new to say that the civilian population may not be bombarded. We are not laying down new principles of international law. In this convention we are making provision for giving effect to principles that are all admitted”. *Ibidem*, s. 75.

²⁶⁷ *Ibidem*, s. 79.

²⁶⁸ Commission composée de membres du Comité permanent de Médecine militaire et de juristes, Avant-projet de Convention adopté à Monaco, février 1934, <https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/315> (dostęp: 6.12.2020).

Pomimo że tekst projektu nie jest wymieniany jako stanowiący element prawa wojny powietrznej, to zasadniczym *ratio legis* jego stworzenia była potrzeba wydzielenia specjalnych obszarów, które wyłączone zostałyby spod możliwości dokonywania aktów zbrojnych – w tym w pierwszej kolejności operacji bombardowania lotniczego²⁶⁹. Projekt został podzielony na pięć rozdziałów. Pierwszy dotyczył miast chronionych. Drugi określał zasady prowadzenia pomocy humanitarnej przez strony niewalczące. Trzeci regulował ochronę jeńców wojennych. Czwarty odnosił się do ochrony ludności cywilnej. Piąty zawierał sankcje z tytułu naruszenia przepisów projektu. Najistotniejszym elementem pierwszego rozdziału było utworzenie specjalnych stref ochronnych wyłączonych spod jakiegokolwiek aktywności wojskowej (art. 1 i 2) z wyjątkiem tranzytu wojskowego oraz aktywności przemysłowej, innej niż ważne i znane centra produkcji zbrojeniowej. Artykuł 3 wskazywał, że status miasta powinien zostać ogłoszony stronie walczącej w czasie pokoju, względnie po rozpoczęciu działań wojennych, bądź krokami dyplomatycznymi, bądź poprzez instytucje mocarstw opiekuńczych. Zgodnie z art. 4 objęcie miasta strefą ochronną uprawniało inne państwa do protestu w okresie pokoju przed Stałym Trybunałem Sprawiedliwości Międzynarodowej, a w okresie wojny przed międzynarodową komisją powołaną przez państwa trzecie. Artykuły 5 i 6 określały sposób wykonywania kontroli. Artykuł 8 wskazywał, że strefy ochronne mogą być rozciągnięte także wobec polowych instalacji medycznych znajdujących się w pobliżu frontu, o ile w zasięgu 500 metrów nie znajdują się inne obiekty niż dopuszczalne Konwencją genewską, oznaczone właściwymi znakami i notyfikowane stronie walczącej.

Rozdział czwarty propozycji z 1934 roku zakładał w art. 1, że ludność cywilna jest wyłączona spod bycia obiektem działań wojennych. Artykuł 2 stanowił, że ludność cywilna obejmuje wszystkie osoby, które nie są członkami sił zbrojnych. Artykuł 3 określał stosunek wobec cywilów podczas okupacji zbrojnej. Interesujący z uwagi na treść pracy jest art. 4 określający, jakie obiekty i cele mogą być przedmiotem prowadzenia działań wojennych. Przepis zaliczał do nich: 1) wszelkie formacje wojskowe, 2) wszelkie środki walki oraz dostaw wojskowych, 3) wszelkie obiekty przemysłowe uczestniczące w produkcji zbrojeniowej, 4) wszystkie linie transportowe służące do celów wojskowych, z wyłączeniem użytku na potrzeby humanitarne i stref zastrzeżonych²⁷⁰. Przepis powtarzał, że ludność cywilna nie może być celem operacji wojennej. W przypadku gdy cele wojskowe są rozmiesz-

269 Podobną koncepcję lansowano podczas konferencji rozbrojeniowej w 1934 roku.

270 „Peuvent faire l'objet d'un acte de guerre: 1° Toutes formations militaires autres que celles appartenant au service de santé; 2° Tout organe de combat et de ravitaillement direct des armées; 3° Tout établissement industriel employé à la fabrication d'armes, de munitions ou de fournitures militaires caractérisées; 4° Toutes lignes de communications ou de transports dont il est fait usage pour des buts militaires, hors le cas des villes sanitaires et de sécurité”. Commission composée de membres du Comité permanent de Médecine militaire et de jurisconsultes...

czony w obszarach zamieszkałych, atakujący ma obowiązek wykonania ataku z uwzględnieniem metody, której efekty nie będą rozciągały się powyżej 500 metrów od celu wojskowego²⁷¹. Artykuł 5 stanowił, że bronione obszary mogą być przedmiotem ataku z wykorzystaniem wszelkich dozwolonych środków walki, a walczący powinien czynić starania, by chronić obiekty kultu religijnego, użyteczności publicznej oraz chronione przepisami Konwencji genewskiej. Artykuł 6 określał, że niebronione obszary zabudowane (a także nadbrzeżne), w ramach których nie znajdują się obiekty wojskowe, mogą być przekształcone w strefy ochronne pod warunkiem uprzedniej notyfikacji. Artykuł 8 zawierał postanowienie, że budowa środków ochronnych przed działaniami wojennymi nie stanowi pogwałcenia przepisów projektu, którego przestrzeganie miało być monitorowane przez Radę Ligi Narodów (art. 9). Rozdział V określał sankcje związane z naruszeniem projektu, a także przewidywał utworzenie niezależnych (składających się z obywateli mocarstw opiekuńczych) komisji zajmujących się obserwacją statusu obszarów chronionych.

Projekt z 1934 roku należy uznać za próbę odpowiedzi społeczności międzynarodowej na zagrożenia związane z prowadzeniem działań wojennych na zapleczu frontu przez siły powietrzne. Był to kolejny środek, jak wskazał A. Meyer, obok próby całkowitego zdelegalizowania bombardowania powietrznego oraz teorii celu wojskowego, ochrony ludności cywilnej przed konsekwencjami nieuregulowanych operacji lotniczych²⁷². Zasadniczym narzędziem przyjętym w tej mierze przez komisję była próba utworzenia nowej kategorii prawnej, tzw. *sanctuary cities*, czyli miast otwartych, które zostały wyłączone spod obszaru wojennego państwa adversarza, powodując podwójne konsekwencje. Państwo ogłaszające dany obszar strefą ochronną nie mogło realizować na tym obszarze własnej aktywności wojskowej. Warunkiem było jednak tutaj wyraźne określenie, że dana miejscowość posiada 1) status obszaru niebronionego, 2) na terenie którego nie znajdują się cele wojskowe. Było to interesujące rozróżnienie, będące swoistą hybrydą testu określonego na gruncie art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku oraz art. 24 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku. W efekcie obszar przeznaczony do bycia otwartym miastem musiał mieć charakter lokalizacji otwartej na potencjalną okupację, a ponadto nie posiadać w swoich granicach celów, których wartość wojskowa usprawiedliwiałaby skierowanie przeciwko nim operacji zbrojnej. Przepis art. 4 proponował własną listę celów wojskowych o dość ogólnym charakterze, a także wprowadzał obowiązek określonego sposobu przeprowadzenia operacji lotniczej w obszarze zabudowanym, uznając, że nie jest dopuszczalne

271 „Dans les agglomérations où se trouvent des objectifs militaires, les moyens d'attaque des objectifs militaires situés au contact immédiat de la population devront être choisis et employés de telle manière qu'ils ne puissent étendre leurs effets au-delà d'un rayon de 500 mètres calculé à partir de la limite extérieure de ces objectifs”. *Ibidem*.

272 A. Meyer, *La protection par le droit des gens de la population civile contre les attaques aériennes*, „Revue Générale de Droit International Public” 1939, vol. 1, s. 128–129.

dokonywanie ataków powietrznych, których skutki przekraczają promień 500 metrów liczonego od zewnętrznych granic celu wojskowego. W związku z powyższym projekt reprezentował ideę sztywnego określenia granic bombardowania bez rozróżnienia i ataków mających na celu zniszczenie określonego obiektu wojskowego, lecz z powodu niedoskonałości technicznej wprowadzano przy tym margines legalnego rozrzutu broni. *Prima facie* regulacja nie była pozbawiona pewnych istotnych wad, takich jak np. dopuszczanie transportu wojskowego o charakterze tranzytowym przez obszar miast chronionego. Dokonywała także rozróżnienia z uwagi na miejsca położone poza zapleczem frontu i znajdujące się na pierwszej linii walk, gdzie uznano lotnictwo za dopuszczalny środek walki. Powyższe rozróżnienie sugerowało też dorozumianą zgodę członków komisji na dopuszczenie działań o charakterze saturacyjnym w przypadku oblężenia miasta.

15. Liga Narodów i zagadnienie wojny powietrznej

Rozpoczęta w październiku 1935 roku wojna włosko-abisyńska stała się jedną z pierwszych poważnych prób zdolności Ligi Narodów do faktycznego reagowania na kryzysy międzynarodowe związane ze zjawiskami agresji, interwencji oraz wojen domowych, jakie miały miejsce w drugiej połowie lat 30. XX wieku. Pozostawiając poza zakresem niniejszej pracy zagadnienia związane z efektywnością mechanizmów stosowanych przez organizację oraz skutecznością ówczesnego prawa przeciwojennego, należy zwrócić uwagę, że kwestia prowadzonej wojny powietrznej przez lotnictwo włoskie nad terytorium Etiopii, lotnictwa japońskiego nad terytorium Chin oraz bombardowań mających miejsce podczas wojny domowej w Hiszpanii była także przedmiotem szerokiej dyskusji na łonie Rady Ligi Narodów i Zgromadzenia Ligi Narodów. Wiele z komentarzy dotyczyło bezpośrednio zagadnień związanych z prawem wojny powietrznej, pomimo okoliczności że Liga Narodów nie posiadała mandatu do tworzenia prawa międzynarodowego obowiązującego walczących w konflikcie zbrojnym bądź stosowania wiążącej interpretacji norm *ius in bello*. Co jednak zaskakujące, dorobek Ligi Narodów jest w tym przedmiocie niezwykle bogaty oraz cenny z perspektywy badacza, a przy tym niemal zupełnie ignorowany w toku dyskusji prawniczej.

Pierwszym konfliktem, który okazał się kluczowym testem efektywności mechanizmów Ligi jako instytucji mającej zapewnić powstrzymanie zjawiska agresji oraz wojny w stosunkach międzynarodowych, była rozpoczęta w 1935 roku inwazja włoska na Etiopię. Z uwagi na rażącą dysproporcję sił oraz jakości środków stosowanych przez walczących w konflikcie abisyńsko-włoskim należy z całą pew-

nością stwierdzić, że przynajmniej w powietrzu wojna ta miała wybitnie asymetryczny charakter. Włoskie lotnictwo było masowo wykorzystywane do wspierania ofensywy wojsk lądowych, gdzie przy okazji dochodziło do zdarzeń będących przedmiotem raportów do Ligi Narodów. 16 listopada 1935 roku rząd etiopski w oficjalnej nocie skierowanej do Sekretarza Generalnego potępił włoskie naloty na niebronione miasta²⁷³. O tych samych faktach zawiadamiał w kolejnych notach z 6 grudnia 1935 roku²⁷⁴. 1 stycznia 1936 roku cesarz Haile Selassie w telegramie poinformował o zniszczeniu przez lotnictwo włoskie ambulansu należącego do Czerwonego Krzyża, jak również wykorzystaniu gazów bojowych jako środka bombardowań²⁷⁵. W związku z naruszeniami norm prawa międzynarodowego Etiopia 3 stycznia 1936 roku oficjalnie wystąpiła do Ligi Narodów z wnioskiem o przeprowadzenie niezależnego śledztwa obejmującego m.in. przypadki bombardowań lotniczych²⁷⁶. 6 stycznia 1936 roku przedstawiciel Etiopii po raz kolejny zawiadomił Ligę Narodów o kontynuacji nalotów na pojazdy sanitarne, rozszerzając powyższy komunikat 20 stycznia 1936 roku o wiadomości dotyczące ataków powietrznych na otwarte miasta²⁷⁷. W odpowiedzi na zarzuty rządu etiopskiego Włochy stanowczo odmówiły im prawdziwości. 13 grudnia 1935 roku Rzym poinformował Ligę Narodów, że wszelkie akcje bojowe lotnictwa są skierowane wyłącznie przeciwko miejscom koncentracji wojsk etiopskich. W odniesieniu do nalotu na jedną z miejscowości (Desje) raportowano o istnieniu skupisk obrony przeciwlotniczej, które doprowadziły do uszkodzenia włoskich samolotów,

273 „The Italian Government's «right and capacity to fulfil a sacred trust of civilisation» Ethiopia has consisted in denying its signature to the most solemn treaties, in inflicting upon the Ethiopian people a peaceful and unarmed people which was for months refused the right to prepare its defence-bombardments of undefended towns from the air, and in massacring women and children by the use, after long preparation, of thousands of tanks, machine-guns, field-guns and all the most murderous weapon”. *Statement from the Ethiopian Government Concerning the Circular Note*, Dated November 11th 1935, Addressed by the Italian Government to All States Members or Non-Members of the League of Nations in connection with Application for Economic and Financial Measures, 16th November 1935, 17 League of Nations Official Journal 1936, vol. 15, s. 27.

274 Telegram Dated December 6th 1935, from His Majesty the Emperor of Ethiopia to the Secretary-General, C. 470.M.247.1935.VII, 17 League of Nations Official Journal 15 1936, s. 29.

275 Telegram Dated January 1st 1936, from His Majesty the Emperor of Ethiopia to the Secretary-General, 17 League of Nations Official Journal 139 1936, s. 242; Letter Dated January 6th 1936, from the Ethiopian Representative to the Secretary-General, 17 League of Nations Official Journal 139 1936, s. 242; Letter Dated May 4th 1936, from the Swedish Minister for Foreign Affairs to the Secretary-General, 17 League of Nations Official Journal 564 1936, s. 644–646.

276 Request by the Ethiopian Government for an Impartial Enquiry into the Conduct of Hostilities, 17 League of Nations Official Journal 139 1936, s. 240.

277 Letter Dated January 20th 1936, from the Ethiopian Representative to the Secretary-General, Transmitting a General Statement by the Ethiopian Government, 17 League of Nations Official Journal 139 1936.

kwestionując niebroniony charakter danego obszaru. W przedmiocie naruszeń przepisów Konwencji genewskiej z 1929 roku oskarżano wojska etiopskie o wiarołomne używanie znaku Czerwonego Krzyża jako elementu mającego zapobiec bombardowaniom przez włoskie siły powietrzne²⁷⁸. W telegramie z 16 stycznia 1936 roku strona włoska poinformowała o schwytaniu włoskiego pilota por. Tito Minnietiego, który następnie po brutalnych torturach został zgładzony przez wojska abisyńskie²⁷⁹.

9 kwietnia 1936 roku Rada Ligi Narodów w odpowiedzi na wzrastającą liczbę komunikatów dotyczących przebiegu działań wojennych zwrócił się z apelem do stron walczących, aby podjąć kroki zmierzające do przestrzegania międzynarodowych porozumień dotyczących sposobu prowadzenia wojen oraz zasad prawa międzynarodowego. W ramach kroków podjętych przez Ligę Narodów zwrócono się do MKCK z wnioskiem o nadesłanie informacji związanych z naruszeniem Konwencji genewskiej. W odpowiedzi komunikat włoskiego Czerwonego Krzyża z marca 1936 roku zaprzeczał po raz kolejny, że celem włoskiego lotnictwa są otwarte bądź niebronione miejscowości, kwestionując status obszaru zamieszkanego (z uwagi na charakter budownictwa w Etiopii) oraz podnosząc fakt ciągłego ostrzeliwania włoskich statków powietrznych przez obronę przeciwlotniczą²⁸⁰.

Ten pierwszy poważny konflikt po okresie I wojny światowej (równolegle z interwencją japońską w Chinach) ujawnił zasadnicze konsekwencje wadliwego skonstruowania norm chroniących ludność cywilną przed skutkami bombardowań lotniczych w oparciu o art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku, a także efekty zaniechania ratyfikowania przepisów odrzucających test wymieniony na gruncie regulacji obowiązującej w przypadku oblężeń w wojnie lądowej. Podnoszenie przez stronę włoską, że w istocie każdy atak powietrzny spotykał się z ostrzałem

278 „The Italian Government protests against the abuse of the Red Cross emblem by the Ethiopians, which has been repeatedly observed, and which subverts the whole foundation of any international Convention concluded with humanitarian objects”. *Ibidem*, s. 30.

279 Letter Dated January 16th 1936, from the Italian Government to the Secretary-General, Rome January 16th 1936.

280 „No open and undefended places were ever bombed, but only military concentrations and posts. It is common knowledge, moreover, that the so-called «towns» in Ethiopia are mainly collections of tukuls, chiefly built of wood and mud, in these settlements, the armed men concentrated and kept up a sustained rifle and anti-aircraft fire against the Italian aircraft flying over the area. In any case, the long list of so-called towns bombed was completely imaginary. Many of them do not exist, and on most of the dates given no bombing took place. In some cases, such as those of Adowa, Amba Alaji, Mai Mashish, Gondar, Dabat, Waldia, Kworam, Ashangi, Mertho and Seguerat, bombs were dropped upon concentrations of armed men outside the inhabited areas, and often some kilometres distant from them”. *Italian Red Cross Memorandum of the Italian Red Cross in Reply to the Note of the Ex-Ethiopian Red Cross*, Dated March 2nd 1936, 17 League of Nations Official Journal 772 1936, s. 778.

artylerii przeciwlotniczej, było dostatecznym dowodem słabości przyjętego kryterium. Drugim niepokojącym zjawiskiem było atakowanie celów Czerwonego Krzyża jako elementu natychmiastowego odwetu wynikającego z oskarżeń o wiarołomne użycie tego znaku ochronnego. Trzecim było zgładzenie pilota wojskowego statku powietrznego po schwytaniu go przez lokalną ludność, gdzie w sposób jednoznaczny odmówiono mu statusu jeńcy wojennego, co z kolei spowodowało kolejny odwet w postaci wykorzystania gazów bojowych²⁸¹.

Konflikt włosko-abisyński w sposób szeroki skomentował De Lapradelle. Autor wskazał, że w chwili wydarzeń związanych z bombardowaniami powietrznymi jedynym przepisem prawa pozytywnego wprost odnoszącego się do zagadnienia wojny powietrznej jest norma konwencyjna wynikająca z art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku. Jednocześnie francuski profesor jako pierwszy badacz w okresie międzywojennym podkreślił znaczenie podpisania przez stronę włoską Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku (uwaga ta była poczyniona w przedmiocie obowiązku ścigania sprawców naruszeń prawa wojny powietrznej)²⁸².

16. Rezolucja Ligi Narodów z 1938 roku w sprawie bombardowań powietrznych

16.1. Uwagi ogólne. Tak zwany plan pokojowy III Rzeszy

Równoległe z toczącym się konfliktem zbrojnym w Etiopii, 31 marca 1936 roku III Rzesza w ramach tzw. planu pokojowego (będącego wyrazem obawy kół politycznych na możliwą reakcję w związku z remilitaryzacją Nadrenii) zaproponowała, aby na przyszłej konferencji odnieść się do zagadnienia wojny powietrznej w kontekście potrzeby jej ucywilizowania na potrzeby większej ochrony niewalczących oraz rannych (przez pryzmat Konwencji genewskich). Plan Hitlera w tej mierze proponował, aby 1) zakazać użycia gazów, trucizn oraz amunicji zapalającej i 2) zakazać użycia jako metody bombardowania powietrznego obszarów zabudowanych położonych poza linią frontu wyznaczonego przez zasięg artylerii średniego zasięgu. Propozycja niemiecka była w istocie próbą krótkotrwałego

281 Analysis by the Committee of Jurists of the Documents Concerning the Conduct of the War in Ethiopia which have been Communicated to the Secretary-General of the League of Nations down to April 16th 1936, 17 League of Nations Official Journal 358 1936, s. 365.

282 A. De Lapradelle, *La guerre italo-abyssine et le respect des lois de la guerre*, „Revue Générale de Droit Aérien” 1936, s. 36.

odprężenia sytuacji międzynarodowej wokół III Rzeszy związanej m.in. z organizacją w 1936 roku Igrzysk Olimpijskich w Berlinie (zawierała m.in. propozycję powrotu do Ligi Narodów czy też podpisania 25-letniego paktu o nieagresji z Francją oraz Belgią)²⁸³.

16.2. Wojna powietrzna w Chinach i Liga Narodów

Szczególną reakcję społeczności międzynarodowej wywołały ataki powietrzne na chińskie miejscowości latem 1937 roku, w związku z japońską inwazją lądową. 28 września 1937 roku wobec ciągłych bombardowań mających miejsce w Chinach rezolucją Zgromadzenia Ligi Narodów potępiono bombardowania miast otwartych przez japońskie lotnictwo²⁸⁴. W komunikacie ambasadora Stanów Zjednoczonych w Tokio do ministra spraw zagranicznych Japonii z 22 września 1937 roku ambasador przypomniał stanowisko rządu japońskiego co do działań własnego lotnictwa w Chinach. Zgodnie z tymi informacjami działania sił powietrznych Cesarstwa są ograniczone tylko i wyłącznie do celów wojskowych, a przedmiotem działań rządu japońskiego nie jest czynienie prywatnej własności oraz niewalczących bezpośrednim przedmiotem ataku powietrznego²⁸⁵. Komunikat ministra spraw zagranicznych o podobnej treści został powtórzony w nocy z 29 września 1937 roku, informując o prowadzeniu przez lotnictwo japońskie działań ściśle związanych z celami wojskowymi²⁸⁶. 27 września 1937 roku w odpowiedzi na sytuację w Nankinie Departament Stanu w oficjalnym komunikacie prasowym poinformował, że zdaniem amerykańskiego rządu bombardowanie o charakterze powierzchniowym, względem rozległego obszaru zamieszkanego przez ludność cywilną jest działaniem sprzecznym z prawem humanitarnym oraz prawem międzynarodowym²⁸⁷. W lutym 1938 roku chińska delegacja informowała o bombardowanych miastach i wsiach położonych w okolicach Kantonu²⁸⁸. 3 czerwca 1938 roku sekretarz stanu ponowił powyższe

283 D. Spingola, *The Ruling Elite*, Bloomington 2014, s. 65.

284 „The Assembly, taking into urgent consideration the question of the aerial bombardment of open towns in China by Japanese aircraft: expresses its profound distress at the loss of life caused to innocent civilians, including great numbers of women and children, as a result of such bombardments; declares that no excuse can be made for such acts, which have aroused horror and indignation throughout the world; and solemnly condemns them”. *Resolution Adopted on the Proposal of the Far-East Advisory Committee Set Up by the Assembly of February 24th 1933*, 168 League of Nations Official Journal Spec. Supp. 34 1937.

285 *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States, Japan 1931–1941*, vol. 1, s. 505.

286 *Ibidem*, s. 507.

287 Press Release Issued by the Department of State, September 28th 1937.

288 Letter, Dated February 9th 1938, from the Chinese Delegation to the Secretary-General, 19 League of Nations Official Journal 242 1938, s. 242.

stanowisko, uznając bombardowania miast niebronionych za barbarzyńską metodę walki, a bombardowania powierzchniowe za sprzeczne z prawem międzynarodowym i względami ludzkości²⁸⁹.

16.3. Przemówienie Neville'a Chamberlaina w Izbie Gmin z 21 czerwca 1938 roku

Komunikat sekretarza stanu z 3 czerwca 1938 roku był przedmiotem interpelacji w brytyjskiej Izbie Gmin. Brytyjski premier Neville Chamberlain w odpowiedzi na pytania poselskie dotyczące kwestii prawa międzynarodowego oraz bombardowań lotniczych w swym przemówieniu z 21 czerwca 1938 roku wskazał na trzy elementy. W pierwszej kolejności podniósł, że normy prawa wojny powietrznej podlegają tym samym zasadom jak w przypadku reżimu wojny lądowej oraz morskiej. Następnie, prawo międzynarodowe zabrania umyślnych ataków wymierzonych przeciwko ludności cywilnej. Kolejną zasadą, zdaniem brytyjskiego polityka, było ograniczenie zakresu dopuszczalnego bombardowania tylko i wyłącznie do legalnych celów wojskowych, które dadzą się zidentyfikować. Dalszą przesłanką jest nakaz zachowania szczególnej staranności podczas atakowania celów wojskowych, by ograniczyć możliwość powstania strat wśród ludności cywilnej²⁹⁰.

16.4. Dyskusja w obrębie Rady Ligi Narodów

Dyskusja nad sytuacją w Chinach oraz Hiszpanii wywołała reakcję społeczności międzynarodowej w postaci ogólnego potępienia praktyk lotnictwa japońskiego oraz sił powietrznych nacjonalistów hiszpańskich²⁹¹. 2 czerwca 1938 roku rząd Kuby wystosował oficjalny komunikat, w którym zaprotestował przeciwko prowadzeniu wojny w sposób niezgodny z prawem międzynarodowym i sprzeczny z elementarnymi względami ludzkości, w postaci bezkarnego bombardowania

289 Statement by the Acting Secretary of State, June 3rd 1938.

290 „I think we may say that there are, at any rate, three rules of international law or three principles of international law which are as applicable to warfare from the air as they are to war at sea or on land. In the first place, it is against international law to bomb civilians as such and to make deliberate attacks upon civilian populations. That is undoubtedly a violation of international law. In the second place, targets which are aimed at from the air must be legitimate military objectives and must be capable of identification. In the third place, reasonable care must be taken in attacking those military objectives, so that, by carelessness, a civilian population in the neighbourhood is not bombed”. *Protection of the Civilian Non-combatant Populations against Bombing from the Air in Case of War, Presented by the Chairman*, 186 League of Nations Official Journal Spec. Supp. 9 1938, s. 15.

291 Appeal by the Spanish Government, 19 League of Nations Official Journal 324 1938, s. 325–332.

niebronionych miast z powietrza²⁹². 14 września 1938 roku na forum Rady Ligi Narodów rozpoczęto dyskusję nad prośbą rządu hiszpańskiego z 10 sierpnia 1938 roku w przedmiocie przyjęcia możliwych rozwiązań prawnych w zakresie ochrony ludności cywilnej przed bombardowaniami powietrznymi na wypadek wojny (*Protection of the Civilian Non-combatant Populations against Bombing from the Air in Case of War*). W raporcie przedstawionym uczestnikom spotkania na początku dyskusji przedłożono stan prawa międzynarodowego, odnosząc się do XIV Deklaracji haskiej z 1907 roku oraz Regulaminu haskiego z 1907 roku, wskazując, że zakaz wymieniony w art. 25 tejsze regulacji ma charakter kategoriyczny oraz generalny. W przypadku gazów bojowych wskazano na tekst Deklaracji haskiej z 1899 roku, art. 23 lit. a Regulaminu haskiego z 1907 roku, a także Protokół genewski z 1925 roku. Podniesiono też kwestię jednomyślniej rezolucji przyjętej na konferencji rozbrojeniowej z 23 lipca 1932 roku, jako elementu wyrażającego *opinio iuris* ówczesnych delegacji, oraz rezolucji Zgromadzenia Ligi Narodów z 28 września 1937 roku²⁹³. Co jednakże istotne, zarówno w raporcie przewodniczącego, jak i w załączniku do protokołu posiedzenia Rady Ligi Narodów nie znajdowało się odniesienie do dokumentu z 1923 roku.

14 września 1938 roku na forum tzw. trzeciego komitetu została zainicjonowana dyskusja nad możliwością rozpoczęcia prac w przedmiocie przyjęcia rozwiązania gwarantującego w większym stopniu ochronę ludności cywilnej na wypadek bombardowania z powietrza²⁹⁴. 17 września 1938 roku przedstawiciel Zjednoczonego Królestwa na spotkaniu Rady Ligi Narodów podkreślił, że pomimo braku kodyfikacji prawa wojny powietrznej w postaci prawa pozytywnego rząd Jego Królewskiej Mości stoi na stanowisku, że adekwatne normy prawa zwyczajowego, wywodzące się z prawa wojny lądowej i morskiej, osiągnęły stopień twardości, tak aby stać się częścią międzynarodowego prawa obowiązującego także w przypadku

292 „Entirely disapproving of the practice of some nations which, waging war by methods condemned by international law and contrary to the noblest sentiments of humanity and to every principle of civilisation, basely and with impunity bomb from the air defenceless populations and slaughter non-combatants, among whom are old men, women, and children”. *Air Bombardment of Non-Combatants*, Letter Dated June 2nd 1938, from the Government of Cuba to the Secretary-General, 19 League of Nations Official Journal 637 1938, s. 637.

293 „The foregoing summary accordingly goes to show, first, the incomplete character of the positive provisions of international law on the matter and, secondly, the apprehensions of public opinion and Governments in this connection”. *Protection of the Civilian Non-combatant Populations against Bombing from the Air in Case of War...*, s. 11–15.

294 „The problem of the bombing from the air of civilian populations has seriously occupied public opinion and Governments for a number of years; but despite various efforts – notably during the course of the Conference for the Reduction and Limitation of Armament – the provisions of international law in this direction remain in an unsatisfactory state”. *Second Meeting, September 14th 1938, Protection of the Civilian Non-combatant Populations against Bombing from the Air in Case of War...*, s. 11.

działań lotnictwa podczas konfliktu zbrojnego²⁹⁵. Zostały one skonkretyzowane i dostosowane do warunków prowadzenia wojny powietrznej w przemówieniu brytyjskiego premiera z 21 czerwca 1938 roku. Jednocześnie dyskutant zwrócił uwagę na problematyczny aspekt dookreślenia sformułowania „cel wojskowy”. Przedstawiciel Chin przy Lidze Narodów, późniejszy sędzia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, Wellington Koo podkreślił, że umyślnie niszczenie własności oraz zabijanie ludności cywilnej jest wynikiem nielegalnego sposobu prowadzenia bombardowania powietrznego. Uznał je za rażące naruszenie prawa międzynarodowego, obowiązków traktatowych, elementarnych zasad sprawiedliwości oraz przypomniał o naruszeniu przez stronę japońską zapisów Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku²⁹⁶. Przedstawiciel Francji wskazał na niedostosowanie art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku do warunków powietrznych, podnosząc konieczność reaktywowania idei nowej kodyfikacji prawa międzynarodowego, która ograniczy się do adaptowania zasad obowiązujących w kontekście reżimu wojny lądowej oraz morskiej, przypominając przy tym, że tworzenie prawa międzynarodowego nie jest głównym zadaniem Ligi Narodów²⁹⁷.

Rząd meksykański stanowczo potępił praktykę nalotów na cele cywilne, wskazując na podobne przekonanie społeczności międzynarodowej²⁹⁸. Identyczne

295 „It was only too true that there was at present no international code of law with respect to air warfare which was the subject of general agreement. Those humanitarian customs and usages of war on land and at sea which had grown into a body of international law had taken time to develop, and the problem now was how to extend to air warfare those same humanitarian considerations. His Majesty's Government in the United Kingdom had been giving earnest attention to this question, and, although its deliberations were not yet complete, it might be said that it regarded certain established principles of international law for land and sea warfare as applicable also to war in the air”. *Reduction and Limitation of Armaments. Protection of the Civilian Non-combatant Populations against Bombing from the Air in Case of War, General Discussion (continuation)*, 186 League of Nations Official Journal Spec. Supp. 20 1938, s. 20.

296 „M. Wellington Koo did not propose to enter into the legal aspects of the problem; it could not be overemphasised, however, that Japanese action had betrayed a total disregard for the principle of distinguishing between combatants and non-combatants – a principle the fundamental nature of which had been underlined at the 1922/23 Hague Conference by that great American authority on international law, Professor J. B. Moore”. *Reduction and Limitation of Armaments. Protection of the Civilian Non-combatant Populations against Bombing from the Air in Case of War, General...*, s. 21.

297 „The new international law had not yet been established, and, as the United Kingdom delegate had pointed out, the old law had not attached to the question of bombing from the air such importance as had now been conferred upon it by the development of aviation and barbarous practices. The matter was dealt with in Article 25 of The Hague Convention of 1907, but inadequately, as everyone was aware”. *Ibidem*, s. 22.

298 „Although the gravity of the problem was realised by all, and in spite of the urgent need for rallying the international will in order to find a solution, it had not been possible to conclude a convention for the regulation of bombing from the air. (...) Unfortunately, the attempts to introduce such prohibition into an international instrument had gone no further than draft conventions”. *Ibidem*, s. 23.

oczekiwania zgłosiły delegacje z Haiti, Węgier oraz Holandii. Związek Radziecki wyraził gotowość uczestnictwa w dyskusji dotyczącej regulacji działań z powietrza, jednocześnie podając w wątpliwość skuteczność ewentualnie wypracowanych zasad i podkreślając, że nie istnieją one w chwili obecnej i nie będą istnieć w przyszłości na tyle efektywnie, aby chronić ludność cywilną²⁹⁹.

Jeden z ciekawszych wywodów poświęconych zagadnieniu prawa międzynarodowego został przedstawiony przez przedstawiciela Grecji (Nikolaosa Politisa – jednego z członków Instytutu Prawa Międzynarodowego, delegata Grecji do Ligi Narodów, ministra spraw zagranicznych). Wskazano w nim słuszność stanowiska brytyjskiego premiera w zakresie nielegalności uderzeń lotniczych wymierzonych w ludność cywilną, dopatrując się źródeł zakazu w Regulaminie haskim z 1907 roku. Grecki delegat podniósł, że art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku opierał się na starym, utrwalonym prawie zwyczajowym, wynikającym głównie z powodów pragmatycznych, gdyż bombardowanie otwartego miasta miało się z celem wojskowym i prowadziło do roztrwonienia amunicji. Autor podniósł, że analiza dotychczasowej praktyki państw i efektów bombardowań lotniczych w jego ocenie prowadzi do identycznych wniosków, wskazując na brak wojskowego sensu ataków powietrznych przeciwko ludności cywilnej. Jego zdaniem reakcja światowa potwierdzała znaczenie tego przepisu także w warunkach wojny powietrznej – jako dowód istnienia prawa międzynarodowego obowiązującego w przypadku wojny powietrznej. Prowadzi to do przyjęcia, że nowe prawo wojny powietrznej nie jest wymagane, aby uregulować w sposób dostateczny reżim ataków z powietrza³⁰⁰. Przy tym jednocześnie należy przyznać, że istnieje potrzeba technicznego określenia zakresu dopuszczalnego wpływu ataków powietrznych na ludność cywilną, by uniknąć „pretekstowego” bombardowania, oraz rozróżnienia pomiędzy obszarami bronionymi oraz niebronionymi³⁰¹. Grecki delegat uznawał, że dopuszczalne w tej mierze jest jedynie przypomnienie społeczności międzynarodowej o adekwatności regulacji haskiej z 1907 roku.

Rządy hiszpański, a także częściowo chiński nawoływały przez swoich przedstawicieli do przyjęcia rozwiązań, które oprócz potępienia praktyk w postaci nieograniczonej wojny powietrznej przyczynią się także do stworzenia instrumen-

299 „To draw up even the most effective rules for aerial warfare was not sufficient; there still had to be some guarantee of their application in practice. No such guarantees existed at the present time; nor could they exist”. *Ibidem*, s. 29.

300 „There was therefore no need for a new rule of war to condemn bombing from the air. The rule already existed. It would suffice, and would be extremely useful, as a conclusion to the present discussion, for the Committee to call attention in the strongest possible terms to the existence of this rule and its necessity”. *Ibidem*, s. 25.

301 „The important point was that practical regulations should be adopted to ensure respect for the rule in question, and to divest bombing from the air of civilians of all appearance of military utility, even as a pretext. The regulations should therefore be of an essentially technical nature in order to allow practical distinction to be drawn between open and other towns, between towns with military defences and those without”. *Ibidem*, s. 28.

tów utrudniających rozwój lotnictwa, m.in. poprzez wprowadzenie embarga na wszelkie elementy niezbędne do produkcji oraz wyposażenia lotnictwa wojkowego³⁰². Delegat Polski Tytus Komarnicki wyraził zastrzeżenie, że Liga Narodów nie powinna oceniać legalności pewnych działań związanych z przebiegiem działań wojennych w Hiszpanii, o ile nie zostaną one potwierdzone w sposób jednoznaczny przez niezależne śledztwo organów należących do organizacji, wyrażających gotowość zaakceptowania ogólnych zasad rządzących działaniami wojny powietrznej³⁰³. W ostatecznym kształcie delegat Komarnicki zażądał, aby podkreślić, że o ile polska delegacja nie sprzeciwia się przyjęciu rekomendacji, o tyle uważa, że prowadzi ona do możliwości przyjęcia zróżnicowanych oraz odrębnych interpretacji³⁰⁴.

16.5. Rezolucja Zgromadzenia Ligi Narodów z 30 września 1938 roku

28 września 1938 roku zaprezentowano uczestnikom dyskusji w ramach tzw. trzeciego komitetu wersję rezolucji dotyczącej zasad bombardowania powietrznego³⁰⁵. Na wniosek delegata Haiti rozważano dodanie kolejnego punktu dotyczącego obowiązku uznania przez państwa statusu specjalnych stref ochronnych w postaci niebronionych miast otwartych oraz stref medycznych, względem których zakazane jest prowadzenie bombardowań powietrznych. Zdecydowana większość delegacji odmówiła możliwości zaakceptowania wprowadzenia powyższej deklaracji, uznając ją za zagadnienie techniczne (Wielka Brytania, Francja),

302 „(...) (Spain) felt that it would be illogical merely to denounce once again the barbarity of the bombing from the air of civilian populations and to condemn it as contrary to humanitarian principles, while, at the same time, doing nothing to investigate every possible means of preventing recourse to such practices”. *Ibidem*, s. 30.

303 „In his view, the rules to be laid down by the Committee should be entirely general in character. He was anxious to make it clear from the outset that he would be unable to accept any draft resolution which embodied any condemnation, however indirect, of any particular situation whatsoever since the Committee had not at its disposal information derived from impartial investigations conducted by the League of Nations”. *Ibidem*, s. 31. Tytus Komarnicki był w latach 1934–1938 przedstawicielem RP przy Lidze Narodów, po 1939 roku pełnił funkcję w ramach służby dyplomatycznej rządu RP na uchodźstwie.

304 „The Polish delegation, while not opposing the adoption of the recommendation, made explicit reservations as to its expediency, in view more particularly of the present situation of the League of Nations. It considers that the application of this recommendation would give rise to varying interpretation”. *Ibidem*, s. 33.

305 *Reduction and Limitation of Armaments and Protection of Civilian Populations against Bombing from the Air in Case of War*, Draft Report to the Assembly and Draft Resolutions and Recommendation prepared by the Drafting Committee: Examination and Adoption Sixth Meeting, Held on Wednesday, September 28th 1938, 186 League of Nations Official Journal Spec. Supp. 32 1938, s. 32.

zbyt ogólne (Związek Radziecki) bądź niosące niebezpieczeństwo swobodnej interpretacji i potencjalnie osłabiające wartość samej rezolucji (Hiszpania). W odpowiedzi przedstawiciel Haiti zwrócił uwagę, że zakaz bombardowania ludności cywilnej jest „niekwestowaną częścią międzynarodowego prawa pozytywnego”. Wskazał przy tym, że ewentualne zdeterminowanie, które z miejsc nie powinny zostać w szczególności poddane bombardowaniu, nie powinno być uznawane za „nową normę prawa międzynarodowego”, lecz jedynie uszczegółowienie zasad już istniejących³⁰⁶.

Z obrad trzeciego komitetu został sporządzony raport i przedstawiony Zgromadzeniu Ligi Narodów. W ramach niego potwierdzono przekonanie opinii publicznej o potrzebie ograniczenia zakresu wojny powietrznej. Jednocześnie celem przedłożonej rezolucji było potwierdzenie, że zakaz bombardowań ludności cywilnej jest „utrwalonym fundamentem prawa międzynarodowego, a rezolucja odnosi się do reguły już istniejącej, która winna być przestrzegana przez wszystkie rządy”³⁰⁷. 30 września 1938 roku Zgromadzenie Ligi Narodów przyjęło rezolucję pt. „Ochrona ludności cywilnej przed bombardowaniami z powietrza na wypadek wojny”. Tekst rezolucji w preambule podkreślał, że praktyka nieczynienia przedmiotem bombardowań lotniczych ludności cywilnej jest utrwaloną zasadą prawa międzynarodowego, która powinna mieć odniesienie do szczegółowych regulacji zasad prowadzenia wojny powietrznej. Wyodrębnienie tych zasad powinno być przedmiotem prac konferencji do spraw redukcji zbrojeń, opierając się na trzech założeniach: 1) zakaz umyślnego bombardowania ludności cywilnej, 2) dopuszczenie ataków tylko i wyłącznie względem legalnych celów wojskowych, które są identyfikowalne, 3) atakowanie celów wojskowych musi się odbywać w taki sposób, aby lekkomyślnie nie razić ludności cywilnej³⁰⁸. Rezolucja w znacznej mierze opierała się na założeniach

306 „The prohibition of the bombing of civilian populations followed from the indisputable provisions of positive international law. If, at the present time, they were being bombed, that was purely and simply a violation of the law. Taken as a whole, the treaties that had been mentioned proved that events taking place to-day were in flagrant contradiction with the rules of international law. The determination of places that were not to be bombed would not mean that a new rule was being introduced into international law. There would merely be a specification, a determination, on the basis of the principle of utility and in the general interest of all the belligerents concerned, of places the bombardment of which would be of no advantage. Open towns and perhaps even great capitals would thus be saved from destruction, control being exercised by the International Red Cross”. *Reduction and Limitation of Armaments and Protection of Civilian Populations against Bombing from the Air in Case of War, Draft Report...*, s. 35.

307 *Reduction and Limitation of Armaments and Protection of Civilian Populations against Bombing from the Air in Case of War*, Report Submitted by the Third Committee to the Assembly, A.69.1938.IX, 186 League of Nations Official Journal Spec. Supp. 37 1938, s. 46.

308 „The Assembly, Considering that on numerous occasions public opinion has expressed through the most authoritative channels its horror of the bombing of civilian populations; Considering that this practice, for which there is no military necessity and which, as experience shows, only causes needless suffering, is condemned under the recognized

zawartych w wypowiedzi premiera Chamberlaina z czerwca 1938 roku. Dokument ten miał wymiar niewiążący³⁰⁹. W dalszej części Zgromadzenie rekomendowało Radzie Ligi Narodów, aby we współpracy z rządem Zjednoczonego Królestwa podjęła wysiłki na rzecz upowszechnienia raportu komisji śledczej do spraw bombardowań powietrznych w Hiszpanii oraz podjęła wysiłki na rzecz „ustanowienia międzynarodowego komitetu, który dokona opracowania zbioru praktyk zakazanych w wojnie powietrznej w świetle prawa międzynarodowego”³¹⁰.

16.6. Międzynarodowa komisja ustalająca fakty dotyczące bombardowań lotniczych w Hiszpanii

W toku dyskusji na forum Rady Ligi Narodów wskazywano na potrzebę utworzenia specjalnej komisji do spraw badania faktów związanych z przypadkami bombardowań powietrznych, której ustalenia powinny poprzedzać dokonanie prawidłowej subsumpcji stanów faktycznych. Powyższe rozważania zbiegły się w czasie z prośbą rządu hiszpańskiego skierowaną do Wielkiej Brytanii i Francji w przedmiocie powołania mieszanej komisji śledczej, składającej się z oficerów lotnictwa obydwu państw, którzy latem 1938 roku dokonali inspekcji miejsc bombardowanych na terenach kontrolowanych przez rząd republikański. 20 września 1938 roku komisja do spraw bombardowań lotniczych w Hiszpanii przedłożyła raport dotyczący poszczególnych incydentów³¹¹. 16 stycznia 1939 roku przed-

principles of international law; (...) I. Recognises the following principles as a necessary basis for any subsequent regulations (i) The intentional bombing of civilian populations is illegal; (2) Objectives aimed at from the air must be legitimate military objectives and must be identifiable; (3) Any attack on legitimate military objectives must be carried out in such a way that civilian populations in the neighbourhood are not bombed through negligence;” *Reduction and Limitation of Armaments and Protection of Civilian Populations against Bombing from the Air in Case of War*, Report Submitted..., s. 40. Także „The intentional bombing of civilian populations is illegal; 2) Objectives aimed at from the air must be legitimate military objectives and must be identifiable; 3) Any attack on legitimate military objectives must be carried out in such a way that civilian populations in the neighborhood are not bombed through negligence”. F. Kalshoven, *Reflections on the Law of War: Collected Essays*, Leiden 2007, przypis 19, s. 439.

309 „The League of Nations adopted these principles in a non-binding resolution in 1938”. G. Swiney, *Saving Lives: The Principle of Distinction and the Realities of Modern War*, „The International Lawyer” 2005, vol. 39, s. 739.

310 *Protection of Civilian Populations against Bombing from the Air in Case of War: Action arising out of the Recommendation adopted by the Assembly on September 30th 1938*, 19 League of Nations Official Journal 869 1938, s. 881–882.

311 *Protection of Civilian Non-Combatant Populations Against Bombing from the Air in Case of War*, Letter Dated September 20th 1938, from the Spanish Minister for Foreign Affairs to the Secretary-General, Reports of the Commission for the Investigation of Air Bombardments in Spain, 186 League of Nations Official Journal Spec. Supp. 37 1938, Annex 2, s. 38 (część I raportu).

stawiona została jego druga część za okres od sierpnia do grudnia 1938 roku³¹². Należy zwrócić uwagę, że działania oficerów śledczych cechowała duża skrupulatność, a także obiektywizm. Przykładowo oceniając przypadek ataku na Alicante w sierpniu 1938 roku, zwrócono uwagę, na „znaczną bliskość” obiektów cywilnych względem celów wojskowych, co zdaniem komisji uniemożliwia „jednoznaczną ocenę, czy ataki zostały przeprowadzone umyślnie, z zamiarem rażenia ludności cywilnej”³¹³. Indywidualnie, *per casu* dokonywano retrospektywnej analizy obecności celów o znaczeniu wojskowym w obrębie miejscowości, zwracając uwagę na kwestię linii transportowych, dworców kolejowych, położenia przemysłu zbrojnego, zapasów wojennych, personelu wojskowego oraz porównywano lokalizację celów w stosunku do miejsc upadku bomb (kraterów)³¹⁴. Na tej podstawie oceniano prawdopodobieństwo ataku o charakterze zamierzonym, omyłkowym czy też wymierzonym przeciwko legalnym celom wojskowym. Z drugiej strony komisja uwzględniała również wpływ warunków pogodowych, kierunek ataku, obecności artylerii przeciwlotniczej, przeciwdziałania lotnictwa myśliwskiego oraz możliwych „usprawiedliwionych błędów podczas naprowadzania samolotu na cel”³¹⁵. Co warto podkreślić, członkowie komisji wskazali, że nie posiadają raportów wywiadowczych, rozkazów oraz raportów strony atakującej i z uwagi na to ich opinia nie ma charakteru kategorycznego (z pewnymi wyjątkami, gdy nie istniało żadne rozsądne wytłumaczenie faktu bombardowania obiektów cywilnych)³¹⁶. Co interesujące, do celów wojskowych zdaniem komisji zaliczano: a) szkołę wojskową³¹⁷, b) siły zbrojne, c) dworce wojskowe – tylko jeżeli były faktycznie wykorzystywane do celów wojskowych w chwili ataku³¹⁸, d) składy materiałów wojskowych³¹⁹, e) mosty drogowo-kolejowe.

Pomimo nowoczesnego formatu prac komisji i treści zaleceń wynikających z rezolucji z 30 września 1938 roku Rada Ligi Narodów do wybuchu wojny nie podjęła większych działań zmierzających do ich przyjęcia.

312 *Air Bombardments in Spain*, Reports of the Commission for the Investigation of Air Bombardments in Spain, Note by Secretary-General, 20 League of Nations Official Journal 28 1939, s. 28 (część II raportu).

313 *Ibidem*, s. 28.

314 Co istotne, komisja weryfikowała, czy faktycznie dworce posiadały rzeczywistą wartość wojskową (jak np. w kontekście ataków na miejscowość Torrejuela z 25 sierpnia 1938 roku), *Protection of Civilian Non-Combatant Populations Against Bombing from the Air in Case of War*, Reports of the Commission..., s. 44.

315 *Air Bombardments in Spain*, Reports of the Commission for the Investigation..., s. 29.

316 *Protection of Civilian Non-Combatant Populations Against Bombing from the Air in Case of War*, Reports of the Commission..., s. 42–43.

317 *Air Bombardments in Spain*, Reports of the Commission for the Investigation..., s. 30.

318 *Ibidem*, s. 29.

319 *Protection of Civilian Non-Combatant Populations Against Bombing from the Air in Case of War*, Reports of the Commission..., s. 40.

17. Studium André Henry-Coüanniera

Francuski badacz prawa międzynarodowego w połowie lat 20. XX wieku zdecydował się na przeprowadzenie swoistej ankiety naukowej względem teoretyków, praktyków oraz dyplomatów, prosząc o przedstawienie opinii na temat zagadnienia związanego z legalnością prowadzenia wojny powietrznej. Zdecydowana większość opinii wskazywała na następujące okoliczności:

- 1) nie ma wyraźnej różnicy pomiędzy bombardowaniem lotniczym a bombardowaniem artyleryjskim (Vandame, Richet, La Briere, Kuhn, Fauchille)³²⁰;
- 2) państwa nie zdecydują się na zdelegalizowanie tak skutecznego środka walki, jakim jest bombardowanie lotnicze, co zostało udowodnione na przykładzie I wojny światowej³²¹;
- 3) bombardowania celów wojskowych są całkowicie dopuszczalne także względem miast położonych z dala od linii frontu (Flandin, Roche, Bellot, La Briere)³²². De Card wymieniał jako cele wojskowe formacje wojskowe, obszary umocnione, składy broni i amunicji, centra aprowizacji oraz linie komunikacyjne służące siłom zbrojnym;
- 4) lotnictwo może dokonywać bombardowań w ramach obszarów położonych w strefie bezpośredniej styczności pomiędzy wojskami lądowymi (rozumianą jako 15 km – wyznaczonej zasięgiem artylerii średniego zasięgu), poza tym obszarem (15–35 km) ataki mogą być kierowane tylko przeciwko ścisłym celom wojskowym, takim jak: linie komunikacyjne, szlaki zaopatrzeniowe, siły zbrojne w marszu, miejsca ześrodkowania piechoty, artylerii oraz lotnictwa, a w porze dziennej także mosty oraz dworce kolejowe. Poza obszarem 35 km od linii frontu lotnictwo może działać jedynie w ramach rozpoznania (F. Allemens – jeden z członków Komitetu Prawa Lotniczego Stowarzyszenia Prawa Międzynarodowego, uznał że zakazane jest atakowanie miejscowości o populacji większej niż 5000 mieszkańców w odległości 20 mil od linii frontu, w których nie znajdują się cele wojskowe³²³, a Rollin uznawał, że miasta niebronione położone poza linią frontu zawsze będą bronione)³²⁴;
- 5) rozmieszczanie celów wojskowych w sposób rozmyślny w ramach skupisk ludności cywilnej obciąża stronę konfliktu obowiązującą do podjęcia tzw. pasywnych środków ostrożności (Le Fur)³²⁵;

320 A. Henry-Coüannier, *Légitimité de la guerre aérienne: opinions recueillies*, Paryż 1925, s. 1, 24, 30, 64–65, 118, 146–147.

321 *Ibidem*, s. 4.

322 *Ibidem*, s. 7, 22, 46–47, 67.

323 *Ibidem*, s. 80.

324 *Ibidem*, s. 84.

325 *Ibidem*, s. 18.

- 6) działania lotnictwa powinny być oparte na reżimie określonym na gruncie Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku (De La Ferronays, Gidel, Garner)³²⁶. Cavaglieri uważał, że zadaniem doktryny jest szeroka dyskusja nad statusem reguł, aby doprowadzić do ostatecznej ich aprobaty w formie akceptowalnego porozumienia³²⁷;
- 7) działania lotnictwa powinny być regulowane przepisami określającymi zasady prowadzenia bombardowań morskich i lądowych (Blociszewski, Homborg, Rollin, Guibe, Pearce Higgins, Rolland, Hobza)³²⁸;
- 8) sporadyczne wypowiedzi o konieczności zdelegalizowania wojny powietrznej³²⁹.

18. Próby ratyfikacji dokumentu z 1923 roku

Planowana konwencja obejmująca projekty dotyczące wykorzystania radia oraz samolotu w wojnie miała składać się z trzech początkowych artykułów. Haskie reguły wojny powietrznej z 1923 roku miały zostać aneksami do konwencji. W pierwszym przewidziano nałożenie obowiązku na umawiające się strony wy stosowana instrukcji do własnych sił zbrojnych, zgodnych z załączonymi aneksami dotyczącymi wykorzystania radia oraz samolotu w konflikcie zbrojnym. W drugim podniesiono, że załączone reguły nie zastępują, ale uzupełniają istniejące normy międzynarodowego prawa wojennego, zapisane w konwencjach, zwyczajach oraz są zgodne z sumieniem społeczności międzynarodowej. W trzecim artykule podniesiono, że reguły miały pozostać w mocy do 1 lipca 1933 roku i na osiemnaście miesięcy przed tą datą zainteresowane strony mogły złożyć oświadczenie o zamiarze rewizji postanowień konwencji. W czwartym artykule przewidziano możliwość przystąpienia do konwencji innych państw niż umawiające się strony.

W depeszy z 26 stycznia 1924 roku kierowanej przez sekretarza stanu USA do ambasady we Francji podkreślono, że rząd Stanów Zjednoczonych uważa, że Haskie reguły wojny powietrznej z 1923 roku reprezentują „poważne osiągnięcie ekspertów prawa międzynarodowego oraz tworzą one znaczący krok w rozwoju sprawiedliwości międzynarodowej w trakcie wojny”³³⁰. W instrukcji podkreślono,

326 *Ibidem*, s. 32, 218–219, 242–244.

327 *Ibidem*, s. 86.

328 *Ibidem*, s. 75, 77, 83–84, 101, 152–153, 162–163, 208–209.

329 *Ibidem*, s. 35, 150.

330 „The Government of the United States is led to believe that the Rules as reported represent a finer achievement with respect to the matters dealt with than could be anticipated from the action of any other international body, and that they mark a distinct step forward in

że ambasadorzy Stanów Zjednoczonych powinni zwrócić uwagę rządów państw przyjmujących co do potrzeby przyjęcia rozwiązania, podnosząc, że Stany Zjednoczone wraz z pozostałymi umawiającymi się stronami są gotowe związać się proponowanymi dokumentami komisji jurystów z 1923 roku, wyrażając także zamiar autoryzacji podpisów na konwencji zawierającej Haskie reguły wojny powietrznej z 1923 roku³³¹.

W depeszy z 19 kwietnia 1924 roku ambasador USA w Tokio otrzymał od ministra spraw zagranicznych Japonii Keishirō Matsui informację, że rząd japoński uznaje prace komisji jurystów z 1923 roku za godne szczerych gratulacji w interesie ludzkości (*that the work of revising the rules of warfare promoted by the Commission of Jurists at the Hague is a matter for sincere congratulation in the interest of humanity*)³³². Szef japońskiej dyplomacji sygnalizował zamiar japońskiego rządu związania się w pełni Haskimi regułami wojny powietrznej, zgodnie z wersją konwencji zaproponowaną przez rząd amerykański. O fakcie tym informował w depeszy z 23 kwietnia 1924 roku ambasador Stanów Zjednoczonych (*The note in question sets forth the willingness of the Japanese Government to adopt the Rules relating to Aerial Warfare and the Rules relative to the Use of Radio in Time of War, prepared by the Commission of Jurists who met at the Hague from December 11, 1922, to February 19, 1923*)³³³.

18 lipca 1924 roku sekretarz stanu USA zwrócił się do ambasadora we Francji z prośbą o przedstawienie stanowiska rządowi Francji. Jednocześnie wspomniano o braku odpowiedzi ze strony francuskiej jednakże z przypomnieniem pozytywnego stosunku tego państwa względem proponowanej regulacji (*which this Government considers highly important and a step which may have a far-reaching and beneficial effect in the future*)³³⁴. Sekretarz stanu wnosił o ponowne przedstawienie sprawy rządowi francuskiemu, podkreślając pozytywną odpowiedź strony japońskiej jako czynnika zachęcającego pozostałe państwa do przyjęcia konwencji zawierającej reguły z 1923 roku³³⁵.

promoting the work of international justice in time of war". *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States*, 1925, vol. I, 700.00116/193, The Secretary of State to the Ambassador in France (Herrick).

331 „You are further directed to inform such Government that the Government of the United States is prepared, in conjunction with the several Powers mentioned above, to authorize the signature of Conventions such as those proposed". *Ibidem*.

332 *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States*, 1925, vol. I, 700.00116/206, Enclosure – Translation, the Japanese Minister for Foreign Affairs (Matsui) to the American Ambassador (Woods), Tokio, April 19th 1924.

333 *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States*, 1925, vol. I, 700.00116/206, the Ambassador in Japan (Woods) to the Secretary of State Tokyo, April 23rd 1924.

334 *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States*, 1925, vol. I, 700.00116/206, the Acting Secretary of State to the Ambassador in France (Herrick).

335 „The Department desires that you avail yourself of an early opportunity to bring this matter again to the attention of the Foreign Office, referring to the favorable action taken

29 stycznia 1925 roku Benito Mussolini (pełniący wówczas obowiązki ministra spraw zagranicznych) oświadczył w nocy kierowanej do ambasadora Stanów Zjednoczonych w Rzymie, że rząd włoski szczegółowo zapoznał się z treścią amerykańskiej propozycji oraz samym tekstem dokumentu sporządzonego przez komisję jurystów³³⁶. Podniesiono, że Włochy zawsze będą popierać ruchy mające na celu humanitarne uregulowanie prowadzenia działań wojennych. Z uwagi na powyższe podkreślono, że rząd włoski nie widzi żadnej trudności, by zaakceptować propozycję przedstawioną w 1923 roku (*As regards the principles involved, therefore, the Royal Italian Government would have no difficulty in acceding to the rules established in the Conventions referred to*)³³⁷. Jednocześnie wskazano, że z uwagi na postępy w awiacji oraz technologii radiowej rząd włoski chciałby dokonać przeglądu pewnych istniejących norm³³⁸.

11 lutego 1925 roku minister spraw zagranicznych Holandii w swym oświadczeniu wskazał szczegółowe podstawy stanowiska rządu w Amsterdamie względem proponowanych rozwiązań. Rząd holenderski podkreślił, że co do zasady zgadza się z propozycjami przedłożonymi przez komisję oraz stronę amerykańską, wskazując, że podczas prac komisji delegat holenderski postulował wprowadzenie zasady ogólnej odpowiedzialności odszkodowawczej państwa za czyny sprzeczne z Haskimi regułami wojny powietrznej z 1923 roku, z klauzulą prorogacyjną oddającą ewentualnie niezakończony spór pod obowiązkową jurysdykcję Stałego Trybunału Arbitrażowego w Hadze. Zostało to zaaprobowane w raporcie generalnym, lecz nie znalazło się w części zasadniczej. W kontekście regulacji wojny powietrznej podniesiono, że zdaniem rządu holenderskiego reguły z 1923 roku mogą w znacznym stopniu usunąć luki istniejące obecnie w prawie międzynarodowym i wyznaczyć rozwój regulacji prawa narodów w kierunku pożądanym przez społeczność międzynarodową. Holandia z tych powodów akceptuje większość reguł wskazanych przez członków komisji, zgadzając się na konieczność podniesienia tych koncepcji do rangi prawa pozytywnego (*For this reason, the Netherlands Government, always desirous of promoting the development of international law,*

by the Government of Japan, and emphasizing this Government's sincere hope that the French Government will now find itself in a position to give an affirmative reply to the suggestion conveyed in the Department's instruction of January 26, 1924". *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States*, 1925, vol. I, 700.00116/206, the Acting Secretary of State to the Ambassador in France (Herrick).

336 *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States*, 1925, vol. I, 700.00116/206, the Italian Minister of Foreign Affairs (Mussolini) to the American Ambassador (Fletcher).

337 *Ibidem*.

338 „However, in view of recent developments both in radio and in aerial navigation, and because of the progress likewise made in juridical matters, the Royal Italian Government thinks that it would be useful to review and complete the plans for conventions prepared at The Hague. It might also be wise if, in connection with the control of the use of radio, there be included in the first of the conventions in question an apposite clause extending its provisions to include radiotelephonic communication, which has today assumed, as you are aware, a particular importance". *Ibidem*.

would be happy to subscribe to most of the rules in question)³³⁹. Zastrzeżenie rządu holenderskiego budziły przepisy dotyczące praw stron walczących względem państw neutralnych, a także umieszczonych w rozdziale VII prac komisji zasad dotyczących prawa do przeszukania i wizyty przez statek powietrzny na morzu, uznając generalnie, że statek powietrzny takiego prawa nie powinien mieć³⁴⁰.

10 marca 1925 roku francuski minister spraw zagranicznych poinformował stronę amerykańską, że rozwiązania komisji jurystów powielają częściowo normy zwyczajowe i traktatowe zawarte już w regulacji z 1907 roku, względnie Konwencji paryskiej z 1919 roku o międzynarodowej żegludze powietrznej, ewentualnie zostały już zaadaptowane przez stronę francuską. W pozostałym zakresie (relacji samolotu względem statków i okrętów wojennych) budziły one wątpliwości jako sprzeczne z podstawowymi normami prawa międzynarodowego³⁴¹.

Najpóźniej swoje stanowisko przedstawiła strona brytyjska. Rząd JKM w nocy z 6 kwietnia 1925 roku wskazał, że Wielka Brytania powstrzyma się od zajęcia stanowiska w chwili obecnej, oczekując wyników przyszłej dyskusji na forum społeczności międzynarodowej (*have decided to await further international discussion on this question before formulating their considered views on the Report of The Hague Commission*)³⁴².

339 „(...) the Netherlands Government, always desirous of promoting the development of international law, would be happy to subscribe to most of the rules in question, and it thanks the American Government for having taken the initiative toward the conclusion of a convention which would set up these rules as provisions of law. The Netherlands Government, while still referring to the right it has reserved above to suggest modifications of form later, can agree to the greater part of the provisions of the project”. *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States*, 1925, vol. I, 700.00116/206, the Netherlands Minister of Foreign Affairs (Karnebeek) to the American Minister (Tobin), Haga, February 11th 1925.

340 „Her Majesty's Government cannot express its views regarding the contents of chapter VII of these rules, concerning the right of search, of capture, and of confiscation, before a new effort has been made to explain the sense, to fill the gaps, and to correct the faults thereof. Nothing justifies the extension of this right to aircraft, which constitute a new engine of war entirely different from that of a war vessel, and entirely incapable of exercising on merchant vessels or on private aircraft a control similar to that exercised by a war vessel on vessels of commerce”. *Ibidem*.

341 „The French Government recognizes the very deep interest which this suggestion possesses, but an examination of the rules that have been proposed has shown that most of them reproduce solutions which have already been adopted by France and included either in the International Conventions already in force, such as The Hague Convention of 1907, or amongst the practices of international law sanctioned by custom. Other proposals, furthermore, would not be without objection, because, on many points, the innovations which they imply are not in conformity with certain principles, such as the freedom of the seas, or are open to criticism from other points of view”. *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States*, 1925, vol. I, 700.00116/206, the French Minister of Foreign Affairs (Herriot) to the American Ambassador (Herrick).

342 „I now request you to inform your Government that His Majesty's Government, while warmly appreciating the friendly and humanitarian motives which have prompted

P. J. Goda wskazuje, że w maju 1923 roku sekretarz marynarki wojennej w liście adresowanym do sekretarza stanu podkreślił, że projekt z 1923 roku będzie traktowany jako mający wymierną wartość praktyczną, niezależnie od jego ratyfikacji bądź też nie³⁴³.

18.1. Analiza korespondencji dyplomatycznej

Dokonując oceny oświadczeń rządów bezpośrednio uczestniczących w pracach komisji, należy dostrzec kilka istotnych okoliczności. Żaden z rządów wprost nie zakwestionował najistotniejszych rozdziałów Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku – obiekcje w tej mierze zgłaszały strona holenderska oraz francuska. To drugie państwo ponadto wskazało, że uważa część zapisów regulacji jako swoiste *superfluum* w stosunku do norm prawa konwencyjnego bądź też zwyczajowego, a także powołując się na własną legislację. Trudno jednakże doszukiwać się w stanowisku francuskim wyraźnego odrzucenia całości rozwiązań haskich z 1923 roku, gdy taką interpretację można wywieść w stosunku do fragmentu korespondencji związanej z prawami wojskowych statków powietrznych na morzu bądź zagadnień związanych z neutralnością w wojnie powietrznej. Tylko jedno państwo – Zjednoczone Królestwo – odmówiło zajęcia jednoznacznego stanowiska, nie kwestionując jednocześnie samej istoty proponowanych zmian. Pozostałe państwa uczestniczące w pracach komisji z 1923 roku, tj. Stany Zjednoczone i Japonia wyraziły wprost wolę związania się konwencją, obejmującą w swych aneksach normy nowego prawa wojny powietrznej, a Włochy i Holandia potwierdziły, że zgadzają się z zasadniczą większością zapisów, wyrażając wolę modyfikacji treści pewnej ich części – jednakże w zakresie niezwiązanym z fundamentem regulacji w postaci rozdziałów II–IV.

Nie ma wątpliwości, że korespondencja dyplomatyczna może być ważnym dowodem *opinio iuris individualis*³⁴⁴. W raporcie sporządzonym w roku 1950 na temat zwyczajowego prawa międzynarodowego Komisja Prawa Międzynarodowego potwierdziła szczególną rolę korespondencji dyplomatycznej jako dowodu praktyki państw (*The diplomatic correspondence between Governments must*

these proposals, have decided to await further international discussion on this question before formulating their considered views on the Report of The Hague Commission". *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States*, 1925, vol. I, 700.00116/206, the British Secretary of State for Foreign Affairs (Chamberlain) to the American Chargé (Sterling).

343 P. J. Goda, *The Protection of Civilians from Bombardment by Aircraft: The Ineffectiveness of the International Law of War*, „Military Law Review” 1993, vol. 33, s. 97.

344 T. Rauter, *Judicial Practice: Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, Cham 2017, s. 103–104; K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, Wrocław 1964, s. 147–148.

supply abundant evidence of customary international law)³⁴⁵. Współcześni autorzy podnoszą, że dokonana przez KPM klasyfikacja ma charakter klasycznego zbioru źródeł kreowania zwyczaju międzynarodowego³⁴⁶. Nie należy także tracić z pola widzenia tego, że w ramach korespondencji dyplomatycznej państwa można odnaleźć także deklaracje mające wymiar jednostronnych aktów o charakterze wiążącym (szerzej o tym w podrozdziale 23). Należy jednak zwrócić uwagę, że w ramach powyższych oświadczeń (badanych zarówno w kontekście jednostronnych aktów państwa, jak i prawa zwyczajowego) należy odróżnić rozważania natury prawnej od deklaracji politycznych niemających charakteru wiążącego³⁴⁷.

Z perspektywy pozytywizmu prawniczego nie można jednakże pomijać ewidentnego faktu nieratyfikowania reguł z 1923 roku przez żadne z państw. Ponadto, po fiasku genewskiej konferencji rozbrojeniowej w latach 1932–1934, o roli dokumentu dyskutowano w mniejszym stopniu niż w latach 20. XX wieku, stopniowo uznając go jedynie za projekt bazowy bądź bardziej konstruktywną próbę rozwoju prawa międzynarodowego w przedmiocie wojny powietrznej. Nie podjęto także żadnej poważnej próby ratyfikacji dokumentu jako odpowiedzi społeczności międzynarodowej na zjawiska bombardowań mających miejsce w Etiopii, Hiszpanii oraz Chinach. H. S. Leroy zwrócił uwagę, że orzeczenia arbitrażowe, jakie zapadły w sprawie Coenca i Kiriadolou, dotyczyły zdarzenia prawnego, jakie miało miejsce przed wprowadzeniem Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku, natomiast same orzeczenia zapadły już po rozpowszechnieniu dokumentu³⁴⁸. W. Friedman wskazał, że reguły z 1923 roku zostały w znacznym stopniu zdyskwalifikowane wskutek przeciwnej praktyki państw mającej miejsce w konfliktach chińskim oraz hiszpańskim³⁴⁹.

Należy podkreślić, że wysiłki społeczności międzynarodowej, a także w pewnym sensie artykulacja jej głosu zmanifestowana przez jednomyślne przyjęcie rezolucji Zgromadzenia Ligi Narodów z 30 września 1938 roku pozwalają wskazać, że nie tylko naukowcy, publicyści oraz stowarzyszenia naukowe, ale także państwa uznawały przynajmniej zasady określone na gruncie wyżej wymienionego

345 Report of the International Law Commission to the General Assembly, *Ways and Means for Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available*, „Yearbook of the International Law Commission” 1950, vol. 2, s. 371, para. 71.

346 M. E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Study of their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1996 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht 1997, s. 5.

347 G. Den Dekker, *The Law of Arms Control: International Supervision and Enforcement*, Dordrecht 2001, s. 62–63.

348 „Both of these claims arose prior to the formulation of The Hague Rules of 1923 while both decisions were pronounced following The Hague Rules of 1923”. H. S. Leroy, *Limitation...*, s. 28.

349 „And let us remember that the Hague Air Warfare Rules of 1923 are merely suggestions, never formally adapted, and in many ways, overtaken by developments of further seventeen years”. W. Friedmann, *International Law and the Present War*, „The Grotius Society, Problems of Peace and War” 1940, vol. 26, s. 224.

dokumentu Ligi Narodów za reguły stanowiące fundament prawny. Jak już wspomniano, sam fakt istnienia aprobującej dokumentacji obejmującej wymianę not dyplomatycznych może być dowodem tylko *opinio iuris* – co nie jest wystarczające w teorii zwyczajowego prawa międzynarodowego. Niezbędnym elementem jest dokonanie „pomiaru” praktyki państw – zwłaszcza przeanalizowanie wpływu reguł z 1923 roku na ustawodawstwo wewnętrzne państw szczególnie zaangażowanych (tj. posiadających najbardziej rozbudowane siły powietrzne w okresie międzywojennym). Należy również pamiętać, że dokonując dalszego podziału praktyki (*usus*) na elementy werbalne i fizyczne, sam fakt umieszczenia danej normy w formie wytycznych kierowanych do sił powietrznych również może nie być wystarczający, jeżeli nie towarzyszy temu rzeczywisty wymiar praktyki³⁵⁰.

19. Przykłady implementacji treści Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku do regulaminów wojskowych

19.1. Włochy

Dekretem królewskim z 8 lipca 1938 roku przyjęto przepisy określające zasady funkcjonowania włoskich sił zbrojnych w warunkach przyszłego konfliktu zbrojnego (*Approvazione dei testi della legge di guerra e della legge di neutralità*)³⁵¹. Dokument ten został przeanalizowany przez włoskiego badacza R. Sandiforda, który uznawał legislację za przykład bezpośredniej inspiracji rozwiązaniami przyjętymi na gruncie projektu z 1923 roku, zwłaszcza w kontekście prawa bombardowań powietrznych³⁵². Podkreślono także w tej mierze, że włoska ustawa jest pierwszym wyraźnym aktem uznania prac komisji jurystów za obowiązujące prawo, które zostało implementowane przez włoskiego

350 Zob. proces Karla Doenitza przed MTW, szerzej opisany w rozdziale poniżej.

351 *Approvazione dei testi della legge di guerra e della legge di neutralità* (Regio Decreto 8 luglio 1938 XVI, N. 1415, Pubblicato nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale del 15 settembre 1938 XVI, N. 211).

352 „La loi italienne a pour caractéristique à l’égard de problèmes plus importants, tels que celui du bombardement et de la participation de l’aéronef à la guerre maritime, qui seront considérés tout à l’heure, de s’inspirer, en grande partie, des Règles de La Haye et de proclamer des principes essentiellement pratiques pour la solution de questions déterminées”. R. Sandiford, *Évolution...*, s. 668.

ustawodawcę. Szczególne znaczenie w tej mierze miały przepisy art. 38–53 dekrety. Artykuł 38 stanowił o zakazie atakowania osób opuszczających pokład statku powietrznego, które znajdowały się w sytuacji rozbitków morskich³⁵³. Szczególną wartość normatywną posiadał art. 40 ustawy (*bombardamento di obiettivi militari*), który wskazywał, „że jest dopuszczalne atakowanie celów, których częściowa bądź całkowita destrukcja przynosi korzyść przy prowadzeniu operacji wojskowych, skierowanych w szczególności przeciwko siłom zbrojnym, warsztatom, instalacjom wojskowym, składom wojskowym oraz środkom transportowym wykorzystywanym na potrzeby sił zbrojnych”³⁵⁴. Artykuł 41 ustawy (*bombardamento di abitanti, di edifici e di fari*) określał, że „w rejonie działań lądowych oraz w przypadku miast przybrzeżnych dopuszczalne jest atakowanie miejscowości, osad, wsi oraz budynków, jeżeli istnieje dostateczne przypuszczenie, że występująca w nim koncentracja wojskowa uzasadnia bombardowanie”³⁵⁵. Pewną modyfikacją w stosunku do treści reguł z 1923 roku był nakaz, aby w procesie podejmowania decyzji o wykonaniu ataku powietrznego dokonać szacowania niebezpieczeństwa względem osób niewalczących („atak nie może nastąpić, mając na względzie niebezpieczeństwo, na jakie narażona jest ludność cywilna” – *Tale facoltà non può essere esercitata, se non tenendo conto del danno, al quale viene esposta la popolazione civile*). Następnie artykuł określał, że dopuszczalne jest niszczenie wszelkiej instalacji radarowo-sygnalizacyjnej, działającej na korzyść marynarki bądź lotnictwa. Artykuł 42 dekretu zawierał unormowanie analogiczne jak art. 22 reguł z 1923 roku³⁵⁶. Co interesujące, art. 46 regulacji przewidywał uznanie immunitetu tzw. stref sanitarnych. Sandiford uznawał powyższe rozwiązanie za wielki postęp w pracach nad kodyfikacją prawa wojny powietrznej³⁵⁷. Ponadto zaznaczył, że włoska regulacja nie dokonywała rozróżnienia pomiędzy bombardowaniami morskimi, lotniczymi i lądowymi³⁵⁸.

353 „É lecito aprire il fuoco contro i nemici, che, fuori del caso di naufragio scendono con paracadute, isolati o in massa”. Approvazione dei testi...

354 „É lecito il bombardamento diretto contro obiettivi nemici, la cui distruzione, totale o parziale, torni a vantaggio delle operazioni militari, e, in particolare, contro le forze armate e gli accantonamenti militari, le opere e gli stabilimenti militari, le opere e gli apprestamenti militari, nonché i depositi, le officine, le installazioni, le vie e i mezzi di comunicazione atti a essere utilizzati per i bisogni delle forze armate”. *Ibidem*.

355 *Ibidem*.

356 „Il bombardamento, che abbia il solo scopo di colpire la popolazione civile o di distruggere o danneggiare i beni non aventi interesse militare, é in ogni caso proibito”. *Ibidem*.

357 „Cela constitue, sans doute, un grand progrès vers une codification générale des règles pour la conduite de la guerre aérienne”. R. Sandiford, *Évolution...*, s. 669.

358 „La loi italienne sur la conduite de la guerre, par exemple, s’inspirant des principes de La Haye, ne fait pas de distinction entre les bombardements terrestres, navals ou aériens, mais elle fixe un régime différent selon que le bombardement est effectué dans la zone des opérations militaires ou en dehors”. *Ibidem*, s. 671.

19.2. Japonia

W oficjalnym stanowisku Departamentu Cesarskiej Marynarki Wojennej z 1938 roku, wydanym jako odpowiedź na zarzuty Ligi Narodów względem postępowania lotnictwa japońskiego w Chinach, podkreślono, że lotnictwo Japońskiej Cesarskiej Marynarki Wojennej wykonuje operacje bojowe w oparciu o Haskie reguły wojny powietrznej z 1923 roku³⁵⁹.

19.3. Zjednoczone Królestwo

W 1928 roku ówczesny Szef Sztabu Lotnictwa (*Chief of Air Staff*) Hugh Trenchard wskazał, że „nie ma żadnego źródła prawa międzynarodowego zakazującego atakowania celów wojskowych. Legalność takiego działania została potwierdzona przez komisję jurystów, która nakreśliła w latach 1922–1923 projekt kodeksu wojny powietrznej. Pomimo że kodeks ten nie został formalnie zaadaptowany, to z pewnością będzie reprezentował praktykę, która zostanie uznana za legalną w nadchodzącym konflikcie”³⁶⁰.

22 sierpnia 1939 roku Ministerstwo Lotnictwa w instrukcji dotyczącej bombardowań morskich i lotniczych wskazało, że wytyczne opierają się na „rozsądnej interpretacji reguł z 1923 roku”, ale mogą być modyfikowane w dalszym ciągu konfliktu w zależności od postępowania strony nieprzyjacielskiej (pkt 2). Punkt 3 dokumentu wskazywał, że ich treść została opracowana wspólnie ze stroną francuską na konferencji międzysztabowej w kwietniu 1939 roku. Wytyczne posługiwały się zwrotem charakterystycznym także dla polskich instrukcji z 30 sierpnia 1939 roku, poprzez użycie paradygmatu ataku wyłącznie przeciwko „celom

359 „Accordingly, the Japanese Naval Air Force has been unavoidably regulating its conduct consultation with the Draft of Rules of Aerial Warfare which was framed by a Commission of Jurists to Consider the Amendment of the Laws of War which met at The Hague in 1922–23 and in which Japan, the British Empire, the United States, France, Italy and Holland participated. The Convention Respecting Bombardment by Naval Forces in Time of War, which was signed in 1907, has also been referred to”. *Aerial Bombardment and International Law*, Publicity Bureau, Navy Department, Tokyo Gazette 1938, vol. 1, s. 3; „They do reflect the only authoritative attempt to set down concisely the rules for air combat. Prior to World War II, certain nations did indicate their intent to adhere to these rules, notably Japan in 1938 in their China campaign, but by World War II their influence was minimal”. H. DeSaussure, *The Laws of Air Warfare: Are There Any?*, „International Law Lawyer” 1971, vol. 5, s. 531.

360 „As regards the question of legality, no authority would contend that it is unlawful to bomb military objectives, wherever situated. There is no written international law as yet upon this subject, but the legality of such operation was admitted by the Commission of Jurists who drew up a draft code of rule for air warfare at The Hague in 1922–23. Although the code then drawn up has not been officially adopted it is likely to represent the practice which will be regarded as lawful in any future war”. P. J. Goda, *The Protection of Civilians...*, s. 98–99.

wojskowym w najwęższym znaczeniu tego zwrotu”, podnosząc jednocześnie, że sytuacja wojskowa może zezwolić na „stosowanie szerokiej definicji celu wojskowego, zgodnie z treścią reguł z 1923 roku”. Punkt 8 zakładał, że bombardowanie jest dopuszczalne jedynie przeciwko siłom morskim, okrętom wojennym, stoczniom oraz składom materiałów morskich, siłom lądowym, fortyfikacjom, koszarom, lotniskom, szlakom komunikacyjnym, o ile są faktycznie wykorzystywane do celów wojskowych, składom wojskowym oraz materiałom pędnym. Ponadto instrukcja powtarzała treść rezolucji Zgromadzenia Ligi Narodów z 30 września 1938 roku, stwierdzając, że „jest jednoznacznie nielegalne, aby w sposób niedbały bombardować obszary zabudowane, bez wyraźnego ich zlokalizowania oraz zidentyfikowania”³⁶¹. Szczegółowa treść instrukcji jest wiernym odzwierciedleniem polskiego tekstu wytycznych z 1939 roku.

19.4. Rzeczpospolita Polska

Tuż przed wybuchem II wojny światowej Generalny Inspektor Sił Zbrojnych marszałek Edward Śmigły-Rydz wydał instrukcję do polskiego lotnictwa pod nazwą „Wytyczne dotyczące bombardowania powietrznego”³⁶². W rozkazie stwierdzono następujące okoliczności:

- 1) treść wytycznych została uzgodniona z rządami sprzymierzonymi i miała nie dopuścić do podjęcia przez polskie lotnictwo bombowe działań sprzecznych z prawem międzynarodowym³⁶³;
- 2) wytyczne podkreślały że jedynie obiekty wojskowe mogą być bombardowane z morza lub powietrza³⁶⁴. Wytyczne uznawały za legalne cele: siły morskie oraz ich infrastrukturę, jednostki wojsk lądowych oraz umocnienia, lotnictwo oraz lotniska wojskowe wraz ze składami amunicji, linie komunikacyjne, o ile istnieje „słuszne przypuszczenie, że posiadają charakter wojskowy”, miejsca składowania uzbrojenia (bez fabryk) oraz paliw płynnych³⁶⁵;

361 Air Ministry, *Instruction Governing Naval and Air Bombardments*, 22.08.1939, PRO AIR 8/283 w: H. M. Hanke, *Luftkrieg und Zivilbevölkerung*, Frankfurt n. Menem 1992, s. 303–309.

362 Sztab Główny, L.Dz 687/Mob/S.Lotn/39, L.26/Teka. 1/Subt.5 w: H. Kujawa, *Księga lotników polskich. Poległych zmarłych i zaginionych w latach 1939-1945. Tom I. Polegli w kampanii wrześniowej, pomordowani w ZSRR i w innych okolicznościach podczas okupacji*, Warszawa 1989.

363 „Przedstawiam do wykonania wytyczne dotyczące bombardowania lotniczego. Wytyczne te, uzgodnione z rządami: angielskim i francuskim mają na celu nie dopuścić do rozpoczęcia przez nas działań niezgodnych z prawem międzynarodowym”. Sztab Główny, L.Dz 687/Mob/S.Lotn/39, L.26/Teka. 1/Subt.5 w: H. Kujawa, *Księga...*

364 Szerzej o pojęciu obiektu wojskowego w pkt 8.1.

365 „Jedynie niżej wymienione obiekty, ściśle wojskowe w najwęższym tego słowa znaczeniu mogą być bombardowane z morza lub powietrza”. Sztab Główny, L.Dz 687/Mob/S.Lotn/39, L.26/Teka. 1/Subt.5 w: H. Kujawa, *Księga...*

- 3) wytyczne zakazywały ataków na ludność cywilną jako niezgodnych z prawem międzynarodowym, nakazując przy tym identyfikację obiektów wojskowych³⁶⁶;
- 4) wytyczne zabraniały bombardowań bez rozróżnienia, które mogły razić jednocześnie cele wojskowe i cywilne³⁶⁷;
- 5) wytyczne nakazywały uwzględniać regułę proporcjonalności i np. nie zezwalały na atakowanie niewielkich oddziałów wojskowych, jeżeli byłoby to nieproporcjonalne do strat ludności cywilnej³⁶⁸;
- 6) wytyczne wprowadzały surowy reżim odpowiedzialności za naruszenia rozkazu.

Szeroki komentarz do powyższego dokumentu został przedłożony przez Z. Rotockiego i R. Bierzankę, którzy uznawali instrukcję z 30 sierpnia 1939 roku kierowaną do polskiego lotnictwa bombowego za przykład oficjalnego stanowiska rządowego, potwierdzającego wiążący charakter reguł wojny powietrznej obowiązujących w latach 1939–1945, zbudowanych na fundamencie haskich reguł z 1923 roku³⁶⁹. Zaznaczyć trzeba, że instrukcja z 1939 roku w istocie proponowała najbardziej restrykcyjną teorię obiektu wojskowego oraz zakładała inne dalsze ograniczenia związane z minimalizacją skutków względem ludności cywilnej o zakresie dalej idącym niż proponowane w ramach projektu komisji jurystów oraz rezolucji Zgromadzenia Ligi Narodów z 30 września 1938 roku.

19.5. III Rzesza

Wytyczne z 20 lipca 1939 roku Ministra Lotnictwa i Głównodowodzącego Luftwaffe (*Der Reichsminister der Luftfahrt und Oberbefehlshaber der Luftwaffe Generalstab der Luftwaffe*) pt. „Instrukcje dla dowódców wojny powietrznej” (*Anweisung für die Führung des Luftkrieges auf Grund der anliegenden Thesen*),

366 „Bombardowanie ludności cywilnej jest niezgodne z prawem międzynarodowym”. *Ibidem*.

367 „Bombardowanie powinno się kierować słusznym przypuszczeniem, że szkód doznają tylko te obiekty i że ludność cywilna w sąsiedztwie nie zostanie zbombardowana przez niedopatrzanie. Jest rzeczą niezgodną z prawem międzynarodowym bombardowanie obszarów w nadziei na natrafienie na obiekty uzasadniające to bombardowanie, o których się wie, że istnieją w takich okolicach, lecz nie zna się dokładnego miejsca ich dyslokacji”. *Ibidem*.

368 „Drobne oddziały na kwaterach, oddział wojskowy przechodzący przez miasto, względnie wojsko znajdujące się na nabrzeżu handlowym (w porcie) – są obiektami niewątpliwie o charakterze wojskowym, tym niemniej bombardowanie tego rodzaju obiektów w mieście mogło by spowodować nieproporcjonalne niebezpieczeństwo dla ludności cywilnej, w stosunku do wojskowego znaczenia tej akcji, a tym samym nie było by uzasadnione”. *Ibidem*.

369 „It does not require for its better understanding an investigation into the intentions of parties and causes of its appearance, and in conformity with the passage quoted at the outset, in the opinion of Poland, it is an expression of valid regulations in the sphere of air war rights”. Z. Rotocki, *Polish Directives...*, s. 164; R. Bierzanek, *Commentary, 1923 Hague Rules...*, s. 403.

podpisane przez W. Jeschonnekę, zawierały wskazanie, że opierają się na ogólnych zasadach prawa międzynarodowego, które mają zastosowanie w wojnie powietrznej (*Sie berücksichtigten die allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätze, die für den Luftkrieg Geltung haben*)³⁷⁰. Tezy stanowiły podstawę reguł obowiązujących Luftwaffe na wypadek wojny zarówno w stosunku do przeciwnika, jak i stron neutralnych (*Die Thesen derben Richtlinien für die Rückführung der Kampfhandlungen, für das Verhalten, wenn Hoheitsrechte neutralem Staate brüht werden und für die Behandlung feindlicher und neutraler Zivilluftfahrzeuge und Handelsschiffe*)³⁷¹. Reguła nr 19 stanowiła o legalności wykorzystywania amunicji zapalającej przeciwko wrogim statkom powietrznym. Reguła nr 20 wskazywała, że atak powietrzny jest dopuszczalny tylko przeciwko ważnym celom wojskowym (*Luftangriffe sind nur gegen militärisch wichtige Ziele zulässig*)³⁷². Zdaniem komentarza do rozkazu uzasadnieniem sformułowania „ważny cel wojskowy” jest potrzeba podkreślenia, że jedynie istotne z punktu widzenia prowadzenia wojny dla przeciwnika obiekty mogą być poddane niszczeniu, np. elementy gospodarki przemysłowej. Reguła nr 21 zakazywała ataków na osoby i obiekty chronione Konwencją genewską z 1929 roku. Reguła nr 22 podnosiła, że rajdy powietrzne w zamiarze terroryzowania ludności cywilnej i ranienia niewalczących są zakazane – komentarz zachowywał jednakże w tej mierze istnienie wyjątku, jakim była decyzja dowódcy sił powietrznych. Reguła nr 23 zabraniała bombardowań w celu kontrybucji. Reguła nr 24 wprowadzała obowiązek obserwacji, czy atak na obiekt wojskowy nie powoduje znaczących strat wśród ludności cywilnej, które nie są proporcjonalne do osiągniętej korzyści wojskowej. Ponadto wskazywano, aby w ramach reguł ostrożności uwzględniać rozmiar, rodzaj celu oraz warunki panujące podczas ataku i nie podejmować uderzeń, które nie pozwalają ograniczyć ataku do obiektu wojskowego. Reguła nr 25 powtarzała dyspozycję art. 26 Regulaminu haskiego z 1907 roku. Reguła nr 26 wskazywała, że legalne jest atakowanie miast i osad znajdujących się na pierwszej linii frontu, o ile istnieje uzasadnione przypuszczenie, że koncentracja wojskowa jest dostateczną podstawą do bombardowania, zważywszy na niebezpieczeństwo wynikające dla ludności cywilnej.

19.6. Francja

Autorowi pracy nie jest znana dokładna treść dokumentów francuskich, należy jednak zwrócić uwagę, że Francja głosowała jednomyślnie za przyjęciem rezolucji Ligi Narodów z 30 września 1938 roku, oficerowie francuskich sił powietrznych

370 Dokument 18, Obdl Anweisung zur Führung des Luftkrieges, 20.07.1939 (30.09.1939) BA/MA RW 5/v.336. w: H. M. Hanke, *Luftkrieg...*, s. 297.

371 *Ibidem*, s. 298.

372 *Ibidem*, s. 299.

uczestniczyli w pracach komisji do spraw bombardowań powietrznych w Hiszpanii, ponadto strona francuska deklarowała, że przepisy konstytuujące m.in. definicję „celu wojskowego” są w istocie częścią prawa pozytywnego stosowanego przez siły zbrojne republiki (był to jeden z argumentów przeciwko ratyfikacji reguł z 1923 roku)³⁷³. Zarówno brytyjskie, jak i polskie wytyczne z sierpnia 1939 roku wyraźnie wskazują, że ich treść została ustalona w porozumieniu z Francją.

19.7. Stany Zjednoczone

Ustalenie stanowiska rządu Stanów Zjednoczonych w kwestii bombardowań lotniczych napotyka na pewne trudności badawcze. Z jednej strony, w kontekście bombardowań powietrznych w Chinach oraz Hiszpanii, oficjalne organy tego państwa wyraźnie protestowały przeciwko traktowaniu ludności cywilnej jako przedmiotu operacji lotniczych. Jednakże treść instrukcji wojskowych nie jest wyraźnie wyartykułowana w dostępnych źródłach. Warto zwrócić uwagę, że jedną z istotnych pozycji naukowych, kształtujących poglądy prawników amerykańskich na prawa i zwyczaje obowiązujące w prawie międzynarodowym jest od końca XIX wieku czasopismo „International Law Situations” wydawane przez Naval War College w Newport, Rhode Island. Należy zauważyć, że dokument ten nie ma charakteru oficjalnego stanowiska rządu Stanów Zjednoczonych i docelowo nie może służyć jako wyłączny dowód *opinio iuris* na określone zjawisko prawne. Z drugiej strony jednak warto zaznaczyć, że czasopismo w okresie międzywojennym było wydawane przez oficjalny organ w postaci szkoły marynarki wojennej USA (której rektor był wyższym oficerem) i może być istotnym „sygnałizatorem” oficjalnego poglądu prawnego na kwestię użycia lotnictwa w warunkach konfliktu zbrojnego. W edycji z roku 1912 to czasopismo zajmujące się głównie aspektami prawnymi prowadzenia działań wojennych na morzu poświęciło fragment swojego rozdziału użyciu statków powietrznych podczas wojny³⁷⁴. W tekście można odnaleźć aprobatę poglądu świadczącego o potrzebie traktowania członków załóg balonów jako uprawnionych do statusu jeńca wojennego, a także komentarz dotyczący art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku³⁷⁵. Wprowadzone na drugiej konferencji pokojowej w Hadze zmiany w tekście pierwotnym z 1899 roku obejmowały swą dyspozycją także kwestię prowadzenia działań powietrznych, jednakże dotyczyły tylko i wyłącznie obszarów niebronionych, nie obejmując swym zakresem rejonów umocnionych oraz bronionych³⁷⁶. Nie istnieją żadne normy prawa pozytywnego zakazujące wykorzy-

373 Ślad powyższej koncepcji można odnaleźć w artykule R. Homburg, *Les règles de la guerre aérienne*, „Revue Juridique Internationale de la Locomotion Aériennes” 1922, vol. 6, s. 413.

374 „International Law Situations with Solutions and Notes” 1912, s. 56.

375 *Ibidem*, s. 58.

376 *Ibidem*, s. 59.

stania lotnictwa wojskowego do celów rozpoznawczych ani zabraniające państwom neutralnym zapobieżenie wrogiemu wykorzystaniu własnej przestrzeni powietrznej³⁷⁷. Podobnie nie ma żadnego zakazu zabraniającego wykorzystania lotnictwa do bombardowania rejonów bronionych i ufortyfikowanych. Autorzy komentarza stali na stanowisku, że nie istnieją przesłanki, które zakazywałyby wykorzystania lotnictwa jako legalnego narzędzia walki, z uwagi na podobieństwa działań morskich, lądowych oraz lotniczych, powielając w tej mierze ustalenia Instytutu Prawa Międzynarodowego z 1911 roku³⁷⁸.

Do kwestii postępow w prawie wojny powietrznej „International Law Situations” odniosły się dopiero w 1930 roku. Podniesiono na łamach czasopisma, że prawo lotnicze zarówno czasu wojny, jak i pokoju powinno opierać się normatywnie na siatce obowiązującej w wojnie morskiej niż lądowej, jednocześnie podnosząc, że zwykła transpozycja tych norm, bez odpowiedniego konwertowania z uwzględnieniem specyfiki działalności lotnictwa jest błędna³⁷⁹. W tym okresie uznawano, że zakaz prowadzenia działań powietrznych jest pomysłem utopijnym, a kwestii rozróżnienia pomiędzy pociskiem wystrzeliwanym przez działą lądowe bądź morskie a obiektem zrzuconym z samolotu nie uznawano za istotną prawnie³⁸⁰. Lotnictwo, a w szczególności bombardowania lotnicze uznawano za element oddziaływania na morale przeciwnika, zarówno w odniesieniu do ludności cywilnej, jak i personelu sił zbrojnych. Jednakże podnoszono konieczność ujęcia tej interakcji w granicach prawa. Czasopismo nie odnosząc się w żaden sposób do Haskich reguł wojny powietrznej, popierało teorię celu wojskowego, uznając, że dokonanie powyższej klasyfikacji jest stosunkowo proste, uznając za cele wojskowe: 1) bazy morskie, lotnicze, lądowe, 2) składy i miejsca zaopatrzenia, 3) fabryki zbrojeniowe położone niezależnie od ich lokalizacji (przybrzeżne, frontowe bądź w głębi kraju) oraz dokonując rozróżnienia ze względu na status (bronione, niebronione)³⁸¹.

Edycja „International Law Studies” z 1938 roku (nowa nazwa „International Law Situations”) o wojnie powietrznej w kontekście prawnym wspomina tylko podczas omawiania stanu faktycznego związanego z lądowaniem na neutralnym terytorium samolotu wojskowego należącego do walczących. Komentarz dotyczący prawa użycia wojskowego statku powietrznego w warunkach konfliktu

377 *Ibidem*, s. 85–86.

378 *Ibidem*, s. 75.

379 „Some of the writers also properly point out that while there may be analogies these should not be regarded as anything more than analogies. To regard the laws as identic would lead to serious errors”. „International Law Situations with Solutions and Notes” 1930, s. 99.

380 The means of delivery of an explosive shell, whether by, aircraft or by gun, does not constitute the measure of its legality”. *Ibidem*, s. 100.

381 „That aircraft may be used as an agent to weaken the civilian as well as the military morale of an enemy seems to require no proof, but in both cases this conduct must be kept within the law. Military objectives as legal objects of attack by land or naval forces, may be fairly easily classified. Objectives of the same nature must be admitted as legitimate for aircraft; e.g., military, naval, and aerial bases, supply bases, ammunition, manufactories etc.” *Ibidem*, s. 103.

zbrojnego obejmuje jedynie odwołanie się do nieadekwatności testu obronności lokalizacji w kontekście Konwencji haskiej z 1907 roku oraz informacje o porzuceniu tego kryterium w ramach reguł z 1923 roku³⁸². Należy zwrócić uwagę, że tezy odnoszące się do konieczności wojskowej w kontekście działań powietrznych wyraźnie sygnalizowały dopuszczenie „innej koncepcji celu wojskowego, który uwzględniałby także oddziaływania względem ludności cywilnej i jej zdolność do podtrzymywania zbrojnego oporu adwersarza”³⁸³. Na łamach „International Law Situations” w 1939 roku podniesiono, że „nie ma żadnej korzyści wojskowej z bombardowania ludności cywilnej, a jej opór nie zostanie złamany poprzez moralne oddziaływanie siły powietrznej”³⁸⁴.

Wydany w 1940 roku „Podręcznik zasad obowiązujących w wojnie lądowej” (*Rules of Land Warfare FM 27-10*) zawierał także instrukcje dotyczące zasad funkcjonowania lotnictwa (do zakończenia II wojny światowej lotnictwo posiadało status przynależny marynarki wojennej bądź armii – *United States Army Air Forces, USAAF*)³⁸⁵. Reguła 45 instrukcji recypowała treść art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku, wskazując, że zakaz atakowania miast niebronionych dotyczył także lotnictwa. Amerykańskie wytyczne uznawały za obszar broniony miejsca ufortyfikowane, a także okupowane bądź wykorzystywane do przemarszu przez wrogie oddziały – w takiej sytuacji bombardowanie jest dopuszczalne w każdym przypadku, w tym także w ramach ataków powietrznych. Treść wytycznych jest w istocie niezwykle lakoniczna i odwołuje się jedynie zasadniczo do przepisów określonych w ramach drugiej konferencji pokojowej w Hadze – warto zwrócić uwagę, że w żadnym miejscu dokument nie odwołuje się do teorii celu wojskowego.

20. Czy Haskie reguły wojny powietrznej z 1923 roku uzyskały status zwyczajowy przed 1 września 1939 roku?

H. M. Hanke zwrócił uwagę, że dopiero przyjęcie reguł z 1923 roku zrównoważyło dyskurs doktryny prawa międzynarodowego w taki sposób, iż zaczęto projekt komisji jurystów traktować jako zasadniczy fundament prawa wojny powietrz-

382 „International Law Situations with Solutions and Notes” 1938, s. 9–11.

383 *Ibidem*, s. 7.

384 *Belligerent and Neutral Rights in Regard to Aircraft*, „International Law Situations” 1939, s. 5.

385 United States War Department, Army Judge Advocate General, *FM 27-10 Rules of Land Warfare 1940*, Waszyngton 1940.

nej³⁸⁶. W ocenie niemieckiego autora niemal każda publikacja z okresu międzywojennego dotycząca działań lotnictwa w warunkach konfliktu zbrojnego wyrażała stanowisko co do merytorycznej zasadności i słuszności zapisów projektu nad obowiązującymi zasadami wynikającymi z Regulaminu haskiego z 1907 roku w przedmiocie art. 22–26 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku. Autor podnosił, że zwłaszcza w przedmiocie art. 22 stanowiącym o zakazie bombardowania terrorystycznego nie było wątpliwości co do słuszności takiego poglądu. Koronnym przykładem akceptacji społeczności międzynarodowej było dla niemieckiego autora potwierdzenie naczelných i niekwestionowanych zasad reguł z 1923 roku w formie rezolucji Ligi Narodów. Wiele państw potwierdziło wiążący status dokumentu (Japonia, Wielka Brytania) przynajmniej w przedmiocie art. 22 i art. 24 ust. 1 reguł z 1923 roku. W efekcie Haskie reguły wojny powietrznej z 1923 roku wraz z towarzyszącą im aprobatą o charakterze legislacyjnym państw stały się *opinio iuris* i *usus* społeczności międzynarodowej przed wybuchem II wojny światowej – wskazane powyżej artykuły stały się nie tylko zaakceptowaną normą, ale także były wyrazem jednoznacznej potrzeby posiadania takiej normy³⁸⁷. Podobne stanowisko wyrażają przedstawiciele doktryny polskiej R. Bierzanek oraz Z. Rotocki³⁸⁸. Część autorów ponadto podnosiła, że reguły z 1923 roku powinny być traktowane jako dokument o szczególnym znaczeniu z uwagi na fakt sporządzenia go przez ekspertów umocowanych przez rządy oraz podpisania przez nich, co nadawało projektowi quasi-oficjalny charakter³⁸⁹. Stanowisko podobne do Hanke wcześniej przedstawił E. Spetzler, który wskazał reguły z 1923 roku jako decydujący element prawa wojny powietrznej, dający podstawy normie zwyczajowej, obowiązującej w okresie międzywojennymi oraz po II wojnie światowej³⁹⁰. Ponadto w jego ocenie praktyka państw w okresie poprzedzającym II wojnę światową nie doprowadziła do naruszenia zasadniczej podstawy powyższej normy (*Des Luftkriegspraxis zwischen den beiden Weltkriegen labt gleichfalls eine grundsätzliche Abkehr von dem bisherigen Gewohnheitsrecht nicht erkennen wenn sie auch nicht immer ganz korrekt war*³⁹¹). A. Jachec-Neale podnosi, że fakt inkorporacji sformułowań zawartych w treści może potwierdzać zwyczajowy status norm w okresie poprzedzającym wybuch II wojny światowej³⁹².

386 H. M. Hanke, *Luftkrieg...*, s. 104–105.

387 *Ibidem*, s. 115.

388 „On the whole, one may state that the established rules of air warfare were largely based on the provisions of The Hague Regulations of 1923, which provided, in general opinion, the best attempt at codification of the principles of established rules of air warfare and a basis for a subsequence regulation of this part of operations of war”. Z. Rotocki, *Polish Directives...*, s. 162.

389 H. Meyrowitz, *Le bombardement stratégique d'après le protocole additionnel I aux Conventions de Genève*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht” 1981, vol. 41, s. 6.

390 E. Spetzler, *Luftkrieg...*, s. 156.

391 *Ibidem*, s. 221.

392 A. Jachec-Neale, *The Concept...*, s. 22.

Przeciwnie stanowisko wyraził A. P. V. Rogers, który wskazał, że do 1977 roku nie została wykształcona na gruncie międzynarodowego prawa zwyczajowego żadna norma, która pozwalałaby przyjąć, że w okresie II wojny światowej obowiązywała teoria celu wojskowego bądź bliżej niesprecyzowana zasada proporcjonalności. Brytyjski autor podniósł, że przemówienie premiera Chamberlaina z 1938 roku trudno traktować jako prawo, lecz bardziej jako wyraz nadziei bądź też politycznej rozgrywki³⁹³. W. H. Boothby podkreślił, że przemówieniu brytyjskiego polityka nie towarzyszyło żadne skonkretyzowanie poszczególnych pojęć wykorzystywanych w dokumencie³⁹⁴. Z kolei przed wojną W. Simons i M. Silbert, autorzy analizy MKCK z 1930 roku dotyczącej bombardowań powietrznych wskazali na istotne trudności w ocenie, czy w ramach prawa wojny powietrznej doszło do wytworzenia się norm o charakterze zwyczajowym. Silbert podniósł, że okres I wojny światowej w istocie doprowadził do możliwości rozważania zwyczajowego obowiązywania dwóch zasad: pierwszej, w domyśle „alianckiej” teorii celu wojskowego, oraz drugiej „niemieckiej” teorii o przynajmniej pośredniej legitymacji bombardowań wymierzonych przeciwko ludności cywilnej. Co istotne, zdaniem autora żaden z typów operacji powietrznych nie był jednoznacznie potępiony, co potwierdza obserwacja M. W. Royse’a dotycząca francuskiego manuala z 1922 roku i amerykańskiej instrukcji ACTS z 1926 roku, które afirmowały możliwość wykorzystania morale ludności cywilnej jako swoistego celu w przyszłej wojnie powietrznej. Ponadto istnieje znaczna część autorów, którzy w pierwszej kolejności podnoszą brak ratyfikacji dokumentu z 1923 roku jako podstawowy dowód braku obowiązywania Haskich reguł wojny powietrznej jako wiążących norm prawa międzynarodowego³⁹⁵. W. Friedmann w 1940 roku uznał reguły z 1923 roku za „oczywiście nie prawo, lecz zbiór przydatnych wskazówek”³⁹⁶. Taką opinię wyraża m.in. J. M. Spaight, który po II wojnie światowej wyraził stanowisko, że „projekt pozostał projektem (...) nie posiadając przez to żadnej wiążącej mocy”³⁹⁷. Opinie te jednocześnie łączą się z komentarzem wskazującym na prawidłowość koncepcji zawartej w projekcie, jak również bezpośredniego wpływu reguł na dalszy rozwój prawa międzynarodowego (np. C. Greenwood, A. N. Sack)³⁹⁸. J. Toman i D. Schindler podnosili, że reguły „w znacznej mierze korespondują z prawem zwyczajowym oraz ogólnymi zasadami wynikającymi z prawa wojny obowiązującego w działaniach morskich

393 A. P. V. Rogers, *The Principle of Proportionality*, [w:] H. Hensel (red.), *The Legitimate Use of Military Force*, Aldershot 2008, s. 195–198.

394 W. H. Boothby, *The Law of Targeting...*, s. 24–25.

395 L. C. Green, *Essays...*, s. 137.

396 W. Friedmann, *International Law...*, s. 222.

397 J. M. Spaight, *Air Power and War Rights...*, s. 42.

398 G. Greenwood, *Historical Development and Legal Basis*, [w:] D. Fleck (red.), *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Oxford 1995, s. 21; A. N. Sack, *ABC – Atomic, Biological, Chemical Warfare in International Law*, „Lawyers Guild Review” 1950, vol. 10, s. 164.

i lądowych”³⁹⁹. H. Lauterpacht w 7. edycji „International Law – A Treatise” wskazał, że reguły z 1923 roku nie zostały ratyfikowane, ale „są uznawane za relewantne z uwagi na przekonującą próbę sformułowania zasad urządzających prawo wojny powietrznej i będą podstawowym punktem wyjścia dla przyszłych dyskusji nad rozwojem tej części prawa międzynarodowego”⁴⁰⁰. W przypadku z kolei autorów publikujących w okresie powojennym, w szczególności współczesnym, opinie odnoszące się do zwyczajowego charakteru Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku w całości pomijają aspekt temporalnego spojrzenia na powyższy problem⁴⁰¹. Warto zwrócić uwagę, że w okresie poprzedzającym okres II wojny światowej klasyczna teoria prawa zwyczajowego rozpoznawała praktykę o przeważającej i powszechnej powtarzalności za relewantny jego element⁴⁰².

Reasumując, dowodami na istnienie zarówno elementów *opinio iuris*, jak i *usus* w kontekście Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku są:

- 1) analiza korespondencji dyplomatycznej związanej z próbą ratyfikacji projektu przez zainteresowane państwa (w latach 1923–1925);
- 2) treść oświadczeń składanych przez państwa na forum: waszyngtońskiej konferencji rozbrojeniowej (1922), genewskiej konferencji rozbrojeniowej (1932–1934) oraz Ligi Narodów (rezolucja Zgromadzenia Ligi Narodów z 30 września 1938 roku);
- 3) treść wytycznych, rozkazów oraz instrukcji kierowanych do własnych sił powietrznych przez najbardziej zaangażowane państwa, w postaci dokumentów przyjętych przez Włochy (oficjalny akt prawny), Niemcy, Polskę, Wielką Brytanię, Francję;
- 4) treść pojedynczych oświadczeń i deklaracji składanych przez państwa w związku z toczącymi się konfliktami zbrojnymi (stanowiska III Rzeszy oraz aliantów w okresie 1–3 września 1939 roku, oświadczenie japońskie z 1938 roku);
- 5) podnoszenie protestów dyplomatycznych w związku z naruszeniem zasad (*vide* stanowisko Departamentu Stanu USA w związku z działaniami lotnictwa japońskiego w Chinach);

399 D. Schindler, J. Toman, *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions, and Other Documents*, Dordrecht 1988, s. 147.

400 L. Oppenheim, H. Lauterpacht, *International Law: A Treatise*, Londyn 1952, s. 519. Lauterpacht w kontekście prawa bombardowań powietrznych wyrażał niekonsekwentne stanowisko przed II wojną światową i po niej.

401 M. Schmitt, *Air Warfare*, [w:] A. Clapham, P. Gaeta (red.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford 2014, s. 122.

402 „The classic cases recognizing the existence of a customary rule of international law usually identify the rule only when it is already so overwhelmingly established as to demonstrate little except that such rule does exist. Moreover, the very time that is often required for custom to be established may result in its being archaic by the time it is explicitly and formally recognized”. W. V. O’Brien, *The Law of War, Command Responsibility and Vietnam*, „Georgetown Law Journal” 1971, vol. 60, s. 610.

- 6) pozytywna recepcja przez doktrynę prawa międzynarodowego, wykorzystywanie dokumentów jako studium bazowego w pracach instytutów badawczych oraz naukowych.

Dowodami natury przeciwnej są:

- 1) brak ratyfikacji projektu z 1923 roku oraz niepodjęcie w późniejszym okresie żadnej poważnej próby jego wdrożenia do porządku międzynarodowego⁴⁰³;
- 2) zastrzeżenia składane co do części postanowień dokumentu przez doktrynę prawa międzynarodowego;
- 3) istnienie przeciwnej praktyki państw, podważającej treść reguł z 1923 roku (konflikty w Etiopii, Hiszpanii oraz Chinach);
- 4) wskazywanie w treści wytycznych i oficjalnym rozkazodawstwie na relatywną moc obowiązywania reguł z 1923 roku bądź uznawanie ich nie za normy, lecz jedynie wskazania prawne.

21. II wojna światowa i stan przestrzegania norm prawa wojny powietrznej

21.1. Deklaracja prezydenta Roosevelta z 1 września 1939 roku

1 września 1939 roku w związku z rozpoczęciem niemieckiej inwazji na Polskę prezydent Franklin D. Roosevelt zwrócił się z apelem do walczących państw o konieczność zaprzestania bombardowań z powietrza, ludności cywilnej oraz nieufortyfikowanych miast⁴⁰⁴. Na apel ten odpowiedział ambasador RP w Waszyngtonie J. Potocki, który podkreślił, że rząd polski w całości podziela intencje prezydenta Stanów Zjednoczonych, podnosząc okoliczność wydania odpowiednich instrukcji adresowanych do polskich sił powietrznych oraz fakt pierwszych

403 „It is highly disappointing, therefore, that the nations represented at the Hague failed absolutely to agree on any rule on one of the most important subjects before them, namely, the regulation of the use of aircraft with reference to neutral vessels in time of war”. C. Warren, *Belligerent Aircraft, Neutral Trade and Unpreparedness*, „American Journal of International Law” 1935, vol. 29, s. 202.

404 „I am therefore addressing this urgent appeal to every Government which may be engaged in hostilities publicly to affirm its determination that its armed forces shall in no event, and under no circumstances, undertake the bombardment from the air of civilian populations or of unfortified cities, upon the understanding that these same rules of warfare will be scrupulously observed by all of their opponents”. *An Appeal to Great Britain, France, Italy, Germany, and Poland to Refrain from Air Bombing of Civilians*, September 1st 1939.

naruszeń strony niemieckiej⁴⁰⁵. W podobnych duchu wypowiedział się kanclerz III Rzeszy poprzez notę ministra Joachima von Ribbentropa, wskazując, że Luftwaffe w Polsce otrzymała rozkazy, aby wykonywać operacje powietrzne, by razić cele wojskowe (*das Die Deutschen Luftskräfte den Befehl erhalten haben, sich bei ihren Kampfhandlungen auf militärische Objekte zu beschränken*)⁴⁰⁶. 3 września 1939 roku we wspólnym oświadczeniu rządu francuski i angielski wskazały, że w trosce o jak najdalej idące oszczędzanie ludności cywilnej rządy tych państw wystosowały do swych sił powietrznych instrukcje nakazujące ograniczenie bombardowań lotniczych „wyłącznie do celów wojskowych w największym możliwym wymiarze” – powtarzając tym samym treść wytycznych z sierpnia 1939 roku⁴⁰⁷. W tym samym oświadczeniu strona aliancka zadeklarowała m.in. wolę związania się przepisami protokołu londyńskiego z 1936 roku. Strona brytyjska i francuska zastrzegła sobie w tej nocy także prawo do wykonywania uderzeń odwetowych na wypadek naruszeń strony niemieckiej⁴⁰⁸. Tego samego dnia ambasador Stanów Zjednoczonych w RP A. Biddle poinformował o bombardowaniu przez nie-

405 „Rząd polski potwierdza z podziękowaniem telegram dotyczący bombardowania powietrznego ludności cywilnej i nieumocnionych ośrodków ludności podczas wojny. Wyraża on całkowitą zgodę na wyłuszczone w niej zasady i uczucia, które są ich natchnieniem. Pamiętne tych zasad najwyższe czynniki wojskowe w Polsce wydały rozkazy, aby wstrzymano się na wypadek wojny od bombardowania miast otwartych i podobnych działań, które by były bezpośrednim niebezpieczeństwem dla ludności cywilnej”. *Odpowiedź Rządu Polskiego na apel Prezydenta Roosevelta w sprawie bombardowania ludności cywilnej*, „Nasz Przegląd”, 2 września 1939 roku, s. 4; *The Polish Ambassador (Potocki) to the Secretary of State*, Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers, 1939, General, vol. I, s. 545. Treść polskiej noty potwierdził także ambasador A. Biddle, który został poinformowany przez szefa MSZ J. Becka o treści wytycznych polskiego lotnictwa z sierpnia 1939 roku: „Minister Beck in behalf of his Government wishes me to assure you that instructions have already been issued to Polish air and military forces to refrain from bombardment of unfortified cities or even military centers where such bombardment might endanger civilian population”. *The Ambassador in Poland (Biddle) to the Secretary of State*, Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers, 1939, General, vol. I.

406 „For my own part, I already gave notice in my Reichstag speech of today that the German air force had received the order to restrict its operations to military objectives. It is a self-understood prerequisite for the maintenance of this order that opposing air forces adhere to the same rule. Adolf Hitler”. *The Chargé in Germany (Kirk) to the Secretary of State*, 740.00116 European War 1939/10, Telegram, Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers, 1939, General, vol. I, s. 544.

407 „They had indeed some time ago sent explicit instructions to the Commanders of their armed forces prohibiting the bombardment, whether from the air, or the sea, or by artillery on land, of any except strictly military objectives in the narrowest sense of the word. Bombardment by artillery on land will exclude objectives which have no strictly defined military importance; in particular large urban areas situated outside the battle zone”. „Daily Telegraph”, September 4th 1939.

408 S. Garrett, *The Bombing Campaign: the RAF*, [w:] I. Primoratz (red.), *Terror from the Sky: The Bombing of German Cities in World War II*, Oxford 2010, s. 26.

mieckie lotnictwo siedziby misji dyplomatycznej w Konstancinie pod Warszawą, wskazując na umyślność ataku⁴⁰⁹. 13 września 1939 roku strona niemiecka podniosła, że „opór we wszelkich obszarach broniących będzie łamany wszelkimi dostępnymi środkami”⁴¹⁰. 1 października 1939 roku niemieckie Naczelne Dowództwo Sił Zbrojnych (*Oberkommando des Heeres*, OKH) wydało zbiór umów międzynarodowych obowiązujących na wypadek wojny, umieszczając fragment Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku z komentarzem odnośnie do reguł: „niewiążące formalnie, ale stanowiące istotny drogowskaz w dalszym rozwoju prawa wojny powietrznej”⁴¹¹. 2 grudnia 1939 roku, na skutek saturacyjnego bombardowania Helsinek 30 listopada 1939 roku, prezydent Roosevelt oświadczył, że Stany Zjednoczone protestują przeciwko „zamierzonym bombardowaniom bądź ostrzeliwaniom ludności cywilnej”, zalecając amerykańskim producentom lotniczym wstrzymanie się z dostawami sprzętu do państw, które są „winne tych praktyk”⁴¹². 2 grudnia 1939 roku po atakach powietrznych na Helsinki Komisarz Spraw Zagranicznych ZSRR Władimir Mołotow odpowiedział krytycznie na amerykańskie oskarżenia dotyczące działań sowieckiego lotnictwa względem fińskiej ludności cywilnej, twierdząc, że byłyby one „sprzeczne z interesem narodu fińskiego”⁴¹³.

409 Co interesujące, w odpowiedzi na fakt bombardowania, sekretarz stanu poprosił ambasadora o przedstawienie raportu dotyczącego istniejących celów wojskowych: typu fabryk wojskowych, składów amunicji oraz mostów. W odpowiedzi ambasador wskazał, że Konstancin jest miejscowością wypoczynkową, w której nie znajdują się żadne obiekty wojskowe. *The Ambassador in Poland (Biddle) to the Secretary of State*, 740.00116 European War 1939/26: Telegram, Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers, 1939, General, vol. I.

410 „The excessive consideration shown by the German artillery and German aviators for open cities, towns and villages is based upon the prerequisite that these are not declared and made war areas by the adversaries themselves. Since the Poles without consideration of their own population reject this principle, the German armed forces will from now on break the resistance in such localities with all the means at its disposal”. *The Chargé in Germany (Kirk) to the Secretary of State*, 740.00116 European War 1939/52: Telegram, Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers, 1939, General, vol. I.

411 Za R. Bierzanek, *1923 Hague Rules for the Control of Radio in Time of War. Commentary*, [w:] N. Ronzitti (red.), *The Law of Naval Warfare: A Collection of Agreements and Documents with Commentaries*, Dordrecht 1988, s. 403; zob. także H.Dv. 231/2 (M.Dv. 435/2, L.Dv. 64/2) *Kriegsvölkerrecht-Sammlung zwischenstaatlicher Abkommen von Bedeutung für die höhere Führung*.

412 F. D. Roosevelt, *Statement Discouraging the Sale of Airplanes to Belligerents who Bomb Civilians*, December 2nd 1939, Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers, 1939, s. 799.

413 „The wish of Mr. Roosevelt for the prohibition of the bombardment from airplanes of the population of the cities of Finland insofar as it is addressed to the Soviet Union is based on a misunderstanding. Soviet airplanes have not bombarded cities and do not intend to do so but have bombarded airdromes since our Government prizes the interests of the Finnish people no less than any other Government. Naturally from America, which lies at a distance of over 8000 kilometers from Finland, it is possible that this is not apparent; but none the less, a fact remains a fact”. *The Ambassador in the Soviet Union (Steinhardt) to the Secretary of State*, Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers, 1939, General, doc. 993.

21.2. Wieluń, 1 września 1939 roku – jedyne miasto niebronione?

Stan kompatybilności „obietnic” strony niemieckiej należy zestawić z realiami faktycznie wykonywanych operacji powietrznych. Tymczasem już 1 września 1939 roku ok. godziny 4:40–5:40 niemieckie lotnictwo szturmowe dokonało zmasowanego uderzenia na Wieluń. Autor w trakcie swych wcześniejszych badań analizował stan faktyczny i prawny towarzyszący bombardowaniu, nie znajdując wyraźnych podstaw wojskowych uzasadniających zniszczenie miasta. Wieluń jako przygraniczne miasto leżące w pobliżu granicy polsko-niemieckiej nie miało większego znaczenia strategicznego ani także taktycznego dla planów niemieckiego ataku, którego tzw. *Schwerpunkt* (punkt przełamania) znajdował się na północ (8 Armia – kierunek Sieradz) oraz na południe (10 Armia – kierunek Piotrków Trybunalski). W konsekwencji oznacza to, że nawet rzekoma korzyść wojskowa w postaci zniszczenia sieci drogowej miasta mająca utrudnić jednostkom Wojska Polskiego przemieszczanie się jest niezwykle trudna do jakiegokolwiek uzasadnienia, nawet w kontekście również prospektywnej analizy wydarzeń poprzedzających bezpośredni atak na Wieluń, gdzie T. Wesołowski ujawnił raporty niemieckiego wywiadu, wskazujące na wyrysowanie pozycji Wołyńskiej Brygady Kawalerii (znajdującej się w istocie ok. 50 km na południe od Wielunia) obok miasta, a także na inne dane świadczące o świadomości strony niemieckiej co do niskiej wartości wojskowej miasta. Obciążające głównego dowódcę nalotu Wolframa von Richthofena, z perspektywy standardu rozsądnego dowódcy, są okoliczności świadczące o zaniechaniu przeprowadzenia rozpoznania bezpośrednio przed atakiem na miasto, a swoistym dowodem umyślności ataku było jego powtórzenie w godzinach południowych, pomimo raportów lotników niemieckich o braku zaobserwowania wrogich oddziałów⁴¹⁴.

Z perspektywy prawnej atak na miasto zawierał interesujące zagadnienie związane z kwestią rozstrzygnięcia, czy bombardowanie to miało miejsce w okresie wojny czy też jeszcze w trakcie pokoju, zmieniając w sposób istotny jego kwalifikację prawną. Podobną próbę obciążenia strony japońskiej tzw. zbrodnią niewypowiedzianego ataku było postawienie w stan oskarżenia japońskich dowódców flot inwazyjnych na Hawaje, Malaje Brytyjskie oraz Indie Holenderskie, za czyn zabójstwa kilku tysięcy alianckich żołnierzy wskutek niezapowiedzianego ataku (patrz pkt 11.4). Abstrahując od powyższych rozważań, można bronić tezy, że z uwagi na okoliczności – całkowite zaskoczenie oraz uczynienie przedmiotem uderzenia miejscowości, a nie bazy wojskowej – atak na Wieluń może być jedynym przykładem uruchomienia normy art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku w okresie II wojny światowej⁴¹⁵. Innymi przykładami ataków lotniczych natury

414 Zob. M. Piątkowski, *Wieluń – 1 IX 1939 r. Bombardowanie miasta a międzynarodowe prawo konfliktów zbrojnych*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2013, vol. 2.

415 Należy zwrócić uwagę, że ocena ta może być podważona np. poprzez fakt obecności polskiego lotnictwa myśliwskiego w rejonie operacji Armii Łódź (III/6 Dywizjon Myśliwski

kontrowersyjnej w kampanii polskiej było zniszczenie 4–5 września 1939 roku Sulejowa w 80%. Wskazać należy, że uznawanie ścisłych centrów miast za centralny punkt celowania jest jedną z okoliczności podmiotowo-przedmiotowych mogących stanowić element zamiaru świadczącego o umyślnym atakowaniu ludności cywilnej. Dodatkowym elementem w tej mierze może być także brak podjęcia jakichkolwiek wysiłków czy też „aktywnych środków ostrożności” – na co zwrócił uwagę Hanke podczas swej analizy ataku Legionu Condor na Guernikę 27 kwietnia 1937 roku⁴¹⁶.

Zapomnianym, a szczególnym przypadkiem ataku powietrznego o charakterze terrorystycznym było wykonanie 6–8 kwietnia 1941 roku, przez „architektów” bombardowania Wielunia (W. von Richthofena oraz A. Löhra), w ramach operacji „Strafgericht” (odwet) masowego uderzenia lotniczego na Belgrad, jako formy retaliacji za dokonanie antyniemieckiego puczu w Jugosławii i wystąpienie tego kraju z sojuszu z Osią. 4 kwietnia 1941 roku rząd jugosłowiański wydał odezwę, w ramach której ogłosił miasto otwartym (pomimo obecności jednostek myśliwskich wokół stolicy)⁴¹⁷. 6 kwietnia 1941 roku równoległe z przekroczeniem granicy państwowej ok. 300 niemieckich samolotów zaatakowało miasto, dokonując saturacyjnego zniszczenia dzielnic rządowych oraz mieszkaniowych oraz wywołując straty wśród ludności cywilnej.

21.3. Erozja *opinio iuris* i początek totalnej wojny powietrznej

15 września 1939 roku Szef Sztabu Lotnictwa w instrukcji „Plany ataku na niemiecki przemysł zbrojeniowy” wskazał, że Haskie reguły wojny powietrznej mają wartość praktycznego drogowskazu, który będzie podstawą oceny legalności różnych form ataku powietrznego (*In addition, a considerable measure of practical guidance is afforded by the Draft Hague Rules, which go a considerable way in providing a basis upon which to judge the legality of the various forms of air actions*)⁴¹⁸. Artykuł 24 ust. 1–3 zostały uznane za obarczone wadą w zakresie, w jakim ograniczały możliwość wykonywania uderzeń powietrznych jedynie względem znanych

6 Pułku Lotniczego). Powyższy przykład odzwierciedla nieadekwatność testu określonego na gruncie art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku względem działań lotniczych.

416 H. M. Hanke, *Luftkrieg...*, s. 146.

417 Skład lotnictwa Jugosławii był dość egzotyczny, bowiem w momencie rozpoczęcia inwazji państw Osi w kwietniu 1941 roku zawierał samoloty myśliwskie zarówno produkcji brytyjskiej (Hawker Hurricane Mk I w liczbie ok. 40 sztuk), niemieckiej (dostawa ok. 70 myśliwców typu Messerschmitt Bf 109E), a także udane maszyny własnej konstrukcji (Rogożarski IK-3). Co interesujące, część typów była budowana na licencji, z uwagi na zmienną sytuację zaopatrzeniową budowano np. niemiecki płatowiec wyposażony w silniki francuskie bądź wyposażono myśliwce Hawker Hurricane w niemieckie napędy DB 601.

418 Chief of Air Staff, *Plans For Attack on German War Industry*, 15.09.1939, PRO AIR 8/283 w: H. M. Hanke, *Luftkrieg...*, s. 290–296.

centrów produkcji zbrojeniowej bądź specyficznego wojskowego zaopatrzenia. Podniesiono także, że reguły z 1923 roku „zostały opracowane na 17 lat przed rozpoczęciem działań wojennych, zanim powstały nowoczesne koncepcje użycia lotnictwa”⁴¹⁹. Zdaniem brytyjskiego organu nie obejmowało to możliwości atakowania zakładów produkujących paliwo oraz hut rozmieszczonych w zagłębiu Ruhry. Podniesiono jednak, że bez wątpienia zniszczenie obiektów tej kategorii było legalne w świetle dyspozycji art. 24 ust. 1 reguł z 1923 roku i niosło ze sobą wyraźną korzyść wojskową. Co istotne, reguły wskazywały, że rząd JKM nie miał zamiaru odstępstwa od oświadczeń składanych na forum publicznym w pierwszym tygodniu września 1939 roku, ale postępowanie strony niemieckiej podczas kampanii powietrznej w Polsce „zwalnia rząd JKM od dalszego przestrzegania postanowień w nim wskazanych”.

9 lipca 1941 roku w sztabie *RAF Bomber Command* wydano dyrektywę, w ramach której określono, że „najsłabszym ogniwem nieprzyjacielskiego systemu gospodarczo-politycznego jest morale ludności cywilnej”. W związku z tym nowym zadaniem sił powietrznych powinno być „zniszczenie nieprzyjacielskiego morale, w tym klasy robotniczej”⁴²⁰.

14 lutego 1942 roku, wskutek przedłożenia planu Lindemanna oraz w wyniku objęcia przez Arthura Harrisa dowództwa *Bomber Command*, Sztab Lotnictwa wydał tzw. dyrektywę bombardowania strefowego (*The Area Bombing Directive*)⁴²¹. Co znamienne, jako zasadniczy cel dyrektywy wskazano „usunięcie wszelkich restrykcji związanych z użyciem siły” oraz „koncentrację ataków na morale ludności cywilnej, w szczególności robotników, w przypadku Berlina utrzymanie efektów psychologicznych wynikających z podjętych nalotów”⁴²². Następnego dnia w korespondencji kierowanej do N. Bottomleya, Szefa Sztabu Lotnictwa, C. Portal (jeden z koordynatorów połączonej ofensywy bombowej) wskazał, że „nie ma wątpliwości, że celem nalotów będą teraz obszary zamieszkane, a nie stocznie bądź fabryki produkcji samolotów”⁴²³. W ramach wytycznych podano rozróżnienie pomiędzy celami priorytetowymi – takimi jak Zagłębie Ruhry, oraz alternatywnymi, położonymi na północy oraz w środkowych Niemczech, wskazując bezpośrednio jako obiekty przeznaczone do ataku większe ośrodki miejskie.

14 kwietnia 1942 roku będąc pod wrażeniem dewastującego ataku *Bomber Command* RAF na Lubekę, Hitler wydał polecenie rozpoczęcia nalotów odwetowych (*Vergeltungsangriffe*) przeciwko Wyspom Brytyjskim, żądając od Luftwaffe ataków, które wpłyną w największy możliwy sposób na ludność cywilną, wskazując, że celem powinny być centra kultury, miejsca wypoczynkowe oraz skupiska

419 *Ibidem*, s. 295.

420 D. Johnson, *Rights in Air...*, s. 48–49.

421 Area Bombing Directive, February 14th 1942, S.46386/111 w: A. Harris, *Despatch on War Operations, 23rd February, 1942, to 8th May, 1945*, Londyn 1995, s. 192.

422 *Ibidem*, s. 192.

423 S. R. A'Barrow, *Death of a Nation: A New History of Germany*, 2015.

ludności cywilnej, autoryzując tym samym tzw. naloty Baedekera⁴²⁴. 30 grudnia 1943 roku Hermann Goering wydał wytyczne względem operacji „Steinbock”, wskazując na konieczność wykonania „wobec terrorystycznych nalotów wroga, ataków odwetowych wymierzonych przeciwko miastom przy użyciu broni zapalającej”⁴²⁵.

21.4. Afirmacja nieograniczonej wojny powietrznej

29 kwietnia 1942 roku brytyjskie Ministerstwo Lotnictwa wydało dyrektywę ograniczającą zakres dopuszczalnych zniszczeń wymienionych na gruncie dyrektywy z 14 lutego 1942 roku względem obszarów znajdujących się pod niemiecką okupacją (Francja, Belgia oraz Holandia). Zgodnie z dokumentem ataki z powietrza powinny być ograniczone jedynie do celów o charakterze wojskowym, a dowódcy powinni być obowiązani do podjęcia określonych środków ostrożności niezbędnych do uniknięcia strat wśród ludności cywilnej. Ponadto w wypadku ryzyka powstania strat wśród niewalczących istniał obowiązek przerywania operacji powietrznej. Ponad wszystko zakazywano intencjonalnych ataków skierowanych przeciwko cywilom⁴²⁶. Dyrektywa ta jednakże nie obejmowała terytorium III Rzeszy i Włoch, względem których kierownictwo brytyjskie uznawało za zasadne kontynuowanie wytycznych z dyrektywy z 14 lutego 1942 roku w pełnym zakresie, z uwagi na prowadzenie nieograniczonej wojny powietrznej przez siły powietrzne tych państw⁴²⁷. Jedynymi przepisami mogącymi mieć zastosowanie

424 Nazwa nalotów wzięła się od nazwiska twórcy popularnego przewodnika turystycznego po Wielkiej Brytanii i miała oznaczać, że Luftwaffe w istocie w doborze celów kieruje się wyłącznie znaczeniem kulturalno-społecznym miejscowości (np. katedry w Canterbury, Exeter, York), pomijając względy natury wojskowej. B. Von Benda-Beckman, *A German Catastrophe?: German Historians and the Allied Bombing*, Amsterdam 2010, s. 59. Autorka słusznie zauważa, że strona niemiecka uzasadniała naloty przeciwko Wyspom Brytyjskim jako akty odwetu, uznając tylko bombardowania aliantów jako narzędzie terroru.

425 „Ich habe mich zur Vergeltung gegen die zunehmenden Terrorangriffe des Gegners entschlossen, den Luftkrieg gegen die englische Insel durch zusammengefasste Schläge gegen Städte (besonders Industrieziele und Hafenzentren) zu verstärken”. E. Stilla, *Die Luftwaffe im Kampf um die Luftherrschaft*, Bonn 2005, s. 151.

426 „Bombardment was to be confined to military objectives. The intentional bombardment of civilian population, as such, was forbidden. It must be possible to identify the objective. The attack must be made with reasonable care to avoid undue loss of civilian life in the vicinity of the target, and if any doubt existed as to the possibility of accurate bombing or if a large error would involve the risk of serious damage to a populated area no attack was to be made. The provisions of Red Cross conventions were, of course, to be observed. Military objectives were defined broadly to include any sort of industrial, power, or transportation facility essential to military activity”. Annex IV, British Directive of October 29th 1942, on the subject of Air Warfare, s. 163.

427 H. Boog, *The Strategic Air War in Europe and Air Defence of the Reich, 1943–1944*, [w:] H. Boog (red.), *Germany and the Second World War: The Strategic Air War in Europe and the War in the West and East Asia 1943–1944/5*, Oxford 2006, s. 31.

w tej mierze powinny być przepisy Konwencji genewskiej z 1929 roku⁴²⁸. 7 maja 1942 roku amerykański Departament Wojny wydał decyzję o nieprzestrzeganiu przepisów XIV Deklaracji haskiej z 1907 roku⁴²⁹.

4 lutego 1943 roku alianckie połączone sztaby lotnicze wydały tzw. dyrektywę z Casablanki określającą główne założenia tzw. połączonej ofensywy strategicznej. W ramach dokumentu podkreślono, że ataki lotnictwa brytyjskiego oraz amerykańskiego będą w pierwszej kolejności kierowane przeciwko stoczniom U-bootów, fabrykom lotniczym, liniom komunikacyjnym, infrastrukturze paliwowej, w celu złamania niemieckiej zdolności do prowadzenia wojny w zakresie wojskowym, przemysłowym oraz ekonomicznym. Podkreślano, że w ostateczności działania te mają doprowadzić do obniżenia morale niemieckiej ludności i tym samym potencjału do stawiania dalszego oporu przed działaniami aliantów⁴³⁰. Rozkazy wyznaczone przez dyrektywę pozostawały w mocy do 19 kwietnia 1944 roku, gdy wdrożono nowe rozkazy zmieniające zadania lotnictwa strategicznego w związku z przygotowaniami do inwazji w Normandii. W ramach tych zadań rozpoczęto zakrojone na szeroką skalę bombardowania szlaków komunikacyjnych w całej Francji, które w okresie bezpośrednio poprzedzającym D-Day spowodowały wysokie straty wśród ludności cywilnej⁴³¹.

W trakcie samej inwazji szczególnie gwałtowny przebieg miały bombardowania obszaru miasta Saint-Lô, gdzie podczas operacji „Cobra” ok. 3000 średnich i ciężkich maszyn bombowych należących do 8 Armii USAAF atakowało miasto oraz pozycje niemieckie, przyczyniając się do zniszczenia ok. 3/4 obszaru

428 „In conclusion, the directive stressed that none of the foregoing rules should apply in the conduct of air warfare against German, Italian, or Japanese territory, except that the provisions of Red Cross Conventions were still to be observed, for consequent upon the enemy's adoption of a campaign of unrestricted air warfare, the Cabinet have authorized a bombing policy which includes the attack on enemy morale”. Annex, XIXth International Red Cross Conference, *Draft Rules for the Limitation of the Dangers Incurred by the Civilian Population in Time of War*, Genewa 1956, s. 163.

429 W. Fratcher, *The New Law of Land Warfare*, „Missouri Law Review” 1957, vol. 22, s. 148.

430 „Your Primary object will be the progressive destruction and dislocation of the German military, industrial, and economic system, and the undermining of the morale of the German people to a point where their capacity for armed resistance is fatally weakened”. The Bomber Offensive from the United Kingdom Memorandum C.C.S. 166/1/D by the Combined Chiefs of Staff, 21st January 1943. „Primarily the progressive destruction and dislocation of the German military, industrial and economic systems and the undermining of the morale of the German people to a point where their capacity for armed resistance is fatally weakened. Every opportunity to be taken to attack Germany by day to destroy objectives that are unsuitable for night attack, to sustain continuous pressure on German morale, to impose heavy losses on German day fighter force and to conserve German fighter force away from the Russian and Mediterranean theatres of war”. RAF, Bomber Command, Casablanca Directive, 4th February 1943, C. S 16536.S.46368 A. C. A. S Ops.

431 Zob. więcej A. Knapp, C. Baldoli, *Forgotten Blitzes. France and Italy under Allied Air Attack, 1940–1945*, Londyn 2012.

miejskiego. Znamienne, że broniąca obszaru tzw. szkolna dywizja pancerna (*Panzer Lehr*) uniknęła skutków bomb. Podobny atak dotyczył miasta Caen, gdzie zginęło ok. 10 000 cywili. Trzeba jednak pamiętać, że w większości ataki dotyczyły obszarów położonych w strefie bezpośredniego prowadzenia działań wojennych, a część strat była spowodowana umyślnym wykorzystywaniem przez stronę niemiecką obecności francuskiej ludności cywilnej, co powinno znaleźć uwzględnienie w analizie prawnej wydarzeń z czerwca–września 1944 roku.

W lutym 1944 roku w brytyjskim parlamencie dyskutowano nad interpelacją biskupa Chichester zwracającego się do rządu JKM o zajęcie stanowiska w przedmiocie bombardowań obszarów miejskich przez lotnictwo brytyjskie, ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji ludności cywilnej w tych obszarach. W ramach dyskusji przypominano o postawie rządu francuskiego oraz brytyjskiego z września 1939 roku, świadczącej o zamiarze przestrzegania doktryny celu wojskowego w najwyższym rozumieniu, zastrzegając sobie jednocześnie prawo do wykonania ataków retyaliacyjnych w razie powtarzania się niemieckich naruszeń⁴³². Zwrócono ponadto uwagę, że założenie to wywodziło się z przekonania o zgodności instrukcji z prawem międzynarodowym, wskazując wprost na treść art. 22–24 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku i uznając ten dokument za szczególnie wartościowy z uwagi na autorytet sporządzających go ekspertów⁴³³. Przyjmując, że praktyka nalotów saturacyjnych została w istocie zainicjowana przez Luftwaffe, a także przyznając, że pewne straty wśród ludności cywilnej mają charakter nieunikniony, wskazano, że ostatnie ataki lotnicze wykonywane przez *Bomber Command* doprowadzały do zabicia znacznej liczby niewalczących oraz zniszczenia zasobów o cennej wartości historyczno-kulturowej, nazywając te akty nieuzasadnionymi⁴³⁴. W odpowiedzi na powyższe zarzuty przedstawiciel rządu JKM wskazał, że strona brytyjska wykonuje działania o charakterze odwetowym związane z atakiem na m.in. miasta w Polsce oraz Holandii, które nastąpiły przed bezpośrednimi uderzeniami w Wyspy Brytyjskie⁴³⁵. Ataki

432 „But the point which I wish to establish at this moment is that in entering the war there was no doubt in the Government's mind that the distinction between military and non-military objectives was real”. *Bombing Policy*, HL Deb, 9th February 1944, vol. 130, cc 737-55.

433 „Further, that this distinction is based on fundamental principles accepted by civilized nations is clear from the authorities in International Law. I give one instance the weight of which will hardly be denied. The Washington Conference on Limitation of Armaments in 1922 appointed a Commission of Jurists to draw up a code of rules about aerial warfare. It did not become an international convention, yet great weight should be attached to that code on account of its authors”. *Ibidem*.

434 „It is said that 74,000 persons have been killed and that 3,000,000 are already homeless. The policy is obliteration, openly acknowledged. That is not a justifiable act of war”. *Ibidem*.

435 „As your Lordships know, the Royal Air Force has never indulged in pure terror raids, in what used to be known as Baedeker raids of the kind which the Luftwaffe indulged in at one time on this country. Nor, as indeed the right reverend Prelate himself recognized, did we start raids on enemy cities. The city of Rotterdam and the city of Warsaw were destroyed by the Germans before a single British bomb ever fell upon German soil”. *Ibidem*.

na niemieckie miejscowości były koniecznym złem, jednakże wyselekcjonowanym, aby ograniczać się do centrów administracyjnych, przemysłu, portów oraz linii komunikacyjnych⁴³⁶. Wskazano także, że niemal całość produkcji zbrojeniowej została rozproszona w ramach miejscowości⁴³⁷. Rząd odniósł się również do doktryny represaliów o charakterze *sensu largo*, uznając akty bombardowań za element słusznej retaliacji za zbrodnie popełniane przez reżim III Rzeszy⁴³⁸. Co znamienne, w wypowiedzi strony rządowej ani razu nie padło sformułowanie odnoszące się do prawa międzynarodowego.

22. Represalia w wojnie powietrznej jako uzasadnienie totalnej wojny powietrznej

Doktryna prawa międzynarodowego rozróżnia represalia, które mają miejsce w warunkach pokoju, oraz tzw. *belligerent reprisals* obowiązujące w sytuacji toczącego się konfliktu zbrojnego⁴³⁹. Tradycyjnie, w dobie ery braku międzynarodowego sądownictwa, represalia uznawano za jedyny środek o charakterze

436 „The targets which have been attacked are the administrative centres, the great industrial towns, the ports and the centres of communication. These targets have been chosen with the definite object of making it more difficult for Germany and her Allies to carry on war”. *Ibidem*.

437 „They are all war targets of the very first importance. In addition, there are numbers of smaller enterprises scattered broadcast throughout the city. Every garage is transformed into a factory for the production of war material”. *Ibidem*.

438 „Do ask the right reverend Prelate and other noble Lords not only to think of the Germans who are suffering from these raids, but to think also of the Russians and the Poles and the Czechs, the Dutch, the Belgians, the Norwegians, the Yugoslavs, the Greeks, the French and the Danes who are at present enduring intolerable anguish at the hands of the Armies of the Axis. Every day, appalling stories flow in from the occupied countries of men, women and children who are being starved, subjected to fiendish tortures, mental and physical, at the hands of the German Secret Police, who are being slaughtered in droves”. *Ibidem*.

439 „A reprisal may be defined as a retaliatory measure, normally contrary to international law, taken by one party to a conflict with the specific purpose of making an opponent desist from particular actions violating international law”. A. Roberts, *The Laws of War: Problems of Implementation in Contemporary Armed Conflict*, „Duke Comparative Journal of International Law” 1995, vol. 6, s. 19. „First, reprisals are reactive sanctions. Defined simply, reprisals are violations of international law undertaken in response to unauthorized violations by another subject of international law. Breach of a binding rule is an absolute prerequisite to legitimate reprisal under nearly all conceptions of the practice. Reprisal also requires a degree of privity between parties. Generally, legitimate reprisals must be in response to breaches which have adversely affected the state in question”. S. Watts, *Reciprocity and the Law of War*, „Harvard International Law Journal” 2009, vol. 50, s. 382.

przymuszającym drugą stronę, który miał doprowadzić do wdrożenia postępowania zgodnego z prawem międzynarodowym⁴⁴⁰. Artykuł 27 tzw. kodeksu Liebera z 1863 roku, obowiązującego w armii Stanów Zjednoczonych w okresie wojny secesyjnej, stanowił, że „w pewnych okolicznościach strona wojująca nie może zareagować inaczej na łamanie prawa przez przeciwnika jak poprzez powtórzenie jego barbarzyńskiego czynu”. I. Detter de Lupis Frankopan podnosi, że w ramach konstrukcji doktryny represaliów należy wyróżnić represalia pomiędzy walczącymi (jako przykład wskazując akt władzy okupacyjnej podjęty jako odwet na działanie ruchu oporu) i represalia pomiędzy państwami⁴⁴¹. Z powyższym poglądem nie zgadza się jednak F. Kalshoven, uznając, że w istocie pomiędzy dwoma koncepcjami nie występują znaczące różnice⁴⁴². Powoduje to możliwość odwołania się do fundamentów konstrukcji represaliów występujących na gruncie międzynarodowego prawa publicznego⁴⁴³.

Klasyczna koncepcja oceniająca legalność represaliów została wyrażona na gruncie sprawy *Naulilaa* (*Portugalia v. Niemcy*) z 1928 roku i opierała się na następujących przesłankach: 1) potrzebie istnienia uprzedniego aktu naruszenia prawa międzynarodowego, 2) wystosowaniu uprzedniego żądania, które nie zostało zaspokojone, 3) pomiędzy naruszeniem o charakterze uprzednim a podjętymi środkami w ramach represaliów powinna istnieć proporcjonalność⁴⁴⁴. Doktryna prawa międzynarodowego dokonała uszczegółowienia powyższego konceptu:

- 1) wymóg uprzedniego złamania danej normy prawa międzynarodowego i to o charakterze stałym oraz powtarzalnym – jednak jedno poważne naruszenie może być wystarczającym powodem⁴⁴⁵;
- 2) akt represaliów musi mieć jasny motyw o charakterze przymuszającym⁴⁴⁶;
- 3) akt musi być proporcjonalny do zakresu naruszenia⁴⁴⁷;
- 4) akt ma mieć charakter *last resort*, tj. powzięty po wyczerpaniu wszelkich możliwości niesiłowego przymuszenia strony przeciwnej do przestrzegania prawa międzynarodowego, chyba że jest oczywiście zbędny⁴⁴⁸.

440 G. Simpson, *The Nature of International Law*, Aldershot 2001, s. 20; E. Kwakwa, *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, Dordrecht 1992, s. 130. Zob. szerzej R. Bierzanek, *Reprisals as a Means of Enforcing the Laws of Warfare: The Old and the New Law*, [w:] A. Cassese (red.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Neapol 1976, s. 232–278.

441 I. Detter de Lupis Frankopan, *The Law of War*, Cambridge 1987, s. 300.

442 F. Kalshoven, *Reflections...*, s. 787.

443 S. Darcy, *The Evolution of the Law of Belligerent Reprisals*, „Military Law Review” 2003, vol. 175, s. 185.

444 *Naulilaa Incident (Portugal v. Germany)*, Arbitral Tribunal, 31 July 1928, 2 RIAA 1011.

445 A. D. Mitchell, *Does One Illegality Merit Another? The Law of Belligerent Reprisals in International Law*, „Military Law Review” 2001, vol. 170, s. 159.

446 H. M. Hanke, *Luftkrieg...*, s. 47.

447 H. S. Levie, *Combat Restraints*, „Naval War College Review” 1977, s. 204.

448 Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities...*, s. 221; E. Kwakwa, *Belligerent Reprisals in the Law of Armed Conflict*, „Stanford Journal of International Law” 1990, vol. 27, s. 51–52.

Powyższą koncepcję można określać mianem represaliów *sensu stricto*, w ramach których podejmowane kroki odwetowe mieszczą się w granicach paradygmatu proporcjonalności i niezbędności oraz posiadają tym samym legitymację prawa międzynarodowego⁴⁴⁹. Podejmowanie środków odwetowych w kontekście wojny powietrznej miało miejsce już w okresie I wojny światowej, gdy m.in. 22 lipca 1916 roku francuskie lotnictwo w odpowiedzi na niemieckie bombardowania zaatakowało obiekty w Karlsruhe. W okresie międzywojennym doktryna prawa międzynarodowego zwracała uwagę na niebezpieczeństwo nieograniczonej wojny powietrznej uzasadnionej rozbudowanym konceptem represaliów⁴⁵⁰. W okresie II wojny światowej działania o charakter represaliów *sensu stricto* miały brytyjskie ataki powietrzne na Niemcy latem 1940 roku. 13 sierpnia 1940 roku w ramach tzw. *Adlertag* niemieckie lotnictwo rozpoczęło zmasowane i koncentryczne atakowanie baz, lotnisk oraz stacji radarowych, a w następnej kolejności miejsc produkcji samolotów myśliwskich RAF w południowej Anglii. Tę fazę kampanii uznaje się za krytyczną dla losów bitwy, gdyż w wyniku działań nieprzyjacielskich drastycznie spadła liczba dostępnych samolotów myśliwskich (ok. 400 maszyn wyeliminowanych w porównaniu do zaledwie 270 wyprodukowanych) oraz zmniejszył się stan personalny brytyjskich dywizjonów (z 23 do zaledwie 16 pilotów)⁴⁵¹. Uznaje się, że w wypadku kontynuacji nalotów w ciągu dwóch lub trzech tygodni RAF zostałby pozbawiony rezerw osobowych⁴⁵². Jednakże w nocy 24 sierpnia 1940 roku wskutek błędu nawigacyjnego 170 bombowców Heinkel He-111 zaatakowało Londyn, myląc go z fabryką lotniczą w Rochester. Niemiecki atak wywołał natychmiastową reakcję strony brytyjskiej. W nocy z 25 na 26 sierpnia 1940 roku ok. 80 brytyjskich bombowców pojawiło się nad Berlinem, atakując go każdej następnej nocy. W odpowiedzi Hitler zarządził w drodze represaliów atak na Londyn w celu zmuszenia miasta do ewakuacji ludności cywilnej i blokady dróg⁴⁵³. 7 września 1940 roku ok. 320 bombowców eskortowanych przez ok. 600 myśliwców rozpoczęło tzw. *Blitz* przeciwko stolicy Zjednoczonego Królestwa. Jednocześnie od tego dnia zmalało natężenie niemieckich ataków na lotniska w południowej Anglii – straty po 7 września 1940 roku nigdy nie spadły poniżej poziomu uzupełnień, co pozwoliło RAF na reorganizację i uniemożliwienie Luftwaffe osiągnięcia przewagi w powietrzu. Zgodnie uznaje się decyzję wyższego kierownictwa wojskowego III Rzeszy o ataku na Londyn jako punkt zwrotny bitwy o Anglię⁴⁵⁴.

449 M. C. Bristol, *The Laws of War and Belligerent Reprisals against Enemy Civilian Populations*, „Air Force Law Review” 1979, vol. 21, s. 412 i n.

450 E. Reisch, *L'Aviation de represailles*, „Revue Générale de Droit Aérien” 1934, s. 765.

451 Wysoki poziom strat był czynnikiem, który zmobilizował Fighter Command do zezwolenia polskim i czechosłowackim jednostkom lotniczym na działania operacyjne.

452 J. F. O'Connell, *The Effectiveness of Airpower in the 20th Century: Part Two (1939–1945)*, Lincoln 2002, s. 26.

453 P. M. Regan, *International Law and the Naval Commander*, US Naval Institute Proceedings 1981, s. 100.

454 J. Foremann, *Fighter Command Air Combat Claims 1939–1945*, Walton on Thames 2003, s. 207.

Koncepcje represaliów *sensu stricto* można rozszerzyć potencjalnie o akty odwetowe związane z przebiegiem ataków powietrznych nie tylko względem Wysp Brytyjskich, ale także na skutek działań podjętych w Polsce, Holandii, Norwegii, byłej Jugosławii. Nawet jeżeli uznać tę doktrynę za uzasadnioną, należy zwrócić uwagę, że również względem tych aktów istnieją granice, w których rozszerzenie wykracza poza granice proporcjonalności. Bombardowania powietrzne wykonywane w dalszym okresie II wojny światowej przez stronę aliancką miały niewiele wspólnego z klasycznym poglądem na represalia wynikającym z orzeczenia *Nalilla*. Ilustracją powyższego jest przytoczenie danych tonażu bomb zrzuconych na Wielką Brytanię i Niemcy w różnych okresach wojny. Na same Wyspy Brytyjskie w latach 1940–1941 zrzucono ok. 60 000 ton bomb (z czego prawie połowę przeciwko ośrodkom miejskim), a w okresie 1942–1945 ok. 15 000 ton⁴⁵⁵. Dla porównania tylko względem stolicy III Rzeszy wykorzystano ok. 70 000 ton, a więc prawie 80% ogólnej ilości ładunku użytego przez stronę niemiecką podczas całej wojny⁴⁵⁶. Łącznie ok. 533 000 ton bomb wymierzonych było w ośrodki miejskie⁴⁵⁷. Tylko w ciągu 1944 roku bombowce RAF zrzuciły ok. 676 000 ton bomb – 6 razy więcej niż Luftwaffe względem Wielkiej Brytanii w ciągu całej wojny⁴⁵⁸. Ogólna proporcja tonażu alianckiego i niemieckiego wynosiła 36:1⁴⁵⁹. Jeszcze trudniej w kontekście koncepcji represaliów *sensu stricto* wskazać na proporcjonalność skali działań sił powietrznych USA względem Japonii, nawet biorąc pod uwagę wcześniejsze działania lotnictwa japońskiego w Chinach w latach 30. XX wieku.

Kierownictwo alianckie szybko przekroczyło granicę pomiędzy represaliami *sensu stricto* a *sensu largo*. Otwarcie przyznał to premier JKM w przemówieniu radiowym z 10 maja 1942 roku, mówiąc: „będziemy bombardować Niemcy, z tonażem dziesiątki razy większym niż może to zrobić Hitler”⁴⁶⁰. Tym samym wskazał, że aliancka praktyka wojenna nie będzie w żaden sposób powiązana z działaniami niemieckiego lotnictwa, lecz będzie realizować własny cel⁴⁶¹. W płaszczyźnie represaliów *sensu largo*

455 V. Brittain, *One Voice: Pacifist Writings from the Second World War*, Nowy Jork 2005, s. 115.

456 J. P. Harrison, *History's Heaviest Bombing*, [w:] J. Werner, L. D. Huynh (red.), *The Vietnam War: Vietnamese and American Perspective*, Oxon 2015, s. 133.

457 J. Brauer, H. van Tuyl, *Castles, Battles and Bombs: How Economics Explains Military History*, Chicago 2009, s. 197.

458 J. F. O'Connell, *The Effectiveness...*, s. 76.

459 Nie uwzględniając niemieckiego tonażu zrzuconego nad obszary zabudowane nad Polską, Belgią, Holandią, Francją, Norwegią oraz ZSRR (brak danych).

460 Prime Minister Winston Churchill's Broadcast Report on the War, <http://www.ibiblio.org/pha/policy/1942/1942-05-10a.html> (dostęp: 8.12.2020).

461 „In those days he used to boast that for every ton of bombs we dropped on Germany he would drop ten times, or even a hundred times, as many on Britain. Those were his words and that was his belief. Indeed, for a time we had to suffer very severely from his vastly superior strength and utter ruthlessness. But now it is the other way round. We are in a position to carry into Germany many times the tonnage of high explosives which he can send here. And this proportion will increase all the Summer, all the Autumn, all the Winter, all

bombardowanie Niemiec przez lotnictwo alianckie było wyrazem retaliacji tytułem odpowiedzi na ogólną zbrodniczość niemieckiego systemu zagłady. Było też reakcją nie tylko wobec zbrodni wojennych, w postaci ataków powietrznych o charakterze strefowym bez rozróżnienia, rażących ludność cywilną, ale także wobec innych zbrodni popełnianych przez państwa Osi na terenach okupowanych⁴⁶². Doszukiwanie się śladów rozważań natury prawnej uzasadniających ideę represaliów *sensu largo* wśród wojskowo-politycznego kierownictwa aliantów, a zwłaszcza w odniesieniu do W. Churchilla i A. Harrisa, nie wydaje się konieczne. Potwierdzeniem tego jest w istocie stosowanie podwójnego standardu reguł bombardowań względem III Rzeszy i terytoriów okupowanych (patrz pkt 21.4)⁴⁶³. Brytyjski przywódca uznawał ataki powietrzne za wkład Wielkiej Brytanii w ostateczne zwycięstwo nad hitleryzmem, za jedyną możliwość efektywnego oddziaływania na niemieckie społeczeństwo⁴⁶⁴. W ramach tej walki, opartej o względy czysto aksjologiczne, system polityczno-społeczny III Rzeszy w umyśle szefa rządu JKM był porównany do rozbudowanej struktury przestępczej⁴⁶⁵. Pogląd ten został uwypuklony w przemówieniu radiowym z 10 maja 1942 roku, w którym Churchill wskazał, że „niemiecka ludność cywilna może uciec przed horrorem bombardowań lotniczych poprzez opuszczenie miast produkcji zbrojeniowej, zaprzestanie pracy i refleksje nad reżimem hitlerowskim”⁴⁶⁶. Społeczeństwo

the Spring, and all the Summer, and so on till the end”. Fragment przemówienia radiowego W. Churchilla z 10 maja 1942 roku na temat sytuacji wojennej, transkrypcja dostępna na <http://www.ibiblio.org/pha/policy/1942/1942-05-10a.html> (dostęp: 6.12.2018).

462 Zob. interesujący przykład S. E. Nahlka, *From Reprisals to Individual Penal Responsibility*, [w:] A. Delissen, G. J. Tanja (red.), *Humanitarian Law of Armed Conflict Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Leiden 1991, s. 173.

463 R. Wayne Gehring, *Protection of Civilian Infrastructures*, „Law and Contemporary Problems” 1978, vol. 42, s. 103.

464 Zob. więcej C. Harmon, *Are We Beasts? Churchill and the Moral Question of World War II „Area Bombing”*, S. Garrett, *Political Leadership and „Dirty Hands”: Winston Churchill and the City Bombing of Germany*, [w:] C. Nolan (red.), *Ethics and Statecraft: The Moral Dimension of International Affairs*, Santa Barbara 2015, s. 32.

465 Zob. więcej M. Walzer, *Wojny sprawiedliwe i niesprawiedliwe. Rozważania natury moralnej z uwzględnieniem przykładów historycznych*, Warszawa 2010. Interesujący przykład postawy Churchilla dotyczący bombardowania Coventry w 1940 roku: A. D’Amato, *Legal and Moral Dimensions of Churchill’s Failure to Warn*, „Cardozo Law Review” 1998, vol. 20, s. 561 i n.

466 „We have a long list of German cities in which the vital industries of the German war machine are established. All these it will be our stern duty to deal with as we have already dealt with Luebeck, with Rostock and half a dozen important bases. The civil population of Germany have, however, an easy way to escape from these severities. All they have to do is to leave the cities where munition work is being carried on, abandon their work and go out into the fields and watch the home fires burning from a distance. In this way they may find time for meditation and repentance. There they may remember the millions of Russian women and children they have driven out to perish in the snows and the mass executions of peasantry and prisoners of war which in varying scale they are inflicting upon so many of the ancient and famous peoples of Europe”. Fragment przemówienia radiowego W. Churchilla z 10 maja 1942, A. D’Amato, *Legal and Moral...*

niemieckie partycypowało w zbrodniczych działaniach nazizmu w sposób bezpośredni, np. poprzez służbę wojskową, a także pośredni, poprzez wykonywanie pracy na potrzeby prowadzenia wojny⁴⁶⁷. Obydwie kategorie były traktowane jako dopuszczalne cele ofensywy powietrznej. Trudno jednoznacznie określić, czy Churchill zignorował obecność trzeciej grupy osób (np. osób starszych czy dzieci i młodzieży), która w żaden sposób nie mogła efektywnie wpływać na funkcjonowanie III Rzeszy, czy też mając świadomość jej istnienia, uznał ją za *colateral damage*, która musiała zostać zaakceptowana w imię pokonania zbrodniczego ustroju w ramach tzw. najwyższej konieczności (*supreme emergency*)⁴⁶⁸. J. M. Spaight formułuje w tej mierze bardziej stanowczy wniosek, wskazując, że „cele wojskowe nie mogą być dłużej poprawnie zidentyfikowane, ponieważ walczący nie czynią żadnej staranności w przedmiocie ich prawidłowego oznaczenia, dokonują rozlokowania artylerii przeciwlotniczej w obrębie ośrodków miejskich, co uniemożliwia dokonanie prawidłowego rozróżnienia”⁴⁶⁹. Podobne zdanie w tej mierze wyraża R. G. Wright⁴⁷⁰.

Z drugiej jednakże strony warto zwrócić uwagę, że powoływanie się na doktrynę represaliów może być także w pewnym sensie dorozumianym przyznaniem państwa co do faktu istnienia danej normy, a odstępstwo jest w tej mierze traktowane jako swoiste usprawiedliwienie. Uwaga ta jednak może być poczyniona w dwóch płaszczyznach zakazu bombardowania ludności cywilnej. Jedną może być potwierdzenie istnienia prawa, drugą zaś brak legalności nowej praktyki⁴⁷¹.

467 Zob. treść listu gen. Iry Eakera z 1979 roku, w którym usprawiedliwiał amerykańskie operacje lotnicze w okresie II wojny światowej. P. Faber, *The Development of US Strategic Bombing Doctrine in the Interwar Years: Moral and Legal?*, „The United States Air Force Academy Journal of Legal Studies” 1996–1997, vol. 7, s. 123.

468 „In other words, there exists a very strong presumption against the deliberate killing of non-combatants but it is not an irrebuttable one. Situations may be envisaged where one would be justified in breaking this rule. Thus if the Allied’s bombing of the cities in World War II had been the only way to win the war and if winning the war was vital to the interests of humanity, then a justification could be found that would be consistent with the principle of discrimination (eg the defence of freedom, the protection of civilisation)”. R. Mushkat, *Jus in bello Revisited*, „Comparative and International Law Journal Studies Affairs” 1998, vol. 21, s. 31. Zob. więcej P. Gray, *The Leadership, Direction and Legitimacy of the RAF Bomber Offensive from Inception to 1945*, Birmingham 2012; G. Best, *Churchill and War*, Londyn 2005, s. 282; R. G. Wright, *Noncombatant Immunity: A Case Study in the Relation between International Law and Morality*, „Notre Dam Law Review” 1991, vol. 67, s. 349–350.

469 J. M. Spaight, *Bombing Vindicated*, Londyn 1944, s. 115–116. Zob. także C. P. Stacey, *Review Article: The Bombing of Germany, 1939–1945*, „International Journal” 1962, vol. 17, s. 307.

470 R. G. Wright, *Noncombatant...*, s. 352 i n.

471 Powyższą sytuację można porównać do grupy pieszych oczekujących na przejście przez jezdnię na skrzyżowaniu. Jeden z pieszych decyduje się na przejście przez pasy na czerwonym świetle. Druga osoba decyduje się na ten sam krok z uwagi na zachowanie pierwszej. Zatrzymana przez funkcjonariuszy powołuje się na działanie pierwszego pieszego. W ten sposób dorozumianie przyznaje, że istnieje norma zakazująca przechodzenia przez jezdnię

23. Stan prawa wojny powietrznej w początkowym okresie II wojny światowej

H. M. Hanke wskazał, że wspólnie z japońskim oświadczeniem z 1938 roku powyższe notyfikacje mogły mieć charakter jednostronnego oświadczenia państw o charakterze deklaratywnym i stanowić obowiązujące prawo międzynarodowe w relacjach pomiędzy uczestnikami wojny w jej pierwszych miesiącach. Stanowisko przeciwne zajmował E. Spetzler, który zwrócił uwagę, że istnieje trudność w jednoznacznym zdeterminowaniu na podstawie istniejących danych, które z poszczególnych państw zdecydowało się na „tajną” implementację Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku z uwagi na fakt, że nie uznawano strategicznej wojny powietrznej za inherentnie prowadzonej bez rozróżnienia (*Ob. Einzelne Staaten, die in ihrer Luftkiregskonzeption einen betonten strategischen Flugwaffeneinsatz vorgesehen hatten, sich bei ihrem Bekenntnis zu den Haager Luftkiregsregeln schon mit einem geheimen Vorbehalt beschäftigen, ist schwer zu beurteilen*)⁴⁷².

Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej w sprawie statusu Grenlandii Wschodniej oceniając oświadczenie norweskiego ministra spraw zagranicznych Nilsa Ihlena, złożone wobec jego duńskiego odpowiednika, stwierdził, „że poza wszelką wątpliwością odpowiedź ministra spraw zagranicznych złożona w odpowiedzi na zapytania przedstawiciela dyplomatycznego obcego państwa znajdująca się w jego kompetencjach jest wiążąca względem państwa pochodzenia ministra”⁴⁷³. W tym miejscu warto jednak podkreślić, że w kontekście jednostronnych oświadczeń państw należy odróżnić te, które mają charakter prawny (*legal act*) od politycznych (*political act*)⁴⁷⁴. Na wagę powyższego rozróżnienia zwróciła uwagę Komisja Prawa Międzynarodowego⁴⁷⁵. Ma to immanentne znaczenie zwłaszcza w kontekście reżimu odpowiedzialności międzynarodowej, który docelowo może zostać uruchomiony jedynie na podstawie naruszenia normy o charakterze prawnym⁴⁷⁶. H. Kelsen w pracy

na czerwonym świetle. Odmienne należy potraktować sytuację braku tłumaczeń (wyjaśnień) przez osobę zatrzymaną. Nie można jednak z tego faktu wywodzić, że poprzez milczenie zatrzymany kwestionuje istnienie zasady *per se*.

472 E. Spetzler, *Luftkrieg*..., s. 221.

473 *Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway)*, 1933 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 53 (Apr. 5).

474 E. Csatlós, *The Legal Regime of Unilateral Act of States*, „Miskold Journal of International Law” 2010, vol. 7, s. 36; P. Sagane, *Unilateral Acts of States in Public International Law*, Leiden 2016, s. 56–57.

475 Zob. więcej *Unilateral Acts of States* (A/CN.4/383, sect/ F. A/CN.4/486. A/CN.4/L.558), First Report of the Special Rapporteur, „Yearbook of International Law Commission 1998: Summary Records”, t. 1, s. 32–35.

476 E. Kassoti, *The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, Leiden 2015, s. 120; „It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form”. *Case Concerning The Factory at Chorzów*, Publication of the Permanent Court of International Justice, Series A-No. 9/1927, s. 21.

poświęconej uznaniu państw wskazał na fundamentalne różnice w odniesieniu do „politycznego aktu uznania państwa i prawnego aktu uznania państwa”⁴⁷⁷. Na konieczność analizy okoliczności towarzyszących złożeniu oświadczenia zwrócił uwagę MTS w sprawie testów nuklearnych na południowym Pacyfiku (Australia v. Francja), gdzie podniesiono konieczność manifestacji zewnętrznej zamiaru związania się samą deklaracją, a także (co wydaje się wymogiem konstytucyjnym) zachowania państwa zgodnego z przedłożonym oświadczeniem, które wywołają efekty wobec podmiotów trzecich i staną się źródłem obligacji międzynarodowej⁴⁷⁸. Stosując powyższy paradygmat, MTS przesądził o braku wiążącego charakteru jednostronnych oświadczeń państw w sprawie sporu granicznego (Burkina Faso v. Mali), wskazując na brak dostatecznej manifestacji zamiaru związania się treścią niewiążącej uchwały organizacji międzynarodowej⁴⁷⁹. W innym miejscu orzeczenia zwrócono uwagę na potrzebę ostrożnego rozważenia treści oświadczeń kierowanych do abstrakcyjnego adresata⁴⁸⁰. W sprawie aktywności wojskowej i paramilitarnej w Nikaragui MTS zakwestionował wiążący charakter deklaracji składanych przez juntę rządzącą w Nikaragui na forum międzynarodowym, z uwagi na brak „prawnego obowiązku powzięcia konkretnego działania”⁴⁸¹. Stąd rzeczywista wartość składanych oświadczeń może być problematyczna z uwagi na ich charakter *per se* (polityczny bądź prawny) oraz brak rzeczywistego zamiaru wiązania się treścią danego oświadczenia⁴⁸².

Biorąc pod uwagę okoliczność związaną z istnieniem reguły intertemporalnej, istotne jest odniesienie się do dorobku orzeczniczego trybunałów karnych powołanych bezpośrednio po okresie II wojny światowej, które wydają się najbardziej relewantne z perspektywy zakresu rozpoznawanych norm oraz okresu. Jednym z zasadniczych zagadnień prawnych, jakie zaistniały w orzecznictwie MTWDW, była potrzeba rozstrzygnięcia, czy Cesarstwo Japońskie było związane postanowieniami Konwencji genewskiej z 1929 roku o traktowaniu jeńców wojennych. Ustalenie to było istotne dla bytu zarzutów stawianych japońskim zbrodniarzom

477 H. Kelsen, *Recognition in International Law: Theoretical Observations*, „American Journal of International Law” 1941, vol. 35, s. 605.

478 *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, para. 43.

479 *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali)*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para. 38–40.

480 „The Chamber considers that it has a duty to show even greater caution when it is a question of a unilateral declaration not directed to any particular recipient”. *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali)*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para. 39.

481 „However, the Court is unable to find anything in these documents, whether the resolution or the communication accompanied by the «Plan to secure peace», from which it can be inferred that any legal undertaking was intended to exist”. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para. 261.

482 R. MacDonald, *Nuclear Weapon-Free Zones and Principles of International Law*, [w:] W. Heere (red.), *International Law and Its Sources: Liber Amicorum Maarten Bos*, Haga 1989, s. 73–74; M. Gitzmaurice, O. Elias, *Contemporary Issues in the Law of Treaties*, Utrecht 2005, s. 39–44.

wojennym, opartych na zabijaniu bądź złym traktowaniu alianckich jeńców wojennych (m.in. skazanie lotników amerykańskich na podstawie tzw. *Enemy Airmen Act* – patrz poniżej). Japonia podpisała konwencję, jednak jej nie ratyfikowała. W 1941 roku sprzymierzeni wskazali, że będą kierować się postanowieniami konwencji względem strony japońskiej i zażądali odpowiednich gwarancji ze strony rządu w Tokio, które zostały udzielone przez ministra spraw zagranicznych Japonii S. Togo. W ramach oświadczenia wskazano, że Cesarstwo Japońskie będzie przestrzegać w stosunkach z państwami alianckimi konwencji na zasadzie *mutatis mutandis* (z łac. „jak okoliczności pozwolą, z uwzględnieniem różnic”). Z oświadczenia strony japońskiej MTWDW wywiódł, że państwo to zobowiązało się do przestrzegania konwencji w najbliższym możliwym zakresie zbliżonym do brzmienia literalnego konwencji⁴⁸³. Z uwagi na wymianę podobnych not pomiędzy państwami alianckimi sędziowie trybunału tokijskiego wskazali, że doszło do zawarcia pomiędzy walczącymi porozumienia poprzez ambasadę Szwajcarii⁴⁸⁴.

Trudno jednakże ustalić z całą pewnością, że do podobnego porozumienia doszło pomiędzy Polską, III Rzeszą, Francją i Wielką Brytanią. Przede wszystkim istniały w tej mierze odmienne okoliczności: apel prezydenta Roosevelta był uroczystą prośbą do walczących stron o kierowanie się dobrem ludności cywilnej w działaniach wojennych. Noty składane przez Polskę i III Rzeszę, o ile były docelowo zgodne w kontekście przyjęcia obowiązującej doktryny celu wojskowego, o tyle z ich formy nie wynikał zamiar zawarcia jakiegokolwiek porozumienia pomiędzy walczącymi. W podobnym kontekście należy oceniać także oświadczenia rządów brytyjskiego i francuskiego. Poza tym dostrzegając konieczność zaistnienia dwóch elementów wiążącego oświadczenia na forum państwa, gdzie efektem komunikacji o charakterze werbalnym powinna być określona jego aktywność, należy uznać oświadczenia zarówno rządu japońskiego z 1938 roku, jak i III Rzeszy z 1939 roku za działania pozorne i prawnie bezwartościowe⁴⁸⁵. Z drugiej strony kumulative spojrzenie na treść oświadczeń państw Osi, wraz z przyjęciem przez siły powietrzne Japonii i III Rzeszy stosownych instrukcji w tej mierze, może wzmacniać pogląd o zwyczajowej mocy dokumentu z 1923 roku, przynajmniej w zakresie doktryny celu wojskowego.

483 „Under this assurance Japan was bound to comply with the Convention save where its provisions could not be literally complied with owing to special conditions known to the parties to exist at the time the assurance was given, in which case Japan was obliged to apply the nearest possible equivalent to literal compliance. The effect of this assurance will be more fully considered at a later point in this judgment”. J. Pritchard, S. M. Zaide (red.), *International Military Tribunal for the Far East, judgment of 12 November 1948*, „Tokyo War Crimes Trial” 1981, vol. 22, s. 711.

484 „This exchange of assurances constituted a solemn agreement binding the Government of Japan as well as the Governments of the other combatants to apply the provisions of the Geneva Prisoner of War Convention of 27 July 1929”. *Ibidem*, s. 716.

485 G. Swiney, *Saving Lives...*, s. 737.

24. Upadek norm rządzących wojną powietrzną w okresie II wojny światowej

24.1. *Desuetudo*

Inną okolicznością przemawiającą na niekorzyść uznania Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku jest spostrzeżenie, że w perspektywie orzecznictwa norymberskiego przy dekodowaniu znaczenia normy prawa zwyczajowego zdecydowanie podkreślano uprzywilejowanie rzeczywistego elementu praktyki w determinacji legalności danego środka bądź metody prowadzenia walki zbrojnej. Innymi słowy, w razie kolizji między *opinio iuris*, przemawiającym za utrzymaniem ważności normy, a przeciwnym *usus* z definicji zwyczaju jako źródła prawa międzynarodowego wynika, że nie może być mowy o normie prawa zwyczajowego, która opiera się wyłącznie na *opinio iuris* bez elementu praktyki państw⁴⁸⁶. Powyższe rozważania sprowadzają się do koncepcji *desuetudo* – rozumianej przez H. Kelsena jako negatywny efekt prawny danego zwyczaju (G. G. Fitzmaurice posługiwał się terminem „milczące odstąpienie od normy”)⁴⁸⁷, czasem wskazywanego jako tzw. negatywny zwyczaj, rozumiany jako stan, w którym norma o charakterze traktatowym jest uznawana jako nieobowiązująca w wyniku przeciwnej praktyki i przyjęcia nowego przekonania prawnego na temat zachowania przeciwnego względem normy traktatowej⁴⁸⁸. Istnieją pewne wątpliwości, czy *desuetudo* może mieć również charakter odstąpienia od normy typu zwyczajowego. A. D'Amato w tej mierze uznaje, że jest to w istocie ukonstytuowanie się nowego zwyczaju⁴⁸⁹. Podczas procesu norymberskiego koncepcja *desuetudo* miała zastosowanie w przypadku norm Protokołu londyńskiego z 1936 roku regulującego wojnę podwodną. Znamienne jest to, że fakt związania się tymi normami

486 „First, a customary rule arises out of state practice; it is not necessarily to be found in UN resolutions and other majoritarian political documents. Second, *opinio iuris* has nothing to do with «acceptance» of rules in such documents. Rather, *opinio iuris* is a psychological element associated with the formation of a customary rule as a characterization of state practice”. A. D'Amato, *Trashing Customary International Law*, „American Journal International Law” 1987, vol. 101.

487 M. Glennon, *Limits of Law: Prerogatives of Power: Interventionism after Kosovo*, Nowy Jork 2001, s. 60. „On the other hand, where the parties themselves, without denouncing or purporting actually to terminate the treaty, have, over a long period, conducted themselves in relation to it more or less as though it did not exist, by failing to apply or invoke it or by other conduct evincing lack of interest in or reliance on it, it may be said that there exists what amounts to a tacit agreement of the parties, by conduct, to disregard the treaty and to consider it as being at an end”. *Second Report on the Law of Treaties by Mr. G.G. Fitzmaurice*, „Special Rapporteur, Yearbook of the International Law Commission” 1957, vol. II, s. 48, para. 86.

488 M. E. Villiger, *Customary...*, s. 217.

489 A. D'Amato, *Trashing...*, s. 97.

stwierdzono w kontekście aliantów złożeniem deklaracji 3 września 1939 roku, tej samej, w ramach której Wielka Brytania i Francja zobowiązywały się do przestrzegania koncepcji celu wojskowego. W. J. Fenrick wskazuje, że w okresie II wojny światowej każdy okręt podwodny US Navy był wyposażony w instrukcję dotyczącą postępowania w wojnie morskiej i powietrznej, powielającą przepisy Protokołu londyńskiego z 1936 roku, jednak na rozkaz dowództwa floty z uwagi na kroki odwetowe odstąpiono od niej⁴⁹⁰. Koncepcja *desuetudo* jest najczęściej powoływana w kontekście upadku zasady rozróżniania w okresie II wojny światowej – co istotnie wiąże się z brakiem akceptacji „restrykcyjnej teorii celu wojskowego”⁴⁹¹.

24.2. *Non-liquet*

Odrębnym zagadnieniem jest kwestia tzw. sytuacji typu *non-liquet*, czyli stwierdzenia braku istnienia danej normy⁴⁹². Sytuacja ta różni się od zjawiska negatywnego zwyczaju brakiem komponentu przekonania prawnego regulującego daną praktykę. H. Kelsen uznawał powyższą sytuację za niemożliwą do spełnienia z uwagi na logiczny charakter kompletności prawa międzynarodowego⁴⁹³. H. Lauterpacht uznawał, że ze względu na brak (do lat 50. XX wieku) jakiegokolwiek sytuacji typu *non-liquet* doktryna świadcząca o braku normy jest czystą teorią. Sąd międzynarodowy może bowiem zawsze się odnieść przynajmniej do zasad *ex aequo et bono*⁴⁹⁴. Jednakże po wielu latach właśnie w ramach międzynarodowego prawa humanitarnego wielu prawników doszukuje się istnienia sytuacji typu *non-liquet* w opinii doradczej MTS dotyczącej legalności bądź groźby użycia broni atomowej oraz raportu zespołu przy Prokuratorze MTKJ w sprawie legalności operacji powietrznej NATO w Serbii w 1999 roku⁴⁹⁵. Warto wskazać, że wiele lat po zakończeniu wojny, podczas XIX konferencji MCKC w New Delhi w 1957 roku delegat Japonii podkreślił, że

490 W. J. Fenrick, *Comments on Sally V. and W. Thomas Mallison's Paper: The Naval Practices of Belligerents in World War II: Legal Criteria and Developments*, „International Law Studies” 1993, vol. 65, s. 111.

491 J. Dill, *Legitimate Targets? Social Construction, International Law and US Bombing*, Cambridge 2015, s. 116.

492 D. Bodansky, *Non Liquet and the Incompleteness of International Law*, [w:] L. Boisson De Chazournes, P. Sands (red.), *International Law: the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge 1999, s. 154.

493 H. Kelsen, *Principles of International Law*, New Jersey 2003, s. 438.

494 H. Lauterpacht, *Some Observations on the Prohibition of 'Non Liquet' and the Completeness of the Law*, [w:] E. Lauterpacht (red.), *International Law: Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Vol. 2: *The Law of Peace*, Cambridge 1975, s. 215.

495 S. C. Neff, *Non Liquet and International Law*, [w:] K. H. Kaikobad, M. Bohlander (red.), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice: Essays in Honour of Colin Warbrick*, Leiden 2009, s. 76; K. Kulovesi, *Legality or Otherwise? Nuclear Weapons and the Strategy of Non Liquet*, „Finnish Yearbook of International Law” 1999, vol. 10, s. 56.

„powszechnie wiadomo, że nie można odnaleźć żadnych reguł prawa międzynarodowego regulujących przebieg wojny powietrznej”⁴⁹⁶.

Można mieć pewne wątpliwości, czy w kontekście międzynarodowego prawa humanitarnego możliwe jest istnienie tzw. negatywnego zwyczaju. Podkreślić należy w tej mierze fakt, że podstawą jego wytworzenia nie mogą być pojedyncze przypadki naruszeń, lecz nowa praktyka o charakterze obustronnym i wynikająca z zachowania każdego z walczących w konflikcie zbrojnym⁴⁹⁷. K. Wolfke wskazywał, że czym silniejszy charakter posiadała poprzednia norma, tym proporcjonalnie musi być kompensowana siłą nowej normy prawa zwyczajowego, aby doszło do jej zastąpienia⁴⁹⁸. Z drugiej strony trudno uznać praktykę bombardowań powietrznych o charakterze powierzchniowym nawet przy spełnieniu warunku dostatecznego *usus* za zwyczaj bez istnienia *opinio iuris* (zgodnie z zasadą *what only opinio iuris can do, only opinio iuris can undo*)⁴⁹⁹. Stanowczo podkreśla to P. Gibb, który wskazuje, że do końca wojny każda ze stron twierdziła, że atakuje wyłącznie cele wojskowe, nigdy nie podnosząc czy też uzurpując sobie w jakikolwiek sposób prawo do atakowania ludności cywilnej poprzez bombardowania lotnicze. W jego ocenie dostatecznie uzasadnia to brak możliwości powstania negatywnego zwyczaju⁵⁰⁰.

24.3. Rajd 1000 bombowców na Kilonię – koniec obowiązywania Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku

Analiza przebiegu operacji powietrznych w okresie II wojny światowej prowadzi do następujących konkluzji. W pierwszej fazie konfliktu stroną naruszającą zasady wynikające z treści art. 22–24 reguł z 1923 roku, czyli dokonującą bom-

496 „It is widely known that one can hardly find at present any international rule governing aerial warfare and the use of long-distance weapons”. *Final Record Concerning the Draft Rules for the Limitation of the Dangers Incurred by the Civilian Population in Time of War*, XIXth International Conference of the Red Cross, Geneva 1958, s. 91; „These rules have never been adopted, and the state practice in the last forty years clearly shows that very few customary rules of aerial warfare have emerged”. C. L. Cantrell, *Humanitarian Law in Armed Conflict: The Third Diplomatic Conference*, „Marquette Law Review” 1977, vol. 61, s. 256.

497 „Not all violation results in desuetude, of course; if it did, virtually no rule would be binding. Desuetude occurs only when a sufficient number of states join in breaching a rule, causing a new custom to emerge”. M. Glennon, *How International Law Die*, „Georgetown Law Journal” 2005, vol. 93, s. 942; „But sometimes a violation of a CIL norm is just that – an unlawful act that does not really purport to establish a new rule. Similarly, it surely cannot be enough for States to unilaterally declare that a custom is no longer real or binding”. D. J. Bederman, *Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law*, „Duke Journal of Comparative and International Law” 2010, vol. 21, s. 37.

498 K. Wolfke, *Custom...*, s. 93.

499 G. J. H. Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer 1983, s. 101.

500 S. Gibb, *The Applicability of the Laws of Land Warfare to U.S. Army Aviation*, „Military Law Review” 1976, vol. 73, s. 56–57.

bardowań o charakterze terrorystycznym bądź też saturacyjnym bez względu na obecność obiektów cywilnych, była niemiecka Luftwaffe. Równolegle lotnictwo alianckie wykonywało swoje ograniczone działania powietrzne zasadniczo zgodnie z treścią deklaracji złożonych 3 września 1939 roku. W tym kontekście warto podkreślić, że jednostronność naruszeń doktryny celu wojskowego przez niemieckie siły powietrzne nie jest wystarczająca do załamania ważności normy prawa zwyczajowego wywodzącej się z treści Haskich reguł wojny powietrznej. Z pewnością nie jest też dowodem powszechnej praktyki państw o charakterze negatywnym. Zmiana modelu działań lotnictwa alianckiego nastąpiła w drugiej połowie 1940 roku, poprzez powołanie się na doktrynę represaliów, jako formę odwetu wobec ataków niemieckich na Londyn oraz Coventry, a także amerykańskie uderzenie powietrzne z 17 kwietnia 1942 roku na Tokio (skierowane zresztą przeciwko obiektom wojskowym). Wyczerpanie przesłanek doktryny represaliów *sensu stricto* wydaje się nastąpić z momentem dalszej rozbudowy zakresu ofensywy powietrznej w 1941 roku. Kluczowym momentem destrukcji norm o charakterze konwencyjnym (art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku) oraz zasad opierających się na zwyczaju międzynarodowym, mającym swe fundamenty na regułach z 1923 roku było wydanie 14 lutego 1942 tzw. dyrektywy bombardowania powierzchniowego (*Area Bombing Directive*) oraz pierwszy atak związany z jej wdrożeniem, tj. operacja „Millennium” podjęta 31 maja 1942 roku⁵⁰¹. Uprawdopodobnia to sytuację, w której:

- 1) doszło do destrukcji norm konwencyjnych – tj. Regulaminu haskiego z 1907 roku w wymiarze rzeczywistej praktyki państw i *opinio iuris* (E. Spetzler⁵⁰², W. T. Mallison⁵⁰³);
- 2) ostateczny upadek *opinio iuris* nastąpił 14 lutego 1942 roku wraz z wydaniem *Area Bombing Directive*;
- 3) upadek *usus* nastąpił 31 maja 1942 roku wraz z dywanowym nalotem *Bomber Command* na Kilonię – operacja „Millennium”⁵⁰⁴;
- 4) od 31 maja 1942 roku prawo bombardowań powietrznych ma charakter normy *non-liquet*⁵⁰⁵.

501 M. S. McDougal, F. P. Feliciano, *Law and Minimum World Order: The Legal Regulation of International Coercion*, Yale 1961, s. 640–659.

502 „In Ergenbins enthält die Haager Landkriegsordnung also keine positive Norm, welche der friedlichen Zivilbevölkerung im selbstständigen Luftkrieg einen ausgesprochen kriegsrecht Schutz gewährt”. E. Spetzler, *Luftkrieg...*, s. 39–41.

503 W. T. Mallison, *The Laws of War and the Juridical Control of Weapons of Mass Destruction in General and Limited Wars*, „George Washington Law Review” 1967/1968, vol. 36, s. 334; W. T. Mallison, *Claims Concerning Lawful Weapon of Belligerent Attack*, „International Law Studies” 1966, vol. 58, s. 176.

504 H. DeSaussure, *The Laws...*, s. 534.

505 A. D'Amato, *Law and War: A Doctrine of Deterrence*, „UN Chronicle” 1998, no. 4, s. 53. „The Chief of the British Air Staff proved to be right that the loose legal controls on aerial bombing would not outlast the war. At best, the pre-war international legal standards for aerial

Potwierdzeniem powyższych przekształceń świadczących o stopniowym upadku *opinio iuris* jest charakterystyczna wypowiedź J. M. Spaighta, który starał się w swym opracowaniu z 1944 roku wprost afirmować praktykę bombardowania saturacyjnego, wskazując, że straty wśród ludności cywilnej, a także własności prywatnej są „godne pożałowania, lecz usprawiedliwione w kontekście znacznej korzyści wojskowej uzyskanej wskutek ataków powietrznych”, będąc wynikiem zniszczeń związanych z lokacją obiektów przemysłowych w obrębie miejscowości⁵⁰⁶. Rozproszenie przemysłu zbrojeniowego dokonane przez właściwe organy III Rzeszy oraz Cesarstwa Japońskiego uznawano za działanie wprost legitymizujące saturacyjne bombardowanie miast i miejscowości, w ramach których lokowano elementy infrastruktury zbrojeniowej⁵⁰⁷. Podjęta w 1943 roku przez RAF taktyka nocnych nalotów musiała doprowadzić do spadku możliwości skutecznego rozróżniania pomiędzy fabrykami a dzielnicami mieszkalnymi, nadal jednak mogła być w pewnym kontekście proporcjonalna do osiągnięcia celu w postaci zwycięstwa nad III Rzeszą, ze wskazaniem że straty wśród ludności cywilnej mogły mieć charakter „niezamierzonych, lecz przewidzianych” (*unintended but foreseen*)⁵⁰⁸.

Z drugiej jednak strony warto zwrócić uwagę, że normy wojny powietrznej w kształcie częściowo zainspirowanym regułami z 1923 roku mogłyby zostać ocenione w sposób adekwatny do wartości normatywnej Protokołu londyńskiego z 1936 roku (pogląd taki wskazuje N. Dunbar)⁵⁰⁹. Międzynarodowy Trybunał Wojskowy w procesie admirała Karla Doenitza rozstrzygnął o nieobowiązaniu powyższych norm, wskazując na ich niejednolite przestrzeganie przez wszystkich walczących. W procesie zwrócono uwagę, że zarówno III Rzesza, jak i państwa alianckie (co interesujące, Francja i Zjednoczone Królestwo składały oświadczenie o przestrzeganiu Protokołu londyńskiego z 1936 roku równoległe ze stanowiskiem dotyczącym wojny powietrznej) zdecydowały się odstąpić od swych przedwojennych instrukcji. Trybunał nie dokonał podziału temporalnego zaprze-

warfare were «murky» and not strong enough to constrain states”. N. Canestaro, *Legal and Policy...*, s. 447. „This leaves without sanction in international law the indiscriminate use of aerial bombardment, either conventional or nuclear, at least in the prosecution of a just—that is, non-aggressive-war, which is, of course, always adjudged by the victors”. S. Littell, *The Fifth Annual Ernst C. Stiefel Symposium: 1945–1995: Critical Perspectives on the Nuremberg Trails and State Accountability*, „New York School Journal of Human Rights” 1995, vol. XII, s. 486. „It is therefore likely that the revised laws of war will be stiffer than the rules of 1907. It will not be possible, for instance, to exclude aerial warfare. The fact that the drafters of the Hague Air Warfare Rules of 1923, which Phillips calls a «juridical fantasy», did not take military necessities sufficiently into account, has prevented their acceptance by states”. J. Kunz, *The Laws of War*, „The American Journal of International Law” 1956, vol. 50, s. 316.

506 J. M. Spaight, *Bombing Vindicated*, s. 90–91.

507 G. Adler, *Targets in War: Legal Considerations*, „Houston Law Review” 1970, vol. 8, s. 38.

508 R. G. Wright, *Noncombatant...*, s. 349–350.

509 N. Dunbar, *The Legal Regulation of Modern Warfare*, „Transactions of Grotius Society” 1954, vol. 40, s. 90.

stania obowiązywania Protokołu londyńskiego z 1936 roku, wskazując jedynie, że III Rzesza odstąpiła od jego przestrzegania jeszcze we wrześniu 1939 roku, a alianci odpowiednio w 1940 i 1941 roku. W efekcie zdaniem MTW regulacja z 1936 roku *ab initio* od 1 września 1939 roku była traktowana jako niewiążąca⁵¹⁰.

Warto pochylić się także nad zwyczajowym charakterem Haskich reguł wojny powietrznej w kontekście samego dokumentu. Trzeba zaznaczyć, że efekt prac komisji jurystów z 1923 roku jest cytowany w kontekście art. 18 (korzystanie z broni zapalającej), art. 19 (zakaz stosowania fałszywych oznaczeń), art. 20 (status osoby ewakuującej się ze spadochronem), art. 22–24 (reguły bombardowań). D. Johnson dokonywał podziału Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku również w oparciu o mniej lub bardziej kontrowersyjne zapisy, dodając do tych mniej kontrowersyjnych zasady dotyczące statusu wojskowego statku powietrznego (art. 1–16), dopuszczalność propagandy (art. 21), nakaz respektowania neutralnej przestrzeni powietrznej (art. 39), nakaz ochrony własnej przestrzeni powietrznej przez państwo neutralne (art. 42)⁵¹¹. Zupełnie pomijane w doktrynie prawa międzynarodowego są zagadnienia związane z pozostałymi rozdziałami reguł odnoszącymi się do kwestii postępowania z neutralnymi statkami powietrznymi, kontrabandą czy też realizacją prawa wizyty na morzu przez wojskowy statek powietrzny. Powyższa uwaga jest istotna chociażby w kwestii próby oceny zwyczajowego charakteru pozostałych przepisów wojny powietrznej. Jest to niezwykle utrudnione ze względu na brak praktyki oraz jedynie pojedyncze opracowania Castréna, Spaighta i Meyera, które zasadniczo mają charakter tylko teoretyczny.

Tabela 4. Przepisy Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku i ich status zwyczajowy w 1945 roku

Artykuły	Art. 1–16	Art. 18–20	Art. 22–24	Art. 39, art. 42	Art. 42–63
Status	Potwierdzona norma zwyczajowa ^a	Potwierdzona norma zwyczajowa (dyskusja nad statusem art. 20 zob. rozdział VII) ^b	Kontrowersyjny	Potwierdzona praktyką państw neutralnych	Brak danych

^a W. G. Downey, *Revision of the Rules of Warfare*, „American Society of International Law Proceedings” 1949, vol. 43, s. 107.

^b D. Johnson, *Rights in Air...*, s. 40.

Źródło: opracowanie własne.

510 Oceny odnoszące się do rzeczywistego skutku orzeczenia MTW w przedmiocie wojny podwodnej są jednakże zróżnicowane, zob. H. Robertson, *U.S. Policy on Targeting Enemy Merchant Shipping: Bridging the Gap between Conventional Law and State Practice*, „International Law Studies” 1993, vol. 65, s. 338 i n.

511 D. Johnson, *Rights in Air...*, s. 40–41.

25. MKCK w okresie II wojny światowej

12 marca 1940 roku MKCK zaapelował do rządów państw walczących z wnioskiem o ochronę ludności cywilnej przed efektami bombardowań powietrznych, przypominając znaczenie przepisów IV Konwencji haskiej z 1907 roku oraz Regulaminu haskiego z 1907 roku. Organizacja proponowała zawarcie wielostronnych porozumień pomiędzy walczącymi w przedmiocie klaryfikacji konceptu celu wojskowego⁵¹². Na wniosek MKCK odpowiedziały m.in. III Rzesza, Zjednoczone Królestwo, Włochy, Stany Zjednoczone oraz Polska. Niemiecka depesza wskazywała, że „ograniczenie ataków do celów wojskowych może być zmienione w wypadku odmiennej praktyki państw przeciwnych”, Włochy powołały się wprost na dekret królewski z 1938 roku, Wielka Brytania wskazała, że RAF nie atakuje innych celów niż wojskowe (pod warunkiem wzajemności), a Stany Zjednoczone wskazały na apel prezydenta Roosevelta z pierwszych dni września 1939 roku⁵¹³. Znamienne jest, że na następne apele MKCK z lipca 1943 roku oraz stycznia 1944 roku nie odpowiedziały żadne rządy kluczowych państw, z wyjątkiem USA, które złożyły deklarację o bardzo ogólnej treści⁵¹⁴.

26. Projekt MKCK z New Delhi z 1956 roku

26.1. Uwagi ogólne

Na sesji Amerykańskiego Stowarzyszenia Prawa Międzynarodowego (*American Society of International Law*) w 1949 roku W. Downey, szef sekcji prawa międzynarodowego w służbie wsparcia prawnego sił zbrojnych USA, wskazał na prawo wojny powietrznej jako nieistniejący wymiar *ius in bello*, podnosząc że postulaty zawarte w treści art. 22–24 Haskich reguł wojny powietrznej nigdy nie stały się prawem, a praktyka wszystkich stron walczących podczas II wojny światowej zaprzecza jakiegokolwiek ich wartości normatywnej. Amerykański oficer wskazał, że stworzenie akceptowalnego kodeksu wojny powietrznej „będzie uwieńczone wdzięcznością całej ludzkości, a autor będzie uznany za Francisa Liebera XX wieku”⁵¹⁵. Drugim poglądem podsumowującym stan międzynarodowego prawa wojny powietrznej

512 *Report of the International Committee of the Red Cross on its activities during the Second World War (September 1, 1939 – June 30, 1947)*, s. 683–685.

513 *Ibidem*, s. 686.

514 *Ibidem*, s. 688.

515 W. G. Downey, *Revision...*, s. 108.

był komentarz L. Nuricka (również przedstawiciela amerykańskich służb prawnych), który zwrócił uwagę na załamanie zasady rozróżnienia, z uwagi na 1) brak wyraźnej definicji celu wojskowego, 2) brak kryteriów odnoszących się do kwestii tzw. quasi-kombatantów, 3) brak konsensu pomiędzy praktykami a teoretykami wojny powietrznej w zakresie tzw. bombardowań terrorystycznych, 4) brak technicznych możliwości pozwalających na prawidłowe rozróżnienie w okresie II wojny światowej, 5) brak wskazania granic dopuszczalnego zakresu destrukcji o charakterze incydentalnym, 6) ogólny dysonans pomiędzy teorią a praktyką państw w okresie konfliktu⁵¹⁶. Te dwa spojrzenia, wyrażone przez oficerów służb prawnych najsilniejszego mocarstwa lotniczego świata, wydają się kumulować całość potrzeb społeczności międzynarodowej, dotyczącej konieczności sformułowania przejrzystego rozwiązania odnoszącego się do regulacji prawa wojny powietrznej.

26.2. Cele wojskowe w świetle projektu MKCK z 1956 roku

Pierwszą próbą wypracowania platformy porozumienia była inicjatywa MKCK podjęta w 1954 roku jako konferencja ekspertów (z udziałem m.in. R. Baxtera oraz E. Castréna) na wzór komisji z 1923 roku, która jednoznacznie podkreśliła potrzebę natychmiastowego przyjęcia regulacji rządzących wojną powietrzną⁵¹⁷. Działania powyższej grupy dały bezpośredni impuls do dwuletnich prac przygotowawczych, zakończonych przyjęciem w 1956 roku projektu pod nazwą „Reguły ograniczeń niebezpieczeństw względem ludności cywilnej na czas wojny”. Artykuł 1 regulacji wskazywał jako pewną nowość normatywny obowiązek wyłączenia ludności cywilnej spod zakresu prowadzonych operacji wojskowych, jednocześnie formułując nakaz koncentracji wysiłku wojennego na niszczeniu wysiłku wojennego przeciwnika⁵¹⁸. Bezpośrednią konsekwencją tego wskazania była wyrażona w art. 7 zasada rozróżnienia, tj. kierowania ataków tylko przeciwko celom wojskowym. Komentarz do projektu jednoznacznie wskazuje na *ratio* powyższego przepisu mającego swoje fundamenty w zapobieżeniu działaniom powietrznym o charakterze saturacyjnym⁵¹⁹. Zdecydowano się na zdefiniowanie pojęcia w wymiarze pozytywnym, powołując się na enumeratywne wyliczenie celów wojskowych mających status „szczególne” bądź „powszechnie zaakceptowane” jako legalny przedmiot ataku wojskowego⁵²⁰. Powyższa definicja miała także wymiar kazuistyczny, a nie abstrakcyjny

516 L. Nurick, *The Distinction...*, s. 691–695.

517 „The Experts considered that aerial warfare was one of the fields of hostilities in which a code of rules, already very useful in the case of «localized» conflicts, was most needed”. ICRC, *Draft Rules for the Limitation of the Dangers Incurred by the Civilian Population in Time of War*, Genewa 1956, s. 22.

518 *Ibidem*, s. 39.

519 *Ibidem*, s. 65.

520 *Ibidem*, s. 66.

jak w przypadku reguł z 1923 roku. Z uwagi na względy natury praktycznej zdecydowano się na umieszczenie zakwalifikowanych kategorii obiektów jako celów wojskowych⁵²¹. Artykuł 7 w zdaniu trzecim stanowił o wyłączeniu spod klasyfikacji powyższych obiektów wszelkich celów, których zniszczenie lub uszkodzenie nie przynosi wyraźnej korzyści wojskowej w chwili ataku. Nawiązano w ten sposób do regulacji charakterystycznej dla art. 24 Haskich reguł wojny powietrznej, wyłączając spod możliwości niszczenia pewne typy obiektów, instalacji bądź infrastruktury, których destrukcja ma wymiar zbędny, tworząc w ramach art. 7 dokumentu z 1956 roku dwuczłonowy test celu wojskowego. Pierwszym wymogiem była obecność danego celu w specjalnie przygotowanym aneksie. Do celów tych zaliczano:

- 1) siły zbrojne oraz osoby biorące udział w działaniach zbrojnych;
- 2) obszary zajmowane przez siły zbrojne adversarza, instalacje, konstrukcje przeznaczone do użytku wojskowego (koszary, baraki), budynki administracji wojskowej oraz składy amunicji i materiałów pędnych;
- 3) lotniska, stocznie, linie komunikacyjne oraz drogi pod warunkiem posiadania znacznej wartości wojskowej;
- 4) instalacje radiowo-odbiorcze i telewizyjne;
- 5) przemysł zbrojeniowy, zaplecze techniczne, zaopatrzeniowe, inżynieryjne, metalurgiczne, elektrownie produkujące na potrzeby sił zbrojnych, laboratoria i miejsca doświadczeń technicznych⁵²².

Zgodnie z aneksem co 10 lat lista powyższych celów miała być nowelizowana. Co interesujące, oprócz klasycznej kategorii celów, których znaczenie wojskowe potwierdziła praktyka II wojny światowej, nowością było wprowadzenie do powyższego zbioru instalacji oraz przekaźników radiowo-telewizyjnych. Drugim wymogiem było, aby w konkretnych okolicznościach zniszczenie obiektu przynosiło walczącym określoną korzyść wojskową. W istocie dokument z 1956 roku łączył różne koncepty (art. 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku oraz art. 24 Haskich reguł wojny powietrznej) w jeden dokument⁵²³.

26.3. Definicja pojęcia „atak”

Artykuł 3 projektu wskazywał, że pojęcie „atak” ma zastosowanie względem wszystkich aktów wrogości podjętych przeciwko adversarzowi, poprzez wykorzystanie przemocy zbrojnej zarówno w ramach ataku, jak i obrony. Co interesu-

521 „It is not enough, however, to talk of categories of objective. It is also necessary to describe these categories, as in fact the ICRC had already requested in its March 1940 appeal, which was to the effect that the codification should give at least some slight indication of the type of places threatened in the event of a conflict in order to enable suitable steps to be taken for the removal there from of the persons concerned”. *Ibidem*, s. 69.

522 *Ibidem*, s. 72–73.

523 A. Jachec-Neale, *The Concept...*, s. 31.

jące, komentarz zwraca uwagę, że w kontekście wojny powietrznej pewnym nie-dookreślonym pojęciem jest zjawisko bombardowania, które w istocie powinno być wykładane w sposób rozszerzający i uwzględniać nie tylko sam fakt zrzućenia bomby w locie swobodnym, ale także przypadki ostrzału za pomocą małokalibrowej broni pokładowej oraz nowego (ówcześnie) zjawiska stosowania pocisków rakietowych, które również powinny być traktowane jako element bombardowania. W związku z powyższym reguły z 1956 roku odmiennie niż w przypadku projektu z 1923 roku wprowadziły do języka międzynarodowego prawa humanitarnego zwrot „atak” jako pojęcie bardziej ogólne, obejmujące zakresem zastosowania przypadki użycia siły zbrojnej w każdym wymiarze, niezależnie od charakteru środka bądź też metody. Terminem „akt przemocy” określano wszelkie działania, które są wynikiem oddziaływania o charakterze kinetycznym, mające spowodować określone szkody względem adwersarza⁵²⁴. Należy zwrócić uwagę, że przepis ten nie dotyczył wyłącznie strony atakującej, lecz zawierał dyspozycję odnoszącą się do każdego aktu przemocy dokonanego przeciwko adwersarzowi, włączając w to akty dokonane w celu realizacji np. taktyki spalonej ziemi na terenie okupowanym⁵²⁵. Zarys art. 4 odpowiadał postulatowi doktryny, która wnosila o sformułowanie definicji ludności cywilnej, która w kształcie dokumentu z 1956 roku miała wymiar negatywny. Wskazywała, że nie zalicza się do cywili członków sił zbrojnych, oddziałów pomocniczych, a także uczestniczących w działaniach zbrojnych⁵²⁶. W komentarzu, pochylając się nad statusem tzw. quasi-kombatantów, zwrócono uwagę, że ponoszą oni ryzyko przebywania w obrębie celu wojskowego – w postaci fabryki zbrojeniowej (reguły nie określały natomiast, czy stawali się oni nierozłączną częścią celu wojskowego, czy też byli traktowani jako efekt uboczny ataków kierowanych przeciwko przemysłowi). Stwierdzono, że nie powinni być oni przedmiotem ataku w obrębie swych gospodarstw domowych⁵²⁷. Artykuł 6 zakazywał ataków o charakterze bezpośrednim i terrorystycznym przeciwko ludności cywilnej oraz obiektom przez nią wyłącznie wykorzystywanych. Artykuł 6 ust. 3 podnosił, że cywile znajdujący się w pobliżu celów o charakterze wojskowym muszą godzić się na ryzyko bycia przedmiotem ataku zbrojnego.

Wyzwaniem dla twórców projektu była wzajemna relacja nowych przepisów w stosunku do już istniejących przepisów występujących na gruncie haskiej regulacji z 1907 roku. Dotyczyło to w szczególności art. 25–27 Regulaminu haskiego z 1907 roku oraz pojawienia się koncepcji celu wojskowego na gruncie art. 7 projektu z 1956 roku. Co istotne, MKCK podniósł, że wprowadzone zmiany w żaden sposób nie zmieniają istniejącego już prawa, ale uzupełniają i potwierdzają dotychczasowe rozwiązania. W kontekście wojny powietrznej

524 ICRC, *Draft Rules for the Limitation of the Dangers...*, s. 44.

525 *Ibidem*, s. 45.

526 *Ibidem*, s. 46.

527 *Ibidem*, s. 48.

jednakże stwierdzono, że zakres ochrony wynikającej z art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku względem ludności cywilnej był niedostateczny i z uwagi na powyższe oraz na utratę funkcji ochronnej przepisu zdecydowano się na wyartykułowanie bardziej szczegółowych zasad, podkreślając rozbudowę koncepcji celu wojskowego w oparciu o istniejące zapisy art. 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku. Uwaga dotycząca zakresu kodyfikacji prawa wojny powietrznej w tej mierze miała istotny charakter, gdyż sygnalizowała, że przyszła zmiana w tej mierze będzie dotyczyła zasadniczo jedynie norm określających zasady bombardowania lotniczego⁵²⁸.

Artykuł 8 reguł z 1956 roku zawierał nowe postulaty dotyczące podjęcia określonych aktywnych środków ostrożności względem wykonującego bądź rozkazującego wykonanie ataku. Jednym z nich było powtórzenie zasad wynikających z treści rezolucji Ligi Narodów z 30 września 1938 roku, m.in. w postaci obowiązku identyfikacji celu, względem którego działało domniemanie wojskowego przeznaczenia, o ile znajdował się on w strefie bezpośredniej styczności bojowej⁵²⁹. Kolejnym wymogiem – co stanowiło zupełną nowość normatywną – było odwołanie się do mechanizmu mniejszego zła przy doborze celów, poprzez uwzględnienie perspektywy ochrony ludności cywilnej. Komentarz do projektu wskazywał, że praktycznym przykładem tej sytuacji jest kwestia traktowania jako celu wojskowego stacji kolejowych położonych w ośrodkach miejskich. Uzyskanie korzyści wojskowej w postaci zakłócenia funkcjonowania ruchu kolejowego może zostać osiągnięte poprzez zbombardowanie linii kolejowej, co pozwala na uniknięcie potencjalnie ryzykownej dla ludności cywilnej operacji w obrębie obszaru zabudowanego⁵³⁰. Co istotne, przepis zawierał wyraźny nakaz względem dowodzącego operacją, aby odstąpić od ataku mogącego wywołać nadmierne zniszczenia lub uszkodzenia w stosunku do oczekiwanej korzyści wojskowej. W uwagach do treści przepisu podniesiono, że oczekiwana korzyść wojskowa powinna być oceniana w kontekście doświadczenia (wskazującego na fakt znacznego rozdzwieku między sytuacją antycypowaną a rzeczywistymi efektami ataku) oraz przy uwzględnieniu zasady *in dubio pro humanitate*⁵³¹. Co zaskakujące, w pewnym sensie art. 9 afirmował zasadę utrwaloną na gruncie art. 24 Haskich reguł wojny powietrznej w sprawie rozróżnienia sytuacji prawnej obszarów znajdujących się w bezpośredniej bliskości frontu oraz ośrodków miejskich znajdujących się na zapleczu. W przypadku tej drugiej kategorii atak powinien odbyć się z największą możliwą precyzją i tylko w odniesieniu do bezpośredniego sąsiedztwa celu wojskowego będącego przedmiotem ataku. Konsekwencją powyższego rozróżnienia było wprowadzenie w ra-

528 *Ibidem*, s. 54.

529 *Ibidem*, s. 78.

530 *Ibidem*, s. 79.

531 *Ibidem*, s. 82.

mach art. 10 zakazu bombardowania strefowego (*area-bombing*) rozumianego jako całościowy atak „obszaru, na którym znajdują się odróżniające cele wojskowe”⁵³². Artykuł 16 określał możliwości ogłoszenia danej miejscowości jako miasta otwarte, względem którego istniał obowiązek notyfikacji drugiej stronie, która powinna się powstrzymać od ataków, o ile w obrębie danego miejsca nie prowadzi się działalności wojskowej (obecność sił zbrojnych, wszelkiej aktywności zbrojeniowej, a także tranzytu jednostek wojskowych)⁵³³.

Dokument z 1956 roku stanowił pierwszą otwartą propozycję rozwiązania traktatowego przygotowaną przez MKCK, w ramach którego szeroką dyskusję podjęły narodowe stowarzyszenia Czerwonego Krzyża, wyznaczając swoich przedstawicieli w ramach XIX konferencji MKCK w New Delhi w 1957 roku⁵³⁴. Projekt z pewnością stanowił postęp w stosunku do stanu całkowitej próżni prawnej, jaka istniała w kontekście prawa wojny powietrznej, wprowadzając rozwiązania, które stały się fundamentem przyszłej dyskusji w ramach PD I. Wątpliwości jednakże budzi odwołanie się do rozróżnienia sytuacji prawnej obszarów położonych w rejonie bezpośredniej styczności bojowej oraz znajdujących się na zapleczu frontu w kontekście zakresu ochrony (co było krytykowane na gruncie reguł z 1923 roku). Punktem spornym były także metody legislacyjne w przedmiocie określenia, co jest celem wojskowym. Jednak lista mająca być załącznikiem do przyszłej konwencji na moment sporządzenia dokumentu zawierała dość szczegółowe dyspozycje w tej mierze, adekwatne do warunków wojny powietrznej lat 60. i 70. XX wieku.

26.4. Rozwój amerykańskiej wizji prawa wojny powietrznej w latach 1956–1976

Zgodnie z przyjętym w 1956 roku nowym podręcznikiem (tzw. manuałem) dotyczącym wojny lądowej (*The Law of Land Warfare FM 27-10*) w znowelizowanym pkt 39 wskazano, że bombardowanie jest podległe reżimowi wynikającemu z treści art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku dotyczącego praw i zwyczajów obowiązujących w wojnie lądowej. Co interesujące, miejsce niebronione definiowano w sposób bardzo zbliżony do art. 16 określonego w ramach projektu MKCK z 1956 roku, jednocześnie podkreślając zakaz bombardowań miast niebronionych. Poprzez przeciwieństwo wskazano, że miasta bronione (definiowane w sposób klasyczny, charakterystyczny dla prac drugiej konferencji

532 *Ibidem*, s. 92.

533 *Ibidem*, s. 120–121.

534 *Final Record Concerning the Draft Rules for the Limitation of the Dangers Incurred by the Civilian Population in Time of War*, XIXth International Conference of the Red Cross, Genewa 1958.

pokojuowej z 1907 roku) są z kolei poddane rygorom bombardowania w pełnym zakresie. Co istotne, podręcznik posługiwał się ponadto pojęciem celu wojskowego, również przyjmując jako definicję koncepcję niezwykle zbliżoną do przyjętej w 1977 roku ostatecznej treści art. 52 PD I⁵³⁵. Jako przykładowe cele wymieniono: przemysł zbrojeniowy, miejsca stacjonowania wojsk, składy broni i paliw, porty oraz linie komunikacyjne wykorzystywane dla celów wojskowych, a także inne miejsca, w ramach których dochodzi do wsparcia operacji wojskowej. Jednocześnie podniesiono, że zgodnie z art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku miejscowości, osady oraz budynki, które są celami wojskowymi, ale nie są broniące, nie mogą być przedmiotem ataku. Ostatni fragment interpretacji pojęcia celu wojskowego jest zaskakujący i wydaje się w istocie zwrotem w kierunku znanego i powszechnie krytykowanego sposobu interpretowania przepisów z 1907 roku. Podział ten był tym bardziej niejasny z uwagi także na rozbudowaną definicję obszaru bronionego. W efekcie amerykańska interpretacja prawa bombardowań powietrznych w wersji przedstawionej w instrukcji w 1956 roku zdaje się być próbą połączenia dwóch konceptów, które jednak są ze sobą sprzeczne.

Instruktaż Marynarki Wojennej USA z 1955 roku stanowił, że wojskowy statek powietrzny jest statkiem powietrznym znajdującym się pod kontrolą sił zbrojnych, posiadającym oznaczenia wojskowe, dowodzonym przez członka sił zbrojnych i obsadzony załogą przestrzegającą dyscypliny wojskowej⁵³⁶. W tym kontekście nawiązywano bezpośrednio do dorobku okresu przedwojennego, jednakże z wyłączeniem wyraźnego obowiązku noszenia munduru przez załogantów.

W trakcie wojny w Wietnamie senator Edward Kennedy, przewodniczący senackiej komisji ds. uchodźców wystąpił z interpelacją do Departamentu Obrony w przedmiocie udzielenia odpowiedzi na kwestię stosowanego przez amerykańskie siły powietrzne standardu prawnego. 22 września 1972 roku Departament Obrony USA wskazał, że wiodącym reżimem prawnym regulującym działania powietrzne jest IV Konwencja haska z 1907 roku, Konwencja genewska z 1949 roku oraz zasady prawa zwyczajowego ujęte w treści rezolucji ZO ONZ 2444/1969. Strona rządowa podkreśliła, że zakaz ataków przeciwko ludności cywilnej nie obejmuje operacji kierowanych przeciwko celom wojskowym, które mogą powodować przypadkowe straty wśród ludności cywilnej. W przedmiocie samej definicji celu wojskowego uznano propozycje zawarte w dokumentach z 1923 i 1956 roku (a także postanowień Instytutu Prawa Mię-

535 „Combatants, and those objects which by their nature, location, purpose, or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage”, *The Law of Land Warfare FM 27-10*, Department of the Army Field Manual, 1956, s. 5.

536 *The Law of Naval Warfare NW1P-2*, United States Navy.

dzynarodowego z 1969 roku) za nierealistyczne i „nieposiadające ani statusu zwyczajowego prawa międzynarodowego, ani mocy traktatu”. Jednakże co interesujące, na podstawie „akceptowalnej analogii” Departament Stanu podkreślił, że źródło doktryny celu wojskowego może zostać umiejscowione w treści art. 1 i 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku oraz art. 8 Konwencji o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego z 1954 roku, posługując się w tej mierze listą wskazanych obiektów wojskowych. Zauważono, że w pewnych sytuacjach potencjał wojenny infrastruktury cywilnej może spowodować klasyfikowanie danych obiektów jako celu wojskowego na podstawie prawa zwyczajowego⁵³⁷. Dokument Departamentu Stanu sygnalizuje jeszcze inną, od przyjętej w 1956 roku, wykładnię pojęcia celu wojskowego.

W 1976 roku, już po zakończeniu konfliktu wietnamskiego, Departament Sił Powietrznych USA wydał pierwszą instrukcję dotyczącą prawa międzynarodowego regulującą sposób prowadzenia działań powietrznych w ramach konfliktu zbrojnego (*Air Force Pamphlet AFP 110-31*). Dokument wskazał, że na dzień jego sporządzenia wojna powietrzna nie jest uregulowana żadnym traktatem prawa międzynarodowego. Co istotne, nawet w przedmiocie statusu wojskowego statku powietrznego instrukcja amerykańskich sił powietrznych nie odwoływała się do reguł z 1923 roku (które w innym miejscu uznano za „wartościowe z uwagi na autorytet sporządzających je ekspertów, ale niestanowiące zwyczajowego prawa międzynarodowego w całości”)⁵³⁸. Komentując ustalenia w przedmiocie legalnych celów osobowych, zwrócono uwagę, że pomimo zaburzenia granicy pomiędzy niewalczącymi a kombatanami (wskazując przykład klasy robotniczej w okresie II wojny światowej), to rozróżnienie pozostaje wciąż częścią obowiązującego prawa⁵³⁹. Praktyka lat 1939–1945 i wzrost strat wśród ludności cywilnej były w ocenie instruktora traktowane jako „niedoskonałość techniczna, błędnie klasyfikowana przez przeciwnika jako przykład bombardowania bez rozróżnienia”⁵⁴⁰. Dokument odnosił się do wymagań art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku, wskazując, że w ocenie Stanów Zjednoczonych „każde miasto znajdujące się poza liniami wroga jest miastem bronionym i przez to cele wojskowe mogą być atakowane w takich obszarach”⁵⁴¹. Instrukcja ustanawiała reżim prawny opierający się już wyłącznie na doktrynie celu wojskowego, przyjmując równoległe z propozycjami składanymi na forum konferencji dyplomatycznej w latach 1974–1977 definicję zawartą ostatecznie w treści art. 52 PD I. Podobne rozwiązania przyjęto w przedmiocie tzw. aktywnych reguł ostrożności.

537 List Departamentu Obrony USA do senatora Edwarda Kennedy’ego z 22 września 1972 roku za: A. W. Ronnie, *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*, „The American Journal of International Law” 1973, vol. 67, s. 123.

538 *Air Force Pamphlet AFP 110-31*, s. 5–3.

539 *Ibidem*, s. 3–4.

540 *Ibidem*.

541 *Ibidem*, s. 5–12.

27. Doktryna prawa międzynarodowego wobec zjawiska nieograniczonej wojny powietrznej

Stan prawa międzynarodowego w latach 1945–1977 w znacznym stopniu był uzależniony od zdeterminowania zwyczajowego charakteru Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku bądź przynajmniej niektórych elementów tego dokumentu, które posiadały oparcie w konwencyjnych normach (np. art. 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku), bądź też innych zasad uzyskujących stopniowe uznanie w praktyce państw. Wiele z nich zostało przynajmniej częściowo wyartykułowanych w okresie bezpośrednio poprzedzającym pracę konferencji dyplomatycznej w latach 1974–1977. Niemniej stanowisko najbardziej znanych badaczy prawa międzynarodowego tamtego okresu było silnie spolaryzowane. Pierwszym, najbardziej radykalnym poglądem było stwierdzenie, że przebieg działań wojennych w okresie II wojny światowej, a zwłaszcza masowe bombardowania o charakterze saturacyjnym bez rozróżnienia, doprowadził do wykreowania praktyki niezbędnej do powstania normy prawa międzynarodowego o charakterze zwyczajowym. Postulat taki wyraził m.in. H. DeSaussure czy B. Ferencz (jeden z prokuratorów MTW)⁵⁴². Perspektywa ta wydaje się zbyt daleko idąca, trudno bowiem doszukiwać się w oficjalnych oświadczeniach państw jakiegokolwiek przyzwolenia na bezpośrednie bombardowania ludności cywilnej. Uzasadnienie tego postępowania miało zdecydowanie częściowe oparcie w doktrynie represaliów, względnie w rozbudowanej doktrynie celu wojkowego – niemniej warto zwrócić uwagę, że państwa w ówczesnym czasie nie były w sposób oczywisty przekonane o nielegalności tego typu praktyk.

J. L. Kunz określał okres historii międzynarodowego prawa humanitarnego po wyrokach norymberskich jako moment zupełnego chaosu. Podnosił, że przejście z wojny zmechanizowanej do wojny automatycznej nie pociągnęło ze sobą żadnej korekty w siatce normatywnej *ius in bello*, powodując ponadto całkowity relatywizm prawny z uwagi na doktrynę represaliów oraz pojawienie się nowych typów uzbrojenia⁵⁴³. P. Jessup wskazał, że praktyka II wojny światowej spowodowała zarzucenie dawnego testu miast broniących oraz wykazała, że bombardowanie bez rozróżnienia będzie elementem oczekiwanych form nacisków na państwa, które używają siły niezgodnie z prawem międzynarodowym. Amerykański prawnik

542 „One of the most widely publicized complaints, for example, has related to the use of napalm bombs by United States forces. The customs of war have been periodically modified to keep pace with the expanding technology of destruction. The bombing of defended cities has, whether it pleases us or not, become a permissible act of warfare”. B. Ferencz, *War Crimes and the Vietnam War*, „American University Law Review” 1968, vol. 17, s. 412; H. DeSaussure, *The Laws...*, s. 545; J. Bond, *The Rules of Riot: Internal Conflict and the Law of War*, Princeton 1974, s. 98.

543 J. L. Kunz, *The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for their Revision*, „American Journal of International Law” 1951, vol. 45, s. 51 i n.

w tej mierze uznawał, że zasada oszczędzania niewalczących nigdy nie obowiązywała w przypadku obłęgów oraz bombardowań lotniczych⁵⁴⁴. Co zauważył także Kunz, uwaga Jessupa wydaje się w istocie afirmacją wydarzeń historycznych i to w znaczeniu prawotwórczym – jako dowód na tworzenie nowej normy w następstwie utraty mocy obowiązującej dotychczasowych standardów funkcjonujących na gruncie Regulaminu haskiego z 1907 roku. Przyszły sędzia MTS nie był w tej kwestii zupełnie odosobniony. H. Lauterpacht zaznaczył, że w jego ocenie przebieg bombardowań powietrznych w okresie II wojny światowej nie był regulowany żadną normą, przynajmniej od lat 1941–1942, gdy bombardowanie ludności cywilnej stało się normalnym zjawiskiem na polu bitwy⁵⁴⁵. Zdaniem brytyjskiego autora nie wynikało to wyłącznie ze stosowania doktryny represaliów, ale miało swoje źródło w nieograniczonej definicji celu wojskowego. W konsekwencji przyjęcie powyższego poglądu miało swoje odniesienie w płaszczyźnie prawnej. H. Lauterpacht podobnie jak część prawników okresu przedwojennego twierdził, że nie istniały w warunkach wojny powietrznej jakiekolwiek obszary mające status niebronionych, z wszystkimi konsekwencjami tego faktu⁵⁴⁶. W siódmym wydaniu pomnikowego „*Oppenheim's International Law*” z 1952 roku H. Lauterpacht zwrócił uwagę, że Haskie reguły wojny powietrznej z 1923 roku to „ważna próba sformułowania zasad użycia lotnictwa wojskowego w wojnie”⁵⁴⁷.

Więcej racji należy przyznać stanowisku reprezentowanemu przez H. Blixa, który podniósł, że istniała możliwość „wydestylowania” norm i zwyczajów obowiązujących w wojnie powietrznej w warunkach II wojny światowej, której dokonałby międzynarodowy trybunał, gdyby postawiono przed nim jasne zadanie w tej mierze⁵⁴⁸. Okres pomiędzy 1945–1977 należy w pewnym sensie określać mianem „czasu legalnego bezprawia”. Przyjęcie takiego wniosku sugeruje chociażby stanowisko G. Schwarzenbergera, który stwierdził, że orzecznictwo MTW w żaden sposób nie potwierdziło bądź zaprzeczyło legalności bombardowań saturacyjnych⁵⁴⁹. Bezprawność ujawnia się w ciągłym naruszaniu przynajmniej najbardziej jednoznacznych postanowień reguł z 1923 roku i jest utrwalana poprzez błędne przekonanie, że w istocie pod nazwą „prawo wojny powietrznej” mieści się

544 P. Jessup, *A Modern Law of Nations – An Introduction*, Nowy Jork 1948, s. 215.

545 Wcześniej H. Lauterpacht (w 1936 roku) twierdził, że nie istnieją żadne normy regulujące wojnę powietrzną, ale potępiał ataki kierowane umyślnie przeciwko ludności cywilnej. Zwrócić należy uwagę, że nieścisłość w podejściu Lauterpachta do zagadnienia związanego z bombardowaniami powietrznymi, wyrażanymi przed II wojną światową i po jej zakończeniu dostrzegł A. P. V. Rogers, *The Principle of Proportionality*, [w:] H. Hensel (red.), *The Legitimate Use of Military Force*, Aldershot 2008, s. 198; J. W. Garner, *The Outlook...*, s. 11.

546 H. Lauterpacht, *The Problem of the Revision of The Law of War*, „*The British Yearbook of International Law*” 1952, vol. 29, s. 365–368.

547 L. Oppenheim, *International: A Treatise*, Vol. 2: *War*, Londyn 1952, s. 519.

548 H. Blix, *Area Bombardment: Rules and Reasons*, „*The British Yearbook of International Law*” 1978, vol. XLIX, s. 37.

549 G. Schwarzenberger, *The Law of Air...*, s. 130.

norma typu *non-liquet*. S. Gibb stwierdził, że autorzy okresu powojennego skupili się wyłącznie na podkreśleniu braku wiążącego charakteru Haskich reguł wojny powietrznej, nie zwracając uwagi, że brak przyjęcia kodeksu z 1923 roku w formie prawa pozytywnego nie daje podstawy do przyjęcia, że praktyka niekontrolowanej wojny powietrznej jest zgodna z innymi normami prawa międzynarodowego⁵⁵⁰. Legalne bezprawie umożliwiało państwom walczącym stworzenie wielu przeciwnych kontrargumentacji i subiektywnej wykładni⁵⁵¹. Trzeba powtórzyć za R. Baxterem, że częściowo za taką sytuację odpowiada apatyczny stan doktryny prawa międzynarodowego⁵⁵². Apatia ta miała jednak różne przyczyny i nie zawsze wynikała ze złej woli badaczy tamtego okresu, lecz także ze skomplikowanej rzeczywistości polityczno-prawnej. Lauterpacht, Parks, Jessup, Ferencz, DeSaussure, Falk to przedstawiciele doktryny anglosaskiej, która opowiadała się z największą możliwą rezerwą w zakresie istnienia norm prawa wojny powietrznej w okresie II wojny światowej i ją poprzedzającym. Z kolei eksperci opowiadający się za istnieniem przeciwnego poglądu reprezentowali szkołę prawa kontynentalnego, a także wywodzili się z państw pokonanych w okresie II wojny światowej, neutralnych bądź też szczególnie doświadczonych zjawiskiem bombardowania powietrznego (Bierzanek, Rotocki, Spetzler, Hanke, Meyorwitz, Baxter, Rosenblad, Kido). Część z tych autorów ujmowała kwestię bombardowań powietrznych w okresie II wojny światowej jako pewien element historycznego dramatu, którego ostatni akt został zamknięty wraz z atakiem atomowym na Hiroszimę i Nagasaki w 1945 roku, nie uwzględniając okoliczności, że brak jednoznacznej oceny wydarzeń mających miejsce podczas ostatniej wojny światowej powoduje istotne wnioski o charakterze *pro futuro*, utrwalając stan niepewności prawa międzynarodowego w tej mierze. Efekty o charakterze ubocznym wynikające z powstrzymania się od zajęcia stanowiska w tej kwestii przez MTW doskonale zilustrował T. Taylor, który wskazał, że pociąga to za sobą konsekwencje w kontekście wojny powietrznej w Wietnamie, toczącej się blisko 30 lat po zakończeniu II wojny światowej⁵⁵³.

550 S. Gibb, *The Applicability of the Laws of Land Warfare to U.S. Army Aviation*, „Military Law Review” 1976, vol. 73, s. 55.

551 „If anything was cynical, it was the practices adopted by belligerents in both World Wars, and if anything is unprincipled, it is the preparations made for future wars. Yet, a skeptical analysis of cynical practices should not be mistaken for a cynical analysis”. G. Schwarzenberger, *From the Law of War to the Law of Armed Conflict*, „Journal of Public Law Emory Law School” 1968, vol. 17, s. 68.

552 „In recent years, the codified law has been supplemented by a vast body of case law, only a portion of which has been reported. But it is sometimes stated that, notwithstanding this great body of materials which should satisfy even the most ardent positivist, the law of war is urgently in need of widespread revision. I would be the first to affirm that the law of war is uncertain in certain respects, that it needs revision in many areas, and that research in this area has suffered from the apathetic attitude of international lawyers”. R. Baxter, *The Law of War*, „Naval War College Review” 1957, vol. 10, s. 94.

553 T. Taylor, *Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy*, Nowy Jork 1971, s. 142.

W. H. Parks uznaje, że za tragedię II wojny światowej należy w pierwszej kolejności winić brak jakichkolwiek jasnych standardów prawnych, jednocześnie podnosząc, że praktyka państw w okresie konfliktu wykreowała kilka istotnych wskazówek interpretacyjnych: 1) straty wśród ludności cywilnej towarzyszące atakom na cele wojskowe były traktowane jako naturalna konsekwencja działań wojennych, 2) odpowiedzialność za ochronę ludności cywilnej przed skutkami ataków z powietrza była proporcjonalnie rozłożona pomiędzy atakującego oraz broniącego (a także samą ludność cywilną), 3) rozproszenie przemysłu zbrojeniowego wpływało na skalę rozmiaru zniszczeń wśród niewalczących⁵⁵⁴.

W raporcie szefa amerykańskiego zespołu prokuratorskiego w Norymberdze T. Taylora można odnaleźć sformułowanie, że „ataki powietrzne na miasta niemieckie i japońskie nie były wymiarem represaliów, lecz umyślnej polityki i przez to bombardowanie powietrzne miast oraz fabryk stało się częścią współczesnej wojny prowadzonej przez wszystkie nacje”⁵⁵⁵. Taylor w późniejszym okresie stwierdził, że próba obciążenia odpowiedzialnością dowódców amerykańskich w związku z bombardowaniami Wietnamu Północnego nie ma umocowania w orzecznictwie trybunału norymberskiego, wskazując, że postulaty w tej mierze mają wyłącznie wymiar *de lege ferenda*⁵⁵⁶. C. P. Phillips wskazał, że w jego ocenie lotnictwo wojskowe wkroczyło w erę powojenną, „nie będąc skrępowane żadnymi ograniczeniami, poza technologią”⁵⁵⁷.

554 W. H. Parks, *Air War...*, s. 54–55.

555 T. Taylor, *Final Report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crimes Trials under Control Council Law No. 10*, Waszyngton 1949, s. 65.

556 W. A. Solf, *A Response to Telford Taylor's Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy*, „Akron Law Review” 1972, vol. 5, s. 432.

557 C. P. Phillips, *Air Warfare...*, s. 334.

Rozdział VI

Prawo wojny powietrznej w świetle PD I

1. Uwagi ogólne

W 1969 roku na XXI konferencji w Stambule MKCK podkreślił, że praktyka państw podczas II wojny światowej w postaci masowych bombardowań lotniczych o charakterze saturacyjnym podważyła w sposób skuteczny fundament międzynarodowego prawa humanitarnego, jakim był obowiązek ciągłego rozróżniania na polu walki pomiędzy walczącymi a niewalczącymi¹. W. A. Solf i W. G. Grandison wskazali, że zasada ta całkowicie „wygasła”². Wśród doktryny prawa międzynarodowego panowało powszechne przekonanie, że właśnie powyższe zagadnienie było jednym z kół zamachowych rozpoczęcia działań nad kolejnym projektem międzynarodowego prawa humanitarnego odnoszącego się do regulacji zagadnienia wykorzystania określonych metod i środków bojowych³.

Prace przygotowawcze konferencji składały się z trzech następujących po sobie etapów. Pierwszym były działania podjęte w ramach spotkań eksperckich podczas

1 „This was the request made by the ICRC to the League of Nations as far back as 1920. In other words, it, has never resigned itself to consider the practice of indiscriminate bombing a valid aspect of international law. And yet this practice, sometimes based on theories considering the civilian population a suitable target, was developed to such a degree, especially during the Second World War, that it has hoped to cast doubts on the fundamental distinction between combatants and non-combatants. During that war, it was a cause of great suffering and loss among the populations concerned, without even producing decisive military advantages. And the trials of war criminals conducted after 1945 failed to remove this doubt”. XXIst International Conference of the Red Cross, *Reaffirmation and Development of the Laws and Customs Applicable in Armed Conflict*, Report submitted by the International Committee of the Red Cross, Genewa 1969, s. 65.

2 W. A. Solf, W. G. Grandison, *International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflict*, „The Journal of International Law and Economics” 1975, vol. 10, s. 569–570.

3 F. Bugnion, *The International Committee of the Red Cross and the Development of International Humanitarian Law*, „Chicago Journal of International Law” 2004, vol. 5, s. 202.

XXI konferencji Czerwonego Krzyża z 1969 roku w ramach programu pt. „Potwierdzenie i rozwój praw i zwyczajów obowiązujących w konflikcie zbrojnym”. Drugim etapem była runda obrad grup ekspertów rządowych w latach 1971–1972 – owocem ich wysiłku było przedłożenie projektu PD I wraz z komentarzami. Dokument ten był następnie przedłożony delegacjom dyplomatycznym na tzw. właściwej konferencji dyplomatycznej odbywającej się w latach 1974–1977, która ostatecznie zakończyła się przyjęciem Protokołu dodatkowego I do Konwencji genewskich z 1977 roku w obecnej formie. Już w trakcie pierwszego z cyklu spotkań dyplomatycznych odbywających się w ramach konferencji o potwierdzeniu i rozwoju międzynarodowego prawa humanitarnego odbywającego się w 1971 roku w Genewie podniesiono, że wojna powietrzna jest zagadnieniem wymagającym szczególnego unormowania, które powinno być elementem rozwiązań mających na celu poprawę standardu ochrony ludności cywilnej podczas konfliktu zbrojnego⁴.

Jedną z materii będących przedmiotem obrad rządowych ekspertów były zagadnienia już częściowo uregulowane w 1907 roku, zwłaszcza w zakresie tzw. III dokumentu, tj. zbioru zasad i reguł dotyczących zasad prowadzenia walki, z uwzględnieniem m.in. prawa bombardowań powietrznych⁵. Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża przyjął stanowisko, w którym uznawał przepisy z 1907 roku za element międzynarodowego prawa zwyczajowego, obowiązującego wszystkich walczących na wypadek wybuchu międzynarodowego konfliktu zbrojnego⁶. Jednocześnie organizacja podnosiła, że nie podejmie działań zmie-

4 „There should be as extensive a defence as possible, and even complete immunity, for the civilian population; the civilian population as a whole should be protected, without special rules and discrimination in favour of women and children which would complicate regulations in which simplicity was of the essence; whatever the nature of a conflict, the civilian population's right to protection should be the same; protection of the civilian population did not mean protection solely of human life but also of the resources necessary for human existence, so that protection of property essential for survival should not be omitted, and starvation as a weapon should be forbidden; in view of the danger of air raids' killing entire populations over wide areas, and considering the inadequacy of relevant rules, air warfare should be subject to regulations”. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts (Geneva, 24 May–12 June 1971), *Report on the Work of the Conference*, Genewa 1971, s. 21.

5 Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts (Geneva, 24 May–12 June 1971), *Protection of the Civilian Population against Dangers of Hostilities – Vol. III*, Genewa 1971.

6 „Taking into consideration these stipulations with a view to possible reaffirmation or development, the ICRC does not consider them as conventional provisions tied to an instrument, the application of which depends on very strict, formal conditions (existence of war in the formal sense and *clausula si omnes*). Rather, as is generally agreed, it considers them as rules of customary law of a definitely humanitarian nature, in that they directly concern protection of the human person and that they are binding”. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts (Geneva, 24 May–12 June 1971), *Introduction – Vol. I*, Genewa 1971, s. 32.

rzających do rewizji obowiązujących norm IV Konwencji haskiej z 1907, a przede wszystkim Regulaminu haskiego dotyczącego praw i zwyczajów obowiązujących w wojnie lądowej. Kwestią sporną w tej mierze było ustalenie, jaka konwencja (haska bądź genewska) będzie zasadniczym punktem odniesienia, fundamentem protokołów dodatkowych. Zdecydowano, że protokoły dodatkowe będą rozwinięciem II rozdziału IV Konwencji genewskiej z 1949 roku. Pogląd ten słusznie nie był pozbawiony kontrowersji, gdyż tylko część rozwiązań przyjętych w ramach PD I była spójnie powiązana z duchem prawa genewskiego, które zasadniczo np. nie regulowało kwestii użycia metod i środków w działaniach wojennych. Z drugiej strony wskazywano na brak odwołania nowych państw (powstałych w okresie postkolonialnym) do reguł obowiązujących na gruncie Konwencji haskich z 1907 roku. Ostatecznie zdecydowano się uniknąć jakiegokolwiek jednoznacznej odpowiedzi na kwestię stosunku PD I do regulacji haskiej z 1907 roku, uznając, że w pewnych sytuacjach normy zwyczajowego prawa międzynarodowego mogą otrzymać nową formę i zostać rozwinięte w nowej regulacji, nie kwestionując ich charakteru⁷.

2. Definicja pojęcia ludności cywilnej. Problem quasi-kombatantów

Decydujące znaczenie dla zagadnień immanentnie związanych z kształtowaniem zasad wojny powietrznej w płaszczyźnie bombardowań miał tzw. III dokument dotyczący ochrony ludności cywilnej przed niebezpieczeństwami wynikającymi z konfliktów zbrojnych, opracowany przez grupę ekspertów rządowych w 1971 roku. Charakterystyczna jest okoliczność, że niemal w pierwszych zdaniach dokumentu wskazano na apel MKCK do Ligi Narodów z 1920 roku, postulujący konieczność ograniczenia operacji powietrznych tylko i wyłącznie do celów o znaczeniu wojskowym oraz ograniczenia nieregulowanej wojny powietrznej w celu ochrony miast i miejscowości niebronionych⁸. Eksperci MKCK w raporcie z 1969

7 „On the other hand, the ICRC considers it indispensable that these rules, even if some of them are considered to be customary law, should appear in their present form or in a developed form in some new instrument of international law, to which all the new States will be able to adhere expressly. Thus we will dissipate the uncertainty sometimes found as to the existence or non-existence of rules of customary law binding on the international community as a whole”. *Ibidem*, s. 34.

8 „The efforts of the International Committee of the Red Cross (ICRC) in the field of the safeguarding of the civilian population go back a long way; in 1920 it proposed to the General Assembly of the League of Nations that it take different measures, such as the limitation of

roku podnieśli, że z uwagi na doświadczenia wynikające z przebiegu operacji powietrznych od 1939 roku i zagadnienia prawne płynące z konieczności wzmocnienia prawa międzynarodowego w pierwszej kolejności a) reguła dotycząca bombardowań celów wojskowych powinna być sprzężona z wprowadzeniem definicji ludności cywilnej, również sama definicja celów wojskowych musi być powiązana adekwatnie z propozycją Instytutu Prawa Międzynarodowego z 1969 roku; b) bombardowanie celów wojskowych powinno być poprzedzone uprzednią jego identyfikacją; c) bombardowanie wymierzone przeciwko celom wojskowym powinno być przeprowadzane z wszelką możliwą starannością, by uniknąć strat wśród ludności cywilnej (postulowano zarzucenie w tej mierze sformułowania „ograniczenie”); d) bombardowanie nie powinno wywołać szkód nieproporcjonalnych do wartości wojskowej celu – konsekwencją tej reguły powinno być stwierdzenie w ostateczności obowiązku przerwania prowadzenia operacji powietrznej; e) przy wyborze celu jako obiektu wojskowego niezbędne jest przeanalizowanie rezultatu ataku względem ludności cywilnej⁹.

Przy konstruowaniu definicji pojęcia „ludność cywilna” (zgodnie z rozwiązaniem wskazanym na gruncie projektu MKCK z 1956 roku) zdecydowano się na zastosowanie techniki legislacyjnej o charakterze negatywnym, przyjmując za podstawę uwypuklenie zasady, że wszystkie osoby, które nie są członkami personelu sił zbrojnych państwa – strony konfliktu, są jednostkami należącymi do kategorii ludności cywilnej¹⁰. Powyższy pogląd implikował równolegle potrzebę wyraźnego sformułowania pojęcia „cel wojskowy”, zwłaszcza w kontekście osobowym. Niedostateczność w tej mierze wymogów art. 1 i 2 Regulaminu haskiego z 1907 roku, wraz z rozszerzeniem koncepcji walczącego m.in. o robotników przemysłowych wymagała przyjęcia nowej koncepcji względem osób, które nie znajdując się wprost w kategorii personelu sił zbrojnych (oraz formacji towa-

aerial warfare to exclusively military objectives, the absolute prohibition of the use of asphyxiating gases and the prohibition of the bombardment of «open towns», or undefended ones”. *Protection of the Civilian Population...*, s. 1.

9 The Distinction between Military Objectives and Non-Military Objectives in General and Particularly the Problems Associated with Weapons of Mass Destruction. Institute of International Law, Edinburgh, 9 September 1969, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=A56B450838E9715DC12563CD0051D3DF> (dostęp: 17.12.2020); XXIst International Conference of the Red Cross, *Reaffirmation...*, s. 72–75.

10 „The majority of experts have, therefore, preferred to decline formulating a positive definition, and this for two reasons: it would tend to ignore or neglect important categories of the civilian population and, above all, it would create the grave danger of giving the impression that the categories not mentioned are considered – a contrario – as being licit personal objectives. The general trend consists in starting with the category of persons considered as military objectives in order to admit that all persons who are not members of the armed forces or who do not fill a military role should belong to the civilian population”. *Protection of the Civilian Population...*, s. 19.

rzyszających), nie wykonywały czynności wyłącznie pokojowych. Punktem wyjścia była próba odniesienia się do terminu „osoba bezpośrednio uczestnicząca w działaniach zbrojnych” wskazanego na gruncie wspólnego art. 3 dla Konwencji genewskich z 1949 roku i połączenie tego konceptu z istniejącymi już tradycyjnie wymiarami funkcji kombatanów jako osób stanowiących część personelu sił zbrojnych oraz zrównanych z nimi osób na podstawie więzów organizacyjnych i funkcyjnych. Następnie osoby te jako cywile zostały zaliczone do kategorii ludności cywilnej. W świetle założeń III dokumentu grupy rządowych ekspertów osoba pozostawała cywilem tak długo, jak jej działanie nie wiązało się z poniesieniem przez nieprzyjaciela straty militarnej¹¹.

O słabości zasady nieczynienia niewalczących przedmiotem ataku zbrojnego świadczy fakt, że specjaliści przygotowujący projekt PD I mieli zasadnicze trudności we wskazaniu jednoznacznej normy prawa pozytywnego chroniącej ludność cywilną w toku prowadzonych działań wojennych, odwołując się zasadniczo do dorobku międzynarodowego prawa humanitarnego w zakresie zwyczajowych reguł, potwierdzonych na nowo rezolucjami ZO ONZ w latach 60. i 70. XX wieku¹². W rekomendacjach podkreślono, że ludność cywilna nie powinna być wykorzystywana do osłaniania celów wojskowych. Jednocześnie wskazano, że cywile, których działalność bezpośrednio przyczyniła się do wysiłku wojennego adversarza podczas swej aktywności i znajdując się fizycznie w granicach obiektu wojskowego, ponoszą konsekwencje ewentualnego ataku wymierzonego w cel wojskowy¹³. Pogląd ten pokazuje, jak silne były w tej mierze wpływy II wojny światowej związane z załamaniem się klasycznego rozumienia definicji kombatananta w warunkach wojny totalnej prowadzonej przeciwko zindustrializowanemu państwu¹⁴. Ponadto w pojęciu tzw. quasi-kombatananta mieściła się grupa pośrednio zaangażowana w wysiłek wojenny adversarza, a także grupa bezpośrednio uczestnicząca w działaniach zbrojnych, która docelowo była pozbawiona ochrony charakte-

11 „Conversely, a person remains a civilian as long as his act or activity is not responsible for immediate damage suffered by the adversary, on the military level. Thus, a legal solution is found to the problem of civilians linked to the military effort”. *Ibidem*, s. 28.

12 „While the next major iteration of the laws of war-this time in binding treaty form as the Hague Regulations 15 did not include explicit reference to the idea of non-combatant immunity, nor to the idea of direct participation in hostilities, the literature of the time continued to affirm the principle”. E. Crawford, *Virtual Battlegrounds: Direct Participation in Cyber Warfare*, „I/S Journal of Law and Policy for the Information Society” 2013, vol. 9, s. 4.

13 „Nevertheless, civilians whose activities directly contrioute to the military effort, assume, within the strict limits of these actlvitles and when they are within a military objective, the risks resultng from an attack directed against that objective”. *Protection of the Civilian Population...*, s. 38.

14 D. Schindler i J. Graham uważają, że zasada rozróżniania musiała „przetrzeć” okres II wojny światowej, zob. D. Schindler, *International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and Its Persistent Violation*, „Journal of the History of International Law” 2003, vol. 5, s. 172.

rystycznej dla kombatantów¹⁵. W dalszych pracach zdecydowano się również na przyjęcie koncepcji celu niewojskowego, którego praktyczna interpretacja okazała się jeszcze trudniejsza niż w przypadku pojęcia „cele wojskowe”¹⁶. Początkowa propozycja ekspertów w zakresie definicji pojęć „cywile” oraz „ludność cywilna” była odmienna od zaproponowanej w projekcie PD I – m.in. poprzez wprowadzenie konceptu bezpośredniego uczestnictwa w działaniach zbrojnych jako elementu stawiającego na równi daną osobę z personelem sił zbrojnych¹⁷. Ostatecznie w projekcie zdecydowano się na skreślenie zwrotu „bezpośredniego uczestnictwa w działaniach zbrojnych” i odwołanie się do kategorii „klasycznych” kombatantów określonych na gruncie III Konwencji genewskiej z 1949 roku w postaci: a) członków sił zbrojnych, a także członków oddziałów ochotniczych oraz milicji stanowiących część sił zbrojnych (art. 4 ust. A pkt 1), b) członków pozostałych organizacji ochotniczych, w tym działających na terytorium okupowanym pod warunkami zorganizowanego dowództwa, odznaki, dyscypliny i jawnego noszenia broni (art. 4 ust. A pkt 2), c) członków sił zbrojnych, którzy złożyli przysięgę rządowi bądź władzy nieuznanej przez stronę zatrzymującą (art. 4 ust. A pkt 3), a także tzw. *levee en masse* (art. 4 ust. A pkt 4)¹⁸. Spod obowiązywania przepisu wyłączono osoby towarzyszące siłom zbrojnym, które nie były ich członkami oraz załogantów m.in. cywilnych statków powietrznych. Ważnym elementem definicji cywilów oraz ludności cywilnej były przepisy art. 45 ust. 3 i ust. 4 projektu PD I. W pierwszej kolejności podniesiono, że obecność pojedynczych osób mogących zostać zakwalifikowanych jako kombatanci nie zmienia i nie pozbawia danej grupy osób cywilnych statusu ludności cywilnej, dopuszczając *implicite* utratę takiego statusu, jeżeli dana grupa przestanie składać się głównie z osób cywilnych. Cytowany wyżej przepis nie wskazywał wyraźnych granic pomiędzy tymi okolicznościami, ale użycie sformułowania „indywidualni” sygnalizuje, że jedynie pojedyncze osoby nie wpływały na zmianę statusu grupy kwalifikowanej jako ludność cywilna. Jak wskazał przedstawiciel MKCK podczas prac przygotowawczych, w wypadku, gdyby pojedynczy kombatanci dokonywali aktów zbrojnych, stają się legalnym celem wojskowym¹⁹. Drugim elementem było wprowadzenie domniemania, że w razie wątpliwości osobę poczytuje się za

15 „The rule is established that a civilian who aids, abets or participates in the fighting is liable to punishment as a war criminal under the law of wars. Fighting is legitimate only for the combatant personnel of a country”. Hostage Trial, *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Nations Wartime Commission, vol. XV, Londyn 1947–1949, s. 111.

16 *Protection of the Civilian Population...*, s. 132.

17 ICRC, *Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949*, Genewa 1973, s. 56–57.

18 *Ibidem*, s. 55. *Levee en masse* – samorządna organizacja ludności o charakterze spontanicznym na obszarze zagrożonym bezpośrednio przez nieprzyjaciela, która nie miała czasu na organizację w regularne jednostki zbrojne. W wypadku znalezienia się we władzy strony nieprzyjacielskiej członkowie *levee en masse* są uprawnieni do statusu jeńcy wojennego.

19 CDDH/III/SR.5, para. 5, s. 36.

cywila. Domniemanie to ma charakter wzruszalny²⁰. Na posiedzeniu plenarnym konferencji dyplomatycznej artykuł uległ jedynie niewielkiej rewizji o charakterze technicznym (dokonano scalenia pkt 4 z pkt 1) i jako art. 50 PD I został przyjęty w drodze konsensusu.

Status tzw. osób bezpośrednio uczestniczących w działaniach zbrojnych został uregulowany w ramach art. 51 ust. 3 PD I. Zgodnie z wcześniejszą uwagą, już na wstępie traktowano, że wymogiem uznania danej osoby za cywila jest fakt powstrzymania się jej od działań przynoszących szkodę nieprzyjacielowi. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że nie uznano działań quasi-kombanatów o charakterze pośrednim, a więc robotników pracujących w zakładach zbrojeniowych za dokonujących aktów wrogości o bezpośrednim znaczeniu²¹. Innymi słowy, nie uznawano aktywności o charakterze pracowniczym za mającą dostateczny związek z działaniami zbrojnymi (*participation in hostilities*), wskazując na konieczność odróżnienia powyższej okoliczności od udziału w ogólnym wysiłku zbrojeniowym (*participation in war effort*)²². Kontrowersje wywołuje fakt ponownego objęcia ochroną charakterystyczną dla ludności cywilnej osób, które zaprzestają wykonywać funkcję bojową (utrata ochrony tylko przez czas trwania takiego uczestnictwa). Z uwagi na użycie powyższego zwrotu art. 51 ust. 3 PD I jest uznawany przez W. H. Parksa za najpoważniejszą wadę całej regulacji z 1977 roku w zakresie, jaki umożliwia ludności cywilnej w ramach tzw. mechanizmu obrotowych drzwi (wykonywanie naprzemiennie funkcji bojowych i aktywności cywilnych) „lawirowanie” pomiędzy statusami walczących i niewalczących osób cywilnych, które z założenia nie mają możliwości brania udziału w działaniach wojennych²³. Doktryna amerykańska podnosiła problematyczność tego mechanizmu, odwołując się do

20 „This presumption is not incontrovertible, but as long as it exists, it involves specific obligations: the person or persons in respect of whom there is a doubt must be treated as civilians, that is to say, they must not be considered as a target for attacks. The presumption is however valid only in so far as the appearance and behavior”. ICRC, *Draft Additional Protocols...*, s. 56.

21 M. Guillory, *Civilizing the Force: Is the United States Crossing the Rubicon?*, „The Air Force Law Review” 2001, vol. 51, s. 117.

22 „There should be a clear distinction between direct participation in hostilities and participation in the war effort. The latter is often required from the population as a whole to various degrees. Without such a distinction the efforts made to reaffirm and develop international humanitarian law could become meaningless. In fact, in modern conflicts, many activities of the nation contribute to the conduct of hostilities, directly or indirectly; even the morale of the population plays a role in this context”. Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Genewa 1997, para. 1945, s. 619. „Clearly, civilian employees carry out activities without which advanced combat operations could not be mounted”. M. N. Schmitt, *Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict*, [w:] F. Horst (red.), *Festschrift für Dieter Fleck, Crisis Management and Humanitarian Protection*, Berlin 2004, s. 515; L. Cameron, *New Standards for Private Military Companies?*, [w:] A. Peters, L. Koechlin, T. Forster, G. Zinkernagel (red.), *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge 2009, s. 130.

23 W. H. Parks, *Air War and the Law of War*, „Air Force Law Review” 1990, vol. 32, s. 118.

działań powietrznych²⁴. Jednakże zdaniem W. H. Boothby'ego nie istnieją większe wątpliwości w przedmiocie kwalifikacji personelu zajmującego się produkcją lotniczą bądź też obsługą administracyjną baz lotniczych, którego działania nie mają związku z bezpośrednio prowadzonymi działaniami wojennymi²⁵. Wpływu na status cywila nie ma także wkład danej osoby w wysiłek wojenny (I. Henderson powołuje się na kazus z II wojny światowej, gdzie brytyjski specjalista – cywil opracował przełomowy radar dla nocnych myśliwców)²⁶. Jednakże historycznie za akt bezpośredniego uczestnictwa w działaniach zbrojnych uznawano m.in. zbieranie danych przez załogantów cywilnego statku powietrznego i przekazywanie transmisji radiowych (patrz Haskie reguły wojny powietrznej). W kontekście działań pojazdów o charakterze bezzałogowym zwrócono uwagę na okoliczność posiadania statusu określonego na gruncie art. 51 ust. 3 PD I przez operatorów tych pojazdów, jeżeli nie są oni członkami sił zbrojnych państwa użytkownika²⁷. Podobny charakter mają działania nie tylko *per se* operatorów, ale także kontrole-rów, osób zarządzających uzbrojeniem oraz łącznością²⁸. Ich statusu nie zmienia fakt posiadania oznaczeń przynależności do sił powietrznych danego państwa przez dany statek powietrzny. Innym przykładem jest czynność wyposażenia statku powietrznego w uzbrojenie lotnicze bądź też realizacja czynności tankowania wojskowego statku powietrznego przez osobę cywilną²⁹.

Dyskusja nad koncepcją bezpośredniego uczestnictwa w działaniach zbrojnych nie może być kompletna bez odwołania się do podjętego w 2009 roku przez MKCK wysiłku związanego z próbą przygotowania wskazówek interpretacyjnych w tej mierze. Dokument podnosił, że bezpośrednie uczestnictwo w działaniach zbrojnych wymaga łącznie spełnienia trzech kryteriów: a) szkodliwości danego aktu zbrojnego poprzez działanie mające na celu szkodzenie nieprzyjacielowi, b) istnienia łącznika przyczynowo-skutkowego pomiędzy działaniem i szkodą, c) bezpośrednie powiązanie aktu z działaniem na rzecz danej strony konfliktu bądź przeciwko niej³⁰. Propozycja MKCK dotyczy limitacji użycia siły także względem legalnych celów wojskowych. Jest ona o tyle przełomowa, że zasada proporcjonalności (w przeciwieństwie do zasady proporcjonalności stosowanej na gruncie standardów ochrony praw człowieka) w międzynarodowym prawie humanitarnym nie

24 A. L. DeSaussure, *The Role of the Law of Armed Conflict During the Persian Gulf War: An Overview*, „The Air Force Law Review” 1991, vol. 37, s. 49.

25 W. H. Boothby, *The Law of Targeting*, Oxford 2012, s. 346.

26 I. Henderson, *The Contemporary Law of Targeting*, Leiden 2009, s. 108.

27 E. Crawford, *Identifying the Enemy: Civilian Participation in Armed Conflict*, Oxford 2015, s. 134; I. Henderson, *Civilian Intelligence Agencies and the Use of Armed Drones*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2010, vol. 13, s. 155.

28 M. N. Schmitt, *The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, „Harvard National Security Journal” 2010, vol. 1, s. 31; I. Henderson, *The Contemporary...*, s. 104.

29 R. Kolb, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, Cheltenham 2014, s. 146.

30 ICRC, *Interpretive Guidance on the Notion on Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Genewa 2009, s. 47–60.

przewiduje żadnych limitacji dotyczących zakresu użycia siły (np. wykorzystanie ataku lotniczego przeciwko jednemu kombatantowi jest legalne)³¹. Dokument MKCK nie spotkał się z aprobatą doktryny prawa międzynarodowego³².

Kończącym elementem rozważań dotyczących statusu tzw. quasi-kombatantów o pośrednim charakterze (np. robotników pracujących w fabrykach zbrojeniowych) jest ocena ich sytuacji w odniesieniu do planowanego ataku na przemysł zbrojeniowy. Warto zwrócić uwagę na istnienie dwóch przeciwstawnych poglądów w tej mierze. Pierwszy wskazywał, że robotnicy na czas pracy w fabryce w pewnym zakresie „przynależą” do celu wojskowego i w związku z tym niszczenie konkretnego obiektu powoduje faktyczne traktowanie pracowników jako jednego celu. W konsekwencji obecność robotników nie uruchamiała kwestii związanych z ewentualnym szacowaniem strat cywilnych w ramach zasady proporcjonalności³³. Drugi zakładał, że jako osoby jedynie działające na rzecz wysiłku wojennego przeciwnika zgodnie z art. 51 ust. 3 PD I nie mogą być w żadnym wypadku traktowane jako cele wojskowe i w związku z tym w razie ataku na miejsce pracy muszą być częścią szacowania wynikającego z art. 51 i 57 PD I³⁴. Więcej racji należy przyznać drugiemu z poglądów, lecz za uzasadnione trzeba uznać ewentualne zmodyfikowanie zakresu zasady proporcjonalności (poprzez akceptację wyższego poziomu strat)³⁵. W tym kontekście warto przytoczyć w całości fragment raportu ekspertów MKCK z 1971 roku:

W praktyce wszyscy cywile ponoszą ryzyko związane z pośrednimi konsekwencjami ataków wymierzonych przeciwko celom wojskowym. Co jednakże jest fundamentalne, to różnica pomiędzy cywilem, który ponosi pośrednie ryzyko wskutek znajdowania się w pobliżu celu wojskowego, a osobą, która działa na korzyść wysiłku zbrojeniowego państwa, która znajduje się w obrębie celu wojskowego, wykonując określone czynności. Różnica w tej mierze dotyczy poziomu ochrony – środki ostrożności stosowane względem ludności cywilnej znajdującej się w pobliżu obiektów wojskowych muszą mieć wyższy poziom niż w przypadku ludności cywilnej powiązanej z wysiłkiem zbrojeniowym danego państwa; niebezpieczeństwo pośrednich konsekwencji jest więc wyższe³⁶.

31 I. Henderson, B. Cavanagh, *Military Members Claiming Self-Defence During Armed Conflict: Often Misguided and Unhelpful*, [w:] J. Petrovic (red.), *Accountability for Violations of International Humanitarian Law: Essays in Honour of Tim McCormack*, Oxon 2016, s. 89.

32 Zob. W. H. Parks, *Part IX of the ICRC „Direct Participation in Hostilities” Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect*, „New York University Journal of International Law and Policy” 2009, vol. 42; A. P. V. Rogers, *Direct Participation in Hostilities: Some Personal Reflections*, „Military Law and the Law of War Review” 2009, vol. 48.

33 W. H. Parks, *Air War...*, s. 4.

34 I. Henderson, *The Firebombing of Tokyo and Other Japanese Cities*, [w:] Y. Tanaka, T. McCormack, G. Simpson (red.), *Beyond Victor's Justice: The Tokyo War Crimes Trial Revisited*, Leiden 2011, s. 318.

35 J. Summers, *Introduction*, [w:] C. Harvey, J. Summers, N. D. White (red.), *Contemporary Challenges to the Laws of War: Essays in Honour of Professor Peter Rowe*, Cambridge 2014, s. 17–18.

36 R. W. Gehring, *Loss of Civilian Protections under the Fourth Geneva Convention and Protocol I*, „Military Law and Law Review” 1980, vol. 19, s. 15; *Protection of the Civilian Population...*, s. 39.

3. Bombardowanie strefowe w PD I

W kontekście szczegółowych przepisów dotyczących ochrony ludności cywilnej dostrzeżono konieczność uregulowania zjawiska bombardowania powierzchniowego, które stało się częścią praktyki wojny powietrznej w okresie II wojny światowej³⁷. Specjaliści MKCK w 1971 roku podnosili potrzebę wzmocnienia roli prawa międzynarodowego ograniczającego zakres dopuszczalnego prowadzenia działań wojennych w przestrzeni powietrznej³⁸. Uznawano, że restrykcja w tej mierze jest możliwa z powodu humanitarnego, ale i wojskowego, z uwagi na nieefektywność bombardowań saturacyjnych. Przeważało stanowisko, że ta metoda prowadzenia działań wojennych powinna być *expressis verbis* zakazana w PD I. Ostateczna wersja MKCK przedstawiona konferencji ekspertów rządowych wskazywała na konieczność 1) wprowadzenia wyraźnego zakazu czynienia celem ataku ludności cywilnej, 2) równoległe wyraźnego zakazu działań o charakterze terrorystycznym, 3) wprowadzenia zakazu bombardowań bez rozróżnienia, 4) zakazu represaliów, 5) wprowadzenia tzw. klauzuli ryzyka ludności cywilnej, która znajduje się w obrębie celu wojskowego.

Prace konferencji ekspertów rządowych znacząco zmodyfikowały treść art. 46 projektu PD I, poprzez połączenie zapisów kilku wcześniejszych wersji³⁹. Potwierdzono w ust. 1 konieczność nieczynienia przedmiotem ataku ludności cywilnej oraz pojedynczych cywili, zawierając jednocześnie dyspozycje zakazujące podejmowania działań (*methods*) o charakterze terrorystycznym. W uwagach do przepisu podniesiono, że przesłanka ta nie obejmuje niebezpieczeństw rozciągających się na ludność cywilną znajdującą się w bezpośredniej bliskości celu wojskowego, która ponosi ryzyko incydentalnych efektów ataku⁴⁰. Cenną uwagę w kontekście działań terrorystycznych stanowi nota w opinii ekspertów rządowych przekonanych, że brak wprowadzenia do przepisu sformułowania sygnalizującego zamiar

37 *Protection of the Civilian Population...*, s. 35.

38 „These weaknesses become especially apparent in the regulation of aerial warfare which could include in provisions contained in the protocol relating to the protection of the civilian population in armed conflicts or in its regulations of execution, on a complementary basis”. *Ibidem*, s. 102.

39 „The suggestions made in relation to Article 45 might be grouped into three categories: the first concerned the actual concept of the article; the second contained two sets of proposals with regard to paragraphs 2, 3 and 4, to widen their scope, or, on the contrary, to narrow it or delete the paragraphs; the third category referred to paragraph 5, proposing its deletion (this seemed to be the dominant view), its insertion elsewhere, or its retention”. ICRC, Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, *Report of the Work of the Conference, Volume I*, Genewa 1972, para. 3.154, s. 148.

40 „None the less, civilians who are within or in the immediate vicinity of military objectives 13 run the risk of «incidental» effects as a result of attacks launched against those objective”. ICRC, *Draft Additional Protocols...*, s. 57.

o charakterze kierunkowym może w konsekwencji prowadzić do uznania, że *post factum* każdy atak, nawet legalny, ale powodujący określony efekt psychologiczny może być uznany za terrorystyczny⁴¹. Ustęp 2 określał zakres podmiotowy przepisu, wskazując, że ochrona wynikająca z artykułu nie rozciąga się na osoby bezpośrednio uczestniczące w działaniach zbrojnych, uznając, że taka osoba o statusie cywila jest legalnym celem wojskowym przez cały okres wykonywania swojej funkcji⁴². Ustęp 3 zakazywał rozmieszczenia takich środków (w domyśle broni) i metod walki⁴³, które mogą razić bez rozróżnienia ludność cywilną oraz walczących bądź cele wojskowe i obiekty cywilne – wskazując na przykład ataków, które traktują jako jeden cel bombardowania strefę zawierającą szereg obiektów wojskowych znajdujących się w odległości między sobą oraz w strefie zamieszkania. Było to w ocenie ekspertów rządowych bezpośrednie odniesienie do praktyki bombardowania lotniczego o charakterze strefowym⁴⁴. Drugim przykładem operacji bez rozróżnienia było wykonywanie ataków, które będą powodować (*may be expected to entail*) przypadkowe straty wśród ludności cywilnej i dokonywać zniszczenia obiektów cywilnych wyraźnie nieproporcjonalne (*disproportionate*) do przewidywanej bezpośredniej i poważnej (*substantial*) korzyści wojskowej. Zasada proporcjonalności w tej mierze miała jednocześnie zapewniać ochronę ludności cywilnej przed atakami na cele wojskowe (*incidental*). Ataki w konsekwencji mogły doprowadzać do powstania strat o charakterze przypadkowym z jednoczesnym uwzględnieniem, że ludność cywilna znajdująca się w pobliżu obiektów wojskowych musi ponosić ryzyko związane z możliwością ataku wojskowego⁴⁵. Ustęp 4 wprowadzał zakaz stosowania represaliów względem ludności cywilnej – było to rozwiązanie o tyle przełomowe, że nie występujące *per se* w poprzednich dokumentach prawa pozytywnego, zwłaszcza w kontekście zasad rządzących prowadzeniem walki zbrojnej⁴⁶. Ustęp 5 wskazywał, że obecność bądź

41 „The omission of any mention regarding intention in this case would have meant that any attack which only had a psychological effect on the civilian population would be a posteriori unlawful”. *Ibidem*, s. 158.

42 „Thus, a civilian taking part in fighting, whether singly or in a group, becomes ipso facto a lawful target for such time when he takes a direct part in hostilities”. *Ibidem*, s. 58.

43 „This provision flows directly from the Basic rule (Art. 43). The expression «means of combat» covers mainly weapons, while the word «methods» covers the use that is made of those weapons”. *Ibidem*.

44 „The intention of this provision is to prohibit target area bombing, also called «carpet bombing». This method of waging total warfare, whether it is carried out from land, sea or air (as indicated by the words «by bombardment or any other method»), causes very heavy losses among the population and rouses civilians to take counteraction by taking a direct part in the hostilities”. *Ibidem*.

45 *Ibidem*, s. 59.

46 „Nevertheless, as the essential purpose of Article 33 is to protect civilians from belligerents in whose power they might be, it was necessary, on the one hand, to extend this rule to the field of hostilities and, on the other hand, to specify that it would apply to the civilian population as a whole”. *Ibidem*, s. 59.

przemieszczanie się ludności cywilnej bądź pojedynczych cywili nie mogą być wykorzystywane do celów wojskowych, w szczególności cywile nie mogą osłaniać swoją obecnością obiektów wojskowych bądź utrudniać prowadzenia działań zbrojnych. Podniesiono ponadto, że w wypadku naruszenia przepisu przez jednego z walczących drugi ma wciąż obowiązek stosowania reguł ostrożności wymienionych w innych artykułach. Eksperci w tej mierze dokonali zapożyczenia przepisu z art. 28 IV Konwencji genewskiej z 1949 roku, którego dyspozycja miała podobną treść, jednakże dotyczyła osób chronionych (*protected persons*). Podniesiono ponadto, że w warunkach działania nielegalnego ludność cywilna nie może liczyć na korzystanie z pełnej ochrony, jednak walczący wciąż nie jest zwolniony od obowiązku przestrzegania podjęcia aktywnych środków ostrożności⁴⁷.

W ramach prac tzw. właściwej konferencji dyplomatycznej odbywającej się w latach 1974–1977 przedstawiciel MKCK podkreślił, że pierwszym dokumentem, który odnosił się do próby określenia wymiaru ochrony ludności cywilnej, były reguły komisji jurystów z 1922/1923 roku⁴⁸. Podkreślił, że niezbędne jest zaakceptowanie subiektywnego charakteru zasady proporcjonalności. Jednakże wprowadzenie powyższego konceptu wywoływało pewne merytoryczne wątpliwości na gruncie prac tzw. trzeciego komitetu, m.in. delegacji Węgier, NRD, Polski i Czechosłowacji⁴⁹. Niektórzy przedstawiciele odrzucali zupełnie możliwość implementowania w ramach PD I jakiegokolwiek koncepcji opartej na regule proporcjonalności, uznając ją za element mogący prowadzić do nadużyć ze strony atakującej⁵⁰. D. Fleck, E. Castrén, a także H. Blix wskazywali, że wykreślenie ust. 3 pkt (b) (w ostatecznej wersji art. 51 ust. 5 pkt (b)) może doprowadzić do załamania efektywności zakazu prowadzenia bombardowań bez rozróżnienia⁵¹. Podnoszono ponadto, że brak umiejscowienia w ostatecznym tekście przesłanki proporcjonalności doprowadzi do kuriozalnych okoliczności

47 „There are two consequences of the violation mentioned in the final sentence: first, the civilians in question will not in fact enjoy real immunity, and secondly, the precautionary measures specified in Article 50 must be taken”. *Ibidem*.

48 „Since the First World War there had been many vain attempts at codifying the immunity of the civilian population. The 1922/23 project would have required combatants to abstain from bombing when it might affect the civilian population, but a good text was useless if it went unsigned, unratified and unimplemented. The Red Cross was conscious of the fact that the rule of proportionality contained a subjective element, and was thus liable to abuse. The aim was, however, to avoid or in any case restrict the incidental effects of attacks directed against military objectives”. CDDH/III.SR.5, para. 12, s. 37.

49 CDDH/III/SR.8, para. 13, s. 61.

50 Prym w tej mierze wiodły państwa arabskie, których poprawki zmierzały do wyeliminowania możliwości powstania jakichkolwiek strat wśród ludności cywilnej, w konsekwencji przyjmując pogląd o zerowej tolerancji collateral damage. Zob. J. Rabkin, *Proportionality in Perspective: Historical Light on the Law of Armed Conflict*, „San Diego Journal of International Law” 2015, vol. 16, s. 313.

51 CDDH/III/SR.7, para. 28, s. 54; CDDH/III/SR.8, para. 9, s. 60.

na polu walki i sam w sobie jest degradacją istniejącej już normy prawa zwyczajowego (delegat Zjednoczonego Królestwa)^{52,53}. Podobne wątpliwości istniały w przedmiocie klasyfikacji ataku terrorystycznego wyrażonego w ust. 1 (*intended to spread terror* oraz *which spread terror*)⁵⁴. W kontekście przyjętego zakazu represaliów panował pomiędzy uczestnikami konferencji konsensus (pewne delegacje wskazywały, że z historycznego przebiegu działań wojennych, przy braku istnienia systemu sprawiedliwości międzynarodowej, represalia były jedynym środkiem umożliwiającym zmuszenie państwa – naruszcyciela do przestrzegania prawa humanitarnego, postulując możliwość dopuszczenia represaliów przeciwko obiektom cywilnym)⁵⁵. Delegat Australii wskazał na kwestię dobrej woli dowódcy i konieczność uwzględnienia subiektywnych okoliczności, które w chwili podejmowania decyzji o rozpoczęciu ataku mogą być oparte na prawdziwych i rozsądnych przesłankach⁵⁶. G. Aldrich (reprezentant Stanów Zjednoczonych) podkreślił, że zasada proporcjonalności bazująca na istniejącym prawie międzynarodowym o charakterze zwyczajowym (stanowisko to warto podkreślić w kontekście działań powietrznych w Wietnamie) jest jedynym rozsądnym rozwiązaniem prawnym, które pozwala na ograniczenie skutków konfliktu zbrojnego, umożliwiając walczącym realizowanie określonych kroków wojennych⁵⁷. Ostatecznie robocza wersja art. 46 (będąca późniejszym art. 51 PD I) została poszerzona. W ramach ust. 3 (późniejszego ust. 4) określono, jakie typy ataków mają charakter bez rozróżnienia: a) które nie mogą być skierowane przeciwko określonemu celowi wojskowemu, b) które wykorzystują środki bądź metody niemogące być skierowane przeciwko określonemu celowi wojskowemu, c) które wykorzystują środki bądź metody, których efekty nie mogą być ograniczone zgodnie z wymaganiami PD I. W konsekwencji do ataków bez rozróżnienia zaliczano wszelkie ataki, które mają za cel obiekty wojskowe i cywilne bez rozróżnienia⁵⁸. W ust. 4 pkt (a) (późniejszym ust. 5 pkt (a)) określono jako przykładowy atak traktujący jako jeden cel wojskowy grupę wyraźnie odróżniających się i oddalonych celów wojskowych, zlokalizowanych generalnie w obszarach zabudowanych.

52 CDDH/II I/SR.8, para. 48, s. 64.

53 „An absolute prohibition would result in a very difficult situation, for instance when there was a single civilian near a major military objective whose presence might deter an attack”. CDDH/I/SR.7, para. 37, s. 55.

54 CDDH/II I/SR.7, para. 23, s. 54.

55 „His delegation could accept a prohibition on reprisals against civilians or the civilian population, but not on reprisals against civilian objects”. CDDH/I/SR.7, para. 37, s. 55.

56 „With regard to the view of some delegations that paragraph 3 was too subjective and provided too little protection, he said that military commanders, acting on the best information they could obtain, would attack targets which they regarded as warranting attack”. CDDH/III/SR.8, para. 33, s. 63.

57 CDDH/III/SR.8, para. 69, s. 67.

58 CDDH/215/Rev.I, s. 204.

Na konferencji plenarnej sprzeciw wobec przyjęcia poprawki wyraziła strona francuska, która podnosiła, że szczegółowe wyróżnienie, jakie typy ataków zostały uznane za zabronione, nosi wiele sprzeczności i niejasności, które uniemożliwią ich bezpośrednie praktyczne zastosowanie⁵⁹. Pierwszą kontrowersją było określenie konkretnego celu wojskowego, który może być trudny do zdefiniowania w wypadku dzielnic przemysłowych bądź też obszarów leśnych służących jako osłona dla ludności cywilnej oraz kamuflaż dla działań wojskowych. Drugim spornym elementem była kwestia zdeterminowania, czym są wyraźnie odróżniające i oddalone cele wojskowe. Kwestionowano także wartość ust. 7 jako uniemożliwiającego siłom zbrojnym podjęcie realnych działań w obronie miejscowości, gdyż zawsze będzie to sprzeczne z zakazem rozmieszczania celów wojskowych w obrębie miejscowości zabudowanych⁶⁰. Ostatnią formą zablokowania przyjęcia przepisu było zaproponowanie przez stronę turecką głosowania nad każdym paragrafem z osobna. W konsekwencji jednak art. 51 PD I został przyjęty zdecydowaną większością głosów, przy sprzeciwie jedynie Francji.

4. Zakaz ataków bez rozróżnienia w PD I

4.1. Środki ataku

Jak już zostało przedstawione wcześniej, zasada różróżnienia w kontekście zapisów art. 51 ust. 4 i 5 PD I była bezpośrednio powiązana z próbą znalezienia przez społeczność międzynarodową remedium, które pozwoli na zapobieżenie powtórzeniu zjawiska bombardowania powietrznego o charakterze saturacyjnym⁶¹.

59 „As an example he said that it would be very difficult in many cases to estimate the limits of a «specific military objective» which was mentioned but not defined in paragraph 4 (b) especially in industrialized zones of large cities and in forestry zones which could serve as a cover to the stationing and movement of enemy force while being used as a shelter by the civilian population”. CDDH/SR.41, para. 111.

60 „The French delegation considered that Article 46 went beyond the scope of its humanitarian aim and that it was likely seriously to impair the inherent right of legitimate defence”. CDDH/SR.41, para. 114.

61 „Thus, actions such as the bombing of London by the Luftwaffe in 1940, or attacks such as that on Dresden by the Allies in 1944, are now proscribed. This Article will not prevent all civilian casualties in areas containing legitimate military targets, but it attempts to prevent indiscriminate attacks on populated areas launched solely for the purpose of destroying the will of the civilian population in general to wage war”. W. H. Buckley, *New Protocols Broaden Definition of „Armed Conflict”*, „Mercer Law Review” 1977–1978, vol. 29, s. 1166; M. Lippman, *Aerial Attacks on Civilians and the Humanitarian Law of War: Technology and Terror from World War I to Afghanistan*, „California Western International Law Journal” 2002, vol. 33, s. 34 i n.

Artykuł 51 ust. 5 pkt (b) PD I wprost odwoływał się do tej konkretnej praktyki⁶². Artykuł 51 ust. 5 pkt (a) PD I określał z kolei definicję ataków bez rozróżnienia – naturalna wykładania sformułowania jest zawarta w treści pkt (a) przepisu („ataki, które nie są skierowane przeciwko określonemu celowi wojskowemu”)⁶³. Bardziej złożona dyspozycja jest zawarta w treści pkt (b). Należy zwrócić uwagę, że przepis dokonuje podziału z uwagi na środki oraz metody, które mogą razić określone cele bez rozróżnienia. Odnosząc się w pierwszej kolejności do środków, należy zauważyć, że stosunkowo niewiele broni ma charakter dyskryminacyjny *per se*⁶⁴. Okoliczność ta wiąże się w pierwszej kolejności ze zdolnością danej broni do bycia nakierowaną na dany cel wojskowy⁶⁵. Istotna jest w tej mierze efektywność broni w takim kontekście, w jakim jest ona zdolna do bycia przewidywalną i kontrolowaną w tej mierze⁶⁶. Potocznie określa się taki typ uzbrojenia jako „ślepe”⁶⁷. Jednym z częstych przykładów wskazywanych w doktrynie prawa międzynarodowego jest zagadnienie użycia dwóch broni – tzw. Grubej Berty, używanej przez stronę niemiecką do ostrzału Paryża w czasie I wojny światowej, oraz rakiet typu V-1 i V-2. W pierwszym przypadku np. J. M. Spaight uznawał, że w czasie jej rozmieszczenia nie było normy – zarówno prawa pozytywnego, jak i nawet zwyczajowego – wprost zakazującej wykorzystania artylerii typu dalekostrzelnego, a wynikiem jej rozmieszczenia była również zgoda na ewentualną niedokładność ataku⁶⁸. W kontekście ataków pociskami V-1 i V-2 prymitywność układów celowniczych była tak niska, że uzyskanie skuteczności zależało od doboru dostatecznie rozległego obszaru, którym najczęściej było przynajmniej średniej wielkości miasto. Z tego też tytułu art. 51 ust. 4 pkt (b) PD I może być samodzielną podstawą zakazu uzbrojenia, które jest inherentnie niezdolne do przestrzegania zasady rozróżniania⁶⁹. Inną sferą regulowaną przez treść przepisu jest z kolei różnica

62 I. D. De Lupis, *The Law of War*, Cambridge 1987, s. 231.

63 J. Crowe, K. Weston-Scheuber, *Principles of International Humanitarian Law*, Northampton 2013, s. 59–60.

64 W. H. Boothby, *The Law of Targeting...*, s. 92.

65 T. M. McDonnell, *Cluster Bombs over Kosovo: A Violation of International Law?*, „Arizona Law Review” 2002, vol. 44, s. 79.

66 „With the changing nature of war, where the industrial capacity and civilian morale of a nation are so important to its ability to wage war, it is becoming more difficult to define a military target. A weapon so inaccurate that it was as likely to hit non-combatants as combatants would clearly be illegal”. H. Harris, *Modern Weapons and the Law of Land Warfare*, „Military Law and Law Review” 1973, vol. 12, s. 20.

67 S. Wei, *The Application of Rules Protecting Combatants and Civilians against the Effects of the Employment of Certain Means and Methods of Warfare*, [w:] F. Kalshoven, Y. Sandoz (red.), *Implementation of International Humanitarian Law: Research Papers by Participants in the 1986 Session of the Center for Studies and Research in International Law and International Relations of the Hague Academy of International Law*, Londyn 1989, s. 382.

68 J. M. Spaight, *Air Power...*, s. 230 i n.

69 E. Crawford, A. Pert, *International Humanitarian Law*, Cambridge 2015, s. 198. „If a weapon is incapable of being used in a way which permits discrimination between military targets

pomiędzy metodą oraz środkami. S. Haines rozumie ją jako rozróżnienie pomiędzy „zaprojektowaną charakterystyką broni, a nieprawidłowym wykorzystaniem danego typu zbrojenia”⁷⁰. M. N. Schmitt wskazuje, że drugim wymiarem przepisu jest kwestia stosowania metody, która może dotyczyć niemal każdego rodzaju środka, podając w tej mierze za przykład działania irackich sił zbrojnych podczas I wojny w Zatoce Perskiej, gdzie wystrzeliwanie rakiet SCUD przeciwko miastom izraelskim było nieproporcjonalnie niebezpiecznie dla ludności cywilnej w stosunku do rzeczywistej możliwości rażenia celów wojskowych⁷¹. W. H. Boothby podnosi, że innym przykładem w tej mierze są efekty użycia broni biologicznej bądź chemicznej – ich użycie jest *per se* zakazane nie tylko specjalną, dedykowaną normą traktatową, ale także okolicznością, że ich użycie nie może być w żaden sposób kontrolowane i ograniczone tylko i wyłącznie do rażenia celów wojskowych⁷². Brytyjski autor odnosi się także w tym kontekście do kwestii *implicite* wynikającej z dyspozycji art. 51 ust. 5 pkt (a) PD I, a mianowicie konieczności doboru zestawu środków, który może w pewnym zakresie warunkować ocenę, czy dany atak ma znamiona uderzenia wykonywanego bez rozróżnienia – o ile takie środki znajdują się w arsenale państwa i ich użycie jest uzasadnione w świetle ilości dostępnego uzbrojenia o charakterze precyzyjnym, ogólnej sytuacji taktycznej, strategicznej oraz częściowo ekonomicznej⁷³. Z tego też względu zdecydowanie częściej to kwestia wykorzystania danego środka bądź metody będzie przedmiotem oceny z perspektywy normy zawartej w art. 51 ust. 4 PD I⁷⁴. Przykładowo w tym duchu Zjednoczone Królestwo przedłożyło do treści III Protokołu do Konwencji CCW deklarację interpretacyjną, w ramach której wskazało, że „bombardowanie lotnicze nie jest w rozumieniu przepisów III Protokołu metodą ataku (*method of delivery*) o charakterze mniej precyzyjnym niż pozostałe”⁷⁵.

and civilians or civilian objects, then it is inherently indiscriminate and these principles render it unlawful. In practice, very few weapons are so inaccurate that they cannot be used in a way which complies with the principles set out in the preceding paragraph, although the V1 and V2 missiles used by Germany in the Second World War probably fell into that category”. C. Greenwood, *The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium*, „International Law Studies” 1998, vol. 71, s. 200.

70 S. Haines, *The Developing Law of Weapons: Humanity, Distinction, and Precautions in Attack*, [w:] A. Clapham, P. Gaeta (red.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford 2014, s. 283. Podobnie także H. Blix, *Means and Methods of Combat*, [w:] *International Dimensions of Humanitarian Law*, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Dordrecht 1998, s. 145.

71 M. N. Schmitt, *The Principle of Discrimination in 21st Century Warfare*, „Yale Human Rights and Development Journal” 1999, vol. 2, s. 148.

72 W. H. Boothby, *The Law of Targeting...*, s. 92.

73 *Ibidem*, s. 93.

74 S. Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford 2012, s. 347.

75 „The United Kingdom accepts the provisions of article 2 (2) and (3) on the understanding that the terms of those paragraphs of that article do not imply that the air-delivery of incendiary weapons, or of any other weapons, projectiles or munitions, is less accurate or less

Z uwagi na powyższe przesłanka zakazu ataków bez rozróżnienia nie ma wprost zastosowania do oceny legalności *per se* użycia danego środka bądź metody ataku i powinna mieć charakter analizy *per casu*⁷⁶. Jednak jak wskazuje brytyjski specjalista od oceny legalności broni, bez wątpienia art. 51 ust. 4 PD I przepisu będzie miał także zastosowanie podczas procesu przeglądu broni, wymienionego na gruncie art. 36 PD I z 1977 roku⁷⁷. Artykuł 51 ust. 4 pkt (c) odnosił się z kolei do broni, względem których efekty nie mogą być w żaden sposób ograniczone jedynie do celów wojskowych – jak np. względem broni bakteriologicznej⁷⁸. Jak wskazała J. Conde Jimianian, bronie tego typu są „niezdolne do przestrzegania zasady odróżnienia, ich efekty są niemożliwe do kontrolowania w czasie i przestrzeni oraz nie istnieje skuteczny środek oddziaływania przeciwko nim”⁷⁹. Co interesujące, jak zaznaczył K. Egeland, żadna broń oraz metoda nie została z kolei zdelegalizowana z uwagi na „brak zdolności do przestrzegania zasady proporcjonalności”⁸⁰.

4.2. Metody ataku

Jak już podniesiono wcześniej, art. 51 ust. 5 pkt (a) PD I w sposób bezpośredni i jednoznaczny nawiązywał do okresu II wojny światowej i praktyki operacji powietrznych, mających miejsce w szczególności w latach 1942–1945⁸¹. Tym samym praktyka ataków powierzchniowych została zdelegalizowana *pro futuro*⁸². Według słów F. Bougonion, art. 51 ust. 5 pkt (a) PD I był jednym z najważniejszych

capable of being carried out discriminately than all or any other means of delivery”. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-2&chapter=26&clang=_en#EndDec (dostęp: 17.12.2020).

76 W. H. Boothby, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, Oxford 2009, s. 79.

77 W. H. Boothby, *The Law of Weaponry: Is it Adequate?*, [w:] M. N. Schmitt, J. Pejic (red.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultiness, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden 2007, s. 306.

78 Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 1965, s. 623.

79 J. M. Conde Jimianian, *The Principle of Distinction in Virtual War: Restraints and Precautionary Measures under International Humanitarian Law*, „Tilburg Law Review” 2010–11, vol. 15, s. 76.

80 K. Egeland, *Lethal Autonomous Weapon Systems under International Humanitarian Law*, „Nordic Journal of International Law” 2016, vol. 85, s. 105.

81 M. Veuthey, *Histoire du droit international humanitaire dans la guerre aérienne*, [w:] A.-S. Millet-Devalle (red.), *Guerre aérienne et droit international humanitaire*, Paryż 2015, s. 51–52; W. J. Fenrick, *The Prosecution of War Criminals in Canada*, „Dalhousie Law Journal” 1989–1990, vol. 12, s. 262.

82 „Thus, actions such as the bombing of London by the Luftwaffe in 1940, or attacks such as that on Dresden by the Allies in 1944, are now proscribed. This Article will not prevent all civilian casualties in areas containing legitimate military targets, but it attempts to prevent indiscriminate attacks on populated areas launched solely for the purpose of destroying the will of the civilian population in general to wage war”. W. H. Buckley, *New Protocols...*, s. 1166.

osiągnięć konferencji dyplomatycznej w latach 1974–1977⁸³. W okresie prac przygotowawczych powstały cztery interesujące prace poświęcone zagadnieniu tzw. bombardowania powierzchniowego. H. Blix wskazał, że bombardowania bez rozróżnienia, które wykonywane są w sposób niedbały, są nie tylko nielegalne, ale także pozbawione jakiegokolwiek znaczenia z punktu widzenia wojskowego, uznając je za stratę amunicji. Podobne stanowisko wyraził B. Carnaham, który wskazał, że praktyka II wojny światowej udowodniła brak związku pomiędzy bombardowaniem ludności cywilnej a wpływem na morale niemieckiej ludności cywilnej, uzasadniając jednakże ewentualne naruszenia działaniami opierającymi się na zasadzie represaliów, a znaczące straty wśród ludności cywilnej niedokładnością techniczną⁸⁴. J. M. Spaight podnosił, że w wielu wypadkach walczący mieli zamiar zniszczenia celów czysto wojskowych, ale efekty ataków okazywały się nadmierne z uwagi na bliskość skupisk ludności cywilnej i niedoskonałości techniczne⁸⁵. W tej mierze za zasadniczy element procesu planowania uznawał dokonanie prawidłowej identyfikacji celów oraz doboru prawidłowej metody ataku⁸⁶. E. Rosenblad dokonywał rozróżnienia pomiędzy bombardowaniami powierzchniowymi (*area bombing*) a tzw. bombardowaniami strefowymi (*target area bombing*), uznając tę drugą metodę ataku powietrznego za pośrednio zmierzającą w istocie do wywołania skutków charakterystycznych dla ataków saturacyjnych czy też nawet o charakterze terrorystycznym⁸⁷. Jak słusznie podkreślił H. Meyrowitz, różnice w okresie II wojny światowej pomiędzy poszczególnymi typami bombardowań nie bazowały w żaden sposób na regulacjach prawnych, lecz czysto technicznych⁸⁸. Pewną próbę zbudowania uzasadnienia prawnego tzw. bombardowania strefowego wskazywał wydany tuż przed przyjęciem PD I amerykański instruktaż wojskowy AFP 110-31, w którym podkreślano, że „rozproszenie przemysłu powodowało konieczność traktowania jako celu całej strefy, a silna obrona przeciwlotnicza uniemożliwiała prawidłową selekcję celów”⁸⁹. G. Adler uznawał, że ataki o charakterze strefowym, które mają za swój zasadniczy cel obiekty

83 Odczyt wygłoszony na konferencji *International Humanitarian Law Conference: 40th Anniversary of 1977 Additional Protocols to the Geneva Conventions: Confirmed Relevance to the Contemporary Armed Conflicts*, Erywań, Armenia 26 października 2017 roku.

84 „Most of the violations of the laws of air warfare in World War I and World War II resulted from two factors: the inaccuracy of bombing and the law of belligerent reprisal and reciprocity”. B. Carnaham, *The Law of Air Bombardment in Its Historical Context*, „The Air Force Law Review” 1975, vol. 17, s. 51.

85 J. M. Spaight, *Air Power in the Next War*, Londyn 1939, s. 130.

86 H. Blix, *Area Bombardment: Rules and Reasons*, „The British Yearbook of International Law” 1978, vol. XLIX, s. 58.

87 E. Rosenblad, *Area Bombing and International Law*, „Military Law and Law of War Review” 1976, vol. 15, s. 62–65.

88 H. Meyrowitz, *Le bombardment strategique d'apres le Procole additionnel I Aux Conventions de Geneve*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht” 1981, vol. 41, s. 15 i n.

89 *Air Force Pamphlet AFP 110-31*, s. 5–5.

wojskowe rozproszone na danym obszarze nie mogą być traktowane jako wykonywane z pogwałceniem zasady odróżniania, gdyż straty wśród ludności cywilnej powstałe w wyniku takiego działania mają charakter przypadkowy i mogą być jedynie oceniane w świetle zasady proporcjonalności⁹⁰.

4.3. Typy bombardowań powietrznych

W pierwszej kolejności należy zdefiniować pojęcia wykorzystywane w literaturze. Istnieje możliwość wyodrębnienia pięciu zasadniczych typów bombardowań mających miejsce w okresie II wojny światowej:

- a) bombardowanie terrorystyczne (*terror bombing*) – bombardowanie w celu zastraszenia ludności cywilnej;
- b) bombardowanie ludności cywilnej (*civilian population bombing*) – odróżniające się od bombardowania terrorystycznego brakiem elementu zamiaru w postaci *dolus directus coloratus*;
- c) bombardowanie saturacyjne (bądź jego synonim – powierzchniowe, *carpet bombing*) – najbardziej klasyczny przykład bombardowania bez różniczenia, które zupełnie dowolnie traktowało rozgraniczenie pomiędzy celami wojskowymi a cywilnymi, najczęściej traktując jako centralny punkt celowania geograficzny środek obszaru zabudowanego⁹¹;
- d) bombardowanie strefowe (*target area bombing*)⁹² – tego typu atak był skierowany przeciwko danemu obszarowi, na którym występowały legalne cele wojskowe, lecz jednocześnie znajdowały się także obiekty cywilne, np. zakłady przemysłowe, w ramach których były zlokalizowane fabryki oraz zakłady produkujące na potrzeby sił zbrojnych, ale również obiekty pozbawione charakteru wojskowego, np. domy i mieszkania należące do zatrudnionych w fabrykach zbrojeniowych⁹³. Przykładem był atak na Zagłębie Ruhry

90 G. Adler, *Targets in War: Legal Considerations*, „Houston Law Review” 1970, vol. 8, s. 28.

91 „As carpet bombing by its nature does not adhere to the principle of distinction, but rather strikes indiscriminately at an entire area, it cannot, by definition, differentiate between combatants and noncombatants, and thus violates customary international law in the frequent case when civilians and civilian objects fall victim to such attacks”. N. Barrett, *Holding Individual Leaders Responsible for Violation of Customary International Law: The U.S. Bombardment of Cambodia and Laos*, „Columbia Human Rights Law Review” 2000–2001, vol. 32, s. 455.

92 „Area bombing, and now «target bombing» refer to attacks on cities or congested populace areas in which the indirect damage to the civilians will be large. But strategic economic warfare, ultimately, was to include the civilians themselves as targets provided they were working in the military effort. In major wars, this would mean the entire community”. H. Almond, *Comments on Hugh Lynch's Paper: Strategic Imperatives: Economic Warfare at Sea*, „International Law Studies” 1993, vol. 65, s. 303.

93 S. Oeter, *Methods and Means of Combat*, [w:] D. Fleck (red.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford 2013, s. 119.

w czasie II wojny światowej, gdzie znaczne zagęszczenie obiektów przemysłowych z punktu widzenia gospodarki wojennej III Rzeszy uniemożliwiało oddzielenie tych celów od pozostałych⁹⁴. G. H. Aldrich uważał, że istnieją rzadkie przypadki, w których bombardowanie tego typu nie będzie powodowało jednoczesnego naruszenia zasady proporcjonalności⁹⁵;

- e) bombardowanie precyzyjne (*precision bombing*) – w ramach którego atak był skierowany tylko i wyłącznie przeciwko celom wojskowym. Co istotne, w ramach tego ataku cały czas jest dopuszczalne pojawienie się przypadkowych i niezamierzonych strat wśród ludności cywilnej, proporcjonalnych względem uzyskanej korzyści wojskowej.

Na marginesie podanej klasyfikacji warto zaznaczyć, że ma ona jedynie wartość w sytuacji, w której w ramach ataku istnieje rzeczywista możliwość narażenia ludności cywilnej na powstanie niebezpieczeństwa wynikającego z możliwych efektów bombardowania. Nie ma więc zastosowania do sytuacji, w której przedmiotem ataku jest np. koncentracja na znacznym obszarze celów ściśle wojskowych, gdy nie występuje jednocześnie obecność ludności cywilnej. Odniesienie w tej mierze można odnaleźć wprost w treści art. 51 ust. 5 pkt (a) PD I, gdzie wskazano na „skupienie osób cywilnych lub dóbr o charakterze cywilnym” jako przesłankę negatywną ataku. W takiej sytuacji dobór metody bombardowania (saturacyjnego bądź precyzyjnego) może być zasadniczo dowolny i jest uzależniony wyłącznie od woli atakującego (przy zachowaniu pozostałych ograniczeń wynikających z innych norm międzynarodowego prawa humanitarnego)⁹⁶. W kontekście prac przygotowawczych warto zwrócić uwagę na kontrowersyjną wykładnię sformułowania „wyraźnie zarysowujących się i odróżniających się celów” występującego na gruncie art. 51 ust. 5 PD I – należy jednakże wskazać, że *ratio* przepisu dotyczyło wprowadzenia zakazu bombardowania strefowego, przeprowadzonego pomimo możliwości wyodrębnienia poszczególnych celów o charakterze wojskowym (znajdujących się w pewnej odległości od siebie)⁹⁷. W takich sytuacjach

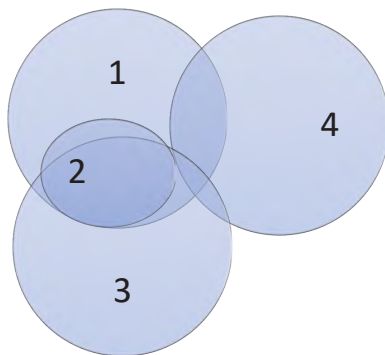
94 W. H. Parks, *The Protection of Civilians from Air Warfare*, „Israel Yearbook of Human Rights” 1997, s. 75. Amerykański autor (s. 94) wskazuje, że podtypem bombardowania powierzchniowego jest atakowanie celów wojskowych, ale z wysokim współczynnikiem strat towarzyszących, wskazując na przykład Warszawę we wrześniu 1939 roku (z zastrzeżeniem, że wiadomości w tej mierze mają charakter spornych).

95 G. H. Aldrich, *New Life For the Laws of War*, „American Journal of International Law” 1981, vol. 75, s. 780.

96 T. Marauhn, S. Kirchner, *Target Area Bombing*, [w:] N. Ronzitti, G. Venturini (red.), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues (Essential Air and Space Law)*, Utrecht 2006, s. 95.

97 „It will be noted that the Conference adopted a wording very similar to that which the ICRC had proposed, namely, «at some distance from each other». It was decided not to add the phrase cited above, no doubt through fear of encouraging area bombardment, for in such a case the attacking forces could use their own judgment, taking into account the weapons available and the circumstances, as to whether the individual objectives were too close together to be attacked separately”. Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 1971.

atakujący powinien przeprowadzić dwa odrębne ataki o ograniczonym zasięgu, zamiast jednego uderzenia obszarowego, zwłaszcza jeżeli dysponuje nowymi precyzyjnymi środkami walki⁹⁸.



Rysunek 1. Typy bombardowań powietrznych

Legenda: 1 – bombardowanie ludności cywilnej, 2 – bombardowanie terrorystyczne, 3 – bombardowanie saturacyjne, 4 – bombardowanie strefowe.

Źródło: opracowanie własne

Krytykiem rozwiązań przyjętych na gruncie art. 51 ust. 5 pkt (a) PD I jest W. H. Parks, który uznawał, że w pierwszej kolejności przepis powinien uwzględnić, czy w kontekście hipotezy przepisu istnieje techniczna możliwość wykonania ataku powietrznego na dane cele wojskowe w sposób rozłączny⁹⁹. O ile w kontekście uwagi autora można rozważać, czy w istocie treść PD I nasuwa takie wątpliwości, to znacznie bardziej uzasadnione wydaje się zastrzeżenie dotyczące odpowiedzialności strony broniącej za stosowanie „pasywnych” środków ostrożności. Konsekwencją zaniechań powinno być zdaniem autora „bezpośrednie przeniesienie odpowiedzialności za możliwość powstania incydentalnych strat wśród ludności cywilnej wynikającej z rozmieszczenia niewalczących osób i dóbr wśród celów wojskowych na stronę broniącą”¹⁰⁰. Amerykański badacz prawa międzynarodowego uznawał ostateczną treść art. 51 ust. 5 PD I za inherentnie sprzeczną z powyższą logiką, uznając ją ponadto za wyciągnięcie błędnego wniosku z praktyki państw w okresie II wojny światowej¹⁰¹. W tej mierze wydaje się, że decydującym elementem mającym wpływ na przyjęcie danego wniosku przez autora była okoliczność związana z faktem rozproszenia

⁹⁸ T. Marauhn, S. Kirchner, *Target Area...*, s. 96.

⁹⁹ W. H. Parks, *Air War and the Law of War*, „Air Force Law Review” 1990, vol. 32, s. 161.

¹⁰⁰ W. H. Parks, *The Law...*, s. 168.

¹⁰¹ *Ibidem*, s. 165 i n.

przemysłu zbrojeniowego przez rządy III Rzeszy oraz Japonii w ramach obszarów zabudowanych. Podobny pogląd wskazywany był przez G. Adlera, który określił, że „jeżeli nieprzyjaciel nie ma obowiązku wskazania położenia celów wojskowych, a kamufluje, ukrywa je bądź rozmieszcza w pobliżu skupisk ludności cywilnej, to tym bardziej atakujący w tej sytuacji nie ma obowiązku powstrzymania się z wykonaniem ataku”¹⁰². Nie jest to jednakże pogląd jednolity¹⁰³. Jak wskazał C. Greenwood, preambuła PD I jednoznacznie podkreśla fakt przestrzegania postanowień Protokołu „niezależnie od okoliczności”, „przyczyn” bądź „motywów”¹⁰⁴. Nie oznacza to jednak, że pewne zachowania adwersarza mogą wpływać *per casu* na ocenę poszczególnych incydentów, zwłaszcza w kontekście zasady proporcjonalności.

4.4. Krytyczny punkt prawa bombardowań powietrznych

Należy podkreślić, że granice pomiędzy powyższymi typami bombardowań mają nieostry charakter. W przypadku pkt a, b, c zasadniczo dochodzi do zatarcia możliwości wyodrębnienia ataku z uwagi na jego charakter terrorystyczny bądź saturacyjny¹⁰⁵. Wynika to jednoznacznie z trudności zakwalifikowania danego bombardowania jako terrorystycznego bez jednoczesnego przypisania bezpośredniego zamiaru o charakterze kierunkowym. H. Lauterpacht uznawał, że istnieje możliwość postawienia znaku równości pomiędzy atakami terrorystycznymi a bombardowaniem wymierzonym bezpośrednio w ludność cywilną z pominięciem jakichkolwiek względów wojskowych¹⁰⁶. Z praktycznego punktu

102 „If the approximate location is known and the best hardware is used, it is not an illegal indiscriminate attack when some nonmilitary targets are also struck. When factories are concealed in jungles, oil and gasoline dumps are hidden, and supplies are placed in populated areas, the fault lies with the side which so located the military target. There is no duty for one side to notify the enemy of the precise geographic coordinates of military resources; on the other hand, there is no duty for the opposing forces to withhold attack. The question at all times is one of balancing military advantage with incidental damage. If the military target is important enough, attack is legal”. G. Adler, *Targets in War: Legal Considerations*, „Houston Law Review” 1970, vol. 8, s. 29.

103 Zob. R. G. Wright, *Noncombatant Immunity: A Case Study in the Relation between International Law and Morality*, „Notre Dam Law Review” 1991, vol. 67.

104 C. Greenwood, *International Humanitarian Law in Context: A New International Legal Order*, „Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law” 2016, vol. 8, s. 321.

105 „Under such circumstances, the distinction between the combatant and noncombatant could be readily observed. However, with long range artillery, high altitude bombing, guided missiles, nuclear bombs, and poison gases, a certain control is lost over the direction of the weapon. Add to this the fact that the noncombatant lives near and works in legitimate military targets where little protection can be offered him”. J. Kelly, *A Legal Analysis of the Changes in War*, „Military Law Review” 1961, vol. 13, s. 104–105.

106 H. Lauterpacht, *The Problem of the Revision of the Law of War*, „The British Yearbook of International Law” 1952, vol. 29, s. 368.

widzenia różnica faktycznie jest w tej mierze trudna do uchwycenia, jednak teoretyczny brak spełnienia dodatkowej przesłanki akcji o charakterze terrorystycznym utrudnia w istocie wyodrębnienie i dokonanie prawidłowego odróżnienia pomiędzy dwoma typami ataków¹⁰⁷. Znacznie istotniejszą różnicą było określenie granicy pomiędzy tzw. bombardowaniem strefowym a bombardowaniem precyzyjnym – co zostało doskonale uwidocznione na przykładzie orzeczenia MTKJ w sprawie Gotovina, wskazującego na poważne trudności w zakresie prawidłowej oceny typu bombardowania jako elementu będącego podstawą ustaleń niezbędnych do prawidłowej subsumpcji. Dostrzegał tę współzależność K. Raby, który podnosił, że istnieje „cienka granica pomiędzy bombardowaniem o charakterze incydentalnym i bombardowaniem bez rozróżnienia”¹⁰⁸. Trudności te wynikają z braku możliwości jednoznacznego uchwycenia, czy atakujący dokonuje ataku na legalne cele wojskowe, w ramach których popełnia usprawiedliwione błędy (wynikające chociażby z wad technicznych), czy też skutek nieostrożności bądź pozornego niedbalstwa atakuje bez rozróżnienia jednocześnie cele wojskowe i cywilne¹⁰⁹. Jak wskazał J. D. Ohlin, okoliczność ta staje się trudniejsza, gdyż orzecznictwo MTKJ wskazuje na konieczność oddzielania penalizowanej lekkomyślności od zwykłego niedbalstwa¹¹⁰.

5. Zasada proporcjonalności w PD I

5.1. Uwagi ogólne

Amerykańska instrukcja AFP 110-31, wydana tuż przed zakończeniem prac nad PD I, wskazywała na powody powstania zjawiska przypadkowych strat wśród ludności cywilnej, uznając je głównie za efekty niemożności oddzielenia celów wojskowych od obiektów cywilnych, umyślnego rozmieszczania dóbr wojskowych wokół dóbr i osób cywilnych, zmiany sposobu przeznaczenia danej kategorii obiektu, a także braku należytej staranności strony atakującej podczas wykonywania uderzenia powietrznego¹¹¹. Komentarz wyraźnie stał na stanowisku, że

107 H. Blix, *Area...*, s. 195.

108 K. Raby, *Bombardment of Land Targets Military Necessity and Proportionality Interpellated*, Charlottesville 1964, s. 64 i n.

109 A. Breitegger, *Cluster Munitions and International Law: Disarmament with a Human Face?*, Oxon 2012, s. 42.

110 J. D. Ohlin, *Targeting and the Concept of Intent*, „Michigan Journal of International Law” 2013, vol. 35, s. 99.

111 *Air Force Pamphlet AFP 110-30*, s. 5–10.

ataki przeciwko celom wojskowym mogą doprowadzać do powstania strat wśród niewalczących, ale ich granicą jest nadmierność ofiar i zniszczeń w dobrach cywilnych w stosunku do „spodziewanej, bezpośredniej i jednoznacznej korzyści wojskowej”¹¹². Na wstępie należy wspomnieć, że o ile sam concept proporcjonalności był w sposób mniej lub bardziej sformułowany, to jego konkretyzacja w akceptowalnej i względnie klarownej formie budziła liczne kontrowersje, począwszy od Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku. Wielość proponowanych rozwiązań legislacyjnych z jednej strony wskazywała pożądany kierunek regulacji, z drugiej jednakże wprowadzała elementy sporne. Projekt PD I zakładał, że uznanie danej operacji za legalną w kontekście możliwych strat cywilnych jest uzależnione od przyjęcia, że ofiary bądź destrukcja mają charakter incydentalny oraz wymiar proporcjonalny w stosunku do bezpośredniej oraz znaczącej korzyści wojskowej¹¹³. Jeszcze innym pojęciem posługiwali się eksperci rządowi, którzy podnosili sformułowania dotyczące wyraźnej korzyści wojskowej¹¹⁴. A. Cassese stwierdził, że zwyczajowy status zasady proporcjonalności na dzień prac konferencji dyplomatycznej z 1977 roku był zbyt „niedookreślony, aby stać się odzwierciedleniem istniejącego stanu prawnego”¹¹⁵. Powyższe stwierdzenie ujawnia skalę wyzwania, z jakim musieli zmierzyć się delegaci, którzy dokonywali doboru sformułowań i konkretyzacji powyższego paradygmatu. Przy tym, jak słusznie wskazał M. N. Schmitt, zasada proporcjonalności ma szczególne znaczenie w ramach działań powietrznych, gdyż lotnicze środki bojowe mogą być wystrzeliwane bądź zrzucone z mniejszą precyzją niż standardowa amunicja, a także charakterystyka działań powietrznych powoduje, że często atak odbywa się bez pełnego obrazu sytuacji naziemnej¹¹⁶.

Nie powinno być w związku z tym zaskakujące, że ostateczna treść zasady proporcjonalności różniła się w znaczącym stopniu od przyjętej w projekcie PD I, pomimo powszechnego zrozumienia jej istoty¹¹⁷. Jak wspomniano wcześniej,

112 *Ibidem*.

113 *Draft to the Additional Protocols...*, s. 64.

114 „Those who order or launch an attack, shall refrain from doing so when the probable losses and destruction are disproportionate to the concrete military advantage sought by them”. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflict, *Report on the Work of the Conference*, Vol. I..., s. 153.

115 „Current formulations, however, can be regarded as too broad and not reflecting the existing legal situation”. A. Cassese, *The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law*, „Pacific Basin Law Journal” 1984, vol. 55, s. 85. Podobnie J. Kilcup, *Proportionality in Customary International Law: An Argument against Aspirational Laws of War*, „Chicago Journal of International Law” 2016, vol. 17, s. 250.

116 M. N. Schmitt, *Air Warfare*, [w:] A. Clapham, P. Gaeta (red.), *The Oxford Handbook...*, s. 138–139.

117 „It was only practical to recognize that when legitimate military objectives were attacked a certain amount of incidental damage to civilian objects was inevitable, although such damage must not be disproportionate to the military advantage sought”. CDDH/III/SR.16, para. 53, s. 138.

podczas prac konferencji dyplomatycznej państwa arabskie i afrykańskie uznawały jakąkolwiek koncepcję usprawiedliwienia strat wśród niewalczących za swego rodzaju oksymoron, sprzeczny z ogólnymi założeniami PD I¹¹⁸. Stany Zjednoczone z kolei podkreślały, że zasada proporcjonalności jest już rozpoznany komponentem zwyczajowego prawa międzynarodowego¹¹⁹. Podnoszono, aby zakres stosowania przepisu ograniczyć przez wprowadzenie kryterium geograficznego względem najbliższego położenia celu wojskowego¹²⁰. W treści art. 51 ust. 5 pkt (b) PD I zdecydowano się na zastąpienie sformułowania „nieproporcjonalnych” zwrotem „nadmierne” w stosunku do spodziewanej, bezpośredniej i konkretnej korzyści wojskowej¹²¹. Zastosowane rozwiązanie ma jednakże jedynie funkcję formuły semantycznej, która miała być kompromisem w zakresie sprzeciwu państw dotyczącego użycia zwrotu „nieproporcjonalne”¹²². Należy zwrócić uwagę, że zmiana ta była uznawana za postęp w stosunku do wersji pierwotnej, która pozwalała na odzwierciedlenie treści normy w ramach przepisu¹²³.

Już na samej konferencji wskazano, że o ile same przesłanki mają charakter uzasadnionych, to ich rzeczywiste zastosowanie będzie podatne na subiektywną interpretację z perspektywy walczących¹²⁴. E. Cannizzaro podnosi, że proporcjonalność ogranicza prawa walczących związane z Nielimitowanym zakresem użycia siły dla osiągnięcia legalnych celów prowadzenia działań wojennych¹²⁵. Oprócz samej zasady proporcjonalności mowa jest także o tzw. równaniu proporcjonalności, związanym z szacowaniem pomiędzy przewidywanymi korzyściami wojskowymi a przewidywanymi stratami cywilnymi¹²⁶. Równanie to

118 CDDH/III/SR.7, para. 43, s. 56.

119 W. O'Brien, *Some Problem of the Law of War in Limited Nuclear Warfare*, „Military Law Review” 1961, vol. 14, s. 12–13.

120 CDDH/III/SR.8, para. 9, s. 60.

121 CDDH/III/SR.31, para. 42, s. 305.

122 G. S. i G. P. Corn podnoszą, że w doktrynie międzynarodowego prawa humanitarnego używa się zamiennie sformułowania – „reguła proporcjonalności” bądź „zasada proporcjonalności”. G. S. Corn, G. P. Corn, *The Law of Operational Targeting: Viewing the LOAC through an Operational Lens*, „Texas International Law Journal” 2012, vol. 47, s. 365.

123 E. Jaworski, „Military Necessity” and „Civilian Immunity”: *Where is the Balance?*, „Chinese Journal of International Law” 2003, vol. 175, s. 186.

124 CDDH/III/SR.19, para. 20, s. 167. „Admittedly the idea of proportionality called for the exercise of judgement on the part of combatants. It might be open to criticism since the combatants would have to strike a balance between civilian losses and military advantage; but the two values were not commensurate”. CDDH/III/SR.21, para. 4, s. 182.

125 E. Cannizzaro, *Proportionality in the Law of Armed Conflict*, [w:] A. Clapham, P. Gaeta (red.), *The Oxford Handbook...*, s. 336.

126 „The proportionality equation compares anticipated military advantages with anticipated civilian losses, not end result advantages with actual civilian losses”. W. J. Fenrick, *Applying IHL Targeting Rules to Practical Solutions: Proportionality and Military Objectives*, „Windsor Yearbook of Access to Justice” 2009, vol. 27, s. 277.

powinno zachowywać swoisty balans pomiędzy skonkretyzowanym i wyraźnym celem o charakterze militarnym a przypadkowymi stratami cywilnymi¹²⁷. W. J. Fenrick ponadto wskazuje, że równanie to w swej konsekwencji może powodować zwiększenie akceptowalnych strat cywilnych, jeżeli osiągnięta korzyść wojskowa jest znaczna¹²⁸. Podobne zdanie ma w tej mierze R. Kolb¹²⁹. Inne stanowisko przedstawia J. Dill, wskazując, że podkreślenie bezpośredniości korzyści wojskowej sprawia, że jej wartość musi być dostatecznie wysoka¹³⁰. Poglądy te są częściowo spójne z poglądami wyrażonymi na gruncie komentarza MKCK z 1987 roku do Protokołu dodatkowego I, który stanowi, że „przypadkowe straty i zniszczenia nigdy nie mogą być rozległych rozmiarów”¹³¹. Uwaga znajdująca się w komentarzu MKCK jest krytykowana jako niemająca podstaw w języku traktatowym¹³². W. J. Fenrick podnosi, że w sformułowaniu „nadmierne” kryje się poziom równy stratom o charakterze poważnym bądź wyższym¹³³. Y. Dinstein z kolei zwraca uwagę na konieczność precyzji w posługiwaniu się słownictwem zawartym na gruncie art. 51 ust. 5 pkt (b) PD I, podnosząc o konieczności rozgraniczenia zwrotów „nadmierne” (*excessive*) i „rozległe” (*extensive*). W jego ocenie straty cywilne mogą być rozległe, ale nie jednocześnie nadmierne w stosunku do oczekiwanej, bezpośredniej i konkretnej korzyści wojskowej. Izraelski profesor uważał także, że pojmowanie art. 51 ust. 5 pkt (b) PD I nie opiera się na dedukcji wynikającej z konsekwencji ataku, lecz na przewidywaniu wartości korzyści wojskowej oraz poziomu spodziewanych strat wśród ludności cywilnej¹³⁴. Potwierdza to, że w istocie zupełnie błędne w tej mierze było spojrzenie autorów okresu międzywojennego na ocenę zjawiska bombardowań powietrznych tylko i wyłącznie z perspektywy

127 H. Reinhold, *Target Lists: A 1923 Idea with Application for the Future*, „Tulsa Journal Comparative and International Law” 2002, vol. 10, s. 9–10.

128 „For example, if it is essential to block military traffic across a river and the enemy forces may use one of three bridges to cross the river, it may well be permissible to inflict greater collateral losses for destroying the last bridge because of the resultant greater military advantage”. W. J. Fenrick, *Applying IHL Targeting Rules...*, s. 281.

129 R. Kolb, *Advanced Introduction...*, s. 172–173. „The greater the advantage expected to result from a given action, the more collateral damage IHL will tolerate”. D. Hammond, *Autonomous Weapons and the Problem of State Accountability*, „Chicago Journal of International Law” 2015, vol. 15, s. 674.

130 J. Dill, *Legitimate Targets? Social Construction, International Law and US Bombing*, Cambridge 2015, s. 95–96.

131 Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 1979, s. 626.

132 C. Greenwood, *The Law of Weaponry...*, s. 201.

133 „«Excessive» is a subjective term which, at a minimum, means as much or more than severe”. W. J. Fenrick, *The Rule of Proportionality and Protocol in Conventional Warfare*, „Military Law Review” 1982, vol. 91, s. 111.

134 Y. Dinstein, *The Principle of Proportionality*, [w:] K. Larsen, G. Cooper, G. Nystuen (red.), *Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law*, Cambridge 2013, s. 76.

osiągniętego skutku, gdyż prowadziło do całkowitego zaburzenia brzmienia przepisu, pomijając element dobrej wiary i zdrowego rozsądku (taki pogląd prezentował np. J. M. Spaight)¹³⁵.

5.2. Subiektywizm zasady proporcjonalności w PD I

Subiektywność zasady proporcjonalności jest wpisana w charakter tej zasady, co jednakże nie może doprowadzić do całkowitego zrelatywizowania jej wartości¹³⁶. W konsekwencji główną perspektywą oceny danego czynu jest płaszczyzna *ante factum*, co potwierdził dorobek trybunału norymberskiego w ramach tzw. zasady Rendulica¹³⁷. H. Shamash wskazuje, że uwzględnienie jedynie testu proporcjonalności art. 51 ust. 5 pkt (b) PD I nie może w żaden sposób kwestionować zasadności przeprowadzenia odrębnego sprawdzianu wynikającego z kolei z podjęcia tzw. aktywnych środków ostrożności wynikających z art. 57 PD I¹³⁸. Uwaga ta była

135 „Put differently, assessing proportionality is a forward-looking exercise, which incorporates a margin of appreciation in favour of military commanders. However, decisions must be based on the good faith belief (in the circumstances known to the military commander at the time after taking all feasible measures to ascertain those circumstances) that civilian harm expected from the attack is not excessive to the concrete and direct military advantage anticipated”. B. Clarke, *Proportionality in Armed Conflict: A Principle in Need of Clarification*, „International Humanitarian Legal Studies” 2012, vol. 3, s. 78. „In other words, the provision makes the legitimacy of a bombardment dependent upon its results. It is by those results that the question will be judged, and, indeed, necessarily judged, whether the bombing force has, in fact, complied with the requirements of the rule or not. The intention will be less important than the effect. It is the bombed, not the bombers, who will be the judges. It is they who will decide, first, whether, if one of the bombing airmen is captured, he is to be arraigned as a war criminal, secondly, whether the enemy's action is such as to justify the nation attacked in resorting to reciprocal action and, indeed, in setting aside, in reprisal, all the restrictive rules of bombardment”. J. M. Spaight, *Air Powers and War Rights*, Londyn 1924, s. 217.

136 A. P. V. Rogers, *The Principle of Proportionality*, [w:] H. Hensel (red.), *The Legitimate Use of Military Force*, Aldershot 2008, s. 206. „Given these variables, comparing military advantage against civilian losses or damages is somewhat dependent on the subjective value judgments of military commanders and political decision makers, who must evaluate reasonableness within specific scenarios”. C. P. Toscano, „Friend of Humans”: *An Argument for Developing Autonomous Weapons Systems*, „National Security Law and Policy Journal” 2015, vol. 8, s. 211.

137 „The criteria for comparing military advantages and incidental effects upon civilians in the proportionality evaluation are unclear and depend upon subjective *ex ante* perceptions, as stemming from the terms ‚anticipated’ and ‚expected’. Assessment of the elements may lead to opposite conclusions, depending on the background of the fact-finder”. T. Boutruche, *Credible Fact-Finding and Allegations of International Humanitarian Law Violations: Challenges in Theory and Practice*, „Journal of Conflict and Security Law” 2011, vol. 16, s. 131.

138 H. Shamash, *How Much is Too Much? An Examination of the Principle of Jus in Bello Proportionality*, „IDF Law Review” 2005, vol. 2, s. 112.

poczyniona na tle sytuacji, w której walczący za każdym razem atakowałby legalny cel wojskowy z użyciem takiej metody bądź środka, który powodował usprawiedliwione, lecz zbędne straty cywilne, które przy przyjęciu innej (możliwej i rozsądnej) koncepcji wykonania operacji zbrojnej mogłyby zostać uniknięte¹³⁹. Z drugiej strony analiza powyższego zachowania jest dowodowo, po pierwsze, niemożliwa, po drugie, skoro przepisy PD I dopuszczają w ogóle powstanie strat towarzyszących wśród ludności cywilnej, to nie istnieje możliwość, aby przy zachowaniu wszelkich obowiązków podczas wykonywania operacji powietrznej uznać za nielegalne osiągnięcie celu pośrednio związanego z działaniami wojennymi. W tym wypadku należy także zwrócić uwagę, że przepis posługuje się sformułowaniem odnoszącym się do strat przypadkowych, czysto incydentalnych, będących efektem działania docelowo legalnego¹⁴⁰. J. Crowe i K. Weston-Scheuber wskazują, że w tej określonej sytuacji prawo usprawiedliwia powstanie przewidzianych, lecz nieumyślnych strat wśród ludności cywilnej, posługując się odniesieniem do filozoficznej zasady podwójnego skutku¹⁴¹. Zdaniem R. Kolba reguła wymieniona na gruncie art. 51 ust. 5 pkt (b) PD I jest w pierwszej kolejności wyrazem zakazu nieproporcjonalności. W przypadku ataku na cel wojskowy, co zawsze będzie prawem walczących, jedynie możliwość powstania nadmiernych strat może uniemożliwić przeprowadzenie operacji zbrojnej¹⁴². Pokrywa się to ze zdaniem F. Kalshovena, że art. 51 ust. 5 pkt (b) PD I ustanawia wyraźnie rozgraniczenie pomiędzy wszelkimi atakami, które są proporcjonalne bądź nie. Wykładnia systemowa przepisu nie może być podstawą do przyjęcia, że tylko ataki wymienione na gruncie art. 51 ust. 4 PD I mogą spełniać dyspozycję art. 51 ust. 5 PD I – każdy atak, także skierowany przeciwko wyraźnemu celowi wojskowemu, może prowadzić do naruszenia powyższego przepisu¹⁴³. W granicach oceny, czy dany atak może doprowadzać do przekroczenia nadmiernego poziomu strat, mieści się czynnik obiektywny o charakterze zewnętrznym, opierający się na modelu normatywnym rozsądnego dowódcy¹⁴⁴.

Uwidacznia się w tej mierze ogólne *ratio legis* zasady proporcjonalności nastawionej w większym stopniu na uwzględnienie perspektywy walczących w kontekście do-

139 I. Henderson, *Contemporary...*, s. 198.

140 R. Baxter, *The Duties of Combatants and the Conduct of Hostilities (Law of The Hague)*, [w:] *International Dimensions...*, s. 118.

141 J. Crowe, K. Weston-Scheuber, *Principles of International...*, s. 56–58. „Działanie, które posiada zarówno pewien dobry, jak i zły skutek, może być moralnie dopuszczalne lub niedopuszczalne zależnie od tego, czy jego zły skutek jest przez działający podmiot jedynie przewidywany, czy zamierzony jako środek lub też jako cel”. W. Janikowski, *Zasada podwójnego skutku, zasada moralnej symetrii i kwestia legalizacji eutanazji*, „Analiza i Egzystencja” 2013, vol. 22, s. 127.

142 R. Kolb, *Advanced Introduction...*, s. 152–153.

143 F. Kalshoven, L. Zegveld, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, Cambridge 2011, s. 108.

144 A. Breitegger, *Cluster...*, Oxon 2012, s. 48.

konywania subiektywnego szacowania¹⁴⁵. Wynik równania wynikający ze stosowania zasady proporcjonalności zdaniem L. C. Green musi mieć charakter akceptowalnego pomiędzy osiągniętą korzyścią wojskową oraz niezamierzonymi efektami ubocznymi¹⁴⁶. Warto podnieść, że przesłanka proporcjonalności nie oddziałuje w stosunku do celów wojskowych – w przypadku ich niszczenia atakujący nie ma obowiązku kierowania się narzuconymi przez art. 51 ust. 5 pkt (b) PD I ograniczeniami¹⁴⁷. Należy zwrócić jednak uwagę, że ma to odniesienie jedynie do braku możliwości zastosowania równania proporcjonalności – nie występują bowiem w danym środowisku operacyjnym (np. na pustyni) względy natury cywilnej, a zakres użycia siły względem kombatanów jest limitowany innymi przepisami międzynarodowego prawa humanitarnego.

Przyjęta zasada nie jest wolna od krytyki doktryny międzynarodowego prawa humanitarnego. W pierwszej kolejności wskazywano na określone błędy natury systemowej, wyrażone w umieszczeniu w ramach jednego artykułu dwóch koncepcji, które nie są ze sobą ściśle powiązane – zasady rozróżniania oraz proporcjonalności, a także pomiędzy wartościami a wskazaniem liczbowymi¹⁴⁸. J. Graham uważa, że brak jednoznaczności języka traktatowego był powodem złożenia deklaracji interpretacyjnych, które wpłynęły na znaczącą zmianę interpretacji przepisu¹⁴⁹. Innym elementem jest także krytyka próby skrajnego subiektywizowania przesłanki proporcjonalności jako zawierającego *per se* niejasności, które będą rozstrzygane na korzyść strony atakującej niż w istocie sprowadzą się do ochrony ludności cywilnej¹⁵⁰. Z powyższym poglądem zgadza się E. Cannizzaro, podnosząc, że ocena przesłanek – wojskowej i humanitarnej – nie może mieć charakteru wyłącznie ograniczonego do subiektywnej wizji podejmowanej decyzji – dotyczy to zwłaszcza obiektywnie dostępnych informacji pozwalających na zweryfikowanie prawidłowości decyzji w chwili jej formułowania. W tej sytuacji brak takich danych powinien zdaniem autora prowadzić do odstąpienia od działania¹⁵¹. Działanie innego typu może być kwalifikowane jako swoista umyślna ślepota czy też – posługując się sformułowaniem bardziej prawnokarnym – lekkomyślność,

145 A. Cassese, *Means of Warfare: The Traditional and the New Law*, [w:] A. Cassese (red.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Neapol 1979, s. 175.

146 L. C. Green, *Essays on the Modern Law of War*, Nowy Jork 1985, s. 143.

147 L. Whittemore, *Proportionality Decision Making in Targeting: Heuristics, Cognitive Biases and the Law*, „Harvard National Security Journal” 2016, vol. 577, s. 600.

148 M. Wagner, *Autonomy in the Battlespace: Independently Operating Weapon Systems and the Law of Armed Conflict*, [w:] D. Saxon (red.), *International Humanitarian Law and the Changing Technology of War*, Leiden 2013, s. 220.

149 „The major objection was the ambiguity of the language, leaving doubts about the legal obligations imposed on state”. J. Graham, *Non-Combatant Immunity and the Gulf Conflict*, „Virginia Journal of International Law” 1991, vol. 31, s. 830.

150 M. Lesh, *Accountability for Targeted Killing Operations: International Humanitarian Law, International Human Rights Law and the Relevance of the Principle of Proportionality*, [w:] J. Petrovic, *Accountability for Violations...*, s. 106.

151 E. Cannizzaro, *Proportionality in the Law...*, s. 340.

jeżeli prowadzi do ignorancji istniejącego zbioru danych i wiadomości o istniejącym celu¹⁵². Teoria *willful blindness* wydaje się jednakże niezwykle trudna do uchwycenia w kontekście wykazania strony podmiotowej sprawcy ataku, co uwiarygodniło dotychczasowe orzecznictwo MTKJ (patrz poniżej). Poważnym zarzutem wysuwany przez autorów (A. P. V. Rogers, W. H. Parks) jest brak uwzględnienia w zapisach zasady proporcjonalności ewentualnych konsekwencji związanych z istnieniem określonych obowiązków strony broniącej w postaci podjęcia chociażby tzw. pasywnych środków ostrożności¹⁵³. Uwaga ta jest w konsekwencji o tyle niekorzystna dla strony atakującej, że zachowanie adversarza nie może być w świetle art. 51 ust. 6 i 8 PD I podstawą do derogacji z jakichkolwiek norm obejmujących swoją ochroną ludność cywilną^{154,155}. Zdaniem cytowanego W. H. Parksa stanowi to odejście od zwyczajowej zasady podziału obowiązków każdej ze stron na polu bitwy w zakresie ochrony ludności cywilnej. Warto zaznaczyć, że nie jest to pogląd odosobniony i nie jest zupełnie pozbawiony historycznych podstaw, jednakże charakterystyczny jest bardziej dla ocen techniki bombardowania powierzchniowego¹⁵⁶.

5.3. Stosowanie zasady proporcjonalności w praktyce

Nie ma żadnych wątpliwości, że zasada proporcjonalności jest i będzie przedmiotem licznych sporów doktrynalnych i orzeczniczych¹⁵⁷. Wynika to po części ze stosunkowo ubogiej możliwości posłużenia się wykładnią historyczną, z różnych powodów, w tym również pozaprawnych, także z okoliczności towarzyszących pracom konferencji dyplomatycznej w latach 1974–1977¹⁵⁸. Samo wprowadza-

152 R. D. Sloane, *Puzzles of Proportion and the „Reasonable Military Commander”: Reflection on the Law, Ethics, and Geopolitics of Proportionality*, „Harvard National Security Journal” 2015, vol. 6, s. 313.

153 A. P. V. Rogers, *Law on the Battlefield*, Manchester 1965, s. 21.

154 „The effectiveness of such a duty, including the ability of military commanders to implement it in the air and on the ground, may well depend on serious consideration, elaboration, and implementation of defender duties, for defenders are often in the superior position to minimize civilian exposure to the dangers of military operations”. S. Estreicher, *Privileging Asymmetric Warfare?: Defender Duties under International Humanitarian Law*, „Chicago Journal of International Law” 2010, vol. 11, s. 436; A. A. Haque, *Off Target: Selection, Precaution, and Proportionality in the DoD Manual*, „International Law Studies” 2016, vol. 92, s. 59.

155 W. H. Parks, *Air War...*, s. 174.

156 L. C. Green, *The New Law of Armed Conflict*, „The Canadian Yearbook of International Law” 1977, vol. 15, s. 29–30.

157 „It follows that the principle of proportionality is easily subject to abuse. However, it can also – if restrictively defined – serve as a useful limitation on aerial bombardment”. E. Rosenblad, *Area Bombing...*, s. 94.

158 „It is simply to suggest that, in this regard, the API formulation must be informed by norms and judgments that the text, travaux préparatoires, and API official commentary do not, and likely could not, supply”. R. D. Sloane, *Puzzles of Proportion...*, s. 314.

dzenie zasady do pozytywnego międzynarodowego prawa humanitarnego było sukcesem, biorąc pod uwagę także przebieg dyskusji nad zasadnością przepisu, którego *per se* wprowadzenie było też częściowo kwestionowane co do zasady. Utrudnione jest formułowanie jednoznacznych, abstrakcyjnych wniosków, opierających się jedynie na posługiwaniu się narzędziami językowymi. W tej kwestii nie są pomocne wskazywane przez doktrynę czy organy quasi-sądowe skrajne przykłady, jak np. zniszczenie całej wioski wskutek śmierci jednego żołnierza (jak wskazała komisja śledcza ONZ w Darfurze), otwarcie ognia względem żołnierzy znajdujących się w tłumie cywili, „czy też inne oczywiste sytuacje dla dowódców wojskowych” (komisja MTKJ ds. bombardowań NATO w Serbii)¹⁵⁹. Przykładowo podczas II wojny w Zatoce Perskiej wszelkie ataki powietrzne, w ramach których spodziewano się ranienia bądź zabicia 30 cywilów, były przeznaczone do osobistego zatwierdzenia przez Sekretarza Obrony USA¹⁶⁰. Znacznie trudniej jest ocenić wydarzenia, które obejmują niemal równą proporcję strat, takie jak np. atak z 23 czerwca 2009 roku, gdy amerykański dron zaatakował jednego z dowódców polowych Talibów, zabijając 45 bojowników przy 41 zabitych cywilach¹⁶¹. Posługując się kwantyfikatorami wyłącznie algorytmicznymi, biorąc pod uwagę, że straty ludności cywilnej nie mogą być nadmierne, przesłanka proporcjonalności została zachowana. Z drugiej jednak strony przepis pozwala na zbudowanie określonych drogowskazów jego praktycznego stosowania. Wychodząc z założenia, że jego zasadniczą esencją było nałożenie ograniczeń na walczących i wymuszenie zaniechania praktyki niedbałego bądź pozornego bombardowania (rozumianego jako działanie pozornie legalne, gdyż skierowane przeciwko celowi wojskowemu, przy jednocześnie całkowitej dyskredytacji niebezpieczeństwa mogącego powstać

159 Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge 2016, s. 123; J. Hood, *The Equilibrium of Violence: Accountability in the Age of Autonomous Weapons Systems*, „International Law and Management Review” 2015, vol. 11, s. 31–32. „However, whenever there might have been any armed elements present, the attack on a village would not be proportionate, as in most cases the whole village was destroyed or burned down and civilians, if not killed or wounded, would all be compelled to flee the village to avoid further harm. The civilian losses resulting from the military action would therefore be patently excessive in relation to the expected military advantage of killing rebels or putting them hors de combat”. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur, Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004 (n 14) para 266. „Although there will be room for argument in close cases, there will be many cases where reasonable military commanders will agree that the injury to noncombatants or the damage to civilian objects was clearly disproportionate to the military advantage gained”. Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, para. 50. Y. Dinstein, *The Principle of Proportionality...*, s. 75.

160 R. Bejesky, *Deterring Jus in Bello Violations of Superiors as a Foundation for Military Justice Reform*, „Wayne Law Review” 2014, vol. 60, s. 429.

161 D. Akerson, *Applying Jus in Bello Proportionality in Drone Warfare*, „Oregon Review of International Law” 2014, vol. 16, s. 195.

względem ludności cywilnej), to regulacja w tej mierze osiągnęła istotny postęp w rozwoju prawa międzynarodowego¹⁶². Innym elementem jest także uściślenie sformułowania „oczekiwana, konkretna bezpośrednia korzyść wojskowa”, które w ten sposób eliminowało możliwość uznania np. niektórych działań o charakterze czysto terrorystycznym za element legalnego oddziaływania na ludność cywilną¹⁶³. Kontrowersyjne jest pojmowanie zasięgu konieczności wojskowej w ujęciu strategicznym bądź taktycznym¹⁶⁴. Należy zwrócić uwagę, że pośrednio analiza historyczna przyczyn, jakie doprowadziły do przyjęcia wspomnianych rozwiązań, wydaje się jednak kwestionować istnienie kumulatywnej korzyści wojskowej¹⁶⁵. Funkcjonuje również druga możliwość rozumienia bezpośredniości korzyści wojskowej, wyrażona m.in. w raporcie MTKJ dotyczącym przebiegu ofensywy powietrznej NATO nad Serbią w 1999 roku, a także w ramach deklaracji interpretacyjnych państw składanych do PD I (patrz rozdział poniżej)¹⁶⁶.

5.4. Zasada proporcjonalności – wskazówki interpretacyjne

Istniejąca dyspozycja art. 51 ust. 5 pkt (b) PD I jest rozwiązaniem niedoskonałym, które zawiera wiele rozważań o poziomie abstrakcyjnym¹⁶⁷. A. Cohen podnosi, że konstrukcja przepisu jest przejawem umyślnego niedookreślenia (*intentionally ambiguous*) przepisów PD I¹⁶⁸. Praktyczne zastosowanie powyższej przesłanki

162 V. Epps, *Civilian Casualties in Modern Warfare: The Deat of the Collateral Damage Rules*, „Georgia Journal of International and Comparative Law” 2012–2013, vol. 41, s. 337.

163 A. Cassese, *The Geneva Protocols...*, s. 86.

164 Zob. J. D. Wright, ‘Excessive’ Ambiguity: Analysing and Refining the Proportionality Standard, „International Review of the Red Cross” 2012, vol. 94.

165 „The «cumulative» approach has been defended on the basis that taking civilian lives now will save more lives later. Yet this approach would greatly weaken the specific protections accorded civilians under the laws of warfare. Also, the standard for measuring the legality of an act would become vague and elusive, due to the difficulty of assessing how, if at all, an act prevented undesirable future events and of determining how serious the adverse consequences would have been. Therefore, both policy factors and the language of the Conference’s articles support a «case-by-case» interpretation of «military advantage»”. B. Brown, *The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts at Codification*, „Cornell International Law Journal” 1976, vol. 10, s. 142.

166 P. B. Postma, *Regulating Lethal Autonomous Robots in Unconventional Warfare*, „University of St. Thomas Law Journal” 2014, vol. 11, s. 304–305.

167 „The imprecise wording of the prohibition to cause incidental damage that would be «excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated» is a result of the compromise needed for the delegates negotiating the Additional Protocols to reach a consensus”. R. Bartels, *Dealing with the Principle of Proportionality in Armed Conflict in Retrospect: The Application of the Principle in International Criminal Trials*, „Israel Law Review” 2013, vol. 46(2), s. 275.

168 A. Cohen, *Rules and Standards in the Application of International Humanitarian Law*, „Israel Law Review” 2008, vol. 41, s. 52.

będzie zawsze problematyczne w warunkach współczesnej wojny powietrznej, przy dynamicznym polu walki, wielkiej ilości zmiennych do uwzględnienia oraz asymetrycznym charakterze współczesnych konfliktów zbrojnych¹⁶⁹. Należy jednakże zwrócić uwagę, że z perspektywy rozwoju prawa wojny powietrznej była to cecha wspólna niemal każdej próby uszczegółowienia regulacji wszelkich aspektów związanych z bombardowaniami powietrznymi – począwszy od pierwszych regulacji Paula Fauchille’a, poprzez Haskie reguły wojny powietrznej i Reguły MKCK z 1956 roku. To, co fundamentalnie różni te normy od poprzednich prób regulacji/kodyfikacji, to fakt niemal powszechnego ich zaaprobowania przez społeczność międzynarodową – bądź to w formie prawa zwyczajowego, bądź też prawa pozytywnego. Autor niniejszego opracowania nie ma większych wątpliwości, że stosowanie tej przesłanki opiera się w pierwszej kolejności na paradygmacie dobrej wiary i zdrowego rozsądku – zarówno przy ocenie standardu rozsądnego dowódcy, jak i przy dokonywaniu samego równania wynikającego z zasady proporcjonalności. Według Y. Dinstein jest to jedyny model wykładni pozwalający nadać przesłance proporcjonalności akceptowalną treść¹⁷⁰. Poziom skomplikowania równania nie oznacza bowiem, że dowodzący operacją lotniczą powinien od niej odstąpić, zwłaszcza jeżeli *prima facie* istnieje możliwość oceny proporcjonalności danego ataku¹⁷¹. Ponadto fundamentem międzynarodowego prawa humanitarnego jest ważenie interesów walczących oraz względów humanitarnych¹⁷².

Ważnym uzupełnieniem istoty zasady proporcjonalności jest zapis art. 8 ust. 2 pkt (b) (iv) Statutu rzymskiego MTK, który penalizuje jedynie zbrodnie wojenne popełnione w postaci zamierzonego przeprowadzenia ataku:

- 1) ze świadomością (element subiektywny), że atak ten spowoduje przypadkową utratę życia lub zranienie osób lub szkodę w obiektach cywilnych,
- 2) które byłyby wyraźnie nadmierne
- 3) w stosunku do konkretnej, bezpośredniej i całkowitej spodziewanej korzyści wojskowej.

Warto zwrócić uwagę, że w istocie wymagania określone na gruncie Statutu rzymskiego MTK znacznie „rozluźniają” wymagania określone na gruncie PD I, uwypuklając element subiektywności, który musi być przedmiotem ustaleń w zakresie strony podmiotowej czynu zabronionego¹⁷³. Jeszcze dalej idącą zmianą

169 L. Doswald-Beck, *Implementation of International Humanitarian Law in Future Wars*, „International Law Studies” 1998, vol. 71, s. 49.

170 L. C. Green, *Modern Law of War...*, s. 145.

171 Y. Sandoz, *Land Warfare*, [w:] A. Clapham, P. Gaeta (red.), *The Oxford Handbook...*, s. 108–109.

172 N. Lamp, *Conceptions of War and Paradigms of Compliance: The ‘New War’ Challenge to International Humanitarian Law*, „Journal of Conflict and Security Law” 2011, vol. 16, s. 243.

173 „But while the offense of deliberate targeting of civilians is relatively straightforward from a criminal law standpoint, the crime of inflicting «excessive damage» requires both a determination of intent (to cause the damage) and some objective assessment (of the damage as «excessive»). As it is likely that attackers would commonly believe that the damage they are

w treści przepisu jest wprowadzenie nieznanego na gruncie PD I sformułowania „wyraźnie nadmierne” (w domyśle strat ludności cywilnej), które *per se* nie wykluczają możliwości powstania zjawiska *collateral damage*, ale również nie penalizują sytuacji, w której straty mogą mieć charakter nadmiernych¹⁷⁴. Trzecią ważną zmianą w stosunku do zapisów regulacji z 1977 roku jest wskazanie, że oczekiwana korzyść wojskowa, oprócz jej konkretności i bezpośredniości, obejmuje całość korzyści wojskowych – co jest wyraźnym zapożyczeniem z treści deklaracji interpretacyjnych składanych przez niektóre państwa strony PD I z 1977 roku, co może sugerować przyjęcie kumulatywnej oceny istnienia przesłanki korzyści wojskowej¹⁷⁵.

5.5. Ochrona załogi wojskowego statku powietrznego jako element zasady proporcjonalności

Innym zagadnieniem, które wywołało także pewne wątpliwości w trakcie prac przygotowawczych Protokołu dodatkowego I z 1977 roku, była konieczność uwzględnienia w ramach zasady proporcjonalności niebezpieczeństwa dla własnych sił zbrojnych. Element ten pojawił się w deklaracjach interpretacyjnych zgłoszonych przez państwa do Protokołu dodatkowego I z 1977 roku (Francja, Wielka Brytania i Australia). W późniejszym okresie popularność w doktrynie prawa międzynarodowego zdobyło sformułowanie *force protection* rozumiane jako ochrona własnego personelu wojskowego, jako jeden z czynników wpływających na dokonanie ustaleń w ramach przesłanki proporcjonalności. W kontekście wojny powietrznej warto zwrócić uwagę na szczególną okoliczność związaną z zakazem lotów poniżej 15 000 stóp, implikowaną specjalną dyrektywą NATO podczas bombardowań Serbii w 1999 roku – podyktowaną potrzebą ochrony własnych załóg przed reakcją serbskiej obrony przeciwlotniczej. Jak zaznaczył W. J. Fenrick, w ramach równania proporcjonalności nie istnieje przewidziane wprost szacowanie strat strony atakującej, wskazując, że dowódca wojskowy ma jednakże obowiązek ograniczać własne straty¹⁷⁶. A. P. V. Rogers z kolei podniósł, że w kontekście reguły 15 000 stóp nie istnieją przypadki konfliktów, które nie niosą

about to inflict is justified by the necessities of the military operation, the crime becomes one of a mixed mens rea requirement of intent and negligence”. G. Blum, *On a Differential Law of War*, „Harvard International Law Journal” 2011, vol. 52, s. 190; W. A. D. J. Sumansadasa, *Principle of Proportionality: The Criticized Compromising Formula of International Humanitarian Law*, „Israel Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law” 2010, vol. 21, s. 27.

174 Szerzej o różnicach pomiędzy koncepcją proporcjonalności w Protokole dodatkowym I i Statucie rzymskim MTK zob. J. Kilcup, *Proportionality in Customary...*, s. 254 i n.

175 J. Rabkin, *Proportionality...*, s. 334; V. Epps, *Civilian Casualties...*, s. 338.

176 W. J. Fenrick, *Regulating Lethal Autonomous Robots in Unconventional Warfare*, „European Journal of International Law” 2001, vol. 12, s. 501.

za sobą ryzyka związanego z niebezpieczeństwem dla personelu sił zbrojnych¹⁷⁷. W konkluzji należy zwrócić uwagę, że jeżeli prawidłowa weryfikacja celu obejmuje możliwość pojawienia się zwiększonego ryzyka, to element ten powinien zostać zaakceptowany, a w razie wystąpienia przesłanek ujemnych misja bojowa powinna być zaniechana¹⁷⁸. Wydaje się, że czynnik ochrony własnych jednostek zbrojnych jest wciąż aktywnym elementem zasady proporcjonalności w świetle postanowień instruktarza marynarki wojennej USA z 1995 i 2007 roku (*The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*), które wspólnie stanowią, że korzyścią wojskową jest także bezpieczeństwo własnych jednostek wojskowych¹⁷⁹. Jest to jednak pogląd nieaprobowany przez niektórych autorów, którzy twierdzą, że kwestia *force protection* nie wchodzi w skład równania proporcjonalności¹⁸⁰.

5.6. Nielegalne metody prowadzenia działań wojennych jako element równania proporcjonalności

Drugim wymiarem współczesnych konfliktów zbrojnych jest praktyka szerokiego stosowania (z reguły przez podmioty o charakterze niepaństwowym) tzw. żywych tarcz, tj. osób cywilnych, które swoją obecnością osłaniają cele wojskowe przed możliwym atakiem. Już na gruncie procesu norymberskiego uznano za sprzeczne z art. 9 Konwencji genewskiej o traktowaniu jeńców wojennych z 1929 roku umyślne relokowanie jeńców wojennych w pobliżu jednostek artylerii przeciwlotniczej, w celu ochrony tej pozycji przed bombardowaniami z powietrza (podobne zapisy zostały powtórzone na gruncie art. 23 III Konwencji genewskiej z 1949 roku oraz art. 28 IV Konwencji genewskiej z 1949 roku). Przepisy PD I z kolei zabraniają (w ramach stosowania tzw. pasywnych środków ostrożności) umyślnego relokowania ludności cywilnej do osłony celów wojskowych (art. 51 ust. 7 i art. 58 PD I). Z drugiej jednak strony w tych samych artykułach PD I wyraźnie zabrania stosowania represaliów przeciwko ludności cywilnej, aczkolwiek zwyczajowy charakter tych przepisów ma charakter sporny w świetle orzecznictwa MTKJ¹⁸¹.

177 Odmienne zdanie F. L. Borch, *Targeting after Kosovo: Has the Law Changed for Strike Planners?*, Naval War College 2003, s. 68.

178 A. P. V. Rogers, *Zero-casualty Warfare*, „International Review of the Red Cross” 2000, vol. 837.

179 „Military advantage may involve a variety of considerations, including security of the attacking force”. NWP 1-14M, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations* 2007.

180 „Military casualties incurred by the attacking side are not a part of the equation. A willingness to accept some own-side casualties in order to limit civilian casualties may indicate a greater desire to ensure compliance with the principle of proportionality. Military commanders do, however, also have a duty to limit casualties to their own forces”. W. J. Fenrick, *Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense*, „Duke Journal of International and Comparative Law” 1997, vol. 7, s. 549.

181 W 2000 roku Izba Orzekająca MTKJ na gruncie sprawy Kupreškić odwołała się do wpływu tzw. klauzuli Martensa na rozwój zwyczajowego prawa międzynarodowego dotyczącego

Oznacza to w konsekwencji brak możliwości powoływania się przez stronę atakującą na zaniechanie swych obowiązków przez stronę przeciwną. W tym wymiarze aktualne pozostają wszystkie obowiązki związane z prawidłową identyfikacją celu i stosowaniem tzw. aktywnych środków ostrożności. Ponadto ofiary wśród „żywych tarcz” stanowią element równania proporcjonalności¹⁸². Niemniej wielu autorów sugeruje, że należy w takich okolicznościach dokonać pewnej rewaluacji elementów zasady proporcjonalności, co wydaje się uzasadnione paradygmatem zdrowego rozsądku, i dokonać pewnej korekty powyższej zasady o fakt naruszania przez stronę przeciwną zakazu rozmyślnego korzystania z osób i dóbr cywilnych do osłony celów wojskowych. Odróżnić w tej mierze należy przypadek tzw. ochotniczych żywych tarcz, których działanie w istocie może być kwalifikowane jako bezpośrednie uczestnictwo w działaniach zbrojnych¹⁸³. Działanie to może być jednak trudniejsze do zidentyfikowania w sytuacji, w której „żywe tarcze” mogą podejmować decyzję skłonięte innymi rodzajami przymusu, np. sytuacji ekonomicznej. Przykładem takiej sytuacji jest chociażby przebywanie robotników z zakładów „Zastava” w pobliżu swojego miejsca pracy (produkującej częściowo na potrzeby wojska) w celu jego ochrony przed atakiem lotnictwa NATO w 1999 roku, z obawy przed zniszczeniem infrastruktury i utratą możliwości zarobkowych¹⁸⁴.

Komentarz MKCK z 1987 roku do PD I z 1977 roku w kontekście art. 51 ust. 4 i 5 PD I, sporządzony z perspektywy nie tylko samego tekstu umowy międzynarodowej, ale także poglądów różnych delegacji ujawniających się w trakcie prac przygotowawczych oraz obrad plenarnych, dostarcza w niektórych miejscach odpowiedzi na nurtujące zagadnienia. Jednym z nich było prezentowane wcześniej stanowisko delegatów francuskich oraz innych państw, podających w wątpliwość zapis związany z koniecznością ograniczenia ataków jedynie do wyraźnych (*specific*) celów wojskowych – wskazując na potrzebę reinterpretacji przepisu podczas prowadzenia działań defensywnych, np. w obszarze zabudowanym. Co zaskakujące, i w pewnym zakresie wprost niewynikające z dyspozycji art. 51 ust. 4 i 5 PD I, autorzy komentarza dokonali rozróżnienia pomiędzy działaniami zbrojnymi od-

zakazu represaliów (para. 527–528). Jednakże na gruncie sprawy Martić odmienną ocenę dopuszczalności represaliów wskazały Izba Orzekająca (para. 16–17) i Izba Apelacyjna (para. 464–467).

182 „Mere presence of human shields does not prevent an attack (as a matter of law) unless it would otherwise violate the proportionality principle by causing incidental injury or collateral damage excessive in relation to the concrete and direct military advantage accruing to the attacker”. M. N. Schmitt, *Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law*, „Air Force Law Review” 2008, vol. 62, s. 18.

183 Np. M. N. Schmitt porównał pozycję ochotniczych „żywych tarcz” do stacjonarnej obrony przeciwlotniczej. M. N. Schmitt, *Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractor or Civilian Employees*, „Chicago Journal of International Law” 2005, vol. 5, s. 541.

184 Zob. A. Głogowska-Balcerzak, M. Piątkowski, *Problematyka żywych tarcz w kontekście asymetrycznych konfliktów zbrojnych*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2015, vol. 3.

bywającymi się na zapleczu frontu oraz w rejonach bezpośrednich walk (*combat area*)¹⁸⁵. Zgodnie z komentarzem w przypadku walk prowadzonych w obszarach zabudowanych wykorzystanie instalacji cywilnej/budynku cywilnego przez siły zbrojne adwersarza powoduje zmianę jego statusu oraz jednocześnie otwiera możliwość atakowania go legalnie (art. 52 ust. 2 PD I). Komentarz wskazuje, że w przypadku celów wojskowych znajdujących się poza strefą bezpośrednich działań wojennych ich wojskowy charakter musi być ściśle określony¹⁸⁶. Z perspektywy wcześniejszych wywodów zawartych w opracowaniu można więc odnieść wrażenie, że jego autorzy nie porzucili jako konceptu prawnego rozróżnienia pomiędzy strefami położonymi w strefie walk oraz poza nimi. Jest on dobrze znany z Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku, wprowadzając zaostrome kryteria ostrożności i rozpoznania charakteru celu położonego z dala od obszaru prowadzenia działań zbrojnych. Przyjęty pogląd skłania do refleksji. Nie można odmówić autorom komentarza uwzględnienia realiów prowadzenia działań zbrojnych w obszarze zabudowanym, co było cechą wspólną wszystkich prób budowy kodeksu określającego reżim bombardowań powietrznych. Jak wskazał H. McCoubrey, przepisy PD I z 1977 roku nie mogą służyć jako magiczny talizman wyłączający wszelkie efekty wynikające z samego faktu prowadzenia działań wojennych¹⁸⁷. Jednakże poczyniona uwaga nie znajduje odbicia w dyspozycji art. 51 ust. 4 i 5, a zwłaszcza art. 51 ust. 4 pkt (a) PD I i art. 51 ust. 5 pkt (a) PD I. *Ratio legis* PD I, a także jego literalna wykładnia w żaden sposób nie formułują podstawy do przyjęcia, że sytuacja prawna celów znajdujących się na pierwszej linii walk jest odmienna od sytuacji względem celów zlokalizowanych w innym teatrze wojny. Ponadto należy się zgodzić z opinią M. Waxmana, że przepisy PD I jednoznacznie odstępują od historycznej zasady traktowania miasta bronionego jako jednolitego celu, lecz uwzględniając postęp w świadomości prawnej, a także powielając zasadę koncentracji wysiłku wojskowego, nakazują ograniczenie działań wojennych do ściśle wskazanych celów, niezależnie od rozmieszczenia obiektu¹⁸⁸.

185 „For example, it is clear that if fighting between armed forces takes place in a town which is defended house by house, these buildings – for which Article 52 (General protection of civilian objects), paragraph 3, lays down a presumption regarding their civilian use – will inevitably become military objectives because they offer a definite contribution to the military action. However this is still subject to the prohibition of an attack causing excessive civilian losses”. Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 1953.

186 „Outside the combat area the military character of objectives that are to be attacked must be clearly established and verified. Similarly the limits of such objectives must be precisely determined”. *Ibidem*, para. 1954.

187 H. McCoubrey, *International Humanitarian Law. The Regulation of Armed Conflict*, Aldershot 1990, s. 115.

188 „The conduct of Allied Coalition forces during the 1991 Persian Gulf War, in which allied aircraft utilized precision-guided munitions when attacking urban targets, might seem to vindicate the claims of those who argue that Protocol I reflects not only emerging legal custom but also notions of military effectiveness. It may even further be read to reflect an

6. Definicja ataku

Jak już wskazano, w 1956 roku MKCK podnosił, że sformułowanie „bombardowanie” – wykorzystane jako przykład określonej czynności kinetycznej – wymaga zastąpienia zwrotem o bardziej uniwersalnym znaczeniu. Ponadto ideą PD I było stworzenie akceptowalnego kodeksu regulującego sposób prowadzenia działań wojennych we wszystkich jego wymiarach: lądowym, morskim oraz powietrznym. Co więcej, określenie, kiedy docelowo uruchamiają się normy regulujące proces doboru metody oraz środków operacji wojskowej, identyfikacji celów, stosowania zasady proporcjonalności oraz środków ostrożności, jest centralnym punktem stosowania działu IV PD I¹⁸⁹. W dokumencie nr III MKCK kierowanym do grupy ekspertów rządowych podczas prac w latach 1971–1972 przez pojęcie „atak” rozumiano czynność czysto techniczno-wojskową, która polegała na podjęciu aktów przemocy wobec przeciwnika niezależnie od charakteru ofensywnego bądź defensywnego takich kroków i stosowanego środka walki¹⁹⁰. Odwoływano się w tej mierze do jednej, konkretnej operacji wojskowej, ograniczonej w czasie i przestrzeni¹⁹¹. Pojęciu nie nadawano szerszego kontekstu prawnopolitycznego, odwołując się zasadniczo do jego zwykłego brzmienia¹⁹². Przepis ten był przedmiotem dyskusji w trakcie prac przygotowawczych na forum trzeciego komitetu tzw. właściwej konferencji dyplomatycznej z lat 1974–1977. Podniesiono istnienie różnic pomiędzy sformulowaniem „atak” i pojęciem „operacja wojskowa”, przez którą rozumiano przemieszczanie się bądź manewrowanie wojsk dla celów obronnych bądź ofensywnych¹⁹³. Ostateczny wybór zwrotu „atak” sygnalizuje odniesienie się do poszczególnego elementu operacji. Przyjęcie wersji wskazanej na gruncie art. 49 PD I ma tę konsekwencję, że przez atak rozumie się wszelkie działania, nie tylko w sposób naturalny odnoszące się do ofensywny, lecz także

apparent rejection of morale bombing – the use of bombardment to erode civilian will to resist – as an effective military tool”. M. Waxman, *Siegecraft and Surrender: The Law and Strategy of Cities as Targets*, „Virginia Journal of International Law” 1999, vol. 39, s. 411.

189 D. Turns, *Cyber War and the Concept of ‘Attack’ in International Humanitarian Law*, [w:] D. Saxon, *International...*, s. 217.

190 „This word «attack» is used here in its purely military and technical sense; it means acts of violence perpetrated against the adversary, either defensively or offensively, whatever may be the means or arms employed”. *Protection of the Civilian Population...*, s. 21.

191 „Every time the term «attack» is employed, it is related to only one specific military operation, limited in space and time”. ICRC, *Draft Additional Protocols...*, s. 54.

192 „In presenting the subject, the ICRC expert specified that the concept of attack should be understood here in a military and technical sense and not in a politico-legal sense; he referred to the ICRC commentary on this article”. ICRC, *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Second Session 3 May – 3 June 1972, Report on the Work of the Conference, Vol. I*, Genewa 1972, 3.147, s. 148.

193 CDDH/III/SR.6, para. 4.

do defensywy¹⁹⁴. W istocie te same pryncypia będą miały zastosowanie nie tylko z perspektywy ataku, ale również w kontekście działań o charakterze defensywnym, np. rozumianych jako taktyka spalonej ziemi¹⁹⁵.

W. H. Parks krytykuje definicję ataku w zakresie, w jakim zaprzecza ona tradycyjnej i literalnej wykładni sformułowania (zwłaszcza poprzez uznanie kroków obronnych za przykład ataku), twierdząc, że ogranicza ona możliwości ofensywnego prowadzenia operacji lotniczych¹⁹⁶. Trudno jednakże uznać zasadność powyższego poglądu, tym bardziej że w świetle komentarza MKCK do art. 49 PD I podkreślono praktyczną wartość przyjęcia szerokiej definicji¹⁹⁷. Wydaje się to także paralelne w kontekście uwag wskazywanych już w okresie międzywojennym, aby zwrotu „bombardowanie” nie utożsamiać wyłącznie z samą czynnością zrzucań pocisków, ale objąć nim ogół działań mających w konsekwencji wymiar fizyczny w postaci ostrzału z broni małokalibrowej czy też wystrzału pocisku raketowego. Tak skonstruowana definicja w istocie wyłącza spod sformułowania art. 49 ust. 1 PD I wszelkie działania niemające efektu niszczącego, jak np. akcje propagandowe¹⁹⁸. Z drugiej strony należy wskazać, że atakiem nie musi być działanie inherentnie kinetyczne i wpływające bezpośrednio destrukcyjnie – istotny w tej mierze jest ostateczny skutek. W tym znaczeniu za ataki są uznawane np. działania z użyciem broni biologicznej czy chemicznej, które nie oddziałują fizycznie na daną osobę bądź obiekt, ale wywołują podobne skutki do konwencjonalnego typu uzbrojenia¹⁹⁹. Za atak mogą być więc uznane działania, które nie są *per se* kinetyczne, ale efekty ich wykorzystania są zbliżone, np. działania podejmowane w ramach walki radiotechnicznej czy też zakłócenia radiolokacyjnego²⁰⁰. Najbardziej relewantne w tej mierze jest odniesienie się do propozycji sformułowanych w ramach tzw. „Podręcznika wojny cybernetycznej z Tallina”, w którym pochyłono się nad zagadnieniem definicji ataku w warunkach działań w cyberprzestrzeni, gdzie skutkiem danych operacji wojskowych nie musi być inherentna destrukcja danego urządzenia bądź jego uszkodzenie²⁰¹. Zdecydowano się w tej

194 P. Grzebyk, *Cele osobowe i rzeczowe w konfliktach zbrojnych w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 2018, s. 62.

195 L. C. Green, *Essays on the Modern...*, s. 144.

196 W. H. Parks, *Air War...*, s. 114–115.

197 „The definition given by the Protocol has a wider scope since it justifiably covers defensive acts (particularly «counter-attacks») as well as offensive acts, as both can affect the civilian population. It is for this reason that the final choice was a broad definition. In other words, the term «attack» means «combat action»”. Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 1880, s. 603.

198 H. H. Dinniss, *Cyber Warfare and the Laws of War*, Cambridge 2012, s. 197.

199 M. Piątkowski, *The Definition of the Armed Conflict in the Conditions of Cyber Warfare*, „Polish Political Science Yearbook” 2017, vol. 46, s. 274–275.

200 Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities...*, s. 84.

201 R. Liivoja, T. McCormack, *Law in the Virtual Battlespace: The Tallinn Manual and the Jus in Bello*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2012, vol. 15, s. 52–53.

kwestii przyjąć pogląd, względem którego miano ostatecznie dokonać porównania efektów (tzw. *effect based approach*) danego ataku cybernetycznego z przykładem konwencjonalnego uderzenia, którego skutkiem może być osiągnięcie np. zatrzymania dostaw energii elektrycznej w ramach bombardowania lotniczego bądź też wprowadzenia złośliwego oprogramowania²⁰².

Warto zwrócić uwagę, że w deklaracjach interpretacyjnych państw oraz doktrynie prawa międzynarodowego ujawniły się wątpliwości w przedmiocie uznania sformułowania „atak” za akcję wykonywaną przez pojedynczego żołnierza czy też pojedynczą załogę statku powietrznego. Wynikały one z analizy niektórych deklaracji interpretacyjnych, które podnosiły, że obowiązki wynikające z art. 51 i 57 PD I są adresowane wyłącznie do dowódców wyższego szczebla, bądź osób „faktycznie posiadających możliwość wpływania na przebieg operacji bojowej i jej odwołanie”²⁰³. I. Henderson uważa, że nie ma żadnych wątpliwości wynikających z literalnej treści art. 49 ust. 1 PD I, aby uznawać akcję pojedynczego wojskowego statku powietrznego za atak w rozumieniu powyższego przepisu, jednakże nalot zespołu kilku maszyn bojowych będzie uznawany za całość w rozumieniu art. 57 PD I, a nie izolowaną misję jednego z samolotów²⁰⁴.

7. Deklaracje interpretacyjne do treści PD I

W wyjaśnieniach dotyczących głosowań nad poszczególnymi artykułami zawarte są także interesujące poglądy związane z interpretacją niektórych przyjętych artykułów. Spory wywoływała m.in. kwestia zakazu stosowania represaliów, które traktowano jako jedyny instrument skutecznie przymuszający drugą stronę do działań zgodnych z prawem. W kontekście zaś całości przepisów związanych z działem IV uznawano, że przy podejmowaniu decyzji o przeprowadzeniu ataku dowódca powinien podejmować decyzję na podstawie wszelkich informacji dostępnych w chwili podjęcia decyzji²⁰⁵. Innym zastrzeżeniem było zwrócenie uwagi,

202 M. N. Schmitt (red.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge 2013, s. 91–92; E. Kodar, *Applying the Law of Armed Conflict to Cyber Attacks: From the Martens Clause to Additional Protocol I*, „ENDC Proceedings” 2012, vol. 15, s. 112.

203 Zob. Deklaracja interpretacyjna Zjednoczonego Królestwa.

204 I. Henderson, *Contemporary...*, s. 161.

205 „It is the view of the Canadian delegation that commanders and others responsible for planning, deciding upon or executing necessary attacks, have to reach decisions on the basis of their assessment of whatever information from all sources may be available to them at the relevant time. This interpretation applies to the whole of this section of the draft Protocol including Articles 45 and 47”. CDDH/SR.41, s. 178.

że przy ocenie spodziewanej korzyści wojskowej płynącej z okoliczności wykonania ataku powinno się uwzględniać korzyść płynącą z całości ataku wojskowego, a nie tylko jego izolowanych fragmentów (Kanada, RFN, Holandia)²⁰⁶. Zdaniem R. Else jest to dowód znaczącej różnicy interpretacyjnej pomiędzy literalnym brzmieniem art. 49 ust. 2 PD I a rzeczywistym odbiorem znaczenia tego przepisu przez sygnatariuszy²⁰⁷. W zakresie ataków bez rozróżnienia zwrócono uwagę, że definicja tych ataków w żaden sposób nie determinuje, że istnieją pewnego typu uzbrojenia, które mogą wykonywać atak bez rozróżnienia w każdych warunkach (uwaga ta miała pierwszorzędne znaczenie w kontekście możliwości użycia tzw. taktycznej broni nuklearnej)²⁰⁸. A. Cassese podnosi, że przez przyjęcie powyższchu wag do treści PD I w stopniu zasadniczym osłabiono moc art. 51 ust. 4 i 5²⁰⁹. Delegacja Szwecji podkreśliła, że art. 51 ust. 4 PD I definiował ataki, które mają charakter bez rozróżnienia, a art. 51 ust. 5 PD I jest definicją bombardowania bez rozróżnienia²¹⁰. Wiele z wyjaśnień składanych przez delegatów w trakcie głosowania stało się później podstawą deklaracji interpretacyjnych państw składanych w latach 80. i 90. XX wieku. Warto w tej mierze posłużyć się jako przykładem deklaracją interpretacyjną Zjednoczonego Królestwa, którego treść w stosunku do działu IV PD I (art. 51) powieliło wiele państw (Niemcy, Włochy, Francja, Nowa Zelandia, Australia, Belgia, Kanada, Hiszpania, Holandia). W stosunku do art. 51 PD I powtórzono pogląd delegacji Kanady i Australii w zakresie całościowego modelu interpretacji spodziewanej korzyści wojskowej²¹¹. Ponadto cały dział IV

206 „Military advantage anticipated from an attack are intended to refer to the advantage anticipated from the attack considered as a whole, and not only from isolated or particular parts of that attack”. CDDH/SR.41, s. 195.

207 R. Else, *Proportionality in the Law of Armed Conflict: The Proper Unit of Analysis for Military Operations*, „University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy” 2010, vol. 5, s. 200.

208 „The definition of indiscriminate attack contained in paragraph 4 of Article 46, is not intended to mean that there are means of combat the use of which would constitute an indiscriminate attack in all circumstances. It is our view that this definition takes account of the circumstances, as evidenced by the examples listed in paragraph 5 to determine the legitimacy of the use of means of combat”. CDDH/SR.41, s. 179. „Our understanding that the definition of indiscriminate attacks contained in paragraph 4 of Article 46 is not intended to mean that there are means of combat the use of which would constitute an indiscriminate attack in all circumstances”. CDDH/SR.41, s. 187.

209 A. Cassese, *The Prohibition of Indiscriminate Means of Warfare*, [w:] A. Cassese, *The Human Dimension of International Law: Selected Papers*, Oxford 2008, s. 175.

210 „Paragraph 4 contains a definition of indiscriminate attacks and paragraph 5 contains a definition of indiscriminate area bombardment. This paragraph also contains provisions concerning incidental losses when point targets are being attacked”. CDDH/SR.41, s. 199.

211 „In the view of the United Kingdom, the military advantage anticipated from an attack is intended to refer to the advantage anticipated from the attack considered as a whole and not only from isolated or particular parts of the attack”. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Reservation, Corrected Letter of 28 January 1998 sent to the Swiss Government by Christopher Hulse, HM Ambassador of the United Kingdom.

PD I ma być interpretowany tylko i wyłącznie z perspektywy *ex ante* w świetle dostępnych informacji istniejących w chwili podejmowania decyzji o ataku²¹². Podkreśla to w ocenie wielu państw potrzebę oderwania wszelkich rozważań *post factum* dotyczących decyzji podejmowanych w ramach tzw. targetingu.

8. Definicja celów wojskowych w PD I

8.1. Uwagi ogólne. „Cel wojskowy” czy „obiekt wojskowy”?

*Any analysis of air and missile warfare must include discussion regarding defining a legitimate target and then, subsequently, determining when the individual defined as a legitimate target is, indeed, a legitimate target*²¹³.

Jak wskazano we wcześniejszym rozdziale, definicja celu wojskowego ewoluowała od momentu pierwszego rozwiązania o charakterze traktatowym, wprowadzonego treścią art. 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku, poprzez praktykę państw alianckich mającą miejsce w okresie I wojny światowej, próby stworzenia kodeksu wojny powietrznej w 1923 roku i projekt MKCK z 1956 roku, aż do rozwiązań wprowadzonych Konwencją o ochronie dóbr kultury na wypadek konfliktu zbrojnego z 1954 roku²¹⁴. Przedstawione propozycje posiadały pewne istotne wady legistyczne w postaci: 1) usiłowania stworzenia zamkniętej listy celów wojskowych, 2) braku określenia niezbędnego skalowania wartości danego obiektu jako wojskowego, 3) wyraźnego braku odwołania się do zakazu atakowania celów o charakterze niewojskowym, 4) nieposiadania statusu wiążącego prawa jako normy prawa zwyczajowego (jak np. reguły z 1923 roku). Jak wskazał A. Cassese, zwyczajowe prawo międzynarodowe obejmowało też doktrynę celu wojskowego, jednak pojmowaną bardzo szeroko, również w związku z próbą zaliczenia do powyższej kategorii także celów pośrednio związanych z kwestią tzw. wojny ekonomicznej, prowadzonej w celu osłabienia zdolności wojennego adwersarza²¹⁵. Powodowało

212 „Military commanders and others responsible for planning, deciding upon, or executing attacks necessarily have to reach decisions on the basis of their assessment of the information from all sources which is reasonably available to them at the relevant time”. *Ibidem*.

213 A. Guiora, *Determining a Legitimate Target: The Dilemma of the Decision-Makers*, „Texas Journal of International Law” 2011–2012, vol. 47, s. 316.

214 XXII International Conference of the Red Cross, *Reaffirmation and Development of the Laws and Customs Applicable in Armed Conflict, Part I...*, s. 56.

215 A. Cassese, *The Geneva Protocols...*, s. 83.

to konieczność podjęcia ostatecznej decyzji przez społeczność międzynarodową w przedmiocie przyjęcia akceptowalnej definicji celu wojskowego oraz jego określenia w sposób abstrakcyjny bądź kazuistyczny.

W toku prac grupy ekspertów rządowych, w przedłożonym przez MKCK raporcie zwrócono uwagę, że nie istnieje w prawie traktatowym żadna norma dotycząca tzw. celów o charakterze niewojskowym, wskazując na zwyczajowe reguły uznające, że zabudowania mieszkalne nie powinny być klasyfikowane jako cele wojskowe²¹⁶. Jedynie art. 23 lit. g Regulaminu haskiego z 1907 roku stanowił o konieczności poszanowania własności prywatnej. Raport MKCK wskazywał z punktu widzenia techniki legislacyjnej potrzebę definicji obiektów, które powinny być chronione i oszczędzane w każdych okolicznościach – definicja taka pozwalałaby zawęzić i wykluczyć z kategorii celów wojskowych wszelkie cele, co do których atak mógł wywoływać określone wątpliwości²¹⁷. Za centralną oś definicji uznawano potrzebę zaopatrzenia jej w kryterium o charakterze obiektywnym, którym jest określenie efektywnego wpływu danego obiektu w kontekście korzyści wojskowej²¹⁸. Opowiadano się w tej mierze za potrzebą przyjęcia adekwatnego związku przyczynowego w ramach dwuczłonowego testu: 1) określenie, czy dany obiekt jest celem wojskowym z uwagi na swoją naturę, przeznaczenie czy też wykorzystanie oraz 2) konieczność wykazania, że obiekt ten wpływa pozytywnie na zdolność prowadzenia działań wojennych przez stronę, przeciwko której dany atak ma zostać wykonany²¹⁹. W dokumencie podniesiono także kwestię specyficznej kategorii obiektów rozumianej przez ekspertów jako obiekty mieszane (*mixed objectives*) oznaczonych jako dobra wykorzystywane zarówno do użytku wojskowego, jak i cywilnego, a także dobra zasadniczo cywilne, które mogą zostać łatwo przekształcone na użytek sił zbrojnych²²⁰.

216 „The rule for distinguishing between non-military objects and military objectives has not been expressly affirmed by written law, but according to customary law, housing and constructions may not be considered as military objectives”. *Protection of the Civilian Population...*, s. 51.

217 *Ibidem*, s. 55.

218 „To juxtapose, with the natural criterion, a criterion of function which relates to an objective factual state; that is, to the effective use of the objective concerned, for the party which suffers or is going to suffer an attack. Carrying on this idea, it would no longer be a question of military interest or the military advantage of the author of the attack which would decide the intrinsic military character of the objective, but rather the purpose or use of this objective for the party concerned”. *Ibidem*, s. 58.

219 „Firstly, this objective must be of a military character, either in consideration of its very nature or of function at the moment of attack, and secondly, this objective must reinforce in adequate manner, the military effort or operations of the party who is to suffer the attack”. *Ibidem*.

220 „«Mixed objectives in the strict sense», that is, objects which can be used for both military and civilian requirements at the same time; secondly, for the category of object which will be called «mixed objects» that is, objects which, according to their usual purpose, are non-military objects but which, by means of a simple transformation, may easily be used directly in the military effort or operations; these latter are, so to speak, «potential military objectives». A mixed objective would be, for example, a factory producing both civilian and military equipment and a mixed object would be a school turned into a barracks”. *Ibidem*, s. 59.

Podnieść należy, że w tłumaczeniach umów międzynarodowych z zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego polski ustawodawca zamiennie posługuje się sformułowaniem „obiekt wojskowy” bądź „cel wojskowy” na określenie dóbr o charakterze wojskowym. W treści wytycznych dotyczących bombardowania lotniczego, wydanych przez Generalnego Inspektora Sił Zbrojnych w sierpniu 1939 roku, posłużono się sformułowaniem „obiekty wojskowe”. W art. 52 ust. 2 PD I pojawia się tłumaczenie „cel wojskowy”. W dokumencie późniejszym – tj. III Protokole w sprawie zakazów lub ograniczeń użycia broni zapalających do Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki z 1980 roku, ustawodawca ponownie posługuje się w art. 1 ust. 3 sformułowaniem „obiekt wojskowy”. W art. 8 ust. 2 pkt (b) ppkt (v) Statutu rzymskiego MTK ustawodawca ponownie posługuje się zwrotem „cel wojskowy”. To właśnie sformułowanie jest także wykorzystywane w większości opracowań doktryny polskiej²²¹. Słusznie za P. Grzebyk należy stwierdzić, że jest ono zgodne z wersją francuską i angielską PD I²²². Z kolei w wersji rosyjskojęzycznej występuje sformułowanie „obiekt wojskowy” (*объекты*). Można by się zastanawiać, czy między powyższymi sformułowaniami występują bardzo daleko idące różnice znaczeniowe, skoro są one wykorzystywane ogólnie względem dóbr o znaczeniu wojskowym, które mogą być przedmiotem neutralizacji w warunkach konfliktu zbrojnego, co w związku z tym powoduje dopuszczalność wymiennego stosowania wskazanych pojęć²²³. Jednakże przebieg prac przygotowawczych PD I wskazuje na problem ujęcia celów osobowych w pojęciu obiektu wojskowego (szerzej o tym poniżej).

8.2. Przebieg prac przygotowawczych

Podczas prac grupy ekspertów rządowych przyjęty projekt art. 47 PD I (późniejszego art. 52) został opracowany na podstawie połączenia wcześniejszych zapisów występujących na gruncie art. 7 Projektu MKCK z 1956 roku oraz art. 2 rezolucji Instytutu Prawa Międzynarodowego z Edynburga z 1969 roku, które podnosiły, że zniszczenie celu musi przynosić stronie atakującej „wyraźną, określoną i na-

221 A. Szpak, *Międzynarodowe prawo humanitarne*, Toruń 2014, s. 273; R. Bierzanek, *Wojna a prawo międzynarodowe*, Warszawa 1982, s. 209; M. Marcinko, *Cele wojskowe a obiekty cywilne oraz dobra i obiekty poddane szczególnej ochronie*, [w:] Z. Falkowski, M. Marcinko (red.), *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych*, Warszawa 2014, s. 131–132. Ale sformułowanie „obiekty wojskowe” pojawia się np. w treści III Raportu z Implementacji i Upowszechniania Międzynarodowego Prawa Humanitarnego w Rzeczypospolitej Polskiej z 2014 roku, s. 25, https://archiwum.men.gov.pl/wp-content/uploads/2015/08/587_14-trzeci-raport-pl.pdf (dostęp: 20.12.2020).

222 P. Grzebyk, *Cele osobowe...*, s. 137, przypis nr 2; J. Linde-Usiekiewicz (red.), *Wielki Słownik Angielsko-Polski*, Warszawa 2004, s. 809.

223 Z perspektywy tłumaczenia anglojęzycznego art. 52 ust. 2 I PD: „cele wojskowe są (...) obiektami” (*military objectives are (...) objects*).

tychmiastową korzyść wojskową”²²⁴. Podczas prac zdecydowano się na przyjęcie hybrydowego ujęcia definicji celu wojskowego w ujęciu pozytywnym (określenie, kiedy dane obiekty mogą stać się celami wojskowymi), co rozszerza *per se* kategorię obiektów cywilnych na wszystkie obiekty niebędące zakwalifikowane jako cele wojskowe²²⁵. W pierwszej kolejności zdecydowano się na odrzucenie modelu szeregowania legalnych celów w postaci zamkniętego bądź też otwartego katalogu, jaki miał miejsce na gruncie poprzednich prób zdefiniowania pojęcia, opowiadając się za potrzebą sformułowania definicji otwartej o charakterze abstrakcyjnym²²⁶. Sama definicja celu wojskowego miała kilkuelementowy charakter. Jednym z jej elementów było, zgodnie z art. 52 ust. 2 PD I, zdeterminowanie charakteru celu z uwagi na jego „naturę, przeznaczenie bądź wykorzystanie”. „Natura” obejmowała kategorię obiektów tradycyjnie uznawanych za cele w konflikcie zbrojnym. Zastosowanie zwrotu „wykorzystanie” miało być remedium wobec obiektów, których docelowy sposób wykorzystania nie ma charakter wojskowego, lecz zostaje przekształcony na potrzeby wysiłku zbrojnego adwersarza. W podobnym zakresie funkcja celu poprzez jego „przeznaczenie” także mogła uzasadniać jego destrukcję²²⁷. Obiekty te musiały posiadać wkład w prowadzenie działalności bojowej przez przeciwnika. Uzyskana zaś korzyść wojskowa powinna mieć charakter bezpośredni – powinien istnieć wyraźny łącznik pomiędzy eliminacją danego celu a jego wpływem na prowadzenie działań zbrojnych, oraz znaczący – atak powinien mieć wpływ na prowadzenia operacji wojskowych²²⁸. Brak tych dwóch elementów kwestionował możliwość wykonania ataku. Artykuł 47 ust. 2 projektu PD I stanowił, że obiekty przeznaczone do użytku cywilnego, takie jak budynki mieszkalne, środki transportu i wszystkie obiekty, które nie są celami wojskowymi, nie powinny być przedmiotem ataku, z wyłączeniem sytuacji, w której są wykorzystywane do użytku wojskowego.

Prace na konferencji w latach 1974–1977 ujawniły znaczne wątpliwości co do definicji zaproponowanej przez grupę ekspertów rządowych. Kwestionowano

224 ICRC, *Draft Additional Protocols...*, s. 60.

225 „The solution selected here consists in a somewhat strict definition of military objectives (par. 1) and in a more flexible definition of civilian objects (par. 2), while linking the two concepts. By means of an a contrario interpretation and with the aid of a list of civilian objects given purely as an example, the solution proposed makes it possible to avoid the disadvantages of separate general definitions”. *Ibidem*, s. 60.

226 „Most experts, however, preferred an abstract definition”. *Ibidem*, s. 61.

227 „An alternative criterion should therefore be adopted: that of the function of the objects, whether it be the future function («purpose») or the present function («use»)”. *Ibidem*, s. 61.

228 „«Direct» refers to the link which, on the one hand, should exist between the destruction of, or damage to, a military objective and on the other current military operations, depending on whether those operations may or may not be affected by such destruction or damage. Should such a relationship be non-existent, the attack should not take place. «Substantial» refers to the degree to which the destruction of, or damage to, a military objective may affect current military operations. Should the effect not be significant, the attack should not take place”. *Ibidem*, s. 61.

prawidłowość dokonanego wyszczególnienia obiektów o charakterze cywilnym w zakresie zaszeregowania do tej kategorii także środków transportu – delegacje Holandii, Wielkiej Brytanii, Hiszpanii oraz Stanów Zjednoczonych podnosiły, że jest to przykład infrastruktury podwójnego zastosowania, która może być przedmiotem ataku w każdym czasie, o ile będzie miała wykorzystanie wojskowe²²⁹. H. Blix (do stanowiska tego przyłączył się E. Castrén) podniósł, że niezbędne jest wprowadzenie domniemania, które powinno zasadniczo rozstrzygać wątpliwości wynikające z rozróżnienia obiektów cywilnych na korzyść ochrony ludności cywilnej²³⁰. Szwedzki specjalista odwołał się w tej mierze do dziedzictwa wynikającego z prac komisji jurystów z 1923 roku, podnosząc, że przyjęcie abstrakcyjnej definicji celu wojskowego jest jedynym rozwiązaniem gwarantującym ograniczenie przedmiotu działań wojennych do obiektów faktycznie mających znaczenie dla wysiłku wojennego danego państwa²³¹. Nieprawidłowe było także wykorzystanie sformułowania „interes wojskowy” – niejasne i nieposiadające wyraźnego uzasadnienia (uwagi w tej mierze podniósł m.in. prof. Bierzanek)²³². Delegacja Czechosłowacji zauważyła, że treść przepisu powinna stanowczo podkreślać, że zakazane jest czynienie przedmiotem ataków i represaliów obiektów cywilnych²³³. F. Kalshoven, reprezentujący stronę holenderską, podniósł, że wprowadzenie całkowitego zakazu represaliów powinno w konsekwencji być impulsem do rozpoczęcia prac nad systemem sprawiedliwości międzynarodowej²³⁴. Pojawiały się także wątpliwości w zakresie wyszczególnienia katalogu przykładowych obiektów o charakterze cywilnym, które powinny być objęte domniemaniem (większość delegacji podnosiła, że istnieje zgoda co do objęcia nimi miejsc kultu religijnego oraz szkół)²³⁵.

Na forum grupy roboczej trzeciego komitetu zdecydowano się na przyjęcie szerokiego konsensusu co do treści proponowanego przepisu²³⁶. W ust. 1 wątpliwości budziło dodanie przepisu stanowiącego o zakazie represaliów względem obiektów cywilnych. Wiele delegacji uważało, że o ile zakaz represaliów względem osób jest

229 CDDH/III/SR.14, para. 17, s. 112; CDDH/III/SR.14, para. 27, s. 114. „From particular examples, such as railway or telephone systems serving both civilian and military purposes, he concluded that the objects in question were very likely to be military objectives, which could be attacked, subject to the proportionality rule”. CDDH/III/SR.15, para. 9, s. 119; CDDH/III/SR.15, para. 24, s. 122.

230 CDDH/III/SR.14, para. 25, s. 113.

231 „The ICRC wording, which provided an abstract definition of military objectives and stated that whatever did not fall within the context of that definition should be considered a civilian object and should, accordingly, be protected, was satisfactory if not perfect”. CDDH/III/SR.15, para 33–34, s. 123–124.

232 „Mr. BIERZANEK (Poland) supported the ICRC draft of article 47 but considered that the phrase «of military interest» was too vague. He proposed that it should be replaced by «of military character or nature». CDDH/III/SR.16, para. 15, s. 130.

233 CDDH/III/SR.14, para. 22, s. 113.

234 CDDH/III/SR.14, para. 26, s. 114.

235 CDDH/III/SR.15.

236 CDDH/III/SR.224, s. 331.

uzasadniony, o tyle wyłączenie tego prawa wobec zdehumanizowanych obiektów jest zbyt dalece idące. Podkreślono, że pojęcie *military objectives* jest semantycznie szersze od zwrotu *military objects*, tzn. obejmuje swym zakresem też inne cele niż obiekty wojskowe²³⁷. Zdecydowano się na powielenie hybrydowej definicji, zgodnie z którą wszystkimi obiektami cywilnymi są cele, które nie zostały sklasyfikowane w myśl ust. 2, i definiowała samo pojęcie *military objectives*. Artykuł 47 ust. 2 projektu PD I był przedmiotem najdalej idącej modyfikacji w stosunku do pierwotnej wersji projektu – dodano sformułowanie „rozmieszczenie” w sensie geograficznym, a także przyjęto, że cele powinny „mieć istotny wkład do działalności wojskowej i których całkowite lub częściowe zniszczenie” przyniesienie określonej korzyści wojskowej w danym czasie²³⁸. W kontekście art. 47 ust. 3 projektu PD I pojawiły się wątpliwości w zakresie przyjęcia domniemania cywilnego przeznaczenia pewnej kategorii dóbr. W ramach prac przygotowawczych trzeciego komitetu art. 47 projektu PD I został uzupełniony o zapis, że domniemanie powyższe nie funkcjonuje, jeżeli wymaga tego bezpieczeństwo własnych sił zbrojnych w strefach aktywnego prowadzenia działań zbrojnych (*except in contact zones where the security of the armed forces requires a derogation from this presumption*). Przepis ten był podyktowany wnioskami pewnych delegacji, które uznawały, że życie żołnierzy piechoty nie może być narażone podczas walk w mieście, w ramach których obiekty zasadniczo wykorzystywane do celów cywilnych są przekształcone na potrzeby prowadzenia działań zbrojnych²³⁹. Ostatecznie przeważały jednak względy humanitarne i zapis ten nie znalazł się w końcowym tekście przekazanym pod rozprawę delegatom na sesji plenarnej²⁴⁰. Wielka Brytania oraz Francja w swych zastrzeżeniach interpretacyjnych podkreśliły, że domniemanie cywilnego statusu obiektów i osób nie osłabia obowiązków dowódcy wynikających z potrzeby ochrony swoich wojsk, zgodnie z dyspozycjami innych przepisów PD I. Zdaniem R. Geissa przepisy PD I nie mogą prowadzić do przyjęcia poglądu, że żołnierze z racji swojej funkcji muszą zaakceptować ryzyko powstania strat wśród personelu sił zbrojnych, aby chronić ludność cywilną²⁴¹. G. H. Aldrich wskazał, że

237 „Account is taken of the fact that military objectives include objectives other than military objects – such as troops, their equipment, and ground – and of the fact that objects may be neutralized or captured as well as destroyed”. CDDH/2I5/Rev.I, para. 64, s. 277.

238 „Extensive discussion took place before agreement was reached on the word «definite» in the phrase «definite military advantage». Among the words considered and rejected were «distinct», «direct», «clear», «immediate», «obvious», «specific», and «substantial». *Ibidem*.

239 „In paragraph 3 the bracketed phrase which would provide an exception to the normal presumption of civilian use for objects in contact zones, was defended on the grounds that infantry soldiers could not be expected to place their lives in great risk because of such a presumption and that, in fact, civilian buildings which happen to be in the front lines usually are used as part of the defensive works. The phrase was criticized by other delegates on the ground that it would. Unduly endanger civilian objects to permit any exceptions to the presumption”. CDDH/III/24, s. 332.

240 CDDH/III/SR.24, para. 22, s. 220.

241 R. Geiss, *The Principle of Proportionality: 'Force Protection' As A Military Advantage*, „Israel Law Review” 2012, vol. 45, s. 76.

dyspozycja art. 52 ust. 3 PD I w istocie będzie uprawniała walczących do wykonania ataku przeciwko obiektom, wobec których domniemanie cywilnego przeznaczenia zostało obalone²⁴².

Artykuł 52 PD I został przyjęty ostatecznie głosami wszystkich, poza siedmioma wstrzymującymi się państwami²⁴³. W wyjaśnieniach przedłożonych przez państwa po głosowaniu podniesiono wiele zastrzeżeń co do głosowanego tekstu. Delegacja Francji uznawała, że przepis ten (podobnie jak art. 51 PD I) budzi wątpliwości co do określenia „ściśle ograniczone co do celów wojskowych”, wskazując, że rzeczywistość pola walki w pewnych okolicznościach uniemożliwia zdeterminowanie obszaru zajmowanego przez cele wojskowe położonego w lesie bądź obszarze ściśle zaludnionym²⁴⁴. Przedstawiciel Wielkiej Brytanii wskazał, że do obiektu wojskowego można zaliczyć także określony obszar powierzchni lądowej z uwagi na swą lokalizację, którego zniszczenie, zajęcie lub neutralizacja daje wyraźną korzyść wojskową w danej sytuacji (uwaga ta była poczyniona w stosunku do np. przyczółków mostowych bądź obszarów leśnych, mogących zostać wykorzystanymi do maskowania ruchów przeciwnika)²⁴⁵. Ponadto art. 51 ust. 2 PD I zabrania jedynie bezpośredniego ataku skierowanego przeciwko obiektom o charakterze niewojskowym i nie reguluje w żaden sposób kwestii związanej ze skutkami ataku na cel wojskowy oraz powstania przypadkowych strat w wyniku takiego ataku (Kanada, Niemcy, Holandia, Stany Zjednoczone)²⁴⁶.

8.3. Artykuł 52 PD I jako centralny punkt zasady rozróżniania

*Military necessity permits a belligerent, subject to the Laws of War, to apply any amount and kind of force to compel the complete submission of the enemy with the least possible expenditure of time, life and money*²⁴⁷.

242 „That provision appears to promise more than I suspect it can deliver, as combatants who believe there is a significant risk that a house or a church, for example, is being used by their enemy are not likely to presume the contrary at their peril”. G. H. Aldrich, *The Laws of War on Land*, „American Journal of International Law” 2000, vol. 94, s. 52.

243 CDDH/SR.41, s. 168, 186.

244 „There were many situations in armed conflicts in which it was difficult or even impossible to determine precisely the limits of a military objective particularly in large towns and in forest areas, in either of which enemy armed forces and groups of civilians might be intermingled”. CDDH/SR.41, para. 150, s. 169.

245 CDDH/SR.41, para. 153, s. 169.

246 „It is also our understanding that the first sentence of paragraph 2 prohibits only attacks that could be directed against non-military objectives. It does not deal with the result of a legitimate attack on military objectives and incidental damage that such attack may cause”. CDDH/SR.41, s. 179; CDDH/SR.41, s. 188, 195, 204.

247 Case No. 47, *The Hostage Trial. Trial of Wilhelm List and Others*, United States Military Tribunal, Nuremberg 8th July 1947 to 19th February 1948, s. 66.

Przyjęta na podstawie art. 52 PD I definicja celów wojskowych, wraz z podkreśleniem konieczności wyłączenia spod zakresu operacji wojskowych dóbr o charakterze cywilnym, znajduje się bez wątpienia wraz z art. 50 PD I w centralnym punkcie międzynarodowego prawa humanitarnego i zasad rządzących współczesnym prawem bombardowań powietrznych. Doktryna międzynarodowego prawa humanitarnego nie ma większych wątpliwości w przedmiocie bezpośredniej genezy przepisu, jaką były konsekwencje nieorganicznej wojny powietrznej w okresie II wojny światowej²⁴⁸. Przepisy jednakże nie konstytuują żadnego wyższego standardu względem operacji lotniczych, wskazując na jednolite kryteria regulujące wszystkie „ataki przeciwko celom na lądzie”²⁴⁹. Przesłanka celu wojskowego wymaga spełnienia dwuetapowego testu, który w pierwszej kolejności zdeterminuje, czy cel z uwagi na swoją „naturę, rozmieszczenie, wykorzystanie oraz przeznaczenie wnosi do działalności wojskowej istotny wkład, a następnie czy jego zniszczenie, zajęcie, zneutralizowanie przynosi określoną korzyść wojskową”²⁵⁰. Nie ma wątpliwości, że ostateczny kształt przepisu art. 52 ust. 2 PD I w znacznym stopniu nawiązuje do koncepcji definicji o charakterze abstrakcyjnym zaproponowanej w ramach art. 24 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku. Jak wskazują M. Sassòli i L. Cameron, art. 52 ust. 2 PD I wymaga kumulatywnego spełnienia obydwu elementów dwuczłonowego testu²⁵¹. Wynika to z koniunkcji w treści przepisu, który nakazuje, aby dobra (a więc konkretne, fizyczne przedmioty) z natury, rozmieszczenia, przeznaczenia bądź wykorzystania wносиły istotny wkład w działalność wojskową i których eliminacja dawała określoną korzyść wojskową w danej sytuacji. Jego specyfikę obrazuje R. Kolb w formie równania:

$$CW = IWDZ + OKW^{252}$$

CW – cel wojskowy,

IWDZ – istotny wkład w działalność wojskową z uwagi na przeznaczenie, wykorzystanie, rozmieszczenie bądź naturę,

OKW – określona korzyść wojskowa.

248 M. Veuthey, *Histoire du droit international humanitaire...*, s. 52.

249 J. DeSon, *Automating the Right Stuff? The Hidden Ramifications of Ensuring Autonomous Aerial Weapon Systems Comply with International Humanitarian Law*, „Air Force Law Review” 2015, vol. 72, s. 101.

250 M. Roscini, *Targeting and Contemporary Aerial Bombardment*, „International and Comparative Law Quarterly” 2005, vol. 54, s. 422–423.

251 M. Sassòli, L. Cameron, *The Protection of Civilian Objects*, [w:] N. Ronzitti, G. Venturini (red.), *The Law of Air Warfare...*, s. 48.

252 R. Kolb, *Advanced Introduction...*, s. 159.

8.4. Klasyfikacja celów wojskowych w świetle PD I

Protokół dodatkowy I z 1977 roku wyróżnia obiekty będące celami wojskowymi ze względu na:

- 1) naturę – czyli cele w sposób najbardziej oczywisty możliwe do zakwalifikowania jako cele militarne: siły zbrojne, koszary, instalacje wojskowe²⁵³. Według innej klasyfikacji jest to personel wojskowy, okręty wojenne, samoloty wojskowe, pojazdy sił zbrojnych, wyposażenie sił zbrojnych, łączność oraz składki amunicji²⁵⁴. Instrukcja harwardzka z 2009 roku zalicza do celów wojskowych wszelkie wojskowe statki powietrzne (łącznie z aparatami bezzałogowymi), pojazdy naziemne (z wyłączeniem transportu sanitarnego), instalacje rakietowe, sprzęt wojskowy, fortyfikacje, składki, okręty wojenne, fabryki oraz struktury ministerstw do spraw obrony narodowej²⁵⁵. Dokument podnosi, że wojskowe statki powietrzne zawsze będą *per se* wnosily „istotny wkład w działalność wojskową”²⁵⁶. Spotkało się to ze słuszną krytyką I. Hendersona, który wskazał, że tak pojmowania definicja celu wojskowego pomija wymóg dwuczłonowego testu wynikającego z treści art. 52 ust. 2 PD I²⁵⁷;
- 2) swoje rozmieszczenie – cele, które nie muszą być z natury wojskowymi, ale są legalnymi celami wojskowymi, ze względu na swoje położenie i ich znaczenie dla działań wojennych adversarza. Komentarz do PD I posługuje się w tym względzie przykładem mostu w trakcie budowy, obiektu z racji swojego rozmieszczenia mogącego stanowić punkt przeprawy oddziałów wojskowych²⁵⁸. Y. Dinstein podnosi, iż chodzi tu o logiczną konsekwencję przyjęcia zasady dopuszczalnego szkodenia celom wojskowym, uznając, iż sam obszar zajmowany przez cel, jak i wszystkie jego elementy składowe mogą być przedmiotem ataku w świetle norm *ius in bello*²⁵⁹. P. Grzebyk uznaje, że z uwagi na rozmieszczenie walczący mogą niszczyć obiekty ruchome bądź nieruchome, które zasłaniają cel wojskowy, uniemożliwiając jego zaatakowanie²⁶⁰;

253 Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann: *Commentary...*, para. 2020, s. 636.

254 T. McCormack, H. Durham, *Aerial Bombardment of Civilians: The Current International Legal Framework*, [w:] Y. Tanaka, M. B. Young (red.), *Bombing Civilians: A Twentieth-Century History*, Londyn 2009, s. 222.

255 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge 2013, s. 115–117.

256 *Ibidem*, 38.

257 I. Henderson, *Manual of International Law Applicable to Air and Missile Warfare: A Review*, „Military Law and the Law of War Review” 2010, vol. 49, s. 177.

258 Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 2021, s. 636.

259 Y. Dinstein, *Legitimate Military Objectives under the Current Jus in Bello*, „International Law Studies” 2002, vol. 78, s. 150. Reguła 22 Projektu HPCR wśród celów wyróżnianych w zakresie kryterium lokacji wskazują na przyczółek mostowy czy przełęcz górską.

260 P. Grzebyk, *Cele osobowe...*, s. 147.

- 3) przeznaczenie lub wykorzystanie – komentarz MKCK do PD I wskazuje, iż zwrot „przeznaczenie” odnosi się do spodziewanego sposobu wykorzystania obiektu w przyszłości²⁶¹. A. P. V. Rogers zauważa, że w praktyce trudno sobie wyobrazić, kiedy przeznaczenie danego celu wojskowego (czyli przewidywany sposób jego użycia) może być decydujące w zakresie przyjęcia, iż dany cel będzie z pewnością, w chwili ataku, miał przeznaczenie wojskowe²⁶². Do powyższej uwagi warto odnieść się na przykładzie historycznym. W okresie wojny między Etiopią a Erytreą 5 lipca 1998 roku siły powietrzne Erytrei zbombardowały lotnisko Aksum, które w chwili wykonywania napadu powietrznego nie było wykorzystywane przez etiopskie lotnictwo. Powołana po wojnie wspólna komisja do spraw roszczeń przy Stałym Trybunale Arbitrażowym w Hadze orzekła, iż bombardowanie lotniska cywilnego jest zgodne z przepisami prawa konfliktów zbrojnych, z uwagi na powszechne uznawanie w praktyce i teorii norm *ius in bello*, że port lotniczy (w tym cywilny) może być zawsze uznany za cel wojskowy, podkreślając, że pasy startowe mogą być przeznaczone do wykorzystania przez lotnictwo bojowe (patrz rozdział VIII). Na tle powyższego stanu faktycznego istniały pewne wątpliwości w zakresie uznania, że cel, jakim jest port lotniczy, spełniał drugą przesłankę testu określonego w treści art. 52 ust. 2 PD I – czyli uzyskanie określonej korzyści wojskowej w sytuacji, gdy nie był wykorzystany wojskowo²⁶³. Z punktu widzenia zagadnienia *dual-use objects* istnienie okoliczności w postaci krzyżowania się zakresów jest w tym przypadku szczególnie dobrze widoczne: porty lotnicze obsługujące na co dzień ruch pasażerski mogą podczas konfliktu wojskowego stać się bazą dla lotnictwa wojskowego. Należy jednakże zwrócić uwagę, że więcej racji jest po stronie tych głosów, które uznają, iż nawet cywilny port lotniczy, a w szczególności jego infrastruktura (drogi kołowania, drogi startowe, także instalacje paliwowe i naprawcze) może być potencjalnie przeznaczona do funkcjonowania lotnictwa wojskowego i tym samym może być traktowana jako cel wojskowy w rozumieniu norm *ius in bello*²⁶⁴. A. Zimmermann podnosi, że o zmianie przeznaczenia

261 G. D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge 2010, s. 525.

262 A. P. V. Rogers, *Law...*, s. 67.

263 S. D. Murphy, W. Kidane, T. R. Snider, *Litigating War: Mass Civil Injury and The Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, Oxford 2013, s. 249–250.

264 „Nevertheless, during the 2003 air campaign, some air attacks were carried out on Baghdad international airport, with the specific aim of preventing the Iraqi leadership from escaping. If one does not accept that such structures are military objectives per se, the damage to Baghdad's civilian airport by aerial bombing raises some doubts. First of all, attacks against this installation can hardly be justified on the assumption of its potential value for Iraqi military aviation: as it was impossible for this force to use military airfields, it was quite unrealistic to assume that it would use Baghdad's international airport. Secondly, an attack against civilian airports to prevent the escape of the enemy leadership does not appear, at first sight, to

nie może decydować jednorazowy przypadek, konieczne jest w tej mierze wykazanie stałego „zamiaru zmiany przeznaczenia celu”²⁶⁵. Należy jednakże stanowczo podkreślić, że poza zakresem działań zbrojnych powinny znajdować się same budynki dworców lotniczych czy samoloty pasażerskie (o ile nie są wykorzystywane z kolei do celów zbrojnych)²⁶⁶. Na tle powyższego przykładu można się zastanawiać, czy skutkiem zniszczenia cywilnego portu lotniczego może być zagrożenie humanitarne (np. utrudnienie dostaw pomocy z zewnątrz czy operacji medycznych) – takiego przypadku nie można wykluczyć, gdy np. niszczy się jedyne lotnisko na danym obszarze.

8.5. Obiekty podwójnego zastosowania w świetle art. 52 PD I

Definicja z art. 52 PD I wyraźnie pozostawia poza nawiasem kwestię możliwości wzajemnego krzyżowania się zakresów obydwu pojęć celu wojskowego i dobra cywilnego. Przede wszystkim zwraca się uwagę na analizę wykonywaną w chwili podejmowania odpowiedniej decyzji do przeprowadzenia operacji bojowej, sprowadzając ją do przeprowadzenia dwuczłonowego testu, nie określa natomiast oceny możliwych konsekwencji ataku na dany obiekt. Problem może wydawać się na pierwszy rzut oka dość sztuczny – po co jakkolwiek analiza efektów wykonywanej operacji bojowej, skoro dany obiekt został zakwalifikowany jako cel wojskowy? Wątpliwości nie powinny istnieć, gdy atakowany cel jest z natury obiektem wojskowym. Trudniej dać odpowiedź jednoznacznie na opisywane zagadnienie, gdy przedmiotem operacji bojowej jest instalacja podwójnego zastosowania. W praktyce kwestia ta pojawiła się po raz pierwszy w 1991 roku w Iraku, gdy państwa koalicji w ramach operacji „Pustynna burza” wykonały ok. 46 000 lotów bojowych, przeprowadzając uderzenie na całość infrastruktury państwa. Jednym z atakowanych celów była sieć energetyczna kraju. W tym przypadku zamierzano osiągnąć określoną korzyść wojskową w postaci pozbawienia zasilania w prąd elektryczny jednostek dowodzenia, radarów, artylerii przeciwlotniczej, jak rów-

be justifiable by the acquisition of a particular «military advantage». The leadership's departure would, on the contrary, probably have favoured the allied aim of weakening the enemy's command and control of government and therefore some doubts regarding these actions may be expressed". G. Bartolini, *Air Operations Against Iraq (1991 and 2003)*, [w:] N. Ronzitti, G. Venturini (red.), *The Law of Air Warfare...*, s. 239. W 2003 roku podczas II wojny w Zatoce Perskiej lotnictwo USA zbombardowało międzynarodowy port lotniczy w Bagdadzie, co zdaniem G. Bartoliniego było działaniem niezwykle kontrowersyjnym z uwagi na brak jakiegokolwiek aktywności irackiego lotnictwa wojskowego w trakcie konfliktu zbrojnego (brak uzyskania elementu rzeczywistej korzyści wojskowej).

265 A. Zimmermann, *Abiding by and Enforcing International Humanitarian Law in Asymmetric Warfare: The Case of „Operation Cast Lead”*, „Polish Yearbook of International Law” 2011, vol. 31, s. 61.

266 M. N. Schmitt, *Air Warfare*, s. 133.

niez systemów zasilających miejsca produkcji broni masowego rażenia²⁶⁷. Oczekiwane efekty militarne zostały osiągnięte, jednak długofalowe efekty uderzenia wywołały poważny kryzys humanitarny, powodując odcięcie dopływu energii także do szpitali, jednostek uzdatniania i oczyszczania wody, sieci irygacyjnych oraz magazynów żywności²⁶⁸.

Podobna sytuacja zaistniała podczas bombardowania Serbii przez lotnictwo NATO w 1999 roku. W trakcie jednego z ataków zniszczono siedzibę serbskiej telewizji państwowej RVS, powodując śmierć kilkunastu cywili. NATO uznało, iż stacja telewizyjna była legalnym celem wojskowym, narzędziem służącym do podżegania społeczeństwa serbskiego do popełniania naruszeń praw człowieka w Kosowie oraz stanowiła formę przekazu propagandy reżimu prezydenta Miloševica. Należy jednakże zaznaczyć, że w świetle art. 52 ust. 2 PD I wątpliwości wielu komentatorów budził fakt nie tylko uznawania telewizji za cel wojskowy z natury lub z wykorzystania, ale także oceny, czy w wyniku przeprowadzonej operacji bojowej uzyskano faktycznie określoną i konkretną korzyść wojskową²⁶⁹. Powyższa kwestia była badana również przez Komitet przy Urzędzie Prokuratora MTKJ, który uznał, iż uderzenie na stacje RVS było uzasadnione wykorzystywaniem przez serbskie siły zbrojne środków łączności znajdujących się na wyposażeniu budynku telewizji, kwestionując pogląd NATO, iż wykorzystywanie telewizji jako narzędzia propagandowego może być samodzielną przesłanką ataku na taką infrastrukturę²⁷⁰. F. L. Borch wskazał, że instalacje radiowo-telewizyjne są typowym obiektem podwójnego zastosowania, ale użycie ich dla celów wojskowych

267 Final Report to Congress, Conduct of The Persian Gulf War, April 1992, s. 148–149.

268 Report to the Secretary-General on Humanitarian Needs in Kuwait and Iraq in the Immediate Post-crisis Environment, Dated 20th March 1991, s. 5–7. Należy zaznaczyć, że zdecydowana większość komentatorów podkreśla, iż pomimo takich długofalowych skutków elektrownie są jak najbardziej legalnym celem wojskowym z uwagi na znaczny wkład w utrzymywanie sprawności infrastruktury bojowej danego państwa; zob. A. L. DeSaussure, *The Role of the Law of Armed...*; A. P. V. Rogers, *Law...*, s. 75; Y. Dinstein, *Legitimate...*, s. 156; F. Hampson, *Means and Methods of Warfare in the Conflict in the Gulf*, [w:] P. Rowe (red.), *Gulf War in International and English Law*, Nowy Jork 2005, s. 64.

269 „In this case, target selection was done more for psychological harassment of the civilian population than for direct military effect”. Human Rights Watch, *Civilian Deaths in NATO Air Campaign*, s. 26. A. Laursen, *NATO, the War Kosovo and ICTY Investigation*, „American University International Law Review” 2002, vol. 17, s. 779–790; T. Voon, *Pointing the Finger: Civilian Casualties of NATO Bombing in the Kosovo Conflict*, „American University International Law Review” 2001, vol. 4, s. 1106; podobnie W. J. Fenrick, *Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign against Yugoslavia*, „European Journal of International Law” 2001, vol. 12, s. 497.

270 Ze stanowiskiem Komitetu zgadza się N. Ronzitti, *Is the non liquet of the Final Report by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia Acceptable?*, „International Review of the Red Cross” 2000, vol. 840; A. Balguy-Gallois, *The Protection of Journalists and News Media Personnel in Armed Conflict*, „International Review of the Red Cross” 2004, vol. 86, no. 853, s. 37–67.

jednoznacznie powoduje, iż dany obiekt jest legalnym celem w rozumieniu norm *ius in bello*²⁷¹. Podobnego zdania był A. P. V. Rogers, podnosząc konieczność uwzględnienia zasady proporcjonalności²⁷². Na podstawie przytoczonego przykładu można uznać, iż stacje nadawcze telewizji i radia nie mogą być uznane jako cel wojskowy z natury, lecz z tytułu ich użycia lub wykorzystania. Wykładnia historyczna wskazuje na przeciwnie wnioski, jednakże rozwój techniczny powoduje, iż siły zbrojne w mniejszym zakresie posługują się cywilnymi stacjami radiowymi i naziemnymi, rozwijając w większym stopniu własną sieć komunikacji, toteż z natury telewizja jako instalacja służąca ludności cywilnej może stać się obiektem wojskowym dopiero po wykazaniu, iż jest wykorzystywana do celów militarnych. Wydaje się również, że sam fakt używania środków masowego przekazu (radia i telewizji) do wpływania na społeczeństwo, nawet o charakterze propagandowym (np. w państwowych mediach), nie jest wystarczającą podstawą do uznania, iż zniszczenie takiego obiektu może przynieść stronie wojującej faktyczną korzyść wojskową. Na podkreślenie znaczenia drugiego elementu testu, określonego w treści art. 52 ust. 2 PD I, zwraca uwagę K. M. Thomasen podnosząc, iż powyższa przesłanka jest ograniczeniem w zakresie potencjalnego traktowania infrastruktury *dual-use* jako celu wojskowego²⁷³.

Rozważyć można także kwestię ewentualnych następstw związanych z atakiem na cel typu *dual-use* w kontekście zasady proporcjonalności. Wielu autorów uważa, że przyjmowanie takiej oceny jest nieuprawnione w świetle PD I²⁷⁴. Inni postulują, aby brać pod uwagę w perspektywie przewidywalnych skutków operacji wojskowych również skutki długofalowe w odniesieniu do obiektów podwójnego zastosowania²⁷⁵. Pogląd M. Bothe jest o tyle interesujący, iż autor ten zakwestionował nadmierne niszczenie obiektów uznanych za wojskowe (mostów i linii komunikacyjnych) z natury podczas operacji bojowej w Serbii, które zostało wykonane w oderwaniu od uzyskania faktycznej korzyści wojskowej (chodziło o rejony znajdujące się w znacznej odległości od Kosowa, jak np. zniszczenie mostu w Nowym Sadzie)²⁷⁶. Powyższa idea została rozwinięta przez M. N. Schmitta, który zagna-

271 F. L. Borch, *Targeting...*, s. 73.

272 A. P. V. Rogers, *Law...*, s. 83.

273 K. M. Thomasen, *Air Power, Coercion, and Dual-Use Infrastructure: A Legal and Ethical Analysis*, „International Affairs Review”, <http://www.iar-gwu.org/node/40> (dostęp: 25.05.2018).

274 W. H. Boothby, *The Law of Targeting...*, s. 105; W. H. Parks, *Asymmetries and the Identification of Legitimate Military Objectives*, [w:] W. Heintschel von Heinegg, V. Epping (red.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges: Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Berlin 2007, s. 105.

275 M. Odello, R. Piotrowicz, *International Military Missions and International Law*, Haga 2011, s. 87; A. Muller, *The Relationship between Economic, Social and Cultural Rights and International Humanitarian Law: An Analysis of Health Related Issues in Non-international Armed Conflicts*, Leiden 2013, s. 176; Report Expert Meeting, *Targeting Military Objectives*, University of Geneva Center for International Humanitarian Law, s. 4–8; H. H. Dinniss, *Cyber...*, s. 188–189.

276 M. Bothe, *Targeting*, „International Law Studies” 2003, vol. 78, s. 178–179.

czył, że nie można uznawać dróg i mostów za legalny cel, dopóki nie zostanie ustalone to, że ich zniszczenie doprowadzi do uzyskania konkretnej korzyści wojσκowej. A. P. V. Rogers uznawał, że pomiędzy elementami dwuczłonowego testu określonego na gruncie art. 52 ust. 2 PD I z 1977 roku nie występuje zależność, co uzasadnia podejmowanie operacji zbrojnych na dalekim zapleczu wroga oraz działania dywersyjne²⁷⁷. I tak np. w przypadku operacji wymierzonej w północną Serbię należy zaznaczyć, że mosty są tradycyjnie pojmowane jako element infrastruktury o strategicznym znaczeniu i z uwagi na powyższe mogą być z natury traktowane jako wnoszące istotny wkład wojskowy²⁷⁸. Jednakże w sytuacji, w której operacja jest ograniczona jedynie do pewnego wyraźnego zakresu terytorium państwa i nie jest np. podobna w skali jak operacja „Pustynna burza” z 1991 roku czy „Iracka wolność” z 2003 roku, to powstaje pytanie o istniejącą korzyść wojskową płynącą ze zniszczenia mostu oddalonego o kilkaset kilometrów od linii frontu. Nie ma wątpliwości, że gdyby w północnej części Serbii znajdowały się garnizony wojskowe, których przemarsz zostałby utrudniony poprzez zniszczenie mostu, wszystkie kryteria celu wojskowego w rozumieniu art. 52 ust. 2 PD I z 1977 roku zostałyby spełnione. Wątpliwości jednakże powstałyby, gdyby zniszczenie obiektu nie doprowadziło w żaden sposób do zakłócenia ruchów przeciwnika, np. poprzez brak garnizonów korzystających z szlaku komunikacyjnego, który obejmował most. Są jednak silne głosy krytyczne w tej mierze, wyrażające jednoznaczne stanowisko o konieczności traktowania mostów jako legalnych celów wojskowych z natury²⁷⁹. W powyższych przypadkach ujawniło się również kryterium czasowe w postaci istnienia korzyści w danej sytuacji, co jak wskazuje M. Sassòli, wymaga znajomości kontekstu prowadzonych działań wojennych, w tym także aktualnej sytuacji taktyczno-strategicznej²⁸⁰.

T. Meron wskazuje, że tzw. obiekty podwójnego zastosowania pod warunkiem spełnienia wymagań określonych na gruncie art. 52 ust. 2 PD I, przy zachowaniu pozostałych wymagań dotyczących środków ostrożności i proporcjonalności

277 A. P. V. Rogers, *Law...*, s. 67.

278 „The destruction of a bridge which has just a symbolic significance (as was the case, according to Human Rights Watch, of the bridge over the Danube in Novi Sad) is unlawful, since it does not offer a definite military advantage”. M. Roscini, *Targeting...*, s. 430. Zob. argumentację strony rządowej w procesie dotyczącym pozwu rodzin ofiar bombardowania NATO w 1999 roku przed niemieckim wymiarem sprawiedliwości (tzw. sprawa mostu Varvarin zbombardowanego 30 maja 1999 roku przez lotnictwo NATO; niemieckie samoloty uczestniczyły w rozpoznaniu mostu). Strona rządowa podnosiła, że atak na most nie był naruszeniem prawa międzynarodowego, uznając „oczywisty charakter mostu jako legalnego celu wojskowego”. Zob. S. Mehning, *The Judgment of the German Bundesverfassungsgericht concerning Reparations for the Victims of the Varvarin Bombing*, „International Criminal Law Review” 2015, vol. 15, s. 191.

279 Y. Dinstein, *The Thirteenth Waldemar A. Solf Lecture in International Law*, „Military Law Review” 2000, vol. 166, s. 107.

280 M. Sassòli, *Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to be Clarified*, „International Law Studies” 2014, vol. 90, s. 328.

mogą być przedmiotem ataku²⁸¹. Należy podkreślić za M. N. Schmittem i językiem komentarza do wymienionego dokumentu, że w przypadku wykonywania uderzenia na infrastrukturę podwójnego zastosowania szczególnie istotne jest zachowanie dobrej wiary i zdrowego rozsądku w kontekście oceny ewentualnych skutków takiego uderzenia, zarówno pod kątem wojskowym, jak i ewentualnej rozległości skutków dla ludności cywilnej²⁸². W przyszłości należy oczekiwać wraz z rozwojem cywilizacyjnym, iż coraz częściej walczący na polu walki będą stawiać przed dylematem wykonania akcji zbrojnej przeciwko *dual-use objects*. Postulatem kierowanym z powyższego założenia do dowódców wojskowych jest planowanie operacji bojowych wraz z szacowaniem ich ewentualnych negatywnych skutków wobec ludności cywilnej, na podstawie wszelkich rozsądnie dostępnych danych, w duchu wymagań pola walki oraz przesłanki humanitaryzmu²⁸³. W szczególności należy ważyć względy natury wojskowej, gdy zniszczenie bądź uszkodzenie danego celu przynosi krótkotrwałą korzyść wojskową (tak jak w przypadku stacji RVS, gdzie przerwa w nadawaniu wynosiła zaledwie kilka godzin), co implikuje pojawienie się kolejnej negatywnej przesłanki – braku istotnej i konkretnej korzyści militarnej dla strony atakującej (np. zniszczenie elektrowni dostarczającej energii do kilkuset tysięcy gospodarstw domowych w celu wyeliminowania dostaw prądu do niewielkiej bazy wojskowej). W tym zakresie należy zwrócić uwagę na wzrost znaczenia informacji wywiadowczych oraz analitycznych, pozwalających na szacowanie ewentualnych skutków operacji bojowych wykonywanych przeciwko szczególnie wrażliwym elementom infrastruktury. Powyższe działania wydają się także uzasadnione w świetle wymagań art. 57 ust. 1 PD I. Z drugiej strony warto jednakże zwrócić uwagę na pogląd C. Greenwooda, który wyraził przekonanie, że długotrwałe skutki względem ludności cywilnej z uwagi na ich zbyt dużą zmienność i nieprzewidywalność nie mieszczą się w równaniu proporcjonalności czynionym w chwili ataku²⁸⁴. Innym argumentem w tej mierze jest też element natury systemowej – w art. 52 PD I nie umieszczono żadnego przepisu odnoszącego się do zasady proporcjonalności przy samym doborze celu wojskowego.

281 „Yet most of the targets either were strictly military or served both military and civilian uses (dual-use objects), such as bridges, highways, and electric-power installations, and infrastructure. Attacking dual-use objects is not necessarily unlawful, provided that they meet the definition of military objectives in Article 52(2) of Protocol I, the principle of proportionality is observed, and collateral damage is minimized”. T. Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, „American Journal of International Law” 2000, vol. 95, s. 276.

282 Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 2208, s. 683–684; M. N. Schmitt, *Precision Attack and International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross” 2005, nr 859, s. 453.

283 „In my opinion, especially for certain categories of targets, an evaluation of the negative consequences of belligerent actions should also take long-term effects into consideration. In particular, due to interconnections in modern civilised societies, limiting such an assessment process to short-term effects can result in short-sighted analysis”. G. Bartolini, *Air Operations...*, s. 252.

284 C. Greenwood, *Legal Issues Regarding Explosive Remnants of War*, CCW/GGE/I/WP.10, para. 23.

8.6. Abstrakcyjny charakter definicji celu wojskowego w PD I

Otwierając dyskusję nad kształtem art. 52 ust. 2 PD I, należy wskazać za przykładem R. Baxtera, że definicja ma charakter abstrakcyjny, nie precyzując listy obiektów uznawanych za legalne cele z uwagi na świadomość, że poprzednie próby kodyfikacji prawa w tej mierze zawierały ten element powszechnie uznawany jako nieprzystający do zmiennych warunków pola walki²⁸⁵. W. J. Fenrick wskazuje, że w tej mierze definicja „dokonała konwersji z definicji o charakterze kazuistycznym na rzecz podejścia kontekstowego”²⁸⁶. Y. Dinstein uważa, że błędem w trakcie prac nad PD I był brak umieszczenia otwartego katalogu przykładowych celów wojskowych, co mogłoby przynajmniej częściowo umożliwić określenie podstawowego zakresu celów, które mogą być traktowane jako fundament prawa bombardowań powietrznych²⁸⁷. Izraelski badacz zaznacza, że konstrukcja testu zaproponowanego na gruncie art. 52 PD I obejmuje także personel sił zbrojnych – rozumiany jako cele²⁸⁸. O. Bring wskazuje, że definicja wpisana w ramy art. 52 ust. 2 PD I ma tendencję do traktowania jako legalny przedmiot ataku obiekty mające potencjał do stania się wojskowo użytecznymi w przyszłości, uznając, że jest to efekt kodyfikacji historycznych, który miał wpływ na tworzenie PD I z 1977 roku²⁸⁹. H. B. Robertson konkluduje, że z uwagi na swoją uniwersalną płaszczyznę zastosowania przepis daje znaczną uznaniowość atakującym podczas procesu doboru celów, z zastrzeżeniem jednakże ogólnie zakazującego kształtu normy określonej na gruncie art. 52 ust. 2 PD I²⁹⁰. Z tego względu zdecydowano się na zastosowanie pozytywnej definicji o otwartym, dość szerokim charakterze – m.in. wykorzystanie obiektu uważanego zasadniczo za cywilny może zmienić klasyfikację obiektu i uczynić go legalnym celem działań wojennych²⁹¹. Kryteria oceniające

285 R. Baxter, *The Duties of Combatants...*, s. 119.

286 W. J. Fenrick, *Some Legal (and a few Ethical) Dimensions of the Collateral Damage Resulting from NATO's Kosovo Campaign*, „European Journal of International Law” 2001, vol. 12, s. 495.

287 Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities...*, s. 83.

288 *Ibidem*, s. 85.

289 „Together the two elements seem to produce quite a strict rule. However, the current interpretation of the rule is not so strict. It includes the right to attack objectives that have a potential of being militarily useful at some point in the future”. O. Bring, *International Humanitarian Law after Kosovo: Is lex lata Sufficient?*, „Nordic Journal of International Law” 2002, vol. 71, s. 41.

290 „The 1977 Protocol led the way in converting the principle from a list of prohibited targets to a more usable concept for a military commander in appraising whether a particular object or person could be lawfully attacked. Both the old-style negative list of prohibited targets and the new-style permissive principle of defining the military objective have their drawbacks”. H. B. Robertson, *The Principle of the Military Objective in the Law of Armed Conflict*, „International Law Studies” 1998, vol. 72, s. 215.

291 „By the «use» criterion, civilian objects may become military objectives when the enemy employs them for military ends”. M. N. Schmitt, *Targeting and International Humanitarian Law in Afghanistan*, „International Law Studies” 2009, vol. 85, s. 311; M. N. Schmitt, *Air Warfare*, s. 132.

istotny wkład wojskowy danego obiektu z uwagi na ich naturę, lokalizację, przeznaczenie bądź też wykorzystanie – wśród nich tylko kryterium „natury” celu ma wartość niezmienną w czasie i przestrzeni²⁹². S. Oeter podkreśla, że dwuczłonowy test określony na gruncie art. 52 ust. 2 PD I ma charakter subiektywno-obiektywny. Kryterium obiektywnym, tj. mierzalnym dla zewnętrznego obserwatora, jest podatność danego obiektu, by efektywnie stanowić wartość dodaną dla działalności wojskowej. Czynnikiem zaś o charakterze subiektywnym jest przesłanka konieczności wojskowej płynącej z neutralizacji danego celu w danych okolicznościach²⁹³. Jest to istotna uwaga w kontekście ewentualnej oceny danego ataku, np. 27 stycznia 1991 roku amerykańskie lotnictwo dokonało poważnych uszkodzeń aż 8 mostów drogowych nad Eufratem, nie tylko powodując zakłócenia komunikacyjne, ale także przerywając łączność telekomunikacyjną – efekt, który nie był wprost oczywisty z zewnętrznej perspektywy²⁹⁴.

8.7. Istotny wkład do działalności wojskowej

Warto w tej mierze posłużyć się tzw. przykładem trzech czołgów dla zobrazowania kryterium istotnego wkładu do działalności wojskowej. Pierwszy przypadek to przedwojenny model o statusie zabytku, względnie wystawiony jako eksponat w przestrzeni publicznej. Pomijając na tym etapie wszelkie kwestie związane z ochroną dóbr kultury na wypadek konfliktu zbrojnego, należy stwierdzić, że pomimo że czołg z natury jest celem wojskowym, to z pewnością zabytkowy pojazd nie wnosi wkładu do działalności wojskowej, a jego zniszczenie nie wpływa na zdolność prowadzenia operacji bojowej przez przeciwnika. Drugim przypadkiem jest czołg typu szkolnego, wykorzystywany w ramach treningu wojsk pancernych, pozbawiony np. wielu systemów kierowania ogniem. Pojawia się w tej mierze pytanie o istotność przydatności danego celu do działalności wojskowej, a ponadto zagadnienie związane z oceną istnienia określonej korzyści wojskowej. Można przyjąć, że istotność funkcjonowania czołgu szkolnego dla działalności wojskowej, szkolenia oddziałów pancernych jest dostatecznym powodem wypełniającym znamiona tego zwrotu. Zniszczenie obiektu może doprowadzić do przerwania ciągłości treningu. Więcej wątpliwości budzi kwestia oceny uzyskania określonej korzyści wojskowej. W rozumieniu taktycznym zniszczenie czołgu o zmniejszonych możliwościach bojowych z dala od frontu nie przynosi wpływu na prowadzenie działań zbrojnych przez stronę nieprzyjacielską. W ujęciu strategicznym

292 A. Jachec-Naele, *The Concept of Military Objectives in International Law and Targeting Practice*, Oxon 2015, s. 36 i n.

293 S. Oeter, *Methods and Means...*, s. 157.

294 I. Henderson, *Contemporary...*, s. 49; *Final Report ILA Study Group on the Conduct of Hostilities*, T. Gill, T. McCormack, R. Geiss, H. Krieger, C. Paulussen (red.), „Yearbook of International Humanitarian Law” 2016, s. 292.

zneutralizowanie czołgu może być traktowane jako element, który zakłóci możliwość funkcjonowania przygotowań przyszłych kadr wojsk pancernych i w dalszej perspektywie pozbawi przeciwnika wykwalifikowanego personelu bojowego. Trzecim przykładem jest czołg znajdujący się w rezerwie (np. pojazdy pancerne znajdujące się na wielkim składowisku pojazdów pancernych w Charkowie na Ukrainie), który jest uznawany za zdolny do poruszania się i prowadzenia walki, ale jedynie teoretycznie z uwagi na przestarzałość. W efekcie kontrowersyjne jest spełnienie przesłanki istotnego wkładu do działalności wojskowej – gdyby bowiem art. 52 ust. 2 PD I nie posługiwał się sformułowaniem „istotny”, odpowiedź na postawione powyżej pytanie byłaby dość ułatwiona. I. Henderson wskazuje, że *ipso facto* nie każdy obiekt wojskowy jednocześnie staje się celem wojskowym, niezbędne w tej mierze jest w dalszym ciągu stosowanie przesłanek określonych na gruncie art. 52 ust. 2 PD I²⁹⁵. Nie zgadza się z tym wnioskiem R. Geiss, wskazując, że zasadniczo w praktycznych decyzjach uznanie danego celu za cel z natury, rozmieszczenia, wykorzystania bądź przeznaczenia skutkuje jednocześnie wypełnieniem przesłanki istotnego wkładu do działalności wojskowej²⁹⁶. Wydaje się jednak, że wskazany powyżej tzw. test trzech czołgów w sposób jednoznaczny wskazuje relewantność dwuczłonowego testu celu wojskowego.

8.8. Określona korzyść wojskowa

M. N. Schmitt wskazuje, że sformułowanie „określona korzyść wojskowa” eliminuje z definicji przepisu wszelkie sytuacje o charakterze spekulatywnym bądź wątpliwym, a także trudnym do zmaterializowania na chwilę podejmowania decyzji o ataku²⁹⁷. C. Greenwood słusznie podnosi, że usuwa to wszelkie wątpliwości w zakresie dobrze znanej z okresu II wojny światowej praktyki tzw. bombardowań moralnych, traktujących postawę społeczną klasy robotniczej za cel sam w sobie²⁹⁸. G. S. Corn słusznie zaznacza, że w warunkach polowych uzyskanie pewności w zakresie istnienia danej korzyści wojskowej może być w pewnych sytuacjach utrudnione – wówczas standardem oceny jest odniesienie się do paradygmatu dobrej wiary i wzorca rozsądnego dowódcy²⁹⁹. Y. Dinstein podnosi, że korzyść wojskowa nie może być ograniczona jedynie do osiągnięcia przewagi lokalnej – w rozumieniu taktycznym³⁰⁰.

295 I. Henderson, *Contemporary...*, s. 49.

296 R. Geiss, *Cyber Warfare: Implications for Non-international Armed Conflicts*, „International Law Studies” 2013, vol. 89, s. 640.

297 C. J. Markham, M. N. Schmitt, *Precision Air Warfare and the Law of Armed Conflict*, „International Law Studies” 2013, vol. 89, s. 677; M. Lippman, *Aerial Attacks on Civilians...*, s. 37.

298 C. Greenwood, *The Law of Weaponry...*, s. 200.

299 G. S. Corn, *Targeting, Command Judgment, and a Proposed Quantum of Information Component*, „Brooklyn Law Review” 2011–2012, vol. 77, s. 449.

300 Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities...*, s. 86.

Z pewnością jest to jedna z najbardziej kontrowersyjnych przesłanek definicji celu wojskowego, łącząca się z przepisem art. 51 ust. 5 pkt (b) PD I w kontekście zasady proporcjonalności, także posługującej się zwrotem „korzyść wojskowa”. Jak zauważył B. Carnaham, kryterium bezpośredniości przesłanki wojskowej odgrywa immanentną rolę w ocenie chociażby takich wydarzeń historycznych jak bombardowanie atomowe Wysp Japońskich w 1945 roku. W sposób pośredni doprowadziło to do kapitulacji Japonii i zapobieżenia niezwykle obciążającej (straty ludzkie) planowanej inwazji. Autor w tej kwestii postulował, aby charakter korzyści wojskowej był „rozsądnie bliski czasowo i nieizolowany”³⁰¹. Wiele dyskusji w tej mierze wywołało chociażby zniszczenie irackich instalacji energetycznych, które w konsekwencji doprowadziło do tragedii humanitarnej, powodując wstrzymanie dostaw energii elektrycznej do budynków użyteczności publicznej³⁰². Lokalizacja jest czynnikiem wpływającym na możliwość uwzględnienia danego obszaru lądowego jak celu *per se* – np. w razie oczyszczenia pola ostrzału artylerii bądź też rejonu stacjonowana nieprzyjaciela³⁰³. Jak podnosi H. Blix, w tym zakresie należy dokonywać rozróżnienia pomiędzy zakazem ataków bez rozróżnienia, które opisano na gruncie art. 51 ust. 5 pkt (b) PD I – gdzie istnieją odizolowane od siebie cele wojskowe położone w obszarach zaludnionych, a fragmentem terenu, który jest całościowo celem wojskowym samym w sobie³⁰⁴. *A contratio* nie dochodzi do naruszenia zasady rozróżnienia, jeżeli atak zbrojny jest wymierzony poza terenem zamieszkanym przez ludność cywilną, jeżeli cele wojskowe są rozrzucone na znacznym obszarze – uwaga ta np. odnosiła się do bombardowania (podczas operacji „Iracka wolność” w 2003 roku) oddziałów Gwardii Republikańskiej w okolicach Basry przez bombowce typu B-52.

8.9. PD I i zasada konserwacji energii wojskowej

Należy podnieść, że w kontekście prowadzonych działań powietrznych PD I poprzez wprowadzenie trzech komponentów: a) zdefiniowania praktyki bombardowania saturacyjnego jako nielegalnego; b) wprowadzenia zasady proporcjonalności w formie prawa pozytywnego; c) określenia granic legalnych operacji wojskowych tylko do celu wojskowego, dążył do istotnych przekształceń nie tylko w zakresie samego prawa wojny powietrznej, ale także zasadniczego przemodelowania doktrynalnego. Ta swoista rewolucja nie wynikała ze wzrostu świadomości humanitarnej wśród uczestników dyskursu międzynarodowego. Jak stwierdził

301 B. Carnaham, *The Law of Air...*, s. 57.

302 W. J. Fenrick, *The Law Applicable in Targeting and Proportionality after Operation Allied Force: A View from the Outside*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2000, vol. 3, s. 68–69.

303 „Their «location» may make them military objectives if they obstruct the field of fire for attack on another valid military objective”. H. B. Robertson, *The Principle...*, s. 49.

304 H. Blix, *Means and Methods...*, s. 147.

M. W. Royse, w swym przedwojennym opracowaniu, państwa zgadzały się na istotne ograniczenia swoich możliwości prowadzenia działań wojennych tylko w przypadkach: 1) gdy dana broń stała się przestarzała, 2) gdy wprowadzenie regulacji nie prowadziło do różnicowania sytuacji państw, 3) gdy broń nie była na tyle efektywna³⁰⁵. Okres po II wojnie światowej dodawał w tej mierze nowy wymóg: aby dana broń stawała się na tyle kontrolowalna, by zostać objęta bardziej zastrzonym reżimem prawnym z powodów poprawy jej dokładności technicznej bądź też wprowadzenia bardziej precyzyjnych metod posługiwania się nią, a także kolejną przesłankę: niedokładność przestała być „ukrytą” zaletą broni. Odrzucając z góry pierwszą przesłankę, należy pochylić się nad pozostałymi czynnikami wpływającymi na postawę państw w związku z aprobatą standardów określonych w dziale IV PD I z 1977 roku. W kontekście różnicowania sytuacji militarnej państw należy zwrócić uwagę, że stroną pozornie pokrzywdzoną wprowadzonymi zastrzeceniami mogłyby być państwa bloku zachodniego³⁰⁶. Na ograniczeniach związanych z prowadzeniem bombardowań powietrznych korzystały wszelkie państwa znajdujące się w gronie np. potencjalnie zagrożonych operacjami powietrznymi. Państwa bloku wschodniego traktowały PD I jako element limitujący przewagę powietrzną NATO, przy jednoczesnym pozostawieniu poza zakresem traktatowym regulacji kwestii użycia broni jądrowej³⁰⁷. Tymczasem państwa zachodnie, w tym Stany Zjednoczone, zdecydowały się porzucić model bombardowania saturacyjnego z uwagi na bezpośrednie doświadczenia związane z fiaskiem operacji „Rolling Thunder” i wielkim sukcesem polityczno-wojskowym kampanii „Linebacker I” i „Linebacker II” pod koniec 1972 roku. W efekcie każdy z obozów obradujący przy stole konferencyjnym PD I w ramach specyficznej sytuacji geopolitycznej uznał za stosowne związanie się postanowieniami nowej umowy międzynarodowej, jednakże z odmiennych powodów. Dokument z 1977 roku w sposób wyraźny jest oparty na zasadzie ekonomii użycia siły (*economy of force*), która umożliwia połączenie konceptu korzyści wojskowej i przesłanki humanitaryzmu w jeden zbalansowany i logiczny model³⁰⁸. W. H. Parks uważa wprost, że np. art. 57 PD I jest skopiowaniem instrukcji i rozkazów obowiązujących amerykańskie siły powietrzne w okresie konfliktu nad północnym Wietnamem, z uwagi na uwzględnienie elementu rozpoznania, wywiadu oraz prawidłowego doboru środków i metod³⁰⁹. Oeter twierdzi, że w okresie od 1923 do 1977 roku państwa

305 M. W. Royse, *Aerial Bombardment...*, s. 141 i n.

306 C. Lysaght, *The Attitude of Western Countries*, [w:] A. Cassese (red.), *The New Humanitarian Law...*, s. 369.

307 G. H. Aldrich, *New Life...*, s. 781.

308 M. Sassòli, L. Cameron, *The Protection of Civilian...*, s. 48.

309 „Article 57 coincides with the rules of engagement used by U.S. forces in Vietnam, 10 traditional target intelligence requirements, principles of war such as economy of force, and practical political considerations arising from excessive collateral injury to civilians or civilian objects. While objective criteria are provided, the decision of the commander

przeszły z koncepcji masowej ofensywny powietrznej o charakterze strategicznym do formy tzw. wojny ograniczonej, której model utrwalał PD I³¹⁰. Podobnie podkreśla R. Kolb, który posługuje się rozróżnieniem bombardowania z uwagi na strategiczne i wykonywane w ramach tzw. bombardowania opierającego się na przesłance korzyści wojskowej (*military advantage bombing*). Obydwaj autorzy podnoszą, że w ramach koncepcji totalnego bombardowania strategicznego doszło do znaczącego poszerzenia konceptu walczącego oraz celów wojskowych, rozumianych jako istotny element mający wpływ na wspieranie wysiłku wojennego państw Osi³¹¹. Przeciwnieństwem powyższego modelu jest kampania powietrzna bazująca na paradygmacie tzw. ekonomii sił, której efektem była koncentracja energii wojskowej na potrzebie zniszczenia celów wyłącznie niezbędnych do osiągnięcia ostatecznego sukcesu o naturze czysto wojskowej³¹².

8.10. Rozszerzenie koncepcji celu wojskowego w amerykańskiej doktrynie militarnej

M. N. Schmitt wskazuje, że Stany Zjednoczone w swej praktyce zaaprobowały szersze rozumienie korzyści wojskowej w znaczeniu strategicznym rozumianym jako zdolność do prowadzenia działań wojennych (*war fighting*)³¹³. Potwierdza to treść instruktaży marynarki wojennej USA z 1995 i 2007 roku, a także najnowsza instrukcja Departamentu Obrony USA z 2016 roku. Dokumenty te posługują się również terminem „zdolność do podtrzymania prowadzenia działań wojennych” (*war sustaining*), przyznając przy tym, że powyższe sformułowanie nie jest jednoznacznie skonkretyzowane na gruncie zwyczajowego prawa międzynarodowego³¹⁴. Pojawia się w tej mierze pytanie o zwyczajową definicję celu wojskowego,

ultimately is based upon subjective factors, i.e., the best information available to him at the moment of decision”. W. H. Parks, *The 1977 Protocols to the Geneva Convention of 1949*, „International Law Studies” 1995, vol. 68, s. 471. J. Reynolds, *Collateral Damage on the 21st Century Battlefield: Enemy Exploitation the Law of Armed Conflict, and the Struggle for a Moral High Ground*, „Air Force Law Review” 2005, vol. 56, s. 20–21.

310 M. S. Oeter, *Methods and Means...*, s. 157.

311 R. Kolb, *Review Essay: Military Objectives in International Law*, „Leiden Journal of International Law” 2015, vol. 28, s. 697.

312 „The attacks on other selected objectives became a matter of controversy, because, under the principle of economy of force, there was concern whether the use of scarce attack resources might better be applied to military forces themselves, or directly to military installations”. H. Almond, *Comments on Hugh...*, s. 302.

313 M. N. Schmitt, *Asymmetrical Warfare...*, s. 33–34.

314 „Military action has a broad meaning and is understood to mean the general prosecution of the war. It is not necessary that the object provide immediate tactical or operational gains or that the object make an effective contribution to a specific military operation. Rather, the object's effective contribution to the war-fighting or war-sustaining capability of an op-

która przez większość doktryny jest traktowana jako bezpośredni refleks art. 52 PD I i nie posiada żadnych dodatkowych elementów ponad treść normy traktowanej³¹⁵. Nie jest to jednakże pogląd jednolity i autorzy tacy jak W. H. Parks czy też J. M. Meyer uważają, że art. 52 ust. 2 PD I nakłada na walczących ograniczenia, które nie występowały na gruncie zwyczajowego prawa międzynarodowego regulującego zasady doboru celów³¹⁶. Zaznaczyć trzeba, że zestawienie powyższego sformułowania względem literalnego brzmienia art. 52 ust. 2 PD I, który stanowi jedynie o działalności wojskowej, *prima facie* jest znaczeniowo szersze i budzi uzasadnione wątpliwości doktryny prawa międzynarodowego. W pewnym stopniu obawy te należy uznać za uzasadnione, gdyż w istocie jest to powrót do szerokiej koncepcji celu wojskowego charakterystycznej dla wytycznych, które otrzymały brytyjskie lotnictwo w okresie II wojny światowej, znacznie rozszerzając krąg potencjalnych obiektów, a także osób mogących się stać przedmiotem ataku powietrznego³¹⁷. Kontrowersje w tej mierze wzbudziło w ostatnim czasie traktowanie jako legalnego celu transportów i osób zaangażowanych w proces eksportu materiałów pędnych dla struktur tzw. Państwa Islamskiego, jako przykładu działania będącego zarówno bezpośrednim uczestnictwem w działaniach zbrojnych, jak i „efektywnym wkładem w działalność wojskową”³¹⁸. Wywołuje to obawy związane ze zbyt daleko idącym kwalifikowaniem pewnych aktywności jako w istocie

posing force is sufficient. Although terms such as «war-fighting», «war-supporting», and «war sustaining» are not explicitly reflected in the treaty definitions of military objective, the United States has interpreted the military objective definition to include these concepts”. Department of Defense, *Law of War Manual*, Office of General Counsel Department of Defense, June 2015 (updated December 2016), s. 214.

315 A. J. Schaap, *Cyber Warfare Operations: Development and Use under International Law*, „Air Force Law Review” 2009, vol. 64, s. 149–150.

316 „Article 52(2) of Protocol I, may not necessarily reflect customary international law or state practice. On its face, Article 52(2) may appear consistent with customary international law and state practice however, the definition of a military objective in Article 52(2) arguably allows for the imposition of new limits on targeting inconsistent with prior customary international law and state practice”. J. M. Meyer, *Tearing Down the Facade: A Critical Look at the Current Law on Targeting the Will of the Enemy and Air Force Doctrine*, „Air Force Law Review” 2001, vol. 51, s. 144.

317 „There has been considerable resistance amongst international law scholars towards recognizing a war-sustaining approach. The concern has been that such an approach might ultimately lead to indiscriminate attacks, and the type of wide-ranging aerial assaults with extensive civilian casualties, which were so controversial during World War II”. K. Watkin, *Targeting „Islamic State” Oil Facilities*, „International Law Studies” 2014, vol. 90, s. 507.

318 „Targeting civilians involved in the illicit trafficking of oil for revenue collection by ISIL would likely produce the same conclusion, but the manual seems to broaden the analysis beyond activities that are «integral» to military operations and leave the door open to directly targeting civilians engaged in war-sustaining activities”. R. Santicola, *War-Sustaining Activities and Direct Participation in the DOD Law of War Manual*, Just Security, <https://www.justsecurity.org/28339/war-sustaining-activities-direct-participation-dod-law-war-manual/> (dostęp: 18.12.2020).

będących elementem ogólnie pojmowanego wysiłku zbrojeniowego adversarza³¹⁹. Niebezpieczeństwo jest związane w istocie z połączeniem dwóch koncepcji, tj. bezpośredniego uczestnictwa w działaniach zbrojnych oraz szerokiej definicji celu wojskowego, która może być powoływana jako podstawa do usprawiedliwienia ataków na tzw. quasi-kombatantów (np. personelu zaopatrującego bazy lotnicze w żywność). Koncepcję powyższą należy uznać za wątpliwą i stojącą w opozycji do treści art. 52 ust. 2 PD I. Jej niebezpieczeństwo może ujawnić się z pełną siłą w przypadku możliwych konfliktów międzypaństwowych i prowadzenia działań powietrznych o pełnej skali, w ramach których walczący będą klasyfikować cele na podstawie kryteriów charakterystycznych dla tzw. wojny ekonomicznej, które nie mają dostatecznego i bezpośredniego powiązania z działalnością wojskową adversarza³²⁰.

Pewnym pokłosiem amerykańskiej wizji definicji celu wojskowego była wykorzystywana podczas I wojny w Zatoce Perskiej tzw. doktryna *effect-based operations* (EBO). Był to nowy model prowadzenia kampanii powietrznej na poziomie strategicznym, zakładający możliwość pośredniego oddziaływania na społeczeństwo adversarza poprzez niszczenie legalnych celów wojskowych o szczególnym znaczeniu oraz położeniu, a także ataki na infrastrukturę typu *dual-use*³²¹. Strategia nie zakładała powstania bezpośrednich strat wśród ludności cywilnej, ale wykorzystywała pośrednie elementy oddziaływania na morale sił zbrojnych przeciwnika oraz ludności cywilnej, która w efekcie miała doprowadzić do powstania określonego rozwiązania politycznego (np. buntu przeciwko rządowi dyktatorskim)³²². Jednym z nich była projekcja siły ognia m.in. poprzez symultaniczne atakowanie celów taktycznych i strategicznych mających udowodnić przeciwnikowi (zarówno na poziomie kierownictwa politycznego, wojskowego, jak i społecznego) brak efektywnych możliwości stawiania nieprzyjacielowi oporu. Jak zaznaczył M. N. Schmitt, zasadniczym zarzutem kierowanym przeciwko doktrynie EBO przez przepisy międzynarodowego prawa humanitarnego jest możliwość przyjęcia szerokiej wykładni przepisów PD I odnoszących się do selekcji celów

319 B. Van Schaack, *Targeting Tankers under the Law of War (Part 1)*, Just Security, <https://www.justsecurity.org/28064/targeting-tankers-law-war-part-1/> (dostęp: 18.12.2020).

320 W. H. Boothby, *The Law of Targeting...*, s. 106.

321 „The air campaign strategy capitalized on capabilities and highly adaptive attack plans designed to paralyze Saddam's control of forces, then went on to neutralize the enemy's capacity to fight, undermine its will to fight, reduce its military production base, and create the conditions to control its capacity to build weapons of mass destruction”. D. Deptula, *Effect-Based Operations: Change in the Nature of Warfare*, Arlington 2001, s. 3.

322 „In particular, it is claimed, EBO is not about destruction or attrition of enemy forces (except incidentally), occupation of territory, or other classical considerations. Proponents of EBO sometimes stress images such as the will and cohesion of the enemy. Defeating the enemy's strategy rather than his armies. Convincing the enemy's leader to make decisions favorable to our goals”. P. K. Davis, *Effect-Based Operations: A Grand Challenge for the Analytical Community*, Santa Monica 2001, s. 12.

wojskowych³²³. O ile pośrednie efekty prowadzonych działań wojennych, także względem ludności cywilnej, nie są zakazane przepisami *ius in bello* (podobnie jak w warunkach pokoju stres związany z przesłuchaniem osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa nie musi wpływać na zdyskwalifikowanie wartości składanych przez nią wyjaśnień), o tyle swoistym bezpiecznikiem w tej mierze jest wyraźnie wskazanie, aby dany cel w sposób rzeczywisty wносił istotny wkład do działalności wojskowej, co utrudnia możliwość subiektywnego manipulowania listą celów i jej nadmiernym rozszerzeniem³²⁴. Odmienny pogląd (o charakterze zdecydowanie izolowanym) w tej mierze wyraża J. M. Meyer, która twierdzi, że wysiłek zbrojny adwersarza nie składa się tylko i wyłącznie z komponentów wojskowych, zakazując osiągnięcia potencjalnych psychologicznych i strategicznych korzyści³²⁵. Wydaje się, że pogląd amerykańskiej autorki w tej mierze jest błędny i nie uwzględnia *ratio* art. 52 ust. 2 PD I, którego dyspozycja ma zapobiegać właśnie powyższemu modelowi interpretacji. Prawidłowy kierunek interpretacji art. 52 ust. 2 PD I wskazuje podręcznik armii Zjednoczonego Królestwa (*JSP 383, The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*), który wymaga, aby każdorazowo dobra wojskowe (nawet z natury klasyfikowane jako legalny cel) były oceniane przez pryzmat istotnego wkładu do działalności wojskowej³²⁶.

8.11. Domniemanie cywilnego przeznaczenia pewnych dóbr

Artykuł 52 ust. 3 PD I wprowadza wzruszalne domniemanie cywilnego charakteru dóbr normalnie przeznaczonych do użytku cywilnego, pod warunkiem braku używania w celu wniesienia rzeczywistego wkładu do działania wojskowego. Powyższy przepis jest krytykowany przez część doktryny amerykańskiej, jako przenoszący ciężar dowodu, że przedmiotem ataku jest cel wojskowy w rozumieniu art. 52 ust. 2 PD I, na stronę atakującą i nieuwzględniający braku podjęcia tzw. pasywnych środków ostrożności przez stronę broniącą. W kontekście działań powietrznych powoduje to konieczność uprzedniej determinacji charakteru statku powietrznego przez stronę atakującą, która ocenia fakt przeznaczenia bądź

323 „Yet, negative pressures on existing understandings of the law also exist. Particularly disquieting is the rather subtle impact of such concepts on the principle of distinction, especially the reach of the term «military objective»”. M. N. Schmitt, *Effects-Based Operations and the Law of Aerial Warfare*, „Washington University Global Studies Law Review” 2006, vol. 5, s. 292.

324 J. Reynolds, *Collateral Damage on the 21st Century...*, s. 82–83.

325 J. M. Meyer, *Tearing Down the Facade...*, s. 166–167.

326 „The following is a list of examples of possible military objectives. The mere fact that an object is on the list does not mean that it is necessarily a military objective. It must always be tested against the definition in paragraph 5.4.1, especially the question: ‘does it make an effective contribution to military action?’”. JSP 383, *The Joint Service Manual of The Law of Armed Conflict*, 2004 Edition, s. 56.

wykorzystania statku, względnie ocenia także istotność jego wkładu do działalności wojskowej³²⁷. Jakikolwiek wątpliwości w tej mierze powinny być rozstrzygane zgodnie z zasadą *in dubio pro humanitate*.

9. Ochrona dóbr kultury

Jak wspomniano wcześniej, art. 27 Regulaminu haskiego z 1907 roku był przepisem, który zasadniczo był jedyną formą ograniczenia zakresu ataku zbrojnego wobec miast traktowanych jako bronione na gruncie art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku³²⁸. Dowodzący operacją zbrojną był bowiem zobowiązany do podjęcia wszelkich dostępnych środków, aby utrzymać ochronę pewnej kategorii budowli, które mają charakter obiektów użyteczności publicznej, kultu religijnego, kultury, oraz miejsc składowania rannych i chorych. Ochrona tych obiektów miała jednakże charakter jedynie warunkowy i dotyczyła sytuacji, gdy obiekty te nie są w tym samym momencie wykorzystywane do celów wojskowych³²⁹. Ponadto dyspozycję przepisu osłabiło wprowadzenie przesłanki oszczędzania obiektów jak tylko to możliwe, uznając, że pewne sytuacje mogą powodować odstąpienie od ochrony obiektów szczególnie chronionych, np. wskutek ich lokalizacji w pobliżu celów wojskowych³³⁰. Zdanie drugie przepisu obejmowało także element podjęcia przez stronę broniącą tzw. pasywnych środków ostrożności, poprzez oznakowanie obiektów specjalnej kategorii i notyfikowanie ich statusu stronie przeciwnej. Powyższe obowiązki zasadniczo powielono w dyspozycji art. 25 i 26 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku, gdzie m.in. dodano obowiązek związany z wywieszeniem przez stronę korzystającą z ochrony specjalnego oznaczenia. Artykuł 26 (wprowadzony na prośbę delegacji włoskiej) zakazywał docelowo rozmieszczania obiektów wojskowych w obrębie 500 metrów od obiektu szczególnie chronionego.

327 „Additionally, Protocol I shifts the burden for determining the precise use of an aircraft, and thus, its legitimacy as a valid military target, away from the state controlling the aircraft to the state which is attacking the aircraft. In case of doubt, that an aircraft, which is designated as civil under the Chicago system is being used to make an effective contribution to military action, or represents an actual threat, the said aircraft must be presumed as non-military and not be attacked”. M. Bourbonniere, L. Haeck, *Military Aircraft and International Law: Chicago Opus 3*, „Journal of Air Law and Commerce” 2001, vol. 66, s. 970.

328 XXI International Conference of the Red Cross, *Reaffirmation and Development of the Laws and Customs Applicable in Armed Conflict...*, s. 71.

329 G. D. Solis, *The Law of Armed Conflict...*, s. 347.

330 T. Krupiy, *A Toolbox for the Application of the Rules of Targeting*, Newcastle 2016, s. 151.

W okresie II wojny światowej miasta, w obrębie których znajdowały się zabytki oraz dobra kultury, były przedmiotem ataków powietrznych obydwu stron. Podczas inwazji III Rzeszy na Polskę szczególnie dotkliwe straty dla zabytków Warszawy przyniósł wielki nalot Luftwaffe z 25 września 1939 roku, w wyniku którego uszkodzono m.in. Zamek Królewski. Podczas ataków niemieckiego lotnictwa na Londyn w 1940 roku doszło do poważnego zdewastowania ścisłego centrum miasta, w tym katedry św. Pawła. XIV-wieczna katedra św. Michała Archanioła w Coventry została spalona w wyniku słynnego ataku z 14 listopada 1940 roku. Wielkie straty dla dóbr kultury poniesiono w Niemczech, gdzie zniszczono w przeważającej większości zabytki Lubeki, Drezna i Brunszwiku³³¹. Do historii przeszło bombardowanie klasztoru Monte Cassino przez lotnictwo alianckie w 1944 roku³³².

Przełomem w zakresie rozwoju reżimu prawnego chroniącego dobra kultury na wypadek konfliktu zbrojnego było przyjęcie w 1954 roku Konwencji o ochronie dóbr kultury w razie konfliktu zbrojnego³³³. Artykuł 8 konwencji ustanawiał specjalną ochronę pewnej kategorii obiektów w postaci schronów, służących przechowaniu dóbr kulturalnych bądź też innych dóbr kulturalnych o charakterze nieruchomym o bardzo wielkim znaczeniu, pod warunkiem dostatecznej separacji od celów wojskowych stanowiących punkty drażliwe (lotniska, stacje radarowe, zakłady zbrojeniowe, porty, dworce oraz linie komunikacyjne) i niebędących używanych do celów wojskowych. Konstytutywnym elementem ochrony jest wpisanie obiektu na specjalną listę Międzynarodowego Rejestru Dóbr Kulturalnych Objętych Ochroną Specjalną. Przepisy te nie mają jednakże praktycznego zastosowania z uwagi na brak zainteresowania stron konwencji³³⁴. Artykuł 8 konwencji z 1954 roku jest jednak często cytowany jako przykład wyliczenia celów wojskowych w formie praktycznej i był powoływany jako uzasadnienie ataku powietrznego na stację radiowo-telewizyjną przez NATO w 1999 roku³³⁵.

Z uwagi na istnienie wcześniejszej regulacji w postaci wymienionej konwencji w projekcie PD I z 1973 roku nie można odnaleźć przepisu, na którym oparł się późniejszy art. 53 PD I. W trakcie prac grupy roboczej trzeciego komitetu na

331 A. P. V. Rogers, *Law...*, s. 138.

332 W. H. Parks, *The Law...*, s. 61. A. P. V. Rogers, *Law...*, s. 94. Amerykański autor cytuje w tej mierze instrukcję gen. Eisenhowera dla jednostek alianckich z 1943 roku, w której nakazał podjęcie kroków „zmierzających do oszczędzania obiektów i dóbr kultury”. Sprawa ataku na klasztor budzi wątpliwości, jednakże pomimo że nie był on wykorzystywany bezpośrednio przez stronę niemiecką w chwili ataku, to jednak znajdował się na jednej z najważniejszych pozycji niemieckich, na tzw. Linii Gustawa, i jego ekspozycja mogła być przez stronę niemiecką wykorzystana.

333 F. Kalshoven, *The Netherlands and IHL Applicable in Armed Conflicts*, [w:] F. Kalshoven (red.), *Reflection on the Law of War: Collected Essays*, Leiden 2008, s. 281.

334 Zob. M. Jankowska-Sabat, *Wzmocniona ochrona dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego – propozycja listy polskich obiektów*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2013, nr 3508.

335 R. Kolb, R. Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford 2008, s. 134.

wniosek przedstawiciela Grecji przy poparciu Stolicy Apostolskiej, Hiszpanii, Jordanii oraz Wenezueli zaproponowano umieszczenie w art. 47 projektu PD I paragrafu dotyczącego ochrony dziedzictwa kulturowego oraz obiektów religijnych, opartego na Regulaminie haskim z 1907 roku oraz Konwencji haskiej z 1954 roku o ochronie dóbr cywilnych³³⁶. Co interesujące, przyjęcie nowego przepisu nie spotkało się z jednogłośną aprobatą, np. E. Castrén podniósł, że nowa regulacja jest *superfluum* w stosunku do istniejących już rozwiązań z 1907 i 1954 roku³³⁷. Zauważono jednak w trakcie prac przygotowawczych, że znaczna część państw w owym okresie nie była stronami konwencji z 1954 roku oraz że konieczne jest dla kompletności regulacji wprowadzenie do tekstu przepisu zabezpieczającego w sposób właściwy ochronę obiektów o szczególnej wartości religijnej, kulturalnej oraz historycznej.

Na przyjęcie ostatecznej wersji art. 47 bis (późniejszego art. 53 PD I) znaczący wpływ miała postawa Stolicy Apostolskiej oraz państw arabskich, które postulowały, aby objąć szczególną ochroną prawa międzynarodowego obiekty kultu religijnego³³⁸. Ostatecznie przepis uzupełniał ochronę wynikającą z przepisów Konwencji haskiej z 1954 roku o ochronie dóbr kultury na wypadek konfliktu zbrojnego. Zakazano ataków przeciwko obiektom historycznym, zabytkom, dziełom sztuki oraz miejscom kultu religijnego stanowiących dziedzictwo narodowe, jak również wskazano, że zakazuje się wykorzystania tych dóbr do użytku wojskowego.

W wyjaśnieniach złożonych w ramach głosowania delegacja holenderska zgłosiła, że zmiana przeznaczenia budowli określonych na gruncie art. 47 bis będzie prowadziła do utraty przez te obiekty uprzywilejowanego statusu³³⁹. Istotna była także uwaga RFN, w ramach której podniesiono, że nielegalne wykorzystanie budynku chronionego dyspozycją przepisu będzie uprawniało do wykonania legalnego uderzenia na obiekt, który stanie się celem wojskowym w rozumieniu art. 52 ust. 2 PD I³⁴⁰. Ponadto w rozumieniu RFN regulacja z 1977 roku nie zmierzała to zastąpienia normy zwyczajowej określonej na gruncie art. 27 Regulaminu haskiego z 1907 roku³⁴¹. Podobne zastrzeżenie zgłosiły także Zjednoczone Królestwo i Sta-

336 CDDH/III/SR.15, para. 6, s. 118.

337 „But he considered that the question had already been decided by Article 27 of The Hague Regulations of 1907, annexed to The Hague Convention No. IV of 1907, and was now accepted as customary law, and also by The Hague Convention of 14 May 1954, for the Protection of Cultural Property, notwithstanding its two provisos”. CDDH/III/SR.15, para. 7, s. 118.

338 CDDH/SR.41, para. 163–171.

339 „It is our understanding that the illegal use of the historical objects for military purposes will cause them to lose effective protection as a result of attacks directed against such military uses”. CDDH/SR.41, s. 195.

340 CDDH/SR.42, s. 225.

341 „It is further the understanding of the Federal Republic of Germany that Article 47 bis was not intended to replace the existing customary law prohibitions reflected in Article 27 of the 1907 Hague Regulations respecting the Laws and Customs of War on Land protecting a variety of cultural and religious objects”. *Ibidem*.

ny Zjednoczone³⁴². Podnieść należy, że pomimo treści art. 53 PD I zakazującego wyraźnie czynienia przedmiotem represaliów dóbr szczególnie chronionych, dopuszczał on możliwość przyjęcia quasi-represaliów związanych z faktyczną utratą statusu chronionego przez obiekt przekwalifikowany do użytku wojskowego.

II Protokół do Konwencji haskiej z 1954 roku uszczegóławiał wymagania związane z istnieniem stanu kategorycznej konieczności wojskowej. Na podstawie art. 6 ust. a i b protokołu wskazano, że obiekt kultury musi stanowić cel wojskowy (którego definicję zaczerpnięto z treści art. 52 ust. 2 PD I) i nie może istnieć żaden praktycznie dostępny sposób umożliwiający osiągnięcie podobnej korzyści wojskowej³⁴³. Na podobne uzasadnienie może powołać się strona zamierzająca wykorzystać dany obiekt wojskowy – decyzja o powołaniu się na treść art. 4 ust. 2 Konwencji haskiej z 1954 może być wydana jedynie przez dowodzącego na szczeblu batalionu, a atakujący powinien w miarę możliwości wydać uprzednie ostrzeżenie o ataku. Artykuły 7 i 8 II Protokołu do Konwencji haskiej z 1954 roku stanowią o stosowaniu aktywnych oraz pasywnych środków ostrożności, co jest zasadniczo odbiciem treści art. 57 PD I z modyfikacją, że przedmiotem ochrony w tej mierze są dobra kultury, a nie ludność cywilna. II Protokół ma więc formę dostosowania przepisów Konwencji haskiej z 1954 roku do warunków prowadzenia działań zbrojnych określonych na gruncie PD I, zwłaszcza poprzez dokonanie wykładni zwrotu „kategoryczna korzyść wojskowa”, który *prima facie* nie był dostosowany do definicji celu wojskowego określonego na gruncie art. 52 ust. 2 PD I. Stopień ratyfikacji bądź przystąpienia do II Protokołu nie ma charakteru powszechnego – Rzeczpospolita Polska związała się nim dopiero w 2012 roku, Francja, Szwecja oraz Zjednoczone Królestwo w 2017 roku, natomiast wiele państw (m.in. Chiny, Stany Zjednoczone, Rosja) nie przystąpiło do protokołu. Część państw złożyła deklaracje interpretacyjne o wymiarze zbliżonym do treści deklaracji uprzednio składanych na gruncie PD I³⁴⁴.

342 „Secondly, my delegation does not understand this article as being intended to replace the existing customary law prohibitions reflected in Article 27 of the 1907 Hague Regulations annexed to The Hague Convention No. IV of 1907 concerning the Laws and Customs of War on Land”. CDDH/SR. 42, s. 239.

343 P. Ishwara Bhat, *Protection of Cultural Property Under International Humanitarian Law: Some Emerging Trends*, „Israel Yearbook of International Humanitarian Law” 2001, vol. 27, s. 64–65; „it is imperatively demanded by the necessities of war – in other words, as long and in so far as it is militarily necessary, which presupposes no feasible alternative for dealing with the situation”.

344 Zob. przykładowa deklaracja interpretacyjna Zjednoczonego Królestwa „1. It is the understanding of the United Kingdom that military commanders and others responsible for planning, deciding upon, or executing attacks necessarily have to reach decisions on the basis of their assessment of the information from all sources which is reasonably available to them at the relevant time. 2. The United Kingdom understands the term «feasible» as used in the Second Protocol to mean that which is practicable or practically possible, taking into account all circumstances ruling at that time, including humanitarian and military

Eksperti w ramach instrukcji harwardzkiej z 2008 roku wskazali na istnienie obowiązku powstrzymania się przez walczących nie tylko od wykorzystania samego obiektu kulturalnego, ale także jego bezpośredniego otoczenia do celów wojskowych i dopuszczali wyjątek od powyższego tylko w razie zaistnienia stanu kategorycznej korzyści wojskowej – tj. takiej, w której nie ma alternatywy dla osiągnięcia korzyści wojskowej (reguła 93). Instrukcja wskazywała na potrzebę oznaczenia budowli specjalnym znakiem ochronnym wynikającym z treści art. 6 Konwencji z 1954 roku o ochronie dóbr kultury na wypadek konfliktu zbrojnego, ale uchybienie w tej mierze nie mogło być podstawą do odmawiania danemu obiektowi statusu dobra kultury w świetle prawa międzynarodowego. Z powyższych obostrzeń wypływał *a contratio* obowiązek powstrzymania się od jakiegokolwiek aktu zbrojnego przeciwko obiektom szczególnie chronionym, który to akt może być podjęty jedynie w warunkach kategorycznej konieczności wojskowej w wersji adekwatnie rozwiniętej przepisami II Protokołu do Konwencji z 1954 roku.

W orzecznictwie MTKJ na gruncie stanu faktycznego sprawy Strugar, dotyczącej bombardowania artyleryjskiego starówki w Dubrowniku wpisanej na listę światowego dziedzictwa UNESCO, zaznaczono, że ataki miały charakter rozmyślnego niszczenia dóbr kulturalnych³⁴⁵. Zauważono w tej mierze brak podstaw faktycznych do przyjęcia, że ostrzał ten był dokonywany jako skierowany przeciwko stanowiskom artylerii (co sugerowały wyjaśnienia oskarżonego)³⁴⁶. W konsekwencji atak przeciwko dobrom kultury będzie nosił znamiona legalnego tylko w sytuacji wykorzystywania go militarnie³⁴⁷. Pamiętać w tej mierze należy także o domniemaniu istniejącym w ramach art. 52 ust. 3 PD I³⁴⁸.

considerations”. http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPI-C&URL_SECTION=201.html#STATE_PARTIES (dostęp: 18.12.2020).

345 „Turning now to the crime charged under Article 3(d), the Chamber notes that this provision is based on Article 27 of the Hague Regulations. Moreover, protection of cultural property had developed already in earlier codes. The relevant provisions of the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict of 1954/780 confirm the earlier codes”. *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Trial Chamber Judgment 31 January 2005, IT-01-42-T, para. 229; A. Carcano, *The Criminalization and Prosecution of Attacks against Cultural Property*, [w:] F. Pocar, M. Pedrazzi, M. Frulli (red.), *War Crimes and the Conduct of Hostilities: Challenges to Adjudication and Investigation*, Northhampton 2013, s. 85.

346 „In view of the foregoing, the Chamber finds that the shelling of the Old Town on 6 December 1991 was not a JNA response at Croatian firing or other military positions, actual or believed, in the Old Town, nor was it caused by firing errors by the Croatian artillery or by deliberate targeting of the Old Town by Croatian forces”. *Prosecutor v. Pavle Strugar*, para. 212–214.

347 R. O’Keefe, *Protection of Cultural Property under International Criminal Law*, „Melbourne Journal of International Law” 2010, vol. 10, s. 349.

348 H. Abtahi, *The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict: The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, „Harvard Human Rights Journal” 2001, vol. 1, s. 19.

10. Ochrona środowiska naturalnego a prawo wojny powietrznej

Wprowadzone w tym aspekcie rozwiązania należy traktować jako zupełną nowość normatywną, ponieważ w odniesieniu do ochrony środowiska naturalnego nigdy nie rozważano nałożenia na walczących jakichkolwiek ograniczeń w tej mierze³⁴⁹. Nie przewidywał tego też żaden z projektów prawa wojny powietrznej. Należy zwrócić uwagę, że w okresie prac przygotowawczych PD I z 1977 roku uwaga społeczności międzynarodowej była nakierowana na praktykę amerykańskiego lotnictwa bojowego w Wietnamie. Niszczyło ono zalesione pogranicze Wietnamu Południowego w celu zablokowania słynnego szlaku Ho Chi Minha, którym partyzantka komunistyczna otrzymywała dostawy amunicji i uzbrojenia od Wietnamu Północnego. Zrzucone chemikalia i pestycydy powodowały poważne skutki zdrowotne i ekologiczne (tzw. *Agent Orange*)³⁵⁰. Symbolem wojny w Iraku w 1991 roku były z kolei płonące szyby naftowe. Interesującą analizę związaną z wykorzystaniem przez irackie siły zbrojne dymu jako środka ochronnego przeprowadził L. C. Green, który podniósł, że docelowo instalacje naftowe z pewnością klasyfikują się jako cele wojskowe w świetle art. 52 ust. 2 PD I i ich zniszczenie mogłoby być uzasadnione zarówno próbą pozbawienia sprzymierzonych dostępu do źródeł materiałów pędnych, jak i próbą stworzenia rozbudowanej zasłony dymnej w celu ochrony przed działaniami lotnictwa wojskowego³⁵¹. Z pewnością w podobny sposób byłoby oceniane zachowanie obrońców Helu w 1939 roku, gdy w celu oddzielenia go od reszty lądu i zatrzymania ataku niemieckiego zdecydowano się na wysadzenie przygotowanej wcześniej zapory torpedowej w okolicach Kuźnicy³⁵². W 1943 roku natomiast lotnictwo alianckie przeprowadziło szereg uderzeń w rejonie Ploeszti w Rumunii, dążąc do zniszczenia głównego zasobu materiałów pędnych dla europejskich państw Osi. M. N. Schmitt w swej obszernej pracy poświęconej aspektom ochrony środowiska podczas konfliktu zbrojnego wskazał, że przypadki celowej jego degeneracji są znacznie trudniejsze do oceny z uwagi na brak jasnej granicy pomiędzy działaniami usprawiedliwionymi a bezmyślnymi (niszczeniem)³⁵³. Ocena postępowania władz irackich waha się od głosów przedstawionych

349 L. C. Green, *Essays on the Modern...*, s. 149.

350 J. Terry, *The Vietnam War in Perspective: Lessons Learned in the Law of War as Applied in Subsequent Conflict*, „*Naval Law Review*” 2007, vol. 54, s. 98.

351 L. C. Green, *The Environment and Conventional Warfare*, „*The Canadian Yearbook of International Law*” 1991, vol. 29, s. 233.

352 K. Komorowski (red.), *Boje Polskie 1939–1945. Przewodnik Encyklopedyczny*, Warszawa 2009, s. 124.

353 M. N. Schmitt, *Green War: An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict*, „*Yale Journal of International Law*” 1997, vol. 22, s. 53.

powyżej do konkluzji uznających te działania za nieuzasadnione i rozmyślne niszczenie środowiska (A. Roberts)³⁵⁴.

W projekcie PD I nie znalazły się propozycje dotyczące uregulowania ochrony środowiska naturalnego podczas działań wojennych. Artykuł 55 PD I nie określa poziomu zniszczeń mogących powodować rozległe, długotrwałe i poważne szkody w środowisku naturalnym w relacji do przebiegu operacji wojskowych, a zwłaszcza nie zawiera odwołania do regularnych, istotnych i bezpośrednich elementów wsparcia operacji wojskowych, jakie są zawarte w art. 56 ust. 2 PD I³⁵⁵. Z drugiej jednak strony podnosi się, że możliwość rzeczywistego naruszenia tego przepisu jest niewielka, z uwagi na konieczność kumulatywnego spełnienia wszystkich trzech przesłanek: rozległości, długotrwałości oraz natężenia o charakterze poważnym³⁵⁶. Ponadto konieczne jest, aby szkody zmierzały albo mogły zmierzać (skutek nieznany w chwili wykonywania ataku) do wywołania efektu względem zdrowia i przetrwania ludności, tj. szkody bez wątpienia o charakterze kwalifikowanym, mającym szczególnie poziom natężenia. Przepis z uwagi na posłużenie się zwrotem „ludność” nie różnicuje w takich sytuacjach walczących i niewalczących, np. zanieczyszczenia powietrza mają bez wątpienia skutki o charakterze nieograniczonym³⁵⁷. Istnieją w związku z tym poważne wątpliwości, czy tego typu zjawiska mogą mieć miejsce w przypadku operacji o charakterze konwencjonalnym³⁵⁸. Zdaniem A. Cassese, zasadniczo próg zastosowania przepisu nie zostanie uruchomiony w tych warunkach³⁵⁹. W kontekście opinii doradczej MTS o legalności użycia bądź groźby użycia broni atomowej warto wskazać, że w trakcie szacowania efektów mogących wystąpić wskutek użycia pewnych metod i środków stosuje się przesłanki proporcjonalności oraz analizuje wpływ wykorzystanych sposobów prowadzenia walki zbrojnej na środowisko naturalne³⁶⁰. Nie ma wątpliwości, że pewne typy uzbrojenia mogą oddziaływać na otoczenie w sposób znacznie większy od pozostałych – dotyczy to zwłaszcza broni kasetowej, ze

354 A. Roberts, *Environmental Issues in International Armed Conflict: The Experience of the 1991 Gulf War*, „International Law Studies” 1996, vol. 69, s. 261.

355 M. N. Schmitt, *Humanitarian Law and Environment*, „Denver Journal of International Law and Policy” 2000, vol. 28, s. 282–283.

356 K. Hulme, *War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold*, Leiden 2004, s. 79.

357 M. Halpern, *Protecting Vulnerable Environments in Armed Conflict: Deficiencies in International Humanitarian Law*, „Stanford Journal of International Law” 2015, vol. 51, s. 126–127.

358 „Most legal analysts agree that states intended the threshold to be extremely high since it requires the presence of all three conjunctive elements – widespread, long term, and severe – before coming into play. Generally speaking, the damage caused would have to resemble a shock on «the balance of the ecosystem»”. A. Barnes, C. Waters, *The Arctic Environment and International Humanitarian Law*, „The Canadian Yearbook of International Law” 2011, vol. 49, s. 217.

359 A. Cassese, *Means of Warfare...*, s. 177.

360 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, para. 31; A. P. V. Rogers, *Law...*, s. 167.

zubożonym uranem, zapalającej czy też broni quasi-zapalającej³⁶¹. Norma art. 35 ust. 3 PD I zabrania stosowania metod i środków, które powodują bądź mogą powodować rozległe, poważne i długotrwałe szkody w środowisku naturalnym. Jednakże konstrukcja obydwu norm sprawia, że ich stosowanie jest zasadniczo ograniczone tylko do wyjątkowych i ekstremalnych sytuacji, które w warunkach konwencjonalnej wojny powietrznej mogą należeć do rzadkości³⁶².

Ochronę środowiska w ramach operacji zbrojnych uzupełnia Konwencja o zakazie militarnego lub niebezpiecznego wykorzystania środowiskowych modyfikacji technicznych (ENMOD) z 1976 roku nakazująca państwom, by powstrzymać się od jakichkolwiek modyfikacji środowiskowych w celu wojskowym, mogących powodować rozległe, długotrwałe i poważne szkody. Artykuł 1 konwencji posługuje się zwrotami „rozległość”, „długotrwałość” oraz „natężenie o charakterze poważnym”, co wyraźnie zawęża dyspozycję przepisu do sytuacji związanych z nienaturalnym powodowaniem zaburzeń ekosystemu. A. P. V. Rogers podaje w tej mierze przykład związany z erupcją w 1944 roku Wezuwiusza, która doprowadziła do poważnych zakłóceń w prowadzeniu kampanii powietrznej przez lotnictwo alianckie podczas operacji w południowych Włoszech (zakładając, że podobne zjawisko byłoby wywołane przez człowieka)³⁶³.

Należy podkreślić, że w przeciwieństwie do pozostałych przepisów działu IV PD I z 1977 roku podważany jest przez część państw oraz doktryny zwyczajowy status normy zawartej na gruncie art. 35 ust. 3 i art. 55 PD I. A. Cassese uważa, że norma traktatowa potwierdziła wykształcenie się normy prawa zwyczajowego, która kwestionowała możliwość użycia środków i metod walki mających poważny wpływ na środowisko, m.in. wskazując, że norma została przyjęta w drodze konsensusu na forum plenarnym konferencji z 1977 roku³⁶⁴.

Komentarz do instrukcji harwardzkiej z 2008 roku wskazuje, że większość ekspertów uczestniczących w formułowaniu tego dokumentu nie uznaje art. 35 ust. 3 i art. 55 PD I wraz z Konwencją ENMOD za część zwyczajowego prawa międzynarodowego³⁶⁵. Wskazano jednocześnie, że rozmyślne i nieuzasadnione względami wojskowymi niszczenie (np. atak na obszary zalesione, które są

361 A. Breitegger, *Cluster...*, s. 50; G. Bartolini, *Air Operations...*, s. 268.

362 „The criteria, ‘widespread, long-term and severe’ are cumulative, and none of the criteria is defined. It is clear, however, that their cumulative effect is such as to render only the most egregious damage a breach of the rule”. W. H. Boothby, *How Will Weapons Review Address the Challenges Posed by New Technologies*, „Military Law and the Law of War Review” 2013, vol. 52, no. 1, s. 44.

363 A. P. V. Rogers, *Law...*, s. 165.

364 A. Cassese, *The Geneva Protocols...*, s. 94.

365 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR...*, s. 246; Studium zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego MKCK z 2005 roku podnosi, że istnieją wątpliwości do interpretowania stanowiska Francji, Wielkiej Brytanii oraz Stanów Zjednoczonych, traktując ich sprzeciw wobec zwyczajowego charakteru art. 35 ust. 3 i art. 55 PD I jako przykład *persistent objector*. J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International...*, s. 155.

jednocześnie kamuflażem dla oddziałów wroga) środowiska naturalnego jest niedozwolone (reguła 88). Potwierdzono, że względy środowiskowe powinny oddziaływać na równanie proporcjonalności³⁶⁶. Dowódcy operacji powietrznych powinni w ramach systemu planowania oceniać także konsekwencje ataku powietrznego względem środowiska naturalnego (*due regard ought to be given to the natural environment*). Warto jednakże zaznaczyć, że standard ten jest niższy niż w przypadku stosowania tzw. aktywnych środków ostrożności, gdyż stanowi jedynie o konieczności uwzględnienia ewentualnych efektów ataku wobec środowiska naturalnego³⁶⁷.

11. Ochrona infrastruktury szczególnego typu

Innym zespołem przepisów o nowym kształcie w prawie wojny powietrznej były regulacje art. 54 i 56 PD I z 1977 roku wprowadzające ochronę pewnych typów budowli niezbędnych do przetrwania ludności cywilnej (art. 54) oraz tzw. infrastruktury krytycznej (art. 56). Artykuł 54 ust. 1 PD I zabrania w sposób wyraźny stosowania głodu jako metody prowadzenia działań wojennych, co jest całkowitym odwróceniem normy prawa zwyczajowego w tej mierze. Została ona uchylona przez wprowadzoną normę traktatową³⁶⁸. By odnaleźć zwyczajowe źródła tej praktyki, wystarczy odnieść się do orzecznictwa Trybunału Wojskowego Stanów Zjednoczonych w Norymberdze, który potwierdził na przykładzie blokady Leningradu możliwość stosowania blokad mających na celu odcięcie dostaw zaopatrzenia do miasta³⁶⁹. W tym kontekście wymiar powyższego przepisu jest zbliżony do przepisu art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku. Przyjęto, że podczas szturmów na miejscowość dopuszczalne było skierowanie działań artylerii (lotnictwa) względem także dzielnic mieszkalnych danego obszaru, celem wymuszenia na broniących szybkiej kapitulacji.

366 *Ibidem*, s. 248.

367 *Ibidem*, s. 249.

368 „Although the statement is clear, its implications are not all equally clear. For example, for a classic siege situation, where a town or encampment is besieged, the sentence is reasonably clear in stipulating that the besieging party is not entitled to compel civilians to remain in the area concerned if it is trying to starve the garrison into submission by blockading the local food supply. That is a clear, and I believe proper, reversal of the customary law”. G. H. Aldrich, *The Laws of War on Land...*, s. 53.

369 „We might wish the law were otherwise, but we must administer it as we find it. Consequently, we hold no criminality attaches on this charge”. *The German High Command Trial*, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. XII, United Nations War Crimes Commission, Londyn 1949, s. 84.

Artykuł 54 ust. 2 PD I zakazuje ataków na zasoby gospodarcze o charakterze niezbędnym dla ludności w celu (co należy podkreślić) uniemożliwienia korzystania z nich. Artykuł 54 ust. 3 pkt (a) PD I podnosi, że przepis ten nie ma zastosowania, jeżeli zniszczenie zasobów żywnościowych ma miejsce względem tych rezerwuarów, z których korzystają siły zbrojne. Innymi słowy, legalność tzw. wojny głodowej (*starvation*) jest utrzymana tylko i wyłącznie względem sytuacji związanych np. z oblężeniem bazy wojskowej, w której nie znajduje się ludność cywilna. W przypadku jednakże obszarów, w ramach których oprócz jednostek wojskowych znajduje się także ludność cywilna, niszczenie dóbr niezbędnych do jej przetrwania, które mogłyby narażać ludność cywilną na głód, jest zabronione³⁷⁰. Y. Dinstein uważa, że w tej kwestii PD I zupełnie nie uwzględnia okoliczności związanych z rzeczywistością prowadzenia oblężenia miasta, w którym ludność cywilna decyduje się na pozostanie w jego obrębie, uznając, że narusza ona możliwości prowadzenia oblężenia *per se*³⁷¹. Jednak *ratio legis* regulacji z 1977 roku miało dokonać przemodelowania praktyki walczących w ramach tzw. *siege warfare*. Problem w tym zakresie jest o tyle istotny, że jak najbardziej w tej mierze odnosi się do zasad prowadzenia wojny powietrznej. PD I zmierza do uznania, że tryb wojny oblężniczej nie jest stanem faktycznym uzasadniającym odstępstwo od ogólnych reguł określonych na gruncie art. 51 i 57 PD I. Wymiar przepisów miał w tym zakresie inherentnie zmienić punkt ciężkości wysiłku wojennego adwersarzy i zmusić ich do podjęcia działań wojennych zmierzających do efektywnego zwalczania wyłącznie celów natury wojskowej zgodnie z zasadą koncentracji wysiłku wojennego. W takim modelu ludność cywilna może jedynie pośrednio i nieintencjonalnie odczuwać efekty prowadzenia działań wojennych. Treść art. 51 ust. 5 (a) i (b) PD I w zw. z art. 54 ust. 1 PD I jest najlepszym przykładem powyższej taktyki. Artykuł 54 ust. 5 PD I ograniczał także stosowanie taktyki spalonej ziemi tylko i wyłącznie do warunków stanowczej konieczności wojskowej³⁷². Przepisy ust. 2 i 3 art. 54 PD I wydają się obecnie niekwestionowaną normą prawa zwyczajowego, aczkolwiek trzeba zwrócić uwagę, że istnieją wątpliwości w zakresie przyjęcia, czy miały one charakter deklaracyjny czy też konstytutywny w 1977 roku³⁷³. Powyższe przekonanie potwierdza treść reguły nr 97 instrukcji harwardzkiej z 2009 roku o prawie międzynarodowym w wojnie powietrznej. Potwierdza ona, że legalną metodą prowadzenia działań powietrznych jest metoda polegająca na odcięciu dostaw względem izolowanego garnizonu wojskowego, a ponadto

370 H. Blix, *Means and Methods...*, s. 143.

371 Y. Dinstein, *Starvation of Civilians...*, s. 151.

372 P. Macalister-Smith, *Protection of Civilian Population and the Prohibition of Starvation as Method of Warfare*, Draft Texts of International Humanitarian Assistance, „International Review of the Red Cross” 1991, vol. 31, s. 444.

373 S. Hutter, *Starvation as a Weapon – Domestic Policies of Deliberate Starvation as a Means to an End under International Law*, Leiden 2015, s. 205.

komentarz do instrukcji podnosi, że tzw. *siege warfare* nie jest zakazana normami prawa międzynarodowego³⁷⁴.

Artykuł 56 PD I był z kolei zupełną nowością normatywną, związaną bezpośrednio ze zniszczeniami infrastrukturalnymi, których skutki mogłyby wywołać poważne straty wśród ludności cywilnej. Podczas prac grupy ekspertów rządowych podniesiono, że ochrona zaproponowana w wersji początkowego projektu z 1971 roku powinna wyszczególnić wśród obiektów cywilnych pewne kategorie budowli czy konstrukcje, których ochrona powinna być szczególnie wzmocniona³⁷⁵. W pierwszej kolejności w ramach powyższej klasyfikacji uwzględniono elementy infrastruktury takie jak tamy, zapory, a także instalacje elektryczne. W pierwotnych propozycjach umieszczono ogólny obowiązek powstrzymania się we wszelkich okolicznościach od ataków na powyższe obiekty, których zniszczenie mogło powodować uwolnienie sił w sposób naturalny bądź sztuczny³⁷⁶. W tekście projektu art. 49 PD I (późniejszy art. 56 PD I) zawarto zakaz niszczenia instalacji uwalniających niebezpieczne siły takie jak zapory, tamy oraz elektrownie jądrowe. Wiele sporów wywołał ust. 2 wymienionego przepisu zakazujący zasadniczo rozmieszczenia jakichkolwiek celów wojskowych w bezpośredniej bliskości budynków chronionych specjalnym immunitetem. W trakcie prac grupy ekspertów rządowych wykazano konieczność zezwolenia w ramach powyższego przepisu na rozmieszczenie uzbrojenia defensywnego. Kontrowersje były w tej mierze oczywiste z uwagi na brak możliwości faktycznego zdeterminowania rozmieszczenia tego typu broni³⁷⁷.

Podczas prac samej konferencji z lat 1974–1977 podkreślono, że ochrona ludności cywilnej przed zagrożeniami wynikającymi z uwolnienia niebezpiecznych sił ma charakter absolutny i niezależny od pierwotnego wykorzystania danej struktury. Wymiar ochrony „budowli zawierających niebezpieczne siły” był warunkowany brakiem obecności celów wojskowych w pobliżu³⁷⁸. Delegacje państw zgłaszały uwagi co do 1) możliwości wykorzystywania szczególnego charakteru ochrony obiektu do osłony celów wojskowych oraz 2) instalacji urządzeń bądź struktur bojowych o charakterze obronnym, które nie powinny zmieniać pierwotnego przeznaczenia obiektu oraz 3) ograniczenia absolutnego charakteru ochronnego z uwagi na interes wojskowy³⁷⁹. Dotyczyło to np. grobli, które mogły służyć jako miejsca

374 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR...*, s. 269–270.

375 ICRC, Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflict, *Report on the Work of the Conference, Vol. I...*, para. 3.136, s. 146.

376 Zob. propozycja państw arabskich; ICRC, Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflict, *Report on the Work of the Conference, Vol. II...*, s. 82.

377 ICRC, *Draft Additional Protocols...*, s. 63.

378 CDDH/III/RS.18, para. 16, s. 154.

379 CDDH/III/RS.18, para. 19–39, s. 154–157.

oporu obrony³⁸⁰. Delegacja Stanów Zjednoczonych podkreśliła, że wypracowane rozwiązanie powinno uwzględniać okoliczność wykorzystania obiektu do celów wojskowych oraz fakt, że narażenie ludności cywilnej na powstanie określonych skutków może mieć charakter nieproporcjonalnie niski w stosunku do korzyści wojskowej, podnosząc ponadto, że nie każdy atak wymierzony w tę instalację może wywoływać drastyczne skutki³⁸¹. H. Blix wskazał, że samo wykorzystywanie np. energii elektrycznej do celów wojskowych nie może *per se* świadczyć o możliwości atakowania obiektów zawierających niebezpieczne siły i przepis wymaga w tej mierze uzupełnienia o dodatkowe przesłanki³⁸². Ostatecznie przepis zawierał aż trzy elementy ochrony powyższych budowli i urządzeń. Pierwszym było założenie, że zwłaszcza zapory, groble oraz elektrownie jądrowe nie są celem wojskowym. Drugim było przyjęcie, że jeżeli obiekt taki kwalifikuje się ze względu na swoje przeznaczenie jako obiekt wojskowy, to istnieje specjalny reżim związany z możliwością ataku na taki obiekt. Trzecim elementem było podkreślenie, że oprócz wskazanych zastrzeżeń istnieją także ogólne zasady na gruncie art. 57 PD I z 1977 roku. Artykuł 56 ust. 1 PD I zakładał, że jedynie ataki, co do których istnieje możliwość wyzwolenia sił niebezpiecznych i poważnych strat wśród ludności cywilnej, są zakazane (obydwie przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie)³⁸³. Do urządzeń zawierających niebezpieczne siły zaliczano wszelkie instalacje, które mogą doprowadzić do rozprzestrzeniania się w sposób niekontrolowany toksyn czy też promieniowania wszelkiego rodzaju (definicja abstrakcyjna). Z drugiej jednak strony np. instalacji naftowych nie uważano za uwalniające niebezpieczne siły³⁸⁴. Trzy typy instalacji otrzymały na gruncie wymienionego przepisu szczególny status: zapory, groble oraz elektrownie jądrowe. Zgodnie z powyższym obiekty te tracą chroniony status, jeżeli są 1) wykorzystane w inny niż normalny sposób, 2) stanowią element regularnego, istotnego i bezpośredniego wsparcia operacji wojskowych oraz 3) atak jest jedynym możliwym środkiem służącym ustaniu takiego wsparcia. Raport trzeciego komitetu zdecydowanie podkreślał wymóg kumulatywnego spełnienia powyższych przesłanek³⁸⁵. W kontekście praktycznego zastosowania podkreślono możliwość wykonywania ataków na instalacje towarzyszące – np. elektrownie wodne, korzystające z zapory, jednakże pod warunkiem spełnienia wymogu regularnego (czyli względnie stałego), istotnego (stanowiącego wymierny komponent) i bezpośredniego wsparcia operacji wojskowych – takim użytkowaniem mogły być np. napędzanie produkcji uzbrojenia, dostarczanie prądu instalacjom radarowym czy też wspieranie infrastruktury dowodzenia³⁸⁶. Rozumienie przesłanek ma charakter

380 CDDH/III/RS.18, para. 38, s. 158.

381 CDDH/III/RS.18, para. 39–40.

382 CDDH/III/SR.19, para. 11–12.

383 CDDH/215/Rev. 1, para. 87, s. 282.

384 Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 2146–2151, s. 668.

385 CDDG/215/Rev. 1, para. 88, s. 283.

386 CDDG/215/Rev. 1, para. 91, s. 284.

subiektywny, ale w ocenie komentatorów PD I pojęcia są jasne i powinny być interpretowane zgodnie ze zdrowym rozsądkiem³⁸⁷.

Artykuł 56 ust. 5 PD I zezwalał na wykorzystanie w celu ochrony budowli specjalnych urządzeń o charakterze defensywnym i tylko tych, które powinny odparować ataki względem samej budowli o charakterze ochronnym. Wskazany przepis jest istotny z punktu widzenia ograniczeń w zakresie rozmieszczenia artylerii przeciwlotniczej oraz limitujący możliwość kontrreakcji lotnictwa na jej obecność, a także nakładający wyraźny obowiązek identyfikacji celu³⁸⁸. Podczas wojny w Wietnamie (co zresztą wskazał sam delegat Wietnamu Północnego podczas obrad konferencji dyplomatycznej w latach 1974–1977, twierdząc, że zarejestrowano ok. 600 przypadków bombardowań grobli) wysuwano szereg oskarżeń względem amerykańskiego lotnictwa bojowego związanego z atakami na groble oraz tamy położone w północnej części kraju³⁸⁹. Raport trzeciego komitetu podnosił, że zakazane jest rozmieszczanie pocisków, które mają zdolność do zaatakowania na odległość nieprzyjacielskich sił zbrojnych³⁹⁰. *Per se* powoduje to niemożność rozmieszczenia środków atakowania na odległość w celu osłony tych obiektów takich jak np. stanowiska rakiet ziemia – powietrze³⁹¹.

Zwyczajowy charakter normy określonej na gruncie art. 54 ust. 1 PD I zdaniem C. Greenwooda jest przykładem postępu prawa międzynarodowego, który krystalizuje się w formie prawa zwyczajowego. W kontekście art. 56 PD I ten sam autor z uwagi na brak relewantnej praktyki państw nie był w stanie określić, czy norma zawarta w tym przepisie ma wartość normatywną wynikającą ze zwyczaju³⁹². W kontekście pozycji Stanów Zjednoczonych wskazywano, że art. 56 PD I w zakresie, w jakim zabrania się ataków na sieć energetyczną adwersarza, jest niezgodny ze zwyczajową praktyką obowiązującą w tej mierze³⁹³.

387 „This triple qualification, which is also found in sub-paragraphs (b) and (c), may seem to be subject to subjective interpretation, but these terms merely express common sense, i.e., their meaning is fairly clear to everyone”. Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 2162, s. 671.

388 L. C. Green, *Modern Law of War...*, s. 149.

389 Strona amerykańska z kolei raportowała o przypadkach celowego rozmieszczania środków obrony przeciwlotniczej w obrębie tych obiektów.

390 CDDG/215/Rev. 1, para 93, s. 284.

391 „In the second case such artillery may only be used against aircraft which are out to attack the protected works or installations, but not against aircraft flying over the works or installations on their way to attacking another military objective. It cannot be denied that this could pose serious difficulties of judgment”. Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 2175, s. 674.

392 C. Greenwood, *Customary Law Status of the 1977 Geneva Protocol*, [w:] A. J. M. Delisen, G. J. Tanja (red.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Londyn 1991, s. 110.

393 G. H. Aldrich, *Prospects for United States Ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions*, „American Journal of International Law” 1991, vol. 45, s. 12.

12. Stosowanie środków ostrożności

12.1. Uwagi ogólne

Bez wątpienia jednym z najistotniejszych wymiarów współczesnego prawa wojny powietrznej jest obowiązek wynikający z art. 57 PD I, tj. wymóg stosowania tzw. aktywnych środków ostrożności podczas ataku³⁹⁴. O konieczności stosowania odpowiednich kroków inherentnie związanych z planowaniem i przygotowaniem operacji bojowej stanowiły już haskie reguły z 1923 roku, a wcześniej art. 27 Regulaminu haskiego oraz art. 5 IX Konwencji haskiej z 1907 roku. W rezolucji nr 2675 (XXV), stanowiącej minikonstytucję podstawowych praw i obowiązków stron walczących w konflikcie zbrojnym, nawiązało do nich ZO ONZ. Z kolei do jednomyślnej rezolucji Ligi Narodów z 30 września 1938 roku odwołano się w rezolucji MKCK z 1969 roku, wymieniając wśród konkretnych obowiązków strony atakującej: a) uważną identyfikację oraz dobór celu ataku, b) precyzję w samym przeprowadzeniu ataku, c) powstrzymanie się od ataków bez rozróżnienia (chyba że przedmiotem jest wyłącznie obszar obsadzony celami wojskowymi), a także nałożenie na stronę broniącą obowiązku podjęcia tzw. biernych środków ostrożności³⁹⁵. W 1969 roku podczas XXI konferencji MKCK eksperci wymienili konieczność stosowania środków ostrożności podczas ataku jako fundament przyszłych rozwiązań w zakresie ochrony ludności cywilnej³⁹⁶. W raporcie MKCK kierowanym do grupy ekspertów rządowych jako przykład konkretnych działań wskazano m.in. atak na fabrykę uzbrojenia w takiej porze dnia, gdy panuje w niej najmniejsza możliwa aktywność³⁹⁷. Podniesiono, że zespół aktywnych środków

394 „Term «active» precautions may be used when referring to those that the author of the attack must take with regard to the civilian population and non-military objects of the party attacked, and the term «passive» precautions when referring to those which the party attacked must take with regard to the civilian population and non-military objects vis-a-vis the author of the attack”. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, *Protection of the Civilian Population...*, s. 76.

395 „The precautions to which allusion is made would include, for the attacking side, the careful choice and identification of military objectives, precision in attack, abstention from target-area bombing (unless the area is almost exclusively military), respect for and abstention from attack on civil defence organizations: the adversary being attacked would take the precaution of evacuating the population from the vicinity of military objectives”. *Ibidem*.

396 XXII International Conference of the Red Cross, *Reaffirmation and Development of the Laws and Customs Applicable in Armed Conflict*, Genewa 1974, s. 74.

397 „Precautions exist and may be taken with regard to the latter. For example, the attacker would choose to bomb a munitions factory when the workers were not present there”. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, *Protection of the Civilian Population...*, s. 39.

ostrożności składa się z czterech zasadniczych elementów: 1) identyfikacji celu, 2) wystosowania ostrzeżenia, 3) proporcjonalności, 4) prawidłowego doboru metod i środków przeprowadzenia ataku³⁹⁸. Wśród wymienionych zasad najbardziej problematyczna była kwestia stosowania ostrzeżenia, którego wartość normatywna wydawała się zupełnie pozbawiona praktycznego znaczenia oraz szeroko pomijana w praktyce walczących.

12.2. Przebieg prac przygotowawczych nad treścią obowiązku stosowania środków ostrożności

Już w dokumencie MKCK sformułowano tezy, które w sposób nieznaczny różniły się od zaaprobowanych później na gruncie konferencji dyplomatycznej z lat 1974–1977, w postaci obowiązku podjęcia wszelkich koniecznych kroków chroniących ludność cywilną (*necessary steps to spare the civilian population*), weryfikacji (*ensure*), ostrzeżenia oraz proporcjonalności. W trakcie prac nad projektem PD I eksperci rządowi postulowali wprowadzenie „uelastycznienia” językowego, które zmniejszy zakres wymagań ciężących na stronie atakującej, aby uczynić te postanowienia bardziej akceptowalnymi³⁹⁹. Projekt przewidywał w art. 50 ust. 1 projektu (późniejszy art. 57 PD I) wprowadzenie ogólnej zasady ciągłej dbałości o ludność cywilną, cywili oraz obiekty cywilne. Pod obrady konferencji przedłożono dwa projekty wersji ust. 2 – jedna przewidywała, że planujący atak powinien upewnić się co do rzeczywistego charakteru celów wojskowych, druga zaś obliżowała dowodzącego do podjęcia wszelkich rozsądnych kroków w celu weryfikacji charakteru obiektu. W dalszych ustępach przewidywano obowiązek powstrzymania ataku, jeżeli miałby on spowodować nadmierne straty wśród niewalczących w stosunku do oczekiwanej (z istotnym zastrzeżeniem o ile było to możliwe), konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej, a także obowiązek uprzedniej weryfikacji tej reguły. Ponadto wprowadzono obowiązek takiego doboru środków i metod walki, które nie wywołają strat wśród dóbr cywilnych, a także doboru celu w taki sposób, aby niebezpieczeństwo dla ludności cywilnej było jak najmniejsze⁴⁰⁰. Czynniki uwzględnianymi w procesie przygotowania ataku, wpływającymi na szacowanie niebezpieczeństwa mogącego powstać względem ludności cywilnej były m.in. położenie ludności cywilnej i dóbr

398 „In a general sense, almost all the experts approved the concepts of proportionality, identification and the choice of weapons and the means of inflicting injury on the enemy, such as they appear in the articles of the Draft Rules mentioned above, without making hardly any reservations as to the wording of these articles”. *Ibidem*, s. 82.

399 „Several of them stated that the obligations contained in this article would be, from a military point of view, too absolute, and thus impracticable”. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, *Report on the Work of the Conference, Vol. I*, Genewa 1972, para. 3.187, s. 157.

400 ICRC, *Draft Additional Protocols...*, s. 64.

cywilnych względem celów wojskowych, ukształtowanie terenu, celności wykorzystanego uzbrojenia, warunki pogodowe, charakterystyka celów wojskowych, a także umiejętności celowania walczących⁴⁰¹.

Na samej konferencji prace nad ostateczną treścią art. 57 PD I przebiegały z pewnymi trudnościami wynikającymi z zapisu zasady proporcjonalności określonego na gruncie art. 51 ust. 5 pkt (b) PD I z 1977 roku. Podczas obrad wskazano na dwa rodzaje obowiązków wynikające z art. 57 PD I – pierwszym rodzajem były obowiązki pozytywne w postaci identyfikacji, udzielenia ostrzeżenia oraz doboru odpowiedniego środka i metody ataku, drugim zaś były wynikające z subiektywnego przekonania walczących, tj. kwestia stosowania tzw. idei proporcjonalności oraz wyboru pomiędzy celami wojskowymi⁴⁰². Delegacje różnych państw uznały, że należy doprowadzić do wzmocnienia zapisu dotyczącego obowiązku powstrzymania się od ataku, jeżeli jego dokonanie mogłoby prowadzić do powstania nadmiernych strat wśród ludności cywilnej w stosunku do bezpośredniej i oczekiwanej korzyści wojskowej⁴⁰³. Przedstawiciel Kanady wskazał, że art. 57 PD I jest bezpośrednim odniesieniem do kontekstu bombardowania lotniczego, wnioskując przy tym zastąpienie przepisów o charakterze bezwzględnym uwarunkowaniami opierającymi się na zdrowym rozsądku (*reasonable* – tak też delegacja Australii, Wielkiej Brytanii)⁴⁰⁴.

Ekspertcy proponowali wprowadzenie rozwiązań, które miałyby wprowadzać dodatkowe elementy aktywnych środków ostrożności względem środków uzbrojenia uznanych za niekontrolowane bądź „ślepe”, m.in.: a) wymóg oznaczenia min morskich na mapach, b) wyposażenie broni mogącej wywoływać poważne obrażenia ludności cywilnej w urządzenie bezpieczeństwa pozwalające na deaktywowanie broni, gdy tylko znajdzie się poza kontrolą osoby, która ją rozmieściła. W trakcie dyskusji wywiązała się polemika pomiędzy przedstawicielem Wietnamu a Stanów Zjednoczonych, dotycząca uznania zasady proporcjonalności za element prawa zwyczajowego⁴⁰⁵. Podczas głosowania nad treścią art. 50 (później-

401 „The dangers to civilian population and civilian objects arise from widely differing factors, such as the location of the persons and objects concerned (in the immediate vicinity of a military objective), the configuration of the terrain (danger of landslide, of ricochetting, etc.), the accuracy of the weapons used (relative dispersion according to trajectory; firing range, ammunition used, etc.), meteorological conditions (visibility, effect of wind, etc.), specific nature of the military objectives (ammunition stores, fuel tanks, army nuclear stations, etc.), and combatants' mastery of techniques”. ICRC, *Draft Additional Protocols...*, s. 65.

402 CDDH/III/SR.21, para. 4, s. 182.

403 CDDH/III/SR.21, para. 13, s. 184.

404 CDDH/III/SR.21, para. 30, s. 186.

405 „As to the principle of proportionality, the aim was to draft a rule which was in his view already established by custom and in practice. Custom was one of the most important sources of international law and it was provided for in the Statute of the International Court of Justice. The rule already existed, and it must be explicitly codified in the documents designed to ensure the protection of the civilian population and civilian objects”. CDDH/III/SR.21, para. 91, s. 194.

szego art. 57 PD I) w ramach tzw. trzeciego komitetu przyjęto następującą zmianę: zamiast sformułowania „tworzy ryzyko” przyjęto zwrot „może powodować”. Istotna decyzja zapadła w przedmiocie art. 50 ust. 3, w ramach którego zdecydowano się przyjąć zwrot „chyba że okoliczności nie pozwalają”, zamiast „o ile okoliczności pozwolą”⁴⁰⁶. Zdecydowanym natomiast przełomem w pracach nad treścią art. 50 ust. 2 pkt (a) ppkt I i II (art. 57 ust. 2 pkt (a) ppkt (i), (ii) PD I) było wprowadzenie zwrotu *feasible* („wszystko, co praktycznie możliwe”) zamiast zwrotu „rozsądne”⁴⁰⁷.

Warto w tym miejscu zwrócić szczególną uwagę na treść art. 57 ust. 4 PD I tj. przepisu, który dotyczył prowadzenia operacji na morzu oraz lądzie, każda strona powinna przedsięwziąć wszelkie uzasadnione środki ostrożności w celu ochrony dóbr i ludności cywilnej, z uwzględnieniem przepisów prawa międzynarodowego charakterystycznych dla tych konfliktów zbrojnych. Zgodnie z raportem grupy roboczej należy wskazać, że przepis ten wiązał się bezpośrednio z wyłącznie wskazanym na gruncie art. 49 ust. 3 PD I⁴⁰⁸. Oznacza to w konsekwencji, że art. 57 ust. 4 PD I swoim zakresem zastosowania wychodzi ponad ograniczenia PD I regulujące zasadniczo postępowanie względem celów i obiektów położonych na lądzie i ma zastosowanie także względem operacji wojskowych prowadzonych w przestrzeni powietrznej.

12.3. Wykładnia art. 57 PD I

Artykuł 57 PD I w formie przedstawionej przez grupę roboczą uzyskał szerokie poparcie delegatów państw. W uzasadnieniu delegacja Turcji zwróciła uwagę, że zwrot „wszystko, co praktycznie możliwe” powinien być interpretowany z uwzględnieniem sformułowania „praktycznie wykonalne” (*practicable*), biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności istniejące w chwili podejmowania decyzji oraz te, które mają znaczenie dla powodzenia operacji wojskowej⁴⁰⁹. Szwajcaria wskazała, że obowiązki określone na gruncie art. 57 PD I mogą być adresowane tylko względem dowództwa wyższego szczebla⁴¹⁰. RFN określiło, że przepis ten ma za-

406 CDDH/III/SR.31, para. 20–32, s. 302–303.

407 CDDH/215/Rev.1, para. 98, s. 285.

408 „In recognition of the limitation of the scope of this Section, as set forth in article 44, paragraph 1, on the effect on the law applicable to armed conflict at sea or in the air, paragraph was added to article 50 to ensure that all reasonable precautions would nevertheless be taken in the conduct of armed conflict at sea and in the air”. CDDH/215/Rev.1, para. 99, s. 285.

409 „Mr. SOYSAL (Turkey) said that as far as his delegation was concerned the word «feasible» in Article 50 and other articles should be interpreted as related to what was practicable taking into account all the circumstances at the time and those relevant to the success of military operations”. CDDH/SR.42, para. 41, s. 211.

410 CDDH/SR. 42, para. 43, s. 212.

stosowanie względem osób odpowiedzialnych za planowanie, decydowanie oraz wykonanie ataku na podstawie oceny danych dostępnych ze wszystkich źródeł w chwili podejmowania decyzji⁴¹¹. Ostateczna ocena w oparciu o równanie proporcjonalności powinna odbywać się, biorąc pod uwagę korzyść wojskową płynącą z całego wymiaru ataku, a nie jego pojedynczych elementów⁴¹². Podobne wyjaśnienia złożyły w tym duchu Włochy oraz Stany Zjednoczone⁴¹³. Interesujące wyjaśnienie złożyły Indie, wskazując, że przepis ten będzie miał zastosowanie zgodnie z ograniczeniami, praktycznością i zasadnością wykorzystania danego środka bądź metody ataku. Przepis ten będzie obowiązywał stronę tylko w zakresie faktycznie dostępnych możliwości, nie obligując państwa do podjęcia działań niemieszczących się w powyższych granicach⁴¹⁴.

A. P. V. Rogers podnosi, że art. 57 PD I spełnił swoją rolę „naprawczą” wobec degeneracji prawa międzynarodowego wskutek bombardowań lotniczych w okresie II wojny światowej, wprowadzając konkretne obowiązki poprzedzające fazę ataku⁴¹⁵. Przepis art. 57 PD I w ust. 1 przewiduje konieczność ciągłego poszanowania szczególnego statusu ludności cywilnej, osób cywilnych oraz dóbr cywilnych. Artykuł 57 PD I odnosi się do przebiegu operacji zbrojnych, więc jest pojęciem odmiennym od pojęcia ataku określonego na gruncie pozostałych ustępów przepisu – operacje wojskowe obejmują bowiem nie tylko sam akt przemocy, ale także elementy związane z przemieszczaniem się oraz ruchami wojsk. Ustęp 2 wymienionego przepisu formułuje wykaz obowiązków i wymaganych elementów podjęcia środków ostrożności⁴¹⁶. Słusznie wskazuje P. Barber, że wymogiem art. 57 ust. 2 PD I jest spełnienie konieczności wypełnienia wszystkich elementów wskazanych w art. 57 ust. 2 pkt (a) ppkt (i) – w pierwszej kolejności dowodzący operacją („planujący lub decydujący o podjęciu ataku”) powinien „uczynić wszystko,

411 „The Federal Republic of Germany has voted in favour of Article 50 of Protocol I on the understanding that commanders and others responsible for planning, deciding upon or executing an attack necessarily have to reach decisions on the basis of their assessment of the information from all sources which is available to them at the relevant time”. CDDH/SR.42, s. 226.

412 *Ibidem*.

413 „Commanders and others responsible for planning, deciding upon or executing attacks necessarily have to reach decisions on the basis of their assessment of the information from all sources which is available to them at the relevant time. This of course is appropriate for the entire section, including Articles 45 and 47. The reference in Articles 46 and 50 to military advantage anticipated from an attack are intended to refer to the advantage anticipated from the attack considered as a whole and not only from isolated or particular parts of that attack. It is the understanding of the United States Government that the word «feasible» when used in draft Protocol I for example in Articles 50 and 51 refers to that which is practicable or practically possible taking into account all circumstances at the times including those relevant to the success of military operations”. CDDH/SR.42, s. 241.

414 CDDH/SR. 42, s. 228.

415 A. P. V. Rogers, *Law...*, s. 96.

416 W. A. Solf, W. G. Grandison, *International Humanitarian Law...*, s. 584.

co praktycznie możliwe”, aby zweryfikować, czy obiekty mające być celem ataku stanowią legalny cel wojskowy w rozumieniu art. 52 ust. 2 PD I, ich zaatakowanie nie jest wykluczone np. innymi przepisami protokołu (przykładem powyższych zapisów może być chociażby planowanie uderzeń powietrznych na obiekty szczególnie chronione i wymienione na gruncie art. 56 ust. 2 PD I)⁴¹⁷. Krok ten można określić jako element weryfikacji celu (jego dobór zasadniczo odbywa się wcześniej i generalnie jest uzależniony od przyjętej doktryny taktyczno-strategicznej)⁴¹⁸. Po stwierdzeniu, że cel mający być przedmiotem ataku może być zaatakowany z perspektywy międzynarodowego prawa humanitarnego, następnym środkiem jest dokonanie tzw. *weaponering*, czyli wyboru metody i środków, które mają być wykorzystane do wykonania ataku⁴¹⁹. W tym kontekście zasadniczym kryterium jest ustalenie, czy planowane metody wykorzystywane do uderzenia nie są zakazane w świetle dyspozycji art. 51 ust. 4 i 5 PD I, tj. czy metody oraz środki mogą prowadzić do przyjęcia, że dany atak ma charakter bez rozróżnienia. Nie zawsze jednakże w ramach doboru broni do wykonania zadania dowodzący powinien kierować się wyłącznie kryterium związanym z ograniczeniem strat incydentalnych, zwłaszcza jeżeli dobór takiego uzbrojenia może prowadzić do naruszenia równowagi operacyjnej – chociażby w kontekście dalszego przebiegu kampanii czy też prowadzenia zadań znacząco zwiększających ryzyko dla własnych sił zbrojnych⁴²⁰. Instrukcje państw wskazują na kryteria dokonywania doboru broni i metody ataku. Amerykańska instrukcja wojny powietrznej AFP 110-31 wskazywała na czynniki związane z ukształtowaniem terenu, warunkami pogodowymi, odległością osób i dóbr cywilnych od celu, aktualnie posiadaną techniką bombardowania, a także kwestie związane z możliwym oddziaływaniem środków obrony przeciwlotniczej⁴²¹. Krytycznym elementem planowania jest dokonanie analizy związanej z możliwością powstania incydentalnych strat wśród ludności cywilnej w ramach zasady proporcjonalności. W konsekwencji jeżeli powyższa analiza jest negatywna, to planujący atak musi powstrzymać się z wykonaniem ataku bądź odstąpić od jego wykonania. Artykuł 57 ust. 2 pkt (b) PD I dotyczy okoliczności, w których doszło do zmiany sytuacji w rejonie spodziewanego ataku – wówczas następuje konieczność aktualizacji decyzji u dowodzącego. Artykuł 57 ust. 3 PD I nakazuje, aby atak wobec celów, których zniszczenie przynosi identyczną korzyść wojskową, nastąpił wobec konkretnie tego, któremu nie towarzyszy ryzyko

417 „This textual interpretation is not really sensible though as a logical interpretation from the preamble that «Those who plan or decide upon an attack shall»: and the absence of «or» between clauses suggests that the planner must conform to all of the obligations, not just one of them”. P. Barber, *Scuds, Shelters and Retreating Soldiers: The Law of Aerial Bombardment in the Gulf War*, „Alberta Law Review” 1993, vol. 31, s. 687.

418 J. Reynolds, *Collateral Damage on the 21st Century...*, s. 25.

419 M. N. Schmitt, *Asymmetrical Warfare...*, s. 41.

420 G. S. Corn, G. P. Corn, *The Law of Operational...*, s. 353, 371.

421 *Air Force Pamphlet AFP 110-31*, s. 5–10.

zwiększonych strat wśród ludności cywilnej. Jak wskazuje J. Dill, w praktyce ostatnie warunki mają rzadko zastosowanie w warunkach pola walki⁴²². Wydaje się jednak, że odwołane ataki nie są raportowane przez państwa, ale z pewnością są częstym przypadkiem – np. NATO w 2011 roku podczas operacji w Libii informowało o odwołaniu setek misji bojowych z uwagi na niespodziewaną obecność ludności cywilnej.

Jak wskazano w literaturze, pojawia się podstawowe zagadnienie adresata dyspozycji przepisu. Zgodnie z treścią art. 57 ust. 2 pkt (a) PD I odwołuje się do osoby planującej lub decydującej o podjęciu ataku, co pozostawia poza nawiasem przepisu personel inny niż potencjalnie kadrę oficerską bądź osoby, które rzeczywiście posiadają decydujący wpływ na przygotowanie i wykonanie operacji⁴²³. Zwrócić należy jednakże uwagę, że przesłanka ta nie jest jasna w kontekście wojny powietrznej – np. W. H. Boothby wskazuje, że faza decydowania o podjęciu ataku obejmuje także decyzję o wystrzeleniu pocisków, bomb oraz rakiet oraz kierowaniu nimi⁴²⁴. W. J. Fenrick z kolei podnosi, że pojęcie „atak” zaproponowane w ramach art. 49 PD I obejmuje również pojedynczy strzał z broni, jednak uważa, że w ramach art. 51 ust. 5 pkt (b) i art. 57 ust. 2 PD I sformułowanie to nie może odnosić się do pojedynczego żołnierza. *Ratio* w tej mierze to brak praktycznego uzasadnienia, aby wymagać od pojedynczej osoby dostępu do danych wywiadowczych i rozpoznawczych, które są przetwarzane na poziomie wyższego dowództwa⁴²⁵. I. Henderson uważa, że należy uznać za najbardziej trafne stanowisko wyrażone w deklaracji interpretacyjnej Zjednoczonego Królestwa, według którego art. 57 ust. 2 PD I jest stosowany wobec osoby, która „ma uprawnienie bądź faktyczną możliwość, aby zatrzymać bądź przerwać atak”⁴²⁶.

Literatura wskazuje konkretne przypadki prawidłowego zastosowania środków ostrożności w kontekście ataków powietrznych. Komentarz MKCK do PD I wskazuje, że w okresie II wojny światowej alianckie lotnictwo starało się ostrzegać robotników przymusowych pracujących w fabrykach zbrojeniowych przed nalotem⁴²⁷. Jednym z pierwszych przykładów była decyzja o wykorzystaniu pocisków

422 J. Dill, *Applying the Principle of Proportionality in Combat Operations, Policy Briefing*, Oxford 2010, s. 7.

423 S. Oeter, *Methods and Means...*, s. 182.

424 W. H. Boothby, *The Law of the Targeting...*, s. 120.

425 W. J. Fenrick, *The Rule of Proportionality and Protocol...*, s. 102.

426 I. Henderson, *The Contemporary...*, s. 159.

427 Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 2200, s. 682. Autor pracy potwierdza tę praktykę, poprzez oparcie się na osobistej relacji swojego dziadka, który w latach 1943–1945 był robotnikiem przymusowym w fabryce IG Farben pod Magdeburgiem. Nalot poprzedzało z reguły pojawienie się samotnego bombowca (tzw. pathfinder – maszyna prowadząca strumień bombowców), który krążąc nad celem, jednocześnie oznaczał go (w drodze metody radarowej – poprzez wykorzystanie radaru H2X, bądź wizualnie – flarami albo świecami dymnymi) dla ataku oraz ostrzegał osoby znajdujące się w zakładach.

precyzyjnego rażenia do niszczenia instalacji energetycznych znajdujących się w bezpośrednim sąsiedztwie tam wodnych położonych w Wietnamie Północnym, która zapobiegła zniszczeniu tych obiektów w razie doboru konwencjonalnej metody ataku⁴²⁸. Innym przykładem jest atak na fabrykę samochodów w Kragujevac (NATO w 1999 roku), gdzie zniszczono jedynie część obiektu odpowiadającą za produkcję czołgów⁴²⁹. Część autorów podnosi, że w trakcie prac przygotowawczych posługiwano się regułami użycia siły (ROE) obowiązującymi amerykańskie siły powietrzne podczas misji „Linebacker I” i „Linebacker II” w zakresie:

- a) stałego poszanowania zasady różnicowania – poprzez sformułowanie planu operacyjnego zakładającego dobór celów natury wojskowej;
- b) konieczności uprzedniej identyfikacji celów – w miarę możliwości ostateczna weryfikacja w formie metody wzrokowej w ramach niskiego pułapu ataku;
- c) doboru odpowiednich metod ataku – zakaz łamania formacji przed zrzutem bomb, wykorzystywania środków walki radiotelegraficznej w celu uniknięcia manewrów obronnych obniżających skuteczność ataku powietrznego (na tle powyższym doszło do incydentu związanego ze szpitalem Bach Mai pod Hanoi w 1972 roku);
- d) wyboru właściwego środka – przeznaczenie B-52 do ataków na wyraźnie odznaczające się cele przemysłowe, wyznaczenie lotnictwa taktycznego do ataków celów w ramach obszarów zabudowanych⁴³⁰.

Innym przykładem był rozkaz wydany amerykańskim załogom dokonującym nalotów na mosty w Bagdadzie, aby kierunki nalotów miały charakter prostopadły do obiektów, co miało zapobiec możliwości niekontrolowanego upadku pocisków na dzielnice mieszkalne położone w sąsiedztwie mostów⁴³¹. Kolejnym przykładem jest podejmowanie ataków w porach dnia, w których aktywność ludności cywilnej jest najmniejsza, czy stosowanie amunicji z opóźnionym zapłonem

428 W. H. Parks, *The 1977 Protocols...*, s. 470.

429 J. Miller, *Commentary*, „International Law Studies” 2003, vol. 78, s. 110.

430 „Under orders from SAC headquarters, maneuvering to avoid SAMs or fighters at any time on the bomb run from the initial point to the target was prohibited. There were several reasons for this prohibition. First, it lessened the possibility of collision. Second, it ensured mutual electronic countermeasures (ECM) protection among the three aircraft in each attacking cell by maintaining cell integrity. Finally, and most important, it reduced the possibility of increased collateral damage caused by bombs straying off target. The prohibition was backed by a threat of court-martial against anyone who violated it. Another precaution taken to avoid harm to civilians was to route axes of attack parallel to, rather than over, populated areas located near targets. Finally, B-52 radar navigators were instructed not to drop their bombs if they were not positive of 100-percent accuracy”. G. Walne, *AFP 110-31: International Law – The Conduct of Armed Conflict and Air Operations and the Linebacker Bombing Campaigns of the Vietnam War*, Alexandria 1987, s. 14–15. Zob. W. H. Parks, *Linebacker and the Law of War*, „Air University Review” 1983, vol. 1–2.

431 L. Blank, *International Law and Cyber Threats from Non-State Actors*, „International Law Studies” 2013, vol. 89, s. 434.

w celu ewakuacji niewalczących⁴³². W razie pojawienia się wątpliwości na etapie planowania operacji bojowej dowódca powinien ponowić proces weryfikacji, mając świadomość, że istnieje domniemanie cywilnego charakteru celu⁴³³. Zupełnie nowy wymiar w kontekście art. 57 ust. 2 PD I przedstawiają bezzałogowe statki powietrzne, których działania stają się integralną częścią misji typu ISR (*Intelligence, Surveillance and Reconnaissance* – wywiad, wykrywanie, rozpoznanie)⁴³⁴. Podkreśla się w tej mierze, że zdehumanizowanie drona pozwala operatorowi na zwiększenie ryzyka operacyjnego utraty statku powietrznego przy weryfikacji celu⁴³⁵.

Zakres stosowania środków ostrożności może mieć wymiar zróżnicowany. Zobowiązania z art. 57 ust. 2 PD I mają przede wszystkim wymiar starannego działania, a nie rezultatu⁴³⁶. Obowiązek to działanie staranne, lecz niemuszające wypełniać znamion perfekcyjności⁴³⁷. Nie jest jednakże prawidłowe ograniczanie go wyłącznie do wymiaru obowiązku etycznego⁴³⁸. Wydaje się pewne, że dowodzący atakiem powinien zgodnie z dobrą wiarą oraz zdrowym rozsądkiem podjąć wszelkie praktycznie dostępne do wykorzystania w danym czasie i miejscu środki, mające na celu w pierwszej kolejności dokonanie prawidłowej weryfikacji celu będącego przedmiotem ataku. Jak zauważono w studium ILA z 2016 roku, służy to nie tylko i wyłącznie ochronie ludności cywilnej, ale również zapobiega marnotrawstwu wysiłku wojennego (zgodnie z przyjętą na gruncie PD I zasadą konserwacji energii wojskowej)⁴³⁹. Konkretnymi środkami w tej

432 M. Sassòli, *Le principe de précaution dans la guerre aérienne*, [w:] A.-S. Millet-Devalle (red.), *Guerre aérienne et droit...*, s. 103; I. Henderson, *The Contemporary...*, s. 169.

433 M. Lippman, *Aerial Attacks on Civilians...*, s. 37.

434 „For example, in a long-distance attack, a commander may rely on information obtained from aerial reconnaissance and intelligence units in determining whether to conduct an attack”. Department of Defense, *Law of War Manual...*, s. 196.

435 „This does not mean that an attacker must necessarily expose the UCAS to great risk from ground or air fire in order to enhance verification, but acceptance of somewhat greater risk than in the case of manned aircraft would seem reasonable when verification of the target can be enhanced, thereby significantly minimizing the risk of mistaken attack”. M. N. Schmitt, *Unmanned Combat Aircraft System...*, s. 614.

436 J.-F. Quéguiner, *Precautions under the Law Governing the Conduct of Hostilities*, „International Review of the Red Cross” 2006, vol. 88, s. 798.

437 D. Rudeill, *Precision War and Responsibility: Transformational Military Technology and the Duty of Care under the Laws of War*, „The Yale Journal of International Law” 2007, vol. 32, s. 533 i n.

438 „While it places an ethical duty on commanders to do everything in their power to ensure their targets and objectives are rational, it does not impose an impossible standard of certain knowledge. It is also in keeping with the principle of diminishing suffering to the maximum extent possible that a duty is imposed to cease attacking once certainty is gained and it becomes apparent that the target is not legitimate”. P. Barber, *Scuds, Shelters and Retreating...*, s. 682.

439 *The Conduct of Hostilities and International Humanitarian Law: Challenges of 21st Century Warfare*, International Law Association Study Group on the Conduct of Hostilities in the 21st Century, „International Law Studies” 2017, vol. 93, s. 382.

mierze mogą być działania wywiadowczo-rozpoznawcze poprzez fotografię lotniczą, satelitarną, działania kontrolerów naziemnych oraz inne statki powietrzne, jednakże przepis nie wskazuje, z jakim stopniem prawdopodobieństwa powinna nastąpić weryfikacja⁴⁴⁰.

Najwięcej wątpliwości budzi zakres podjętych środków ostrożności, jak również kwestia nierównowagi technologicznej adversarzy. J.-F. Quéguiner wskazuje, że art. 57 ust. 2 PD I nie tworzy obowiązku posiadania tylko i wyłącznie najnowszej technologii, lecz jedynie wykorzystania najbardziej efektywnych środków już będących w dyspozycji atakującego⁴⁴¹. Jak zauważyła jednak G. Blum, i co przynajmniej częściowo znajduje potwierdzenie w dokumentach z prac przygotowawczych konferencji dyplomatycznej z lat 1974–1977, kryterium to może pośrednio zakładać powstanie pewnego relatywizmu prawnego, różnicującego sytuację państw w zależności od ich potencjału ekonomicznego i technologicznego⁴⁴². Dotyczy to zwłaszcza problemu nabywania, wyposażenia i rzeczywistego wykorzystania amunicji precyzyjnego rażenia (co zostanie rozwinięte w rozdziale VII).

Inną kwestią jest zauważanie pewnego stałego trendu w kampaniach powietrznych realizowanych przez państwa dysponujące zaawansowanymi technicznie siłami powietrznymi. Należy wskazać, że przypadki powstania strat wśród niewalczących są docelowo rzadkością. Sugeruje to możliwość założenia, że stosowane środki ostrożności są adekwatne i spełniają swoją rolę, co w pewnym zakresie usprawiedliwia powstanie incydentalnych strat wśród osób i dóbr cywilnych. Percepcja doktryny i orzecznictwa jest zróżnicowana w tym zakresie. Raport komitetu *ad hoc* przy Urzędzie Prokuratorskim MTKJ (opisany szerzej poniżej) wskazuje, że ogólny charakter kampanii ma determinujący przebieg w tej mierze. Podobne stanowisko wyraził P. Barber⁴⁴³. Natomiast I. Henderson uważa, że każdy przypadek potencjalnego naruszenia przepisu art. 57 PD I jest podważeniem skuteczności środków ostrożności i powinien być oceniany *per casu*⁴⁴⁴. Interesujący pogląd w tej mierze wyraziła komisja arbitrażowa do spraw odszkodowań

440 J. Romer, *Killing in a Gray Area between Humanitarian Law and Human Rights: How Can the National Police of Colombia Overcome the Uncertainty of which Branch of International Law to Apply?*, Nowy Jork 2010, s. 91.

441 J.-F. Quéguiner, *Precautions under...*, s. 798; M. Bucholc, *Tendencje rozwoju współczesnych środków walki w kontekście minimalizacji strat ubocznych – wybrane zagadnienia z zakresu teorii*, „Międzynarodowe Prawo Humanitarne” 2013, vol. 5, s. 235.

442 G. Blum, *On a Differential Law...*, s. 193–194.

443 „If, in accordance with subparagraph 2(a)(i), the coalition commander had done «everything feasible to verify the objectives to be attacked are neither civilian nor civilian objects» then his expectation of minimal incidental casualties would be justifiable. It is not possible to determine exactly what «everything feasible» incorporates, but if normal intelligence gathering methods that had proven reliable in the past had been used on this occasion, it is probable that this would meet the required standard”. P. Barber, *Scuds, Shelters and Retreating...*, s. 689.

444 I. Henderson, *The Contemporary...*, s. 166.

w związku z konfliktem Etiopii i Erytrei, podnosząc, że walczący powinni dokonywać modyfikacji wytycznych w sprawie środków i metod bombardowania, o ile zamierzają zachować dobrą wiarę w realizacji obowiązku wynikającego z treści art. 57 ust. 2 PD I.

W. H. Parks uznaje, że art. 57 PD I zrywa z tradycyjnie pojmowaną wizją równego podziału odpowiedzialności za ochronę ludności cywilnej pomiędzy stroną atakującą (aktywną) i broniącą (pasywną). Przepis PD I konstruuje podwyższony standard staranności względem strony atakującej, pomimo że nie posiada ona często pełnej informacji dotyczącej sytuacji w strefie działań wojennych⁴⁴⁵. Pośrednio powyższa uwaga przyczyniła się do nieratyfikowania przez Stany Zjednoczone PD I⁴⁴⁶.

Proces stosowania środków ostrożności jest uznawany w procesie tzw. targetingu za pomost pomiędzy krokiem pierwszym, jakim jest zdeterminowanie charakteru celu, oraz krokiem drugim, jakim jest stosowanie zasady proporcjonalności – środki ostrożności w wielu wypadkach będą wyraźnie zmniejszały przewidywane efekty ataku o charakterze negatywnym, np. poprzez zastosowanie odpowiedniego typu uzbrojenia, metody ataku, pory bądź ostrzeżenia⁴⁴⁷. Praktyczne wskazania w tej mierze wymienia G. S. Corn, który podnosi, że proces decyzyjny związany z atakiem (w tym także potencjalnie operacją lotniczą) powinien składać się z czterech elementów o charakterze *de minimis*. Pierwszym było określenie, czy przedmiot ataku jest celem wojskowym i czy jego konsekwencją jest możliwość pojawienia się ofiar wśród ludności cywilnej. Drugim zwrócenie uwagi na alternatywę w dobrze metod i środków, które pozwolą uzyskać tę samą korzyść przy zmniejszeniu ryzyka strat towarzyszących. Trzecim jest ocena tzw. równania proporcjonalności, a czwartym sprawdzenie, czy dany środek ma charakter precyzyjnego, tj. może być skierowany przeciwko konkretnemu celowi⁴⁴⁸.

Istotnym wymiarem obowiązków wynikających z treści art. 57 PD I jest obowiązek stosowania uprzedniego ostrzeżenia. Należy zwrócić uwagę, że obowiązek ten jest wyraźnie osłabiony poprzez dodanie sformułowania „o ile okoliczności pozwalają”. Obowiązek stosowania ostrzeżenia może być zrealizowany m.in. w oparciu o działania o charakterze ogólnym. Wydaje się jednak, że sam fakt pozostawiania danego państwa w stanie konfliktu zbrojnego ma charakter w tej mierze zbyt abstrakcyjny. W istocie praktyka państw – zwłaszcza w nawiązaniu do

445 „It also is an error to view every civilian casualty as a war crime, and/or to place the entire responsibility for civilian casualties on the party to the conflict that has the least control over them”. W. H. Parks, *Commentary*, „International Law Studies” 2003, vol. 78, s. 288.

446 L. Hogue, *Identifying Customary International Law of War in Protocol I: A Proposed Restatement*, „Loyola International and Comparative Law Journal” 1991, vol. 13, s. 283–284.

447 G. S. Corn, G. P. Corn, *The Law of Operational...*, s. 799.

448 G. S. Corn, *Regulating Hostilities in Non-International Armed Conflicts: Thoughts on Bridging the Divide between the Tadi Aspiration and Conflict Realities*, „International Law Studies” 2015, vol. 91, s. 320.

ostatnich działań w Strefie Gazy w 2009 i 2014 roku oraz operacji NATO w Libii w 2011 roku – wskazuje na szerokie wykorzystanie nowoczesnej technologii do realizacji powyższych celów⁴⁴⁹.

W kontekście tzw. aktywnych środków ostrożności Instrukcja harwardzka podnosiła, że zwrot *feasible* – „wszystko, co praktycznie możliwe”, wykorzystywany na gruncie traktatowym oraz samej instrukcji ma charakter kontekstowy i dynamiczny w odniesieniu do wielu zmiennych czynników, np. dostępnych materiałów technicznych czy danych wywiadowczych w czasie i miejscu podejmowania decyzji. Komentarz podkreślał, że przy ocenie powyższego czynnika dowodzący powinien, zgodnie z zasadami dobrej wiary oraz zdrowego rozsądku, uwzględnić wszelkie względy o charakterze humanitarnym oraz wojskowym, w tym także kwestie bezpieczeństwa własnego statku powietrznego oraz jego załogi, jednak linią graniczną w tej mierze jest przestrzeganie międzynarodowego prawa humanitarnego. W tym kontekście przytacza się jako przykład sytuację, w której w sposób nadmierny chroni się własną załogę w sposób nieproporcjonalny w stosunku do względów humanitarnych⁴⁵⁰. Sam proces stosowania tzw. aktywnych środków ostrożności został uregulowany w treści reguły nr 32, która w ramach obowiązku stałej obserwacji nakazywała ocenę dowodzącemu operacją lotniczą. Dotyczyła ona ustaleń, czy przedmiotem ataku nie są osoby bądź dobra cywilne oraz inne obiekty szczególnie chronione⁴⁵¹. Pierwszym wymiarem powyższego nakazu było uczynienie wszystkiego co praktycznie możliwe, aby dokonać prawidłowej weryfikacji celu na podstawie uzasadnionych wiadomości z wszystkich dostępnych w chwili podejmowania decyzji źródeł. W warunkach operacji powietrznej klasyfikacja takiego celu może odbywać się dwuetapowo – najpierw w ramach struktur planowania operacyjnego, a następnie w wyniku bieżącego przebiegu misji bojowej, np. poprzez pilota dokonującego wzrokowej determinacji charakteru obiektu. Reguła nr 35 stanowiła, że w sytuacji, w której cel nie ma charakteru wojskowego, jest uprawniony do specjalnej ochrony. Według wymienionej reguły gdyby atak był nieproporcjonalny, powinien zostać zaniechany. Drugim wymiarem reguły stałej obserwacji jest dobór odpowiedniej metody oraz środków ataku, które pozwolą na wykluczenie bądź wyeliminowanie możliwości powstania strat towarzyszących. Komentarz instrukcji wskazywał na podjęcie konkretnych kroków w postaci: a) wykorzystania amunicji precyzyjnego rażenia, b) doboru prawidłowego kierunku ataku w kontekście geograficznym, c) dobrania metody ataku tak, aby zmniejszyć konsekwencje wynikające ze zniszczenia celu – np. w przypadku portów lotniczych wykorzystywanych zarówno przez lotnictwo wojskowe, jak i cywilne. Tu wystarczające może być uszkodzenie

449 C. B. Shotwell, *Economy and Humanity in the Use of Force: a Look at the Aerial Rules of Engagement in the 1991 Gulf War*, „United States Air Force Academy Journal of Legal Studies” 1993, vol. 15, s. 36.

450 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR...*, s. 27.

451 *Ibidem*, s. 143.

pasa startowego prowadzące do osiągnięcia efektu w postaci wstrzymania operacji lotniczych, a nieproporcjonalne będzie zniszczenie np. terminala pasażerskiego (o ile nie znajdują się w nim członkowie sił zbrojnych przeciwnika bądź jest wykorzystywany w inny sposób dla potrzeb militarnych). Trzecią konkretyzacją jest dokonanie oceny wymaganej zasady proporcjonalności, biorąc pod uwagę czynniki w postaci a) znanych efektów wykorzystanego typu uzbrojenia, b) możliwości objęcia zakresem ataku budynków cywilnych, c) liczby cywili mogących znaleźć się w zasięgu rażenia broni w czasie jego wykonania oraz d) możliwości ewakuacji i szukania schronienia przez ludność cywilną⁴⁵².

Reguła nr 33 powiela nakaz wynikający z treści art. 57 ust. 3 PD I stanowiący o konieczności doboru celu, którego zniszczenie będzie mniej niebezpieczne dla ludności cywilnej, jeżeli jego konsekwencją jest uzyskanie podobnej korzyści wojskowej. Komentarz w tej mierze wskazywał przykład elektrowni, która zasila w znaczącym zakresie potrzeby ludności cywilnej, a jej zniszczenie doprowadzi jedynie do ograniczonego w czasie i zakresie oddziaływania na możliwość prowadzenia działań wojennych przez przeciwnika – podnosząc, że tę samą korzyść można uzyskać poprzez zniszczenie transformatorów, jeżeli będzie to mniej niebezpieczne, względnie mniej uciążliwe dla ludności cywilnej.

13. Status obszarów niebronionych

W 1969 roku podczas XXI konferencji MKCK zwrócono uwagę na niezbędność wyraźnego określenia i ujednolicenia terminów miejscowości niebronionej (pojęcia używanego w ramach kodyfikacji haskiej z 1907 roku) oraz otwartej (*prima facie* sformułowania synonimicznego, użytego przez MKCK na gruncie projektu z 1956 roku)⁴⁵³. *Ratio legis* tworzenia różnego rodzaju stref, obszarów czy lokalizacji, które wyłączone byłyby spod możliwości prowadzenia działań zbrojnych, wynikało także z przepisów art. 13 i 14 IV Konwencji genewskiej z 1949 roku. Najpoważniejszym zagadnieniem w tej mierze okazywało się określenie jasnych reguł pozwalających na zdefiniowanie przesłanek oceny, kiedy dany rejon ma charakter niebronionego bądź otwartego. Na chwilę rozpoczęcia prac przygotowawczych konferencji dyplomatycznej 1974–1977 punktami odniesienia w tej mierze były:

- 1) przyjęcie ogólnego poglądu, że cele wojskowe zawsze mogą być przedmiotem legalnego ataku (o ile mają uzasadnienie w świetle zasady proporcjonalności);

⁴⁵² *Ibidem*, s. 145.

⁴⁵³ XXII International Conference of the Red Cross..., s. 70.

- 2) samo bazowanie na sformułowaniach „miejscowość niebroniona” czy „miejscowość otwarta” okazało się w drodze doświadczeń historycznych niedostateczne z punktu widzenia humanitarnego oraz znaczeniowo niedookreślone;
- 3) konieczność trwałego „zneutralizowania” w formie przepisu prawa pozytywnego jakichkolwiek przyczyn, które mogłyby uzasadnić dokonanie ataku na daną lokalizację – za modelem przyjętym w treści art. 16 Projektu MKCK z 1956 roku.

Y. Dinstein uzupełnił powyższe konkluzje o dodatkowe elementy, wskazując, że:

- a) znajdowanie się miasta z dala od linii frontu nie powoduje, że nie ma ono wartości wojskowej;
- b) obrona takiego miasta może być wykonywana przez środki artylerii przeciwlotniczej i lotnictwo myśliwskie;
- c) sama obecność artylerii przeciwlotniczej nie musi w każdych warunkach oznaczać, że miasto ma charakter niebroniony, skoro test ten jest odnoszony do działań lądowych w pierwszej kolejności;
- d) jednostronna deklaracja o uznaniu miasta położonego za linią frontu za otwarte jest pozbawiona wartości praktycznej i wymaga porozumienia pomiędzy walczącymi⁴⁵⁴.

W raporcie przedłożonym ekspertom rządowym w 1971 roku MKCK wskazywało na konieczność opracowania dwóch odrębnych reżimów dotyczących zarówno miejscowości niebronionych, jak i rejonów zneutralizowanych (*vide* przepisy IV Konwencji genewskiej z 1949 roku). Podniesiono, że nie istnieje wyraźna różnica znaczeniowa pomiędzy sformułowaniami „otwarte” i „niebronione” oraz zwrócono uwagę na nieadekwatność Regulaminu haskiego z 1907 roku w zakresie dotyczącym wojny powietrznej⁴⁵⁵. Koncepcja z 1956 roku na tyle rozszerzyła pojęcie miejscowości niebronionej, że zerwała z klasycznym spojrzeniem na jednolite kryterium obronności danej lokalizacji. Uznano bowiem, że istotniejsze od powyższego elementu jest wyeliminowanie możliwości wykonania operacji wojskowej na podstawie doktryny celu wojskowego. By to osiągnąć, niewystarczające okazało się oparcie na kryterium bronięcia danego obszaru. Nie ma bowiem wątpliwości, że każda lokalizacja otwarta w rozumieniu art. 16 Projektu MKCK z 1956 roku będzie *per se* także obszarem niebronionym. Nie można jednakże twierdzić, że każda lokalizacja niebroniona wypełni przesłanki lokalizacji otwartej, gdyż brak istnienia punktów oporu mogących przeciwstawić się okupacji przez wojska nieprzyjaciela nie oznacza, że na terenie danej lokalizacji nie wystę-

⁴⁵⁴ Y. Dinstein, *The Laws of War...*, s. 54–55.

⁴⁵⁵ „Is there a difference between the former conceptions of undefended areas and open towns? In the practice no formal difference between open towns and undefended areas were made; on the contrary, the concept of the open town has superseded that of undefended areas, included in the law formulated at the Hague”. Conference of Government Experts on the Reaffirmations and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, *Protection of the Civilian Population...*, s. 96.

pują cele wojskowe, które mogą być przedmiotem legalnego ataku wojskowego⁴⁵⁶. Dostrzeżenie tego zagadnienia było przełomowym momentem w rozwoju prawa bombardowań powietrznych, a jego rozwiązaniem jest znaczące poszerzenie zakresu znaczeniowego zwrotu „miejscowości niebronione” o elementy związane z koncepcją miasta otwartego⁴⁵⁷. Narzędziem do osiągnięcia powyższego modelu jest wyraźne określenie, czym jest miejscowość niebroniona⁴⁵⁸. Zdaniem autorów raportu utworzenie strefy niebronionej mogło mieć jedynie skutek względem obszarów bezpośrednio związanych z rejonem aktywnego prowadzenia walki, ustanowienie tych stref w innych rejonach państwa nie będzie efektywnie chroniło ludności cywilnej. Ponadto strona powołująca się na status danej lokalizacji niebronionej nie tylko nie może jej bronić efektywnie przed nadciągającym nieprzyjacielem, ale także powinna wycofać, względnie usunąć, wszelkie cele natury wojskowej⁴⁵⁹.

Drugim elementem reformy ochrony pewnych obszarów przed możliwościami prowadzenia działań wojennych było wprowadzenia obok statusu obszarów niebronionych tzw. stref zneutralizowanych. Esencją odróżnienia dwóch koncepcji było 1) umiejscowienie strefy zneutralizowanej z dala od obszarów bezpośredniego powadzenia walk zbrojnych, 2) istnienie wyraźnego porozumienia między walczącymi, 3) ustanie wszelkiej aktywności wojskowej⁴⁶⁰. Z uwagi na powyższe fundamentalnymi różnicami pomiędzy miejscowością niebronioną a strefą zde-militaryzowaną były odmienna możliwość ulokowania danej strefy oraz okoliczność, że ustanowienie obszaru niebronionego odbywało się w drodze jednostronnego oświadczenia strony walczącej, a strefy zde-militaryzowanej w trybie porozumienia pomiędzy adwersarzami. W miarę zbliżania się frontu strefa zde-militaryzowana może być przekształcona w strefę niebronioną⁴⁶¹.

456 „With regard to Art. 25 of the Hague Regulations, many authors expressed the opinion that any site which does not constitute an obstacle to the advance of troops should not be considered as a defended area and may not be subjected to bombardment; but, on the other hand, with respect to military objectives located there, they could be destroyed individually. This latter consideration does not appear in Art. 16 of the Draft Rules of 1956, in which this risk was intentionally removed in order to achieve as broad a protection as possible”. *Ibidem*, s. 97.

457 *Ibidem*.

458 „Since the application of Art. 25 of the Hague Convention has never depended on an express agreement, but rather on the recognition of a factual state by the opposing Party, it would be necessary, in developing the law, to define what the state of non-defense means with respect to modern conflicts, having regard to the relative situations and methods of modern warfare”. *Ibidem*, s. 98.

459 „A populated area would only be considered as being undefended if it did not offer any effective resistance to the attacks and advance of the enemy. The Party to the conflict who declines to defend a populated area would be obliged to withdraw the mobile military objectives and no longer use fixed military objectives, or, alternatively, destroy them”. *Ibidem*, s. 100.

460 *Ibidem*.

461 „Any area under particular protection should be situated, initially away from the combat zone, but if, during the course of the conflict, such an area falls within this zone, it would

Podczas narady grupy ekspertów rządowych nad projektem PD I podniesiono, że art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku nie był stosowany z uwagi na działalność lotnictwa w I i II wojnie światowej⁴⁶². Jednocześnie wskazano (nie podważając wiążącego charakteru regulacji), że regulacja z 1907 roku odnosiła się w pierwszej kolejności do określonych sytuacji o charakterze taktycznym – wówczas na stronie atakującej ciążył obowiązek zdeterminowania, czy dany obszar ma charakter bronionego bądź też nie. Komentarz do projektu z 1973 roku jest jeszcze bardziej wyrazisty w tym zakresie, podnosząc, że status ochronny *de facto* niebronionych lokalizacji jest potwierdzony zwyczajowym prawem międzynarodowym będącym wprost refleksem dyspozycji określonej w art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku oraz art. 1 IX Konwencji haskiej z 1907 roku⁴⁶³. Inną regulacją była możliwość jednostronnej deklaracji strony walczącej wprowadzającej domniemanie, że dany obszar ma charakter niebronionego. Wskazywano także na możliwość zawarcia porozumienia pomiędzy walczącymi, ustanawiając strefę zneutralizowaną⁴⁶⁴. Z założenia zaś lokalizacje o charakterze niebronionym były chronione przed atakami typu taktycznego, natomiast strefy zneutralizowane przed uderzeniami o charakterze strategicznym⁴⁶⁵.

Projekt zawierał listę kumulatywnych warunków uznania danej lokalizacji za niebronioną bądź też zneutralizowaną. Trzy z nich miały charakter wspólny: 1) wymóg ewakuacji walczących oraz ruchomych celów wojskowych i zapasów, 2) deaktywowanie stałych celów wojskowych, 3) powstrzymanie się od działalności wojskowej przez ludność danego obszaru. Różnica istniała w kontekście czwartego wymogu. W przypadku obszarów o charakterze zneutralizowanym wymagano, aby zaprzestać jakiejkolwiek działalności związanej z wysiłkiem wo-

not automatically lose all its privileges, but only those which are specifically linked to areas under particular protection; such an area should, therefore, be able to become an undefended populated area". *Ibidem*, s. 102.

462 „Article 25 of the Hague Regulations, it was stated, had not been applied during the First World War, mainly because of aerial warfare. Air attacks had been made against military objectives in localities which were not defended, as well as those which were". Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, *Report on the Work of The Conference*, Vol. 1..., para. 3.211, s. 155.

463 „By virtue of customary international law, non-defended localities are protected once their specific *de facto* «non-defence» situation is established. Moreover, international treaty law has reaffirmed the immunity of non-defended localities; reference may be made to Article 25 of the Hague Regulations of 1907 and Article 1 of the Hague Convention No. IX of 1907. Thus any subsequent agreement concluded by the Parties to the conflict is of a purely declaratory nature and can only strengthen the protection already due". ICRC, *Draft Additional Protocol...*, s. 68.

464 Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, *Report on the Work of The Conference*, Vol. 1..., para. 3.212, s. 155.

465 ICRC, *Draft Additional Protocol...*, s. 69.

jennym państwa, np. zaprzestania przez fabryki zbrojeniowe produkcji materiałów o charakterze militarnym⁴⁶⁶.

Na samej konferencji dyplomatycznej w latach 1974–1977 wskazano, że *ratio legis* ustanowienia stref o charakterze specjalnym było zagwarantowanie ludności cywilnej pełnej ochrony także przed możliwością strat o charakterze incydentalnym⁴⁶⁷. Komentator przepisów projektu ze strony MKCK wyraził zdanie, że status *de facto* miejscowości niebronionych został określony na gruncie art. 52 ust. 2 i 5 (późniejszy art. 59 ust. 2 i 5 PD I z 1977 roku), wskazując, że oświadczenie państw ma wyłącznie deklaracyjny charakter, odmiennie niż w przypadku obszarów zneutralizowanych, co do których zawarcie porozumienia uznawano za warunek konstytutywny nabycia przez dany obszar statusu ochronnego. Już w pierwszych komentarzach delegat Kanady ocenił dokonanie powyższego rozróżniania za nie-realistyczne. Odwołując się w tej mierze do praktyki z okresu II wojny światowej, postulowano na przykładzie Rzymu oraz Paryża możliwość przyznania dowódcy okupowanego miasta prawa do złożenia jednostronnego oświadczenia o braku podjęcia próby bronięcia miejscowości przed nieprzyjacielem⁴⁶⁸. Inne delegacje podnosiły, że determinacja charakteru strefy bronionej bądź niebronionej jest pozostawiona subiektywnym ocenom walczących⁴⁶⁹. Wyrażano wątpliwość co do użytego sformułowania „siły zbrojne w styczności”, uznając je za niejasne⁴⁷⁰. RFN wprost domagało się usunięcia powyższego zapisu z treści art. 59 PD I, podnosząc, że nie istnieje możliwość obiektywnego rozróżnienia pomiędzy rejonami aktywnych walk oraz zapleczem frontu, a faktycznie niebronione obszary są i tak chronione odpowiednio normami prawa zwyczajowego konfliktów zbrojnych⁴⁷¹. Obszerną propozycję do modyfikacji treści przepisu zgłosił prof. Bierzanek, który podniósł, że w jego ocenie atakowanie niebronionych miejscowości ma charakter absolutny i nie może być kształtowane zależnie od treści oświadczeń walczących. Oświadczenie nieprawdziwe strony broniącej w jego ocenie powinno być traktowane jako element wiarołomstwa, jednak brak nie zwalnia strony od badania, czy w rozumieniu art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku miejscowość ma charak-

466 „A comparison of the basic conditions which the two categories must meet (Art. 52 (2), and Art. 53 (3), shows that there is only one difference, but one which is important: in neutralized localities, any activity linked to the military effort must have ceased. The Party to the conflict which is prepared to agree to the neutralization of a locality in the adversary's power will not want the latter to derive further benefit therefrom for its military effort (e.g., the activities of arms factories or the production of supplies for the armed forces will have to be interrupted)”. *Ibidem*, s. 70.

467 CDDH/III/SR.23, para. 3, s. 201.

468 „During the Second World War, two major cities, Paris and Rome, had been temporarily located in the combat zone, where the military commanders had chosen not to defend them”. CDDH/III/SR.23, para. 14, s. 204.

469 CDDH/III/SR.23, para. 17, s. 205.

470 CDDH/III/RS.23, para. 22, s. 207.

471 CDDH/III/SR.23, para. 37, s. 209–210.

ter niebroniony⁴⁷². Delegat RFN zażądał uzupełnienia przepisu art. 59 PD I o dodatkowy punkt dotyczący wymogu powstrzymania wszelkiej aktywności wojskowej w stosunku do obszarów niebronionych, podnosząc że pewne kategorie obiektów wciąż mogą mieć status legalnych celów wojskowych w takich lokalizacjach⁴⁷³. Zauważono ponadto, że koncept obszaru niebronionego jest zasadniczo ograniczony tylko i wyłącznie do prowadzenia operacji o charakterze lądowym⁴⁷⁴. Powyższą konstatację potwierdził delegat Stanów Zjednoczonych, wskazując, że w jego rozumieniu niebronione miejscowości w kształcie zaproponowanym przez PD I to obszary zamieszkane położone w rejonach frontowych, które mogą być okupowane przez stronę przeciwną bez napotkania oporu – tak jak w treści Regulaminu haskiego z 1907 roku⁴⁷⁵. Z tego powodu delegat brytyjski podniósł, że możliwość ogłoszenia danej lokalizacji jako niebronionej powinna być dopuszczalna w każdych okolicznościach, niezależnie od geograficznego rozmieszczenia miejscowości, co pozwoliłoby na ochronę ludności cywilnej przed bombardowaniami lotniczymi⁴⁷⁶. W kontekście art. 60 PD I zwrócono uwagę w raporcie grupy roboczej, że zdecydowano się odstąpić od sformułowania „strefa zneutralizowana” na rzecz zwrotu „strefa zdemilitaryzowana” – *ratio legis* zmiany zakładało, że pod daną strefą rozumie się obszar, który jest opuszczony przez siły zbrojne (by wypełnić postanowienia art. 60 ust. 3 PD I oraz porozumienia zarządzającego daną strefę), oraz rejon, w którym nie ma żadnych wojsk wypełniających postanowienia art. 60 ust. 3 PD I oraz pozostałych porozumień⁴⁷⁷.

Komentarz do PD I w zakresie art. 59 PD I wskazuje, że jest potwierdzeniem i rozwinięciem art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku, którego szczegółowe postanowienia zostały włączone w treść art. 59 ust. 2 PD I stanowiącego o szczególnych wymaganiach lokalizacji niebronionych. Według autorów komentarza art. 59 ust. 1 PD I potwierdzał zakaz atakowania niebronionych miejscowości, niezależnie od istnienia jednostronnej deklaracji bądź porozumienia pomiędzy walczącymi pod dwoma warunkami⁴⁷⁸: 1) dany obszar powinien znajdować się w strefie bezpośredniej styczności wojskowej oraz 2) musi być otwarty dla okupa-

472 CDDH/III/RS.23, para. 31, s. 208.

473 CDDH/III/SR.23, para. 38.

474 „Non-defended localities could hardly be connected with any other form of warfare than land warfare”. CDDH/III/SR.46, s. 211.

475 „With regard to article 52, his delegation believed that non-defended areas as defined in Article 25 of The Hague Regulations meant areas in the contact zone which could be occupied by the adverse Party without resistance or opposition and that that was also the meaning conveyed in the ICRC draft article 52”. CDDH/III/SR.23, para. 67, s. 215.

476 CDDH/III/SR.23, para. 60, s. 214.

477 CDDH/III/264/Rev. 1, s. 354–355.

478 „This paragraph reiterates almost entirely the rule contained in Article 25 of the Hague Regulations of 1907. Under this paragraph, which confirms and codifies customary law, a locality becomes a non-defended locality whenever the conditions laid down in the following paragraphs are met”. Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 2263, s. 700–701.

cji⁴⁷⁹. Podniesiono m.in., że fabryki zbrojeniowe powinny w takiej sytuacji zaprzestać produkcji zbrojeniowej, a linie transportowe nie mogą być wykorzystywane przez siły zbrojne nawet do celów tranzytowych⁴⁸⁰. Komentatorzy wskazali, że przelot wrogiego samolotu nad lokacją niebronioną nie zmienia jej statusu z uwagi na tę okoliczność⁴⁸¹. Artykuł 59 ust. 4 PD I stanowił o obowiązku notyfikacji powstania strefy stronie przeciwnej. Była to fundamentalna różnica w stosunku do art. 60 PD I, który wymagał wyraźnego porozumienia pomiędzy walczącymi w stosunku do strefy zdemilitaryzowanej⁴⁸². Kolejnym elementem wyróżniającym treść art. 60 ust. 3 PD I w stosunku do art. 59 ust. 2 PD I jest odmienność czwartego kryterium. W przypadku lokalizacji o charakterze niebronionym zakazane jest podejmowanie jakiejkolwiek działalności dla wsparcia operacji wojskowych, natomiast w strefach zdemilitaryzowanych niedopuszczane jest wsparcie wysiłku wojennego. Semantycznie wyróżnienie wskazane w art. 60 ust. 3 pkt (d) PD I z 1977 roku jest szersze od wskazania określonego na gruncie art. 59 ust. 2 pkt (d) PD I z 1977 roku i zdaniem komentatorów obejmuje funkcjonowanie przemysłu pracującego na rzecz obrony państwa⁴⁸³. Z treści komentarza nie wynika w żaden sposób uzasadnienie dokonanego rozróżnienia.

Dokonując analizy treści powyższych przepisów, należy zwrócić uwagę, że pomimo zaakceptowania powyższego przepisu przez państwa i braku podniesienia deklaracji interpretacyjnych do treści art. 59 i 60 PD I z 1977 roku należy stwierdzić, że przepis ten nie jest wolny od dawnych kontrowersji związanych z przyjęciem kryterium obronności w stosunku do operacji powietrznych⁴⁸⁴. Podkre-

479 „Paragraph 1 lays down the rule, which must be obeyed even in the absence of a declaration or an agreement and the article continues by defining the conditions with which a non-defended locality must comply”. *Ibidem*, para. 2267, s. 701.

480 „It is clear that factories situated in the locality should abstain from manufacturing weapons, ammunition or other objects of military use. It is also clear that roads and railways passing through the non-defended locality must not be used for the movement of combatants or military equipment, not even for transit purpose”. *Ibidem*, para. 2271–2272, s. 702.

481 „Article 59 is silent on the question of overflight of non-defended localities by friendly or enemy aircraft. In the absence of a specific provision it must be accepted that such overflight is possible and does not compromise the status of the non-defended locality”. *Ibidem*, para. 2275, s. 702.

482 „This paragraph clearly says that the agreement cannot be a tacit one: it requires that a consensus ad idem of the Parties be clearly expressed. The mere notification, when it remains unanswered, is insufficient”. *Ibidem*, para. 2307, s. 710.

483 „The language used in Article 60 has a slightly wider scope, and undoubtedly covers those factories which are mainly operating for the armed forces”. *Ibidem*, para. 2311, s. 711.

484 C. Levie, *Civilian Sanctuaries: An Impractical Proposal*, „International Law Studies” 1956, vol. 70. „This, of course, raises the historic argument as to the non-military character of a defended place. Who is to decide that action taken by such a defense installation was purely protective and taken with justifiable grounds for anticipating an unlawful attack; and who is to deny the contention of the attacked party that it had no intention of attacking the installation in question, so that the alleged act of defence was in fact one of military offence?”. L. C. Green, *The New Law...*, s. 31.

ślić należy, że art. 59 PD I zgodnie z uwagami poczynionymi w trakcie obrad plenarnych zasadniczo jest rozumiany tylko w płaszczyźnie działań wojsk lądowych – w tym zakresie przedstawia klasyczny pogląd, wymieniony na gruncie art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku. O ile art. 59 ust. 1 PD I stanowi normę wprost odsyłającą do art. 25 Regulaminu haskiego ze wszelkimi wątpliwościami normatywnymi dotyczącymi tego przepisu względem wojny powietrznej, o tyle art. 59 ust. 3 PD I określa specyficzne elementy, które powinny być spełnione, aby walczący mógł podjąć kroki związane z jednostronną deklaracją kierowaną do przeciwnika. Bez wątpienia art. 59 ust. 3 pkt (a), (b) i (c) PD I nakładają na walczących obowiązek usunięcia potencjalnych celów wojskowych, których brak będzie uniemożliwiał przeprowadzenie zgodnej z prawem operacji wojskowej. Więcej wątpliwości budzi art. 59 ust. 3 pkt (d) PD I, który nakazuje przerwanie wszelkiej działalności dla wsparcia operacji wojskowych – zestawiając to z dyspozycją art. 60 ust. 3 pkt (d) PD I, może powodować to potencjalnie sytuację, w której np. fabryka zbrojeniowa produkująca w miejscowości niebronionej na potrzeby sił zbrojnych (będąca legalnym celem wojskowym w rozumieniu art. 52 ust. 2 PD I z 1977 roku) nie kwalifikuje się jako element wsparcia operacji wojskowych – rozumianych jako w pierwszej kolejności zaspokojenie bieżących potrzeb wojsk lądowych działających w ramach strefy styczności bojowej – natomiast stanowi część wysiłku wojennego państwa (art. 60 ust. 3 pkt (d) PD I).

Innym problematycznym zagadnieniem jest kwestia określenia a) ram strefy styczności frontu w kontekście geograficznym oraz b) czy pod rozumieniem pojęcia styczności sił zbrojnych występuje możliwość oznaczenia danej strefy powietrznej, w ramach której element sił zbrojnych, jaką jest lotnictwo, pozostaje w kontakcie bojowym. Należy zaznaczyć, że z wykładni systemowej i funkcjonalnej przepisu wynika, że ma on w pierwszej kolejności zastosowanie względem operacji prowadzonych na lądzie⁴⁸⁵. Oznacza to, że zasadniczo nie ma zastosowania względem operacji powietrznych. Potwierdza to także stanowisko komentatorów. Pojawienie się samolotu wroga nad miejscowością niebronioną nie pozbawia jej statusu chronionego. W ocenie autora przyjęty podział na obszary niebronione i strefy zdemilitaryzowane powtarza krytykowany błąd legislacyjny Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku, związany z rozróżnieniem sytuacji prawnej obszarów położonych w rejonie prowadzenia walk i zaplecza frontu – co do niejasnego kryterium rozróżnienia. Należy zwrócić uwagę, że dokonane rozróżnienie na obszary niebronione i zdemilitaryzowane, oprócz wątpliwości związanych ze statusem obszaru niebronionego w rozumieniu Regulaminu haskiego z 1907 roku, w istocie osłabiało ochronę ludności cywilnej. Ograniczenie możliwości oświadczenia danej strony o statusie miejscowości niebronionej jedynie do stref przyległych powodowało, że na zapleczu frontu możliwość utworzenia rejonu zdemilitaryzowanego nie wymagała jednostronnego oświadczenia walczą-

485 Y. Dinstein, *The Laws of War...*, s. 55.

cych, lecz tworzyło potrzebę zawarcia porozumienia pomiędzy stronami⁴⁸⁶. *Per se* oznaczało to powstanie sytuacji o wiele trudniejszej do praktycznego sfinalizowania. Z punktu widzenia potrzeb ludności cywilnej w pierwszej kolejności decydujący charakter ma ochrona przed bombardowaniami strategicznymi przeciwko obszarom położonym poza linią frontu. W przypadku tzw. operacji taktycznych w wielu wypadkach dochodzi do uprzedniej ewakuacji ludności cywilnej bądź też dobrowolnego przez nią opuszczenia rejonów zagrożonych prowadzonymi walkami zbrojnymi. Rozróżnienie pomiędzy obszarami niebronionymi a zdemilitaryzowanymi w odczuciu autora narusza zasadę jednolitej ochrony ludności cywilnej przed skutkami operacji wojskowych, niezależnie od obszaru, w którym się znajduje. Powrót do koncepcji zakazu bombardowania obszarów niebronionych jest także w pewnym sensie zaprzeczeniem istniejącej od lat krytyki doktryny prawa międzynarodowego, która słusznie wywodziła, że miejscowości w kontekście wojny powietrznej nie będą poddane atakom lotniczym nie z powodu statusu miejscowości (broniona bądź niebroniona), lecz z tytułu faktu, że nie znajdują się w niej cele wojskowe⁴⁸⁷.

14. IV Konwencja genewska z 1949 roku i prawo wojny powietrznej

Należy podkreślić, że IV Konwencja genewska dotycząca ochrony ludności cywilnej w czasie wojny z 12 sierpnia 1949 roku jest dokumentem w kontekście prawa wojny powietrznej ściśle zaliczanym do kategorii prawa genewskiego, tj. prawa odnoszącego się do ochrony ofiar konfliktów zbrojnych, zwłaszcza pozostających pod władzą nieprzyjacielską w okresie okupacji zbrojnej⁴⁸⁸. Początkowo, zgodnie z dyspozycją pierwszego dokumentu nowożytnego międzynarodowego prawa humanitarnego z 1864 roku oraz następną Konwencją z 1929 roku, regulowała zasadniczo status osób określanych jako *hors de combat*, które jako walczący zostali pozbawieni zdolności do prowadzenia działań wojennych z powodu choroby,

486 „Apart from the explicit and implicit cumulative conditions, it is sine qua non that (i) the declared non-defended locality would be in or near the contact zone, and that (ii) it would be open for occupation. A declared nondefended locality cannot be situated in the hinterland-far away from the contact zone-for the simple reason that it is not yet within «the effective grasp of the attacker's land forces»”. Y. Dinstein, *Legitimate Military Objectives under the Current Jus in Bello*, „International Law Studies” 2003, vol. 78, s. 160.

487 E. Rauch, *Attack Restraints, Target Limitations and Prohibitions or Restriction of Use of Certain Conventional Weapons*, „Military Law and Law of War Review” 1979, vol. 15, s. 55.

488 E. Crawford, A. Pert, *International Humanitarian...*, s. 15.

odniesienia ran⁴⁸⁹ bądź kapitulacji⁴⁹⁰. W toku tzw. wielkiej kodyfikacji prawa genewskiego dokonanej w 1949 roku system ochrony rannych, chorych bądź kapitulujących walczących został zasadniczo usystematyzowany w ramach tzw. I, II i III Konwencji genewskiej z 1949 roku. IV Konwencja genewska z 1949 roku rozszerzyła kategorię tzw. osób chronionych (*protected persons*) na wszystkie osoby, które znalazły się pod władzą strony konfliktu bądź państwa okupującego, którego nie są obywatelami⁴⁹¹. Należy podkreślić, że pomimo iż Konwencja nie definiowała pojęć „cywilne” oraz „ludność cywilna”⁴⁹², to jednak zawierała postanowienia chroniące ludność cywilną w ramach tzw. specjalnych stref bezpieczeństwa obejmujących chorych, starszych, dzieci oraz kobiety w ciąży (art. 14) oraz strefy zdemilitaryzowane (*neutralized zones*), w ramach których ranni i chorzy walczący oraz niewalczący, także osoby cywilne, które nie biorą udziału w działaniach zbrojnych oraz nie uczestniczą w pracach o charakterze wojskowym, mogą szukać schronienia przed efektami działań wojennych (art. 15)⁴⁹³. *Implicite* w ramach stref specjalnie chronionych miały znajdować się osoby, względem których prowadzenie działań zbrojnych było zakazane, w tym *inter alia* jak się wydaje operacji lotniczych. W kontekście art. 20 uznawano, że teatr wojny powietrznej nie wpływa na zmianę wykładni sformułowania „strefa działań wojennych”⁴⁹⁴. Konwencja jednakże nie definiowała w sposób wyraźny warunków nabycia specjalnego statusu przez rejon, wskazując, że ich powstanie było warunkowane istnieniem porozumienia pomiędzy walczącymi stronami. Artykuł 28 IV Konwencji genewskiej ponadto wskazywał, że obecność osób chronionych nie może być wykorzystywana do osłony pewnych punktów bądź stref przed operacjami wojskowymi.

489 „Wojskowe i inne osoby, przydzielone do armji oficjalnie, o ile zostaną ranne lub chore, powinny być uszanowane i znajdować opiekę we wszelkich okolicznościach; powinny one być traktowane humanitarnie i pielęgnowane bez różnicy narodowości, przez tę ze stron walczących, w której mocy będą”.

490 „Article 1. The present Convention shall apply without prejudice to the stipulations of Part VII: (1) To all persons referred to in Articles 1, 2 and 3 of the Regulations annexed to the Hague Convention (IV) of 18 October 1907, concerning the Laws and Customs of War on Land, who are captured by the enemy. (2) To all persons belonging to the armed forces of belligerents who are captured by the enemy in the course of operations of maritime or aerial war, subject to such exceptions (derogations) as the conditions of such capture render inevitable. Nevertheless these exceptions shall not infringe the fundamental principles of the present Convention; they shall cease from the moment when the captured persons shall have reached a prisoners of war camp”.

491 E. Kwakwa, *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, Dordrecht 1992, s. 17.

492 E. Crawford, *Identifying the Enemy...*, s. 38.

493 W. A. Solf, *Protection of Civilians against the Effects of Hostilities under Customary International Law and under Protocol I*, „American University International Law Review” 1986, vol. 1, s. 126.

494 J. S. Pictet, *Commentary IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Genewa 1958, s. 165.

Pomimo wprowadzonych rozwiązań dokument z 1949 roku nie był adekwatną odpowiedzią międzynarodowego prawa humanitarnego na zjawisko nieograniczonej wojny powietrznej, jaka miała miejsce w okresie II wojny światowej⁴⁹⁵.

Co interesujące, zręby zasady rozróżnienia zostały wykazane na gruncie reżimu obowiązującego w ramach konfliktów zbrojnych o charakterze niemiędzynarodowym, wyodrębniając kategorie osób niebiorących bezpośrednio udziału w konfliktach zbrojnych, a także personelu sił zbrojnych, który stał się *hors de combat*⁴⁹⁶. Chronologicznie tzw. wspólny art. 3 dla Konwencji genewskich zapewniał w tym przedmiocie minimum rozróżnienia wcześniej niż międzynarodowe prawo humanitarne obowiązujące w międzynarodowych konfliktach zbrojnych (dzielił bowiem osoby znajdujące się na terenie prowadzenia walk zbrojnych, niebędące jednocześnie walczącymi na biorące udział bezpośrednio w działaniach zbrojnych i zachowujące się biernie)⁴⁹⁷. Artykuł 147 IV Konwencji genewskiej uznawał rozległe niszczenia mienia nieuzasadnione koniecznością wojskową o charakterze bezmyślnym i nielegalnym za poważne naruszenie przepisów konwencji. Norma ta jest bezpośrednio wyrazem zapisu art. 23 Regulaminu haskiego z 1907 roku.

15. III Konwencja genewska z 1949 roku i prawo wojny powietrznej

Artykuł 62 Haskich reguł wojny powietrznej odsyłał do reguł, konwencji, zwyczaju i praktyki prawa międzynarodowego mających zastosowanie do wojsk lądowych w przedmiocie statusu personelu lotniczego. III Konwencja genewska z 1949 roku o traktowaniu jeńców wojennych jest aktem prawa międzynarodowego, który reguluje sytuację prawną członków sił powietrznych, znajdujących się we władzy

495 A. C. Greyling, *Among the Dead Cities: the History and Moral Legacy of the WWII Bombing of Civilians in Germany and Japan*, Nowy Jork 2006, s. X; D. Lackey, *Moral Principles and Nuclear Weapons*, New Jersey 1984, s. 213.

496 „To borrow the phrase of one of the delegates, Article 3 is like a «Convention in miniature». It applies to non-international conflicts only, and will be the only Article applicable to them until such time as a special agreement between the Parties has brought into force between them all or part of the other provisions of the Convention”. J. S. Pictet, *Commentary IV Geneva...*, s. 34.

497 „As we have already mentioned, Article 3 has an extremely wide field of application and covers members of the armed forces as well as persons who do not take part in the hostilities. In this instance, however, the Article naturally applies first and foremost to civilianist that is to people who do not bear arms. In the case of members of the armed forces, it is the corresponding Article in the Third Convention to which in most cases appeal will be made”. *Ibidem*, s. 40.

nieprzyjacielskiej. Jednym z wymiarów tzw. *belligerent privilege* jest ochrona osoby będącej walczącym przed postępowaniem karnym związanym z czynami popełnionymi przed chwilą dostania się do niewoli⁴⁹⁸. W okresie II wojny światowej istniały wątpliwości, czy ochrona ta ma charakter bezwarunkowy, zwłaszcza jeżeli zachowanie pojmanego kombatanta było sprzeczne z prawem międzynarodowym. Konwencja genewska z 1929 roku nie regulowała tej kwestii wprost. Konsekwencją powyższej zasady była możliwość faktycznego pozbawienia statusu jeńca wojennego osoby – naruszcyciela norm *ius in bello* i wszelkich gwarancji osobistych. W latach 1942–1945 doszło do kilku głośnych procesów alianckich pilotów oskarżonych o złamanie zasad prawa wojny powietrznej (opisanych w rozdziale VIII). W tym samym okresie dochodziło także do naruszenia obowiązków strony zatrzymującej w zakresie ochrony jeńców wojennych przed aktami samosądu ze strony ludności cywilnej⁴⁹⁹. Latem 1944 roku dochodziło do częstych przypadków mordowania alianckich lotników przez lokalną ludność, a przechwycone przez tzw. Ultrę informacje wskazują, że kierownictwo wojskowe III Rzeszy z premedytacją starało się wykorzystywać powyższe incydenty, aby zmusić lotnictwo aliantów do zaprzestania ataków z niskiego pułapu⁵⁰⁰. Z kolei po II wojnie światowej procesy zbrodniarzy wojennych potwierdziły możliwość ścigania i karania za czyny popełnione przed dostaniem się do niewoli – niejasne jednakże było, czy osoba taka wciąż mogła korzystać z przywilejów i gwarancji określonych na gruncie konwencji z 1929 roku.

III Konwencja genewska z 1949 roku stanowiła, że osoby ścigane i karane w związku z czynami popełnionymi przed dostaniem się do niewoli, także w wypadku skazania, nadal korzystają z przywilejów określonych w konwencji. Kształt powyższego przepisu był przedmiotem licznych sporów i głosów przeciwnych, głównie państw bloku wschodniego. Wszyscy członkowie Układu Warszawskiego, Chiny, Korea Północna, DRW oraz Albania złożyły stosowne zastrzeżenia, które stanowiły, że państwa te „nie są zobowiązane, aby rozciągać stosowanie Konwencji względem jeńców wojennych, którzy zostali skazani na podstawie prawa strony zatrzymującej zgodnie z zasadami norymberskimi za zbrodnie przeciwko ludzkości i zbrodnie wojenne i będą odbywać kary na tych samych warunkach jak inne osoby skazane w tym państwie”⁵⁰¹. Komentarz J. S. Picteta do III Konwencji

498 M. N. Schmitt, *Drone Attacks under the Jus ad Bellum and Jus in Bello: Clearing the „Fog of Law”*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2010, vol. 13, s. 324.

499 Znany jest w tej mierze incydent związany z interwencją por. Stanisława Skalskiego we wrześniu 1939 roku, który po zestrzeleniu niemieckiego samolotu wylądował swoim myśliwcem PZL P-11 i uratował rannych niemieckich lotników od samosądu lokalnej ludności.

500 Ultra – brytyjski ośrodek kryptograficzny w Bletchley Park w Wielkiej Brytanii. N. Wylie, *Muted Applause? British Prisoners of War as Observers and Victims of the Allied Bombing Campaign over Germany*, [w:] C. Baldoli, A. Knapp, R. Overly (red.), *Bombing, States and Peoples in Western Europe 1940–1945*, Norfolk 2011, s. 266.

501 S. Carvin, *Caught in the Cold: International Humanitarian Law and Prisoners of War during the Cold War*, „Journal of Conflict and Security Law” 2006, vol. 11, s. 75.

genewskiej z 1949 roku uznaje, że w każdych warunkach standardy określone na gruncie regulacji z 1949 roku muszą być przestrzegane, także wobec osób, które zostały skazane za czyny sprzeczne z prawem międzynarodowym⁵⁰².

Podczas wojny w Wietnamie DRW sygnalizowała zamiar traktowania amerykańskich pilotów wojskowych jako zbrodniarzy wojennych, dopuszczających się czynów zabronionych na gruncie art. 6 pkt b) Karty MTW, odmawiając im ochrony na podstawie III Konwencji genewskiej z 1949 roku i traktując jako przestępców ściganych na podstawie prawa karnego DRW⁵⁰³. Stany Zjednoczone stanowczo protestowały przeciwko polityce DRW, jednakże poza przypadkami złego traktowania jeńców (np. w postaci „defilady” schwytanych pilotów USA ulicami Hanoi 6 lipca 1966 roku) ostatecznie nie doszło do żadnego procesu karnego przeciwko lotnikom amerykańskim⁵⁰⁴. Należy zwrócić uwagę, że zasadniczo rząd Wietnamu Północnego nie kwestionował statusu jeńca wojennego względem zestrzelonych pilotów,

502 „The important factor introduced by the Convention is participation by a supervisory body the Protecting Power. Is it desirable that prisoners of war who have been convicted of war crimes or crimes against humanity should be left without any international supervision once they have finally been found guilty? The answer to this question is certainly in the negative. During the conflicts which have occurred since the Second World War, there have been a great many accusations of violations of the laws and customs of war; it is to be feared that accusations of this kind might be brought systematically against a great many members of the armed forces, or at least against certain categories of those forces. Supervision of the treatment of convicted prisoners of war therefore seems necessary, even in the case of war crimes or crimes against humanity, and especially when sentence is pronounced during the hostilities”. J. S. Pictet, *The Geneva Conventions of 12 August 1949. Commentary: III Geneva Convention: Relative to the Treatment of Prisoners of War*, Genewa 1960, s. 425.

503 „The lawyer writes that the North Vietnamese Government «deliberately and clearsightedly ruled out (protection for) those prosecuted and accused of war crimes and crimes against mankind» in adhering to the Geneva Prisoner-of-War Convention. This is why, he concludes, U.S. pilots, whom he labels as pirates, saboteurs and criminals, can be tried, and presumably punished, under the North Vietnamese law of 20 January 1953, which he states relates to crimes against the security of North Vietnam”. H. DeSaussure, *The Laws of Air Warfare: Are There Any?*, „International Law Lawyer” 1971, vol. 5, s. 543–544.

504 „We chose to declare our support for these missing and captive Americans within the context of Law Day to emphasize our belief in the rule of law, especially the law of nations as embodied in the 1194 Geneva Conventions on prisoners of war. These Conventions are the definitive statements in international law concerning treatment of prisoners of war, and both North Vietnam and the NLF have persistently and callously violated them, notwithstanding ratification by North Vietnam on June 28, 1957. Despite ratification and the clear language of the Conventions, Hanoi and the Viet Oong have committed the following calculated violations”. United States Congress House, *Committee on Foreign Affairs. Subcommittee on National Security Policy And Scientific Developments. American Prisoners of War in Southeast Asia, Hearings before the Subcommittee on National Security Policy and Scientific Developments of the Committee on Foreign Affairs*, House of Representatives, Ninety-first Congress, second session, Waszyngton 1970, s. 20. W. Thompson, *To Hanoi and Back: The United States Air Force and North Vietnam 1966–1973*, Waszyngton 2000, s. 180 i n.

członków sił powietrznych USA, którzy wykonywali misję w oznakowanych wojskowych statkach powietrznych nad Wietnamem Północnym, lecz wskazywał na okoliczność braku ochrony względem zbrodniarzy wojennych⁵⁰⁵.

III Konwencja genewska wzmocniła obowiązek strony zatrzymującej sprawowania ogólnej pieczy nad osobą jeńca wojennego (art. 12). Artykuł 23 konwencji reguluje miejsce przetrzymywania jeńców wojennych, zakazując ich rozmieszczenia w miejscach, które mogą narazić ich na uszczerbek wskutek wykonywania operacji zbrojnych, bądź jako formę „żywych tarcz”. Jako przykład naruszenia dyspozycji przepisu podaje się, że podczas I wojny w Zatoce Perskiej schwytani członkowie sił powietrznych koalicji byli przetrzymywani w budynku irackiego wywiadu, który był legalnym celem wojskowym⁵⁰⁶.

Zasadniczo członkowie załogi wojskowego statku powietrznego stają się jeńcami wojennymi od chwili znalezienia się we władzy strony zatrzymującej (art. 4 ust. A pkt I)⁵⁰⁷. Dotyczy to także członków cywilnych – w tym kontekście wymóg prawidłowego odróżniania się od ludności cywilnej jest spełniony poprzez manifestowanie zewnętrznego znaku przynależności do sił powietrznych danego państwa⁵⁰⁸. Cywilnych załogantów uznaje się wówczas za zintegrowanych ze strukturą sił zbrojnych (art. 4 ust. A pkt 4)⁵⁰⁹.

Jak zauważył J. M. Spaight, po I i II wojnie światowej nie było przypadku odmowy przyznania statusu jeńca wojennego zestrzelonego z uwagi na brak umundurowania⁵¹⁰. Współcześnie na gruncie art. 4 III Konwencji genewskiej z 1949 roku i art. 43 i 44 PD I wydaje się, że konstytutywnym elementem utrzymania statusu kombatantha jest w pierwszej kolejności sam fakt członkostwa w siłach zbrojnych⁵¹¹. Nie dotyczy to jednakże sytuacji związanych z bezpośrednim uczestnictwem w działaniach zbrojnych. Odminną opinię w tej mierze wyraził Y. Din-

505 C. Levie, *Maltreatment of Prisoners of War in Vietnam*, „International Law Studies” 1998, vol. 70, s. 108.

506 J. Terry, *The Vietnam War...*, s. 23.

507 „Downed aircrew on the ground are subject to immediate capture and retain combatant status. On reaching the ground in territory controlled by the adversary they should be given the opportunity to surrender before being made the object of attack. They may be attacked if they take part in hostilities, resist capture, undertake evasion or escape, or are behind their own lines. Their prisoner of war status and the protection and the protections thereby afforded begins with their surrender or capture”. Judge Advocate General School, *Air Force Operations and the Law*, Alabama 2014, s. 24. „It refers to all military personnel, whether they belong to the land, sea or air forces”. J. S. Pictet, *Commentary III Geneva...*, s. 51.

508 K. Ipsen, *Combatants and Non-Combatants*, [w:] D. Fleck (red.), *The Handbook Law...*, s. 95.

509 L. C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester 1993, s. 181.

510 J. M. Spaight, *Air Power...*, s. 99.

511 Zob. kontrowersje dotyczące pojmania latem 2014 roku na wschodzie Ukrainy ukraińskiego pilota Nadii Sawczenko przez prorosyjskich separatystów. M. Piątkowski, *Status pilotów i załogi wojskowego statku powietrznego w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego i konfliktu zbrojnego na Donbasie – kasus Nadii Sawczenko*, [w:] T. Lachowski, V. Mazurenko (red.), *Ukraina po Rewolucji Godności: Prawa człowieka – tożsamość narodowa*, Łódź–Olsztyn 2017, s. 43–53.

stein, który stwierdził, że fakt posiadania zewnętrznych znaków przez wojskowy statek powietrzny nie zwalnia załogi od obowiązku noszenia własnych oznak identyfikacyjnych, powołując się na treść art. 15 Haskich reguł wojny powietrznej⁵¹². Powyższa uwaga znajduje potwierdzenie w dokumencie amerykańskich sił powietrznych z 2014 roku (*Air Force Operations and the Law*)⁵¹³.

16. II Konwencja genewska z 1949 roku

W okresie II wojny światowej istniały pewne wątpliwości w przedmiocie uznania za rozbitka załoganta wojskowego statku powietrznego, który ewakuował się ze swojej maszyny i został zmuszony do awaryjnego lądowania ze spadochronem na wodzie⁵¹⁴. Wiązało się to przede wszystkim z wykładnią zwrotu „rozbitek”, zasadniczo powiązaną z prowadzeniem działań morskich. II Konwencja genewska z 1949 roku w art. 12 jednoznacznie usunęła wszelkie niejasności w tej mierze, wskazując, że „termin rozbicie się stosuje się do każdego rozbicia się bez względu na okoliczności, w jakich ono nastąpiło, włączając w to przymusowe wodowanie oraz upadek do morza”⁵¹⁵.

17. Relacja PD I w stosunku do wcześniejszych norm prawa bombardowań powietrznych

Należy zwrócić uwagę, że kwestia ustalenia zwyczajowego statusu prawa międzynarodowego wojny powietrznej przed 1977 rokiem jest istotna dla ustalenia relacji pomiędzy normami o charakterze zarówno zwyczajowym, jak i traktatowym, które

512 Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities...*, s. 38.

513 „Military aircrew on the ground are required to distinguish themselves from the civilian population in the same manner and in the same circumstances, as other combatants. The wearing of flying clothing distinctive to and bearing identifying marks or insignia of the armed forces satisfies this requirement”. The Judge Advocate General’s School, *Air Force Operations and the Law...*, s. 23.

514 W. Heintschel von Heinegg, *The Development of the Law of Naval Warfare from the Nineteenth to the Twenty-First Century – Some Select Issues*, T. D. Gill (red.), „Yearbook of International Humanitarian Law” 2014, vol. 17, s. 80.

515 Zob. M. Naqib Ishan Jan, A. Naseeb Ansari, *The Care of Wounded and Sick and the Protection of Medical Personnel in Time of Armed Conflicts*, „Israel Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law” 2011, vol. 11, s. 57–60.

zostały sformułowane w okresie późniejszym niż norma o charakterze zwyczajowym. Naturalnie powoduje to konieczność rozwiązania możliwej kolizji norm w kontekście ich rodzaju (zwyczajowe i konwencyjne) oraz chwili ich krystalizacji (wcześniejsze i późniejsze). Powyższe rozważania muszą uwzględniać specyfikę międzynarodowego prawa humanitarne, m.in. w kontekście oceny, czy międzynarodowe prawo humanitarne ma charakter systemu *self-contained* w rozumieniu nie tylko art. 55 projektu Artykułów o odpowiedzialności państw za naruszenia prawa międzynarodowego Komisji Prawa Międzynarodowego, ale także w zakresie formułowania reguł kolizyjnych⁵¹⁶. Rozumowanie takie nie jest pozbawione kontrowersji. Należy podnieść, że uwaga MTS poczyniona na gruncie sprawy dotyczącej kwestii immunitetów dyplomatycznych i konsularnych urzędników ambasady Stanów Zjednoczonych w Teheranie, odwołująca się do teorii systemu *self-contained* była poczyniona 1) jedynie na gruncie zakresu odpowiedzialności państwa w ramach naruszeń prawa dyplomatycznego i 2) nie przesądza o możliwości stosowania tego stwierdzenia jako podstawy do budowania poglądu o całkowitej autonomiczności międzynarodowego prawa humanitarne, w tym także m.in. odmiennego podejścia do rozwiązywania kolizji norm. W konsekwencji mogłoby to prowadzić do znaczącego ograniczenia możliwości egzekwowania norm międzynarodowego prawa humanitarne i karania sprawców jego naruszeń⁵¹⁷. J. Kleffner wskazuje, że w jego ocenie orzeczenie MTS w sprawie DRK v. Uganda jest dowodem, że międzynarodowe prawo humanitarne nie jest systemem *self-contained*, lecz równorzędną częścią porządku prawa międzynarodowego publicznego, którego powszechne obowiązywanie nie jest uchylone wskutek prowadzenia działań zbrojnych przez jedno z państw bądź na terenie jednego z państw stron IV Konwencji genewskiej z 1949 roku (w przypadku konfliktów zbrojnych o charakterze niemiedzynarodowym)⁵¹⁸. R. Kolb podnosi, że w istocie międzynarodowe prawo humanitarne zmierza do uniknięcia wszelkich kontrowersji w tej mierze, jako system bazujący na normach o charakterze zakazującym i nakładającym ograniczenia w zakresie suwerenności państw podczas prowadzenia działań wojennych⁵¹⁹.

516 A. O'Donoghue, *Splendid Isolation: International Humanitarian Law, Legal Theory and the International Legal Order*, M. N. Schmitt (red.), „Yearbook of International Humanitarian Law” 2011, vol. 14, s. 116.

517 M. N. Schmitt, *The Conduct of Hostilities during Operation Iraqi Freedom: an International Humanitarian Law Assessment*, T. McCormack (red.), „Yearbook of International Humanitarian Law” 2003, vol. 6, s. 63. „To hold that international humanitarian law may be implemented only by its own mechanisms would leave it as a branch of law of a less compulsory character and with large gaps”. M. Sassòli, *State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross” 2002, vol. 84, s. 404.

518 J. Kleffner, *Scope of Application of International Humanitarian Law*, [w:] D. Fleck, T. Gill (red.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford 2015, para. 246.

519 R. Kolb, *Advanced Introduction...*, s. 18.

Należy zwrócić uwagę, że z punktu widzenia mocy obowiązywania danej normy irrelevantny jest charakter jej pochodzenia (zwyczajowa bądź traktatowa), gdyż jej wartość normatywna jest identyczna⁵²⁰. Z uwagi na to nie istnieje możliwość rozstrzygnięcia powyższej kolizji w inny sposób niż poprzez odwołanie się do ogólnie przyjętych zasad prawa, inkorporowanych przez prawo międzynarodowe (art. 38 Statutu MTS)⁵²¹. Reguła *lex posterior derogat legi priori* jest dekodowana w treści art. 30 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 roku⁵²². W wypadku, gdy normy (pochodzenia zwyczajowego bądź traktatowego) dotyczącego tego samego przedmiotu, lecz odmiennej treści (np. reguły dotyczące prowadzenia bombardowań powietrznych określone na gruncie art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku, art. 24 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku i art. 52 PD I do Konwencji genewskich z 1977 roku) zostały zdeterminowane w okresie późniejszym, to normy późniejsze powinny przeważać nad wcześniejszymi⁵²³. M. E. Villiger słusznie wskazał, że w przypadku kolizji norm różnego pochodzenia w kontekście czasowym funkcjonuje trudność w ustaleniu temporalnej granicy, w której doszło do wytworzenia normy prawa zwyczajowego, zwłaszcza w sytuacji, gdy dany traktat jest kodyfikacją bądź podstawą krystalizacji prawa zwyczajowego⁵²⁴. Problem narasta, gdy dokładniejsze dekodowanie norm – zwłaszcza poprzez porównanie treści art. 24 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku i art. 52 PD I – powoduje przyjęcie wniosku, że obydwa przepisy są na tyle szczegółowe, iż nie istnieje możliwość, która z zasad ma charakter bardziej ogólny – w konsekwencji uniemożliwiając rozwiązanie kolizji metodą *lex specialis derogat legi generali*⁵²⁵. Także możliwość zastosowania reguły kolizyjnej związanej z hierarchicznością normy – *lex superior derogat legi inferiori* – biorąc pod uwagę możliwość, że normy dotyczące bombardowań powietrznych są częścią kardynalnej zasady odróżnienia, której charakter normy jako peremptoryjnej w świetle art. 53 KPT z 1969 roku wydaje się niekwestionowany, nie jest właściwą metodą rozwiązywania kolizji norm w ramach międzynarodowego prawa humanitarne⁵²⁶.

520 J. Pauwelyn, *Conflict on Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge 2003, s. 96.

521 V. Degan, *Sources of International Law*, Haga 1997, s. 17.

522 M. Rama-Montaldo, *Universalism and Particularism in the Creation Process of International Law*, [w:] S. Yee, J.-Y. Morin (red.), *Multiculturalism and International Law*, Leiden 2009, s. 144.

523 N. Quenivet, *Applicability Test of Additional Protocol II and Common Article 3 for Crimes in Internal Armed Conflict*, [w:] D. Jinks, J. Maogoto, S. Solomon (red.), *Applying International Humanitarian Law in Judicial and Quasi-Judicial Bodies: International and Domestic Approach*, Haga 2014, s. 37–38.

524 M. E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Study of Their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1996 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht 1997, s. 36.

525 C. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge 2005, s. 253.

526 *Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy: Greece intervening*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, para. 93; R. Otto, *Targeted Killings and International Law: With Special Regard to Human Rights and International Humanitarian Law*, Heidelberg 2012, s. 358.

Odmienny pogląd, będący najbardziej zasadną alternatywą w stosunku do przedstawionych wyżej modeli rozwiązywania kolizji norm, został przedstawiony przez R. Kolba i K. Del Mar, którzy wskazali, że zasadniczo w międzynarodowym prawie humanitarnym da się zauważyć obecność zmodyfikowanej zasady *lex posterior „amplificat” legi priori*⁵²⁷. Zgodnie z jej istotą nowy traktat prawa międzynarodowego docelowo nie zastępuje (o ile nie wynika to wprost z treści traktatu, jak np. w przypadku art. 34 Konwencji genewskiej z 1929 roku)⁵²⁸ poprzedniej obowiązującej normy (zarówno traktatowej bądź zwyczajowej), lecz stanowi pewną nadbudowę w stosunku do wcześniejszej siatki normatywnej, uzupełniając ją o dodatkowe elementy. W konsekwencji obydwie normy wciąż uznawane są za wzajemnie współlegzystujące. Istnieje wiele argumentów przemawiających za słusnością powyższego stanowiska w kontekście specyfiki międzynarodowego prawa humanitarnego. W treści art. 1 ust. 3 PD I podniesiono, że przepisy Protokołu uzupełniają (*supplements*) Konwencję genewską z 1949 roku. W innych fragmentach regulacji nie ma żadnego odwoływania, które wskazywałoby na uchylenie mocy obowiązującej nie tylko Regulaminu haskiego z 1907 roku czy Konwencji genewskich z 1949 roku, ale także innych norm międzynarodowego prawa humanitarnego mających zastosowanie w konfliktach zbrojnych o charakterze międzynarodowym (*vide* art. 2 pkt b PD I)⁵²⁹. Potwierdza to również tytuł konferencji dyplomatycznej, której „produktem” był PD I, jako potrzeby potwierdzenia i rozwoju międzynarodowego prawa humanitarnego. Zgodnie z raportem z XXI konferencji Czerwonego Krzyża z 1969 roku potwierdzenie miało dotyczyć norm *ius in bello* już istniejących w kontekście zwyczajowego prawa międzynarodowego⁵³⁰. Rozwinięcie zmierzało zaś do uszczegółowienia i zmaterializowania przepisów już istniejących, często pośrednio zawartych w normach obowiązują-

527 „It is frequently the case that a newly concluded IHL treaty does not replace an older IHL convention but rather builds upon it. That may mean, on the one hand, that the new convention includes new rules not contained in the older one. Both treaties remain applicable in their respective material and other scopes of application”. R. Kolb, K. Del Mar, *Treaties for Armed Conflict*, [w:] A. Clapham, P. Gaeta (red.), *The Oxford Handbook...*, s. 76–78.

528 „Niniejsza konwencja w stosunkach pomiędzy Wysokimi Układającymi się Stronami zastąpi konwencje z dnia 22 sierpnia 1864 roku i z dnia 6 lipca 1906 roku”. Konwencja genewska o polepszeniu losu chorych i rannych w armiach czynnych, podpisana 27 lipca 1929 roku.

529 „The two Protocols reflect the experience of the more than one hundred conflicts which have occurred since World War II, serving as an evolutionary rather than revolutionary endeavor to define and refine the law of war as it is practiced by the states of the world. Moreover, as with all law, they serve to update the law to the myriad technological advancements which have occurred since the promulgation of the 1949 Geneva Conventions. In both instances, however, the Protocols supplement rather than supplant existing codifications of the law of war”. W. H. Parks, *The Law of War Adviser*, „JAG Journal” 1980, vol. 31, s. 3.

530 „Reaffirmation for certain rules, certain principles already exist, which are often simply customary or little known”. XXII International Conference of the Red Cross..., s. 9.

cych⁵³¹. Podkreślić należy, że wartość zarówno IV Konwencji haskiej z 1907 roku wraz z Regulaminem o prawach i zwyczajach obowiązujących w wojnie lądowej, jak i Konwencji genewskich z 1949 roku ma wymiar szczególnie i uznawana jest za część fundamentu międzynarodowego prawa humanitarnego (np. MTKJ w sprawie Duško Tadić dokonując wykładni art. 3 Statutu MTKJ, wskazał, że przez pojęcie naruszeń praw i zwyczajów wojennych w pierwszej kolejności należy uznawać naruszenia regulacji z 1907 i 1949 roku)⁵³². Pogląd ten ma tym bardziej uzasadnienie w świetle okoliczności, że państwa, które nie ratyfikowały PD I, nie uznają wszystkich przepisów powyższej regulacji za część międzynarodowego prawa humanitarnego o charakterze zwyczajowym, przy tym są stronami bądź też nie kwestionują charakteru wiążącego wynikającego z Konwencji haskiej z 1907 roku⁵³³. H. P. Gasser podniósł, że „wiele norm zawartych w Dziale IV jest już ściśle osadzonych w ramach siatki normatywnej prawa haskiego, które mają status prawa zwyczajowego. Ale I Protokół nadaje nowy wymiar istniejącym przepisom i kryształizuje zawartość powszechnie uznanych obowiązków”⁵³⁴. Podobne stanowisko wyraził W. H. Parks⁵³⁵. Pozostaje także kwestia konfliktów zbrojnych o charakterze niemiędzynarodowym. Powyższe rozważania mogą być dowodem na istnienie specyfiki międzynarodowego prawa humanitarnego w perspektywie międzynarodowego prawa publicznego⁵³⁶. Ponadto, jak stwierdził MTS w sprawie Nikaragua, nawet tożsamość zawartości normy zwyczajowej i traktatowej nie oznacza, że norma zwyczajowa zostaje w swoisty sposób skonsumowana przez normę traktatową, zaprzestającym tym samym obowiązywać samodzielnie w płaszczyźnie normatywnej⁵³⁷.

531 „«Develop», because the existing norms and principles should be specified and materialized in a series of rules often implicitly contained in those norms”. *Ibidem*.

532 *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision of the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2nd October 1995, IT-94-1-AR72, para. 87. Interesujący pogląd przedstawił w tej mierze A. Cassese, który wskazał, że chociaż art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku był przedmiotem przeciwstawnych interpretacji, to jednak przetrwał jako „rdzeń międzynarodowego prawa humanitarnego”. A. Cassese, *The Geneva Protocols...*, przypis nr 40, s. 65.

533 G. Nolte, *Susequent Agreements and Subsequent Practice of States Outside of Judicial or Quasi-Judicial Proceedings*, [w:] G. Nolte (red.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford 2013, s. 351.

534 H. P. Gasser, *Negotiating the Protocols – Was It a Waste of Time?*, [w:] A. Delissen, G. J. Tanja (red.), *Humanitarian Law of Armed Conflict Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht 1991, s. 85.

535 „The Protocols to the Geneva Conventions are the product of lengthy negotiation and a great deal of compromise between delegations representing diverse political views and geographic areas. They are evolutionary rather than revolutionary, constituting a codification of customary international law rather than embarking upon substantial change of that law”. W. H. Parks, *The 1977 Protocols...*, s. 476.

536 T. Kamenov, *The Origin of State and Entity Responsibility for Violations of International Humanitarian Law in Armed Conflict*, Dordrecht 1989, s. 170.

537 ICJ, *Nicaragua v. United States of America, Military and Paramilitary Activities*, Judgement of 27th June 1986, para. 178

18. Granice kodyfikacji prawa wojny powietrznej przez PD I

W tym kontekście należy stwierdzić uzupełniający charakter przepisów PD I do Konwencji genewskich z 1977 roku względem zwyczajowych i traktatowych norm prawa wojny powietrznej regulujących reżim bombardowań lotniczych. W istocie przepisy regulacji z 1977 roku a) dookreśliły poprzez treść art. 59 PD I zakres sformułowania „lokalizacja niebroniona” występujący na gruncie art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku⁵³⁸ oraz b) potwierdziły i rozwinęły poprzez treść art. 52 i 57 PD I art. 22 i 24 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku⁵³⁹. K. Booth wskazuje, że w kontekście ochrony ludności cywilnej podczas bombardowania lotniczego przepisy PD I z 1977 roku mają charakter bardziej deklaratoryjny (*affirmatory*) niż konstytutywny (*innovatory*), jeszcze bardziej scalając powiązanie normatywne przepisów⁵⁴⁰. Powyższe potwierdza komentarz do projektu do PD I z 1972 roku⁵⁴¹.

Abstrahując od powyższych przesłanek, warto podnieść, że w ostatecznej wersji w art. 49 ust. 3 PD I podniesiono, że niniejsze reguły mają zastosowanie w przypadku jakiegokolwiek operacji powietrznej, która mogłaby oddziaływać na ludność cywilną, indywidualnych cywili bądź też obiekty cywilne na lądzie. Przepisy sekcji I rozdziału IV odnoszą się do wszelkich ataków wykonywanych z powietrza przeciwko celom położonym na lądzie, ale nie uchylają reguł prawa międzynarodowego obowiązujących w wojnie powietrznej.

Komentarze do projektu PD I z 1972 roku w ramach ówczesnego art. 44 projektu wskazywały, że zakres zastosowania przepisu obejmuje jedynie ochronę ludności cywilnej na lądzie, jednocześnie podnosząc, że cywile znajdujący się

538 „Since the Additional Protocol I was not meant to derogate from customary international law, art. 27 I AP and art. 52 and 53 Hague Regulation have to be read in conjunction”. F. Lachenmann, R. Wolfrum, *The Law of Armed Conflict and the Use of Force: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford 2017, pkt 14, s. 311.

539 „For these and other reasons, the Hague Rules of Air Warfare introduced the concept of military objectives, endorsed and further elaborated – with a new – definition – by Protocol I”. Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities...*, s. 111. Przykładowo R. Kolb i R. Hyde podnoszą okoliczność ujednolicenia (*utility*) w ramach PD I z 1977 roku przepisów tzw. prawa haskiego z 1907 roku; R. Kolb, R. Hyde, *An Introduction...*, s. 249.

540 H. McCoubrey, *International Humanitarian Law and Kosovo Crisis*, [w:] K. Booth (red.), *The Kosovo Tragedy: The Human Rights Dimensions*, Oxon 2001, s. 192.

541 „As this draft Protocol is intended to supplement the Conventions, it covers, obviously, the persons and objects protected by the Conventions; moreover, by the very fact that it reaffirms and elaborates certain rules that appeared until now outside the framework of the Conventions, 2 in particular in the Hague Regulations of 1907 and in customary international law, its protection is thus extended to new categories of persons' and objects”. ICRC, *Draft Additional Protocols...*, s. 7.

na pokładzie statków handlowych oraz statków powietrznych nie są pozbawieni ochrony wynikającej z innych przepisów prawa międzynarodowego⁵⁴². W raporcie MKCK przedłożonym uczestnikom właściwej konferencji dyplomatycznej podkreślono, że w wersji zaproponowanej w projekcie z 1972 roku zakres materialny art. 44 (przyszłego art. 49 PD I) dotyczy jedynie cywilów na lądzie, postulując w kontekście prawa wojny morskiej oraz powietrznej potrzebę wprowadzenia rezolucji wzywających państwa strony protokołu do wprowadzenia tych reguł poprzez analogię⁵⁴³. Należy zwrócić uwagę, że podczas prac przygotowawczych PD I delegat Wielkiej Brytanii podkreślił konieczność pozostawienia zwrotu „na lądzie”, gdyż w jego ocenie PD I dokonujący afirmacji postanowień konwencji genewskich oraz konwencji haskich nie ma na celu modyfikacji prawa międzynarodowego obowiązującego w wojnie morskiej⁵⁴⁴. Autor komentarza podnosił, że ochrona ludności cywilnej na morzu została ukształtowana przez zwyczajowe prawo wojny morskiej (np. statki handlowe, które nie są zaliczane *per se* do kategorii celów wojskowych, mogą w samoobronie użyć broni). Z uwagi na powyższe próba ujednolicenia reżimów chroniących ludność cywilną względem wszystkich rodzajów prowadzenia działań wojennych będzie prowadziła do wytworzenia przeciwstawnych norm (podobne zdanie wyraził przedstawiciel Stanów Zjednoczonych)⁵⁴⁵. Podniesiono także, że podobną konsekwencję miałoby to względem reguł obowiązujących w prawie wojny powietrznej, gdzie materia miała charakter wciąż niezbadany i wymagała ujednolicenia, jednakże na gruncie innego dokumentu prawa międzynarodowego⁵⁴⁶. Podobne stanowisko wyraził E. Castrén, uczestniczący w konferencji z ramienia Finlandii⁵⁴⁷. Przedstawiciel Belgii wskazał, że cywile znajdujący się na pokładzie statków bądź samolotów nie są pozbawieni ochrony, lecz na podstawie innych norm prawa międzynarodowego względnie protekcja ta ma charakter ekwiwalenty⁵⁴⁸. Należy jednakże podkreślić, że spora grupa państw optowała za wykreśleniem sformułowania „na lądzie”, w efekcie

542 „As regards civilians at sea and in the air (in aircraft, balloons and other objects in flight), they are not deprived of all protection, since other norms of international law, principally customary law, are applicable to them”. *Ibidem*, s. 54.

543 CDDH/III/SR.2, para. 11, s. 15.

544 CDDH/III/SR.2, para. 23, s. 17.

545 CDDH/III/SR.2, para. 26, s. 17.

546 „Air warfare was an even more difficult subject, because the rules relating to it were in many respects uncertain. It might be desirable for those rules also to be codified and expanded, but that again was a matter for extensive study”. CDDH/III/SR.3, para. 19, s. 21.

547 „His delegation further hoped that the text proposed by the ICRC for article 44 would not be amended. It did not seem possible to delete the term «on land», since contemporary rules of air and sea warfare were different from those of land warfare, especially where the protection of the civilian population was concerned, and the Conference was not in a position to alter them even if it found them unsatisfactory”. CDDH/III/SR.4, para. 11, s. 27.

548 CDDH/III/SR.4, para. 29, s. 29.

powyższy zapis został utrzymany w mocy stosunkiem głosów 35 „za” do 33 „przeciw”. W drugim głosowaniu po przeprowadzeniu dodatkowej dyskusji ostatecznie zdecydowana większość delegatów poparła brzmienie przepisu w oryginalnej formie i pozostawienie sformułowania „na lądzie”.

W toku dalszych dyskusji podniesiono, że art. 44 projektu PD I musi zostać zmodyfikowany w taki sposób, aby podkreślić, że celem normy traktatowej nie jest w żaden sposób dokonanie rewizji prawa wojny morskiej oraz powietrznej⁵⁴⁹. Uznano to zarówno za niemożliwe w granicach czasowych konwencji oraz za niezwykle utrudnione z merytorycznego punktu widzenia. Z uwagi na powyższe zaproponowano przyjęcie rozwiązania, które z jednej strony podkreśli fakt istnienia pozostałych norm prawa międzynarodowego mającego zastosowanie do działań na lądzie i powietrzu oraz jednocześnie ograniczy zastosowanie przepisu (*scope of application*) tylko wobec sytuacji związanych z wojną powietrzną i morską w takim zakresie, w jakim mogą oddziaływać wobec ludności cywilnej na lądzie. Ponadto aby określić zakres uzupełnienia PD I, zdecydowano dodać do wymienionych na gruncie art. 44 ust. 3 części IV Konwencji genewskiej z 1949 roku także wyraźne odniesienie do innych norm prawa międzynarodowego⁵⁵⁰. Zgodnie z powyższym art. 44 ust. 3 (art. 49 ust. 3 PD I) stanowił, że protokół uzupełnia normy dotyczące ochrony ludności cywilnej bądź obiektów cywilnych przed skutkami działań wojennych na lądzie, morzu oraz w powietrzu⁵⁵¹.

W konsekwencji art. 49 ust. 3 w zw. z art. 49 ust. 4 PD I wyznacza granice kodyfikacji prawa wojny powietrznej w odniesieniu do następujących przepisów o charakterze zwyczajowo-konwencyjnym:

- a) art. 25–27 Regulaminu haskiego z 1907 roku dotyczących bombardowań lotniczych miast niebronionych i stosowania wymogu ostrzeżenia;
- b) art. 22–25 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku dotyczących zakazu bombardowań terrorystycznych.

549 „Discussions in the Working Group showed almost complete agreement that it would be both difficult and undesirable in the time available to try to review and revise the laws applicable to armed conflict at sea and in the air. Moreover, it was clear that we should be careful not to revise that body of law inadvertently through this article. The solution was found by combining the ICRC text with a sentence which stated clearly that, except for attacks against objectives on land, the law applicable to armed conflict at sea or in the air is unaffected”. CDDH/III/224, s. 328.

550 „The precedent that quickly won favour with the Committee was that of Article 44, paragraph 3, which defined the scope of application of the Section dealing with the protection of the civilian population. Thus, in addition to reference to Parts I and III of the fourth Geneva Convention of 1949, reference was also made to «other applicable rules of international law relating to the protection of fundamental human rights during international armed conflicts»”. CDDH/III/224, s. 457.

551 CDDH/50/Rev.1, s. 238; E. Rauch, *The Protocol Additional to the Geneva Conventions for the Protection of Victims of International Armed Conflicts and the United Nations Convention on the Law of the Sea: Repercussions on the Law of Naval Warfare*, Berlin 1984, s. 65–66.

Z uwagi na powyższe należy wskazać, że PD I do Konwencji genewskich z 1977 roku dokonał znaczącego uzupełnienia w sferze prawa bombardowań powietrznych celów znajdujących się na lądzie. Kodyfikacja objęła także częściowo przepisy regulujące status załogi wojskowego statku powietrznego (art. 42 PD I)⁵⁵². W pozostałej mierze, zgodnie z treścią art. 49 ust. 3 PD I, nie zmieniono treści pozostałych elementów prawa wojny powietrznej⁵⁵³. M. N. Schmitt wskazuje, że PD I nie może być charakteryzowany „jako kompletny przegląd architektury prawnej odnoszącej się do wojny powietrznej, gdyż nie obejmuje swym zakresem starć powietrze – morze, ziemia – powietrze oraz powietrze – powietrze”⁵⁵⁴. W tym kontekście warto zwrócić uwagę chociażby na pozostawienie poza nawiasem PD I przepisów odnoszących się do ochrony ludności cywilnej w powietrzu, np. statusu cywilnych statków powietrznych czy też lotnictwa pasażerskiego. Zdaniem W. H. Boothby’ego zasady PD I z 1977 roku, które uzyskały status zwyczajowego prawa międzynarodowego, będą miały zastosowanie w wymiarze uniwersalnym, wiążąc państwa w każdych typach operacji powietrznych – w płaszczyźnie horyzontalnej bądź też wertykalnej. Zasady targetingu wynikające z IV działu PD I, które nie uzyskały statusu zwyczajowego prawa międzynarodowego, będą miały zastosowanie względem państwa strony PD I w związku z atakami przeciwko celom naziemnym i operacjom powietrze – powietrze oraz powietrze – morze, które mogą objąć swym zakresem ludność cywilną, osoby cywilne oraz obiekty cywilne znajdujące się na lądzie. Normy PD I, które nie mają charakteru prawa zwyczajowego, nie obowiązują względem operacji lotniczych, które mogą oddziaływać na obiekty cywilne w powietrzu bądź morzu (przykładem takich norm mogą być art. 55 i 56 PD I z 1977 roku)⁵⁵⁵. Powyższy wniosek znajduje potwierdzenie także w rozważaniach dotyczących wojny morskiej, gdzie również przepisy IV działu PD I nie obejmują swym zakresem ataków względem jednostek morskich⁵⁵⁶.

Konsekwencją powyższego jest konieczność dekodowania zwyczajowego statusu pozostałych norm prawa wojny powietrznej, wynikających z Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku. Przykładami powyższych przepisów, które

552 L. C. Green posługuje się tutaj zwrotem *treaty recognition*; L. C. Green, *Modern Law...*, s. 140.

553 C. Levie, *Means and Methods of Combat at Sea*, „International Law Studies” 1998, vol. 70, s. 227–228.

554 M. N. Schmitt, *Aerial Warfare*, [w:] A. Clapham, P. Gaeta (red.), *The Oxford Handbook...*, s. 124.

555 W. H. Boothby, *Law of the Targeting...*, s. 327.

556 „AP I Article 48 requires States involved in an IAC to «distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives» and Article 51(4) prohibits indiscriminate attacks, but as noted above these Articles are in a section of AP I that does not apply to naval warfare. Nevertheless, there is a customary international law obligation to apply the principle of distinction in all aspects of warfare and that is the basis upon which the following discussion unfolds”. D. Letts, *Beyond Hague VIII: Other Legal Limits on Naval Mine Warfare*, „International Law Studies” 2014, vol. 90, s. 456.

w sposób bardziej lub mniej konkretny zostały inkorporowane do prawa wojny powietrznej, są:

- a) art. 3 – obowiązek noszenia odznaki wyróżniającej na zewnętrznej powierzchni wojskowego statku powietrznego;
- b) art. 13–16 – definiujące wojskowy statek powietrzny oraz określające jego uprawnienia;
- c) art. 18 – dotyczący braku stosowania Deklaracji petersburskiej z 1868 roku w warunkach wojny powietrznej;
- d) art. 19 – zakazujący użycia fałszywych oznaczeń państwowych;
- e) art. 20 – zakazujący ataków na opadających lotników;
- f) art. 40 i 41 – określające granicę teatru wojny powietrznej⁵⁵⁷.

557 „The 1923 Hague Rules on Aerial Warfare, regarded by several writers as declaratory of customary international law, establish two basic principles, as far as neutrality is concerned. Belligerent military aircraft are forbidden to enter the jurisdiction of a neutral State (Article 40); a neutral State should prevent the entry into its jurisdiction of belligerent military aircraft (Article 42)”. N. Ronzitti, *Commentary*, „International Law Studies” 2002, vol. 78, s. 119.

Rozdział VII

Wybrane aspekty prawa wojny powietrznej o charakterze szczegółowym

1. Uwagi wstępne

Pomimo wielkiego znaczenia zjawiska bombardowania powietrznego, zarówno w kontekście militarnym, humanitarnym, jak i prawnym, nie jest to jedyny przejaw aktywności lotnictwa wojskowego podczas działań wojennych. Wiele norm prawa wojny powietrznej obejmuje swoją hipotezą także inne stany faktyczne, często o wymiarze technicznym. Normy te są kierowane w stosunku do konkretnych adresatów (np. osób znajdujących się na pokładzie wojskowych statków powietrznych).

2. Status osób ewakuujących się w sytuacji awaryjnej z uszkodzonego samolotu

Istnieje wiele potwierdzonych informacji dotyczących ataków na pilotów i załogantów ewakuujących się z uszkodzonych maszyn w okresie II wojny światowej¹. Tak po latach kpt. Zdzisław Krasnodębski zrelacjonował moment zestrzelenia swojej maszyny 3 września 1939 roku podczas walk powietrznych Brygady Pościgowej nad Warszawą:

(...) Po chwili rozejrzałem się po niebie i spostrzegłem, że nieprzyjacielski samolot zrobił wiraż i bierze kierunek w moją stronę. Strach mnie ogarnął, gdyż przypominałem

1 Zob. A. Oset, *Lotnicy września 1939 roku: 212 Eskadra Bombowa*, Dłutów 2009, s. 20; Z. Rotocki, *Operations de l'Aviation Allemande en Pologne en 1939 a la Lumiere du Droit International*, „Polish Yearbook of International Law” 1970, vol. 231, s. 252–253.

sobie fakt, że poprzedniego dnia jeden z kolegów został ostrzelany w czasie, gdy wisiał na spadochronie. Umierać nie chciałem, a nie było szans uratowania się i byłem skazany na bezczynne czekanie na to, co nieubłagany los przyniesie... Nagle patrzę, a tu jedna z naszych maszyn wali na szkopa na pełnym gazie. Atak ten był kompletnym zaskoczeniem dla Niemców i po paru sekundach samolot, bez żadnego odruchu obrony, poszedł w płomieniach do ziemi wraz z załogą, a ja spokojnie wylądowałem pod osłoną latającego kolegi, którym był por. Cebrzyński².

W 1940 roku podczas bitwy o Anglię liczba podobnych raportów wzrosła znacząco. Brytyjski dowódca *Fighter Command*, późniejszy marszałek Hugh Dowding wyraził się o atakach na brytyjskich pilotów w sposób następujący:

Niemcy ewakuujący się z samolotu nad Anglią są cennymi jeńcami wojennymi i powinni być chronieni przed atakiem z powietrza, podczas gdy nasi piloci skaczący nad Anglią mogą być wciąż potencjalnymi walczącymi w przyszłości. Niemcy są z tego tytułu całkowicie uprawnieni by atakować naszych lotników³.

Adolf Galland, jeden z najlepszych niemieckich pilotów II wojny światowej, z rozmowy z Hermannem Goeringiem przytacza następujące refleksje:

Goering zapytał mnie, czy kiedykolwiek myślałem o tym, żeby atakować lotników brytyjskich zestrzelonych nad Wielką Brytanią. Uważał, że piloci są szczególnie cenni i trudno ich zastąpić. Odpowiedziałem mu „Owszem, Panie Marszałku!”. Patrząc mi prosto w oczy, zapytał się mnie, co sędzę o możliwości wydania rozkazu nakazującego zestrzeliwanie lotników opuszczających pokłady samolotów. „Dla mnie taki rozkaz to morderstwo” i dodałem „Zrobiłbym wszystko, aby go nie przestrzegać”. Goering odparł „Takiej odpowiedzi spodziewałem się od Pana, Galland”⁴.

2 czerwca 1944 roku w instrukcji kierowanej do alianckiego lotnictwa w związku z przygotowaniem operacji „Overlord” gen. Dwight Eisenhower wskazał, że „nieprzyjacielscy lotnicy opuszczający samolot za pośrednictwem samolotu nie mogą być traktowani jako legalne cele wojskowe i nie mogą być atakowani umyślnie”⁵. J. M. Spaight podnosi jednak, że w praktyce II wojny

2 Relacja kpt. Zdzisława Krasnodębskiego (wówczas dowódcy III/1 Dywizjonu Myśliwskiego) z lotu na przechwycenie niemieckich samolotów 3 września 1939 r., http://www.polishairforce.pl/_relacja_krasnodebski2.html (dostęp: 22.12.2020).

3 G. D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge 2010, s. 524.

4 A. Galland, *The First and the Last: The Rise and Fall of the German Fighter Forces, 1938–1954*, Nowy Jork 1954, s. 87.

5 Letter from Supreme Allied Commander General Dwight D. Eisenhower to Air Officer Commanding RAF Bomber Command, Air Chief Marshal Sir Arthur T. Harris and Commander Uni-

światowej ataki na opadających załogantów były wykonywane przez wszystkie strony konfliktu⁶.

W art. 36 projektu MKCK będącego przedmiotem rozważań grupy ekspertów rządowych wskazano, że „załoganci statków powietrznych w sytuacji awaryjnej, którzy dokonują skoku ratowniczego za pośrednictwem balonu bądź są zmuszeni do awaryjnego lądowania nie mogą być atakowani przez cały okres lądowania bądź opadania, o ile nie mają wrogich zamiarów”⁷. W projekcie PD I z 1973 roku w ramach art. 39 zdecydowano się na skodyfikowanie w formie prawa pozytywnego zwyczajowej normy prawa wojny powietrznej dotyczącej statusu załoganta opuszczającego w trybie ratunkowym (*distress*) pokład statku powietrznego. Podkreślić należy, że podobnie jak w przypadku art. 20 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku zasada ta obowiązywała względem załogantów każdego statku powietrznego, niezależnie od jego statusu (neutralny, wrogi) bądź też charakteru (wojskowy, cywilny). Uwaga ta jest o tyle oczywista, że w istocie wynikająca z zasad wnioskowania logicznego *ad minori ad maius* – skoro chroniony jest załogant opuszczający wrogi wojskowy statek powietrzny, to tym bardziej chronione muszą być osoby, które znajdują się w podobnych okolicznościach związanych z sytuacją faktyczną w postaci niezdolności statku powietrznego do lotu. Komentarz do art. 39 projektu I PD, jak również raport z prac konferencji ekspertów rządowych wskazuje na okoliczność braku przekonania co do istnienia samej normy w formie prawa zwyczajowego, a także wątpliwości w zakresie samego *ratio legis* przepisu⁸. Podkreślano, że w warunkach ówczesnej wojny powietrznej wysokość, z jakiej będzie opadał ewakuujący się lotnik, będzie utrudniała zdeterminowanie charakteru jego lotu, ustalenie, czy opuszcza on pokład statku powietrznego na skutek sytuacji awaryjnej, czy też dokonuje desantu lotniczego⁹. Ponadto podno-

ted States Strategic Air Force, Lieutenant General Carl A. Spaatz, 2nd June 1944 (S. Darlow, S. Brown, *D-Day Bombers: The Stories of Allied Heavy Bombers During the Invasion of Normandy*, Mechanicsburg 2010, s. 271).

6 J. M. Spaight, *Air Power and War Rights*, Londyn 1947, s. 158–163.

7 „The occupants of aircraft in distress who parachute to save their lives, or who are compelled to make a forced landing, shall not be attacked during their descent or landing unless their attitude is hostile”. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, *Report on the World of the Conference*, Vol. II..., s. 6.

8 „As we have stated, the case of airmen in distress descending by parachute requires exhaustive study, for it has not been covered by any written rules. But there does exist a common-law rule: occupants of an aircraft in distress who parachute down to save their lives shall not be attacked in the course of their descent or upon landing unless they manifest a hostile attitude”. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva, 24 May–12 June 1971, *IV Rules Relative to Behavior of Combatants*, Genewa 1971, s. 8; ICRC, *Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949*, Genewa 1973, s. 45.

9 „Several experts expressed misgivings about this article: in their opinion, it was impossible to determine whether the future attitude of a parachutist would be hostile or not and, consequently,

szono, że pilot może zawiadować kierunkiem swojego lotu oraz próbować uniknąć dostania się do niewoli (np. lądowanie na terytorium własnym bądź kontrolowanym przez sojusznicze oddziały). W przepisie znalazł się wymóg, aby status ewakuującego się ze statku powietrznego załoganta miał oczywisty charakter *hors de combat*. Tylko jeden z ekspertów wskazał na istnienie *superfluum* w przyjętym rozwiązaniu traktatowym, wskazując na istnienie normy o charakterze zwyczajowym o identycznym charakterze¹⁰.

Eksperci rządowi podkreślili, że ochrona członka załogi statku powietrznego rozciągająca się w powietrzu na okres opadania ma tylko pozorne cechy podobieństwa do sytuacji rozbitka morskiego. Ponadto zastanawiano się także nad statusem załogantów w wypadku osiągnięcia przez nich w sposób bezpieczny podłoża. Wskazywano na okoliczność, że lotnik może być przedmiotem ataku, jeżeli po wylądowaniu stawia opór przed schwytaniem bądź też dokonuje innych wrogich aktów¹¹. Eksperci wskazywali, że nie ma wątpliwości, iż w każdych warunkach załogant wojskowego statku powietrznego jest uprawniony do statusu jeńca wojennego¹². Komentarz z 1973 roku podnosił ponadto, że wojskowy statek powietrzny, który znajduje się w powietrzu, jest zawsze uznawany jako legalny cel wojskowy, niezależnie od okoliczności posiadania przez niego środków ataku bądź obrony¹³. Artykuł 39 projektu PD I stanowił, że „załoganci statku powietrznego niezdolnego do lotu nie mogą być atakowani, jeżeli mają oczywiście status *hors de combat*, niezależnie od okoliczności, czy opuścili pokład statku powietrznego. Statek powietrzny nie jest uznawany za znajdujący się w stanie niezdolności tylko z powo-

it was impossible to know whether or not flyers should be afforded protection during descent by parachute or, in the case of a forced landing, at the moment when their plane landed". Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Second Session 3 May–3 June 1972, *Report on the Work of the Conference, Vol. I*, Genewa 1972, para. 3.43, s. 132.

10 „This proposal was supported by several experts. Another expert declared that the safeguarding of flyers in distress was in conformity with the law in force and proposed the insertion in Article 36 of a new paragraph stipulating that the misleading use of distress signals was forbidden". *Ibidem*, para. 3.46, s. 132.

11 „On the ground, if air crew members resist capture or try to destroy the remains of their aircraft, they may of course be put hors de combat". ICRC, *Draft Additional Protocols...*, s. 45.

12 „the experts unanimously considered that, even if an airman had committed acts authorizing qualification as a war criminal, when captured he should be treated as a prisoner of war, without prejudice to regular judgement. It was reminded, however, that, while the legal situation was inarguable, there were difficulties in actual practice: the civilian population may feel savage towards the airmen who has just bombed it; in this connection, the expert quoted an example of officers, who had watched civilians lynch parachutists without interfering and who had subsequently been condemned by the Courts of the Allied Powers". *IV Rules Relative to Behavior of Combatants, Annex*, s. 3–4.

13 „A military aircraft which can be flown is, on the other hand, always considered as a military objective, whether or not it has spent its means of defense or attack". ICRC, *Draft Additional Protocols...*, s. 45.

du braku środków do prowadzenia walki”. Zakazywano ponadto wiarołomnego użycia znaków ratunkowych. Projekt wyraźnie odnosił się nie tylko do ścisłej załogi wojskowego statku powietrznego (pilotów, nawigatorów, obserwatorów, radiooperatorów, bombardierów), lecz także względem pasażerów¹⁴.

W ramach tzw. właściwej konferencji dyplomatycznej podniesiono, że art. 39 projektu PD I nie ma żadnego ekwiwalentu w przepisach Regulaminu haskiego z 1907 roku z uwagi na fakt, że delegaci konferencji nie znali i nie mogli przewidzieć zjawiska wojny powietrznej¹⁵. Norma chroniąca lotników przed atakiem powietrznym była przedmiotem unormowań regulaminów różnych sił zbrojnych, uwzględniając okoliczność, że spod dyspozycji przepisu byli wyłączeni członkowie oddziałów powietrznodesantowych. Artykuł miał swoje zastosowanie tylko i wyłącznie względem lotników i samolotów niezdolnych do lotu. Jednocześnie podkreślono, że lotnik po wylądowaniu ciągle pozostaje pod ochroną przepisu – podniesiono, że norma ta też nakłada na odpowiednie władze obowiązek przestrzegania postanowień (na wypadek schwytania lotnika przez ludność cywilną)¹⁶. Przedstawiciel Izraela podkreślił, że załogant ewakuujący się z uszkodzonego statku powietrznego był już traktowany jako *hors de combat*, co wynikało m.in. z przepisów art. 20 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku. Docelowo jednakże podkreślono, że wprowadzenie domniemania, że każda osoba ewakuująca się z samolotu jest chroniona, mogło prowadzić do nadużyć przez żołnierzy jednostek powietrznodesantowych¹⁷. Podobną uwagę wyraził E. Castrén¹⁸. Podniesiono konieczność wyartykułowania, że każdy lotnik, który zakończy opadanie, będzie miał zagwarantowaną możliwość poddania się. Delegat Związku Radzieckiego wskazał, że istotą ochrony kombatanta jest stwierdzenie w sposób jednoznaczny,

14 „In the earlier text the emphasis had been on protecting aircrew and passengers who had bailed out from an aircraft in distress as distinct, of course for paratroopers. In the new text such persons were still covered. but so also were those who remained in an aircraft in distress, and, for example made a forced landing, and the emphasis of protection was placed on the latter. That change had created problems”. CDDH/III/SR.30, para. 23, s. 291.

15 „Reminded participants that as opposed to the preceding articles article 39 had no equivalent in The Hague Regulations annexed to The Hague Convention No. IV of 1907 concerning the Laws and Customs of War on Land since air warfare had been unknown when the latter had been drawn up”. CDDH/III/SR.30, para. 2, s. 287.

16 „Article 39 applied only to airmen in distress and to disabled aircraft. Once they had reached the ground, all airmen should be afforded the same safeguards as during their descent by parachute whether they landed in a zone held by the military or among an enemy population. In the latter case the authorities should ensure that the provisions of the relevant article were observed”. *Ibidem*.

17 „Normally it could be presumed that an airman parachuting from an aircraft in distress was hors de combat, but that presumption could be proved false by the behavior of the airman in question”. CDDH/III/SR.30, para 5, s. 288.

18 „In particular, it would be difficult to determine whether the occupants of an aircraft in flight were in distress and whether the aircraft had exhausted all means of combat”. CDDH/III/SR.30, para. 11, s. 289.

że wycofał się z prowadzenia walki – jako *hors de combat*¹⁹. Ostatecznie projekt art. 39 PD I został przyjęty na forum III komisji w wersji identycznej, jaka później stała się podstawą art. 42 PD I. W ust. 1 wskazano, że żadna osoba (a więc niezależnie, czy jest załogantem bądź też pasażerem każdego typu statku powietrznego) opuszczająca statek powietrzny ze spadochronem (zdecydowano, że w 1977 roku tylko ta forma ewakuacji z uszkodzonego samolotu jest możliwa) nie może być przedmiotem ataku w trakcie opadania, a jej pozycja jest podobna do statusu rozbitków na gruncie II Konwencji genewskiej z 1949 roku²⁰. Jej status po wylądowaniu był uzależniony od podjęcia wrogich działań, które mogłyby polegać np. na zapobieżeniu próbie schwytania przez wroga przez stawianie zbrojnego oporu. Zasadniczo na stronie „przechwytyjacej” ciążył obowiązek zaoferowania możliwości kapitulacji przed rozpoczęciem ataku. Problematyczny w tej mierze może się wydawać status pilotów, którzy usiłują uciec pościgowi i jednocześnie próbują również być podjęci przez jednostki własnych sił zbrojnych (np. w ramach tzw. taktyki *evade and escape* – wydaje się jednak, że o ile ta osoba mając możliwość kapitulacji, nie podejmuje tej czynności, np. próbując dokonać eksfiltracji z zagrożonego rejonu, to traci ona ochronę wynikającą z art. 42 ust. 2 PD I)²¹, oraz tych, którzy takich działań nie podejmują, a wobec których rozpoczęto operacje specjalne – takie osoby, które skapitulowały, a następnie próbują uciec, powinny być traktowane jako jeńcy wojenni, którzy usiłują oddalić się z niewoli²². Utrata ochrony z art. 42 ust. 2 PD I następuje bezwzględnie w przypadku podjęcia aktu wrogiego przez pilota, np. niszczenia sprzętu technicznego bądź też dokumentów²³. Korzystanie z cywilnego ubrania podczas próby ucieczki z rejonu lądowania nie pozbawia statusu kombatanta członka sił powietrznych danego państwa (podobnie jak sam fakt braku umundurowania przez załogantów statku

19 „The essential principle in the rules under discussion was the obligation for the combatant to prove that he had withdrawn from the combat: that principle was the source of the concept of being obviously hors de combat, introduced in amendment CDDH/III/244; any feigning would entail the notion of an «act of perfidy» which the sponsors of that amendment proposed to introduce at the end of paragraph 2”. CDDH/III/SR.30, para. 20, s. 290.

20 R. Sabel, *Chivalry in the Air? Article 42 of the 1977 Protocol I to the Geneva Conventions*, „International Law Studies” 2000, vol. 75, s. 443.

21 L. C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester 1993, s. 179; I. Henderson, *The Contemporary Law of Targeting*, Leiden 2009, s. 91.

22 „To be sure, sometimes an armed force has been known to recover fallen aviator by force. In itself, that does not obviate the immunity of the parachutist, who might be wounded or might have surrendered, but he may become the stake of the combat and could in that way be exposed to certain actual risks. If he seeks to flee, his situation is analogous to that of the prisoner who tries to escape”. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva, 24 May–12 June 1971, *IV Rules...*, s. 10.

23 U. C. Jha, *International Humanitarian Law: The Laws of War*, New Delhi 2011, s. 57; A. P. V. Rogers, *Law on the Battlefield*, Manchester 2006, s. 49.

powietrznego), ale bez wątpienia naraża takie osoby na zarzut szpiegostwa²⁴. Brytyjski instruktaż z 2004 roku wskazuje, że w razie wątpliwości co do statusu osób opadających na spadochronie (osoby ewakuujące się z uszkodzonych statków powietrznych czy też żołnierze jednostek powietrznodesantowych) należy powstrzymać się z ewentualnym atakiem²⁵. Jest to wyraźne nawiązanie do treści komentarza MKCK z 1987 roku, który wskazywał, aby pomimo uzasadnionych i praktycznych trudnoći w stosowaniu przepisu wciąż stosować paradygmat dobrej wiary w jego interpretacji²⁶.

Podczas obrad plenarnych konferencji ostateczny kształt przepisu art. 39 projektu PD I wywołał wiele kontrowersji²⁷. Domagano się m.in., aby wyłączyć w sposób wyraźny możliwość ochrony lotnika, który dokonuje aktów nieprzyjacielskich, takich jak ostrzał osób znajdujących się na ziemi²⁸. Drugim punktem zapalnym była kwestia określenia statusu załoganta, który poprzez zmianę kierunku opadania w celu skierowania się na własne bądź sojusznicze terytorium usiłuje zapobiec schwytaniu przez armię nieprzyjacielską²⁹. Za pozbawieniem ochrony takiego załoganta (co było szczególnie popierane przez państwa arabskie) protestował J. S. Pictet, uznając powyższy postulat za drugorzędny z uwagi na fakt, że załogant opuszczający statek powietrzny niezdolny do lotu staje się *per se* ofiarą wojny, apelując w tej mierze o konieczność ustąpienia perspektywie humanitarnej wszelkim przesłankom natury wojskowej w tej mierze³⁰. Stanowisko autora komentarza do Konwencji genewskich z 1952 roku poparły zdecydowanie państwa zachodnie. Co interesujące, w trakcie polemiki przedstawiciel Syrii podkreślił, że norma zezwalającą na ostrzeliwanie załoganta usiłującego powrócić na własne terytorium jest elementem prawa zwyczajowego (powołując się na

24 U. C. Jha, *International Humanitarian Law...*, s. 58; *Air Operations and the Law*, s. 24.

25 JSP 383, *The Joint Service Manual of The Law of Armed Conflict*, s. 58.

26 Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Genewa 1997, para. 1643, s. 497.

27 R. Erickson, *Protocol I: A Merging of the Hague and Geneva Law of Armed Conflict*, „Vanderbilt Journal of International Law” 1978–1979, vol. 19, s. 574–575.

28 „It should not be so worded as to give the impression that absolute immunity from attack was granted to a person parachuting from an aircraft in distress even if that person committed a hostile act during the descent”. CDDH/SR.39, para. 71, s. 104.

29 „If Article 38 bis deprived a person in the field of the protection envisaged and of immunity from attack if he attempted to escape, why should more privileged treatment be given to a person descending by parachute who was obviously trying to escape to a territory controlled by his country, or by a friendly country?”. CDDH/SR.39, para. 72, s. 104; CDDH/SR.39, para. 96, s. 108.

30 „The serviceman who to save his life parachuted from an aircraft in distress was a victim, shipwrecked as it were in the air, and that was the idea which should have precedence. Whether an airman landed in friendly or hostile territory, whether he rejoined his unit or was taken prisoner, should remain secondary considerations. A shipwrecked person was a victim of the conflict and should be protected in all circumstances”. CDDH/SR.39, para. 89, s. 107.

stanowisko L. Oppenheima)³¹. Poprawka została odrzucona i ostatecznie zdecydowaną większością głosów przyjęto wersję zaakceptowaną przez grupę roboczą – jednakże nie jednomyślnie³². Po głosowaniu przedstawiciel Izraela wskazał, że norma zawarta w treści art. 42 PD I jest kodyfikacją prawa zwyczajowego, objętego treścią art. 20 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku³³. Podobne stanowisko wyraził Y. Dinstein³⁴. A. Cassese stwierdził, że w istocie państwa arabskie próbowały wzruszyć zwyczajowy charakter reguły³⁵. Przeciwnego zdania jest W. H. Parks, który podniósł, że „praktyka atakowania ewakuujących się pilotów z uszkodzonych statków powietrznych była bardziej regułą niż wyjątkiem”³⁶. R. Sabel z kolei wskazuje, że decydującą rolę w ostatecznej aprobacie tekstu art. 42 ust. 2 PD I miało zawarcie porozumienia amerykańsko-egipskiego, które pozwoliło na przełamanie impasu w dalszych rozmowach³⁷.

Reguła 132 instrukcji harwardzkiej potwierdzała, że zakazane jest atakowanie osób wydostających się z pokładu statku powietrznego wskutek sytuacji awaryjnej. Komentarz wskazywał, że zasada ta, wynikająca zarówno z treści traktatów międzynarodowych, jak i zwyczajowego prawa międzynarodowego, obejmuje oprócz załogi statku powietrznego także pasażerów, z wyłączeniem członków oddziałów powietrznodesantowych. Odnosząc się do kontrowersji co do zakresu zakazu, mającej miejsce podczas obrad konferencji dyplomatycznej w Genewie w latach 1974–1977, jednoznacznie wskazano, że wymiar tej zasady ma charakter absolutny i nie jest uzależniony od tego, czy ewakuująca się osoba wylądowała na terytorium wroga bądź kontrolowanym przez stronę przeciwną czy też przez wojska sojusznicze³⁸. Po wylądowaniu osoba ewakuująca się z pokładu statku powietrznego za pośrednictwem spadochronu powinna mieć możliwość poddania się, o ile nie jest czynnie zaangażowana w akty zbrojne. Komentarz podnosił, że ewentualna próba ucieczki przed schwytaniem przez nieprzyjaciela, o ile nie jest *per se* aktem nielegalnym, nie stanowi aktu kapitulacji w sensie prawnym z wyjątkiem ucieczki przed zemstą ze strony ludności cywilnej³⁹.

31 CDDH/SR.39, para 108, s. 110.

32 Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 1643, s. 497.

33 „The provisions relating to the protection of persons parachuting from an aircraft in distress are a declaratory codification of customary international law as set out inter alia in Article 20 of The Hague Rules of Air Warfare 1922/1923”. CDDH/SR.39, s. 116.

34 Y. Dinstein, *The Laws of War in the Air*, „Israel Yearbook of Human Rights” 1981, vol. 11, s. 45.

35 A. Cassese, *The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law*, „Pacific Basin Law Journal” 1984, vol. 55, s. 82.

36 W. H. Parks, *Air War and the Law of War*, „Air Force Law Review” 1990, vol. 32, s. 109–110.

37 R. Sabel, *Chivalry in the Air...*, s. 450.

38 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge 2013, s. 334.

39 *Ibidem*, s. 335.

3. Wiarołomstwo, stosowanie fałszywych oznaczeń

Należy zwrócić uwagę, że w toku dziejów walczący sięgali po różne środki eliminacji przeciwnika, m.in. także te uznawane za niehonorowe. Zwyczajową granicą legalności powyższych środków było działanie, które nie miało charakteru zdradzieckiego (w odróżnieniu od podstępu). G. D. Solis podaje przykład jednego z pierwszych w dziejach procesu karnego dotyczącego osób oskarżonych o złamanie praw i zwyczajów wojennych, jaki miał miejsce w 1873 roku wobec grupy Indian, która z „naruszeniem szczególnego charakteru flagi rozejmu” podstępnie zabiła emisariuszy sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych⁴⁰. W 1874 roku podczas konferencji w Brukseli do niedozwolonych metod prowadzenia działań wojennych zaliczono w art. 13 (b) Deklaracji brukselskiej zabójstwo w zdradziecki sposób kombatanta należącego do obcej armii. W toku prac przygotowawczych postulowano, aby sformułowanie „zdrada” zastąpić zwrotem „perfidia”⁴¹. Równoległe za działanie mające podobny charakter do zdradzieckiego zabijania przeciwnika uznawane było wykorzystywanie jego oznaczeń, mundurów bądź dystynkcji. W art. 13 (f) Deklaracji petersburskiej nielegalną metodą prowadzenia działań było używanie fałszywych znaków przynależności państwowej, znaków kapitulacyjnych oraz znaków chronionych Konwencją genewską (Pierwszą konwencją genewską z 1864 r.). Regulamin haski zasadniczo powtórzył treść rozwiązań przyjętych w 1874 roku i art. 23 lit. b zakazywał zdradzieckiego zabijania bądź ranienia osób należących do wrogiej armii, a art. 23 lit. f bezprawnego wykorzystania flag, oznak, mundurów nieprzyjacielskich.

Stopniowo międzynarodowe prawo humanitarne prowadziło do przyjęcia rozróżnienia pomiędzy dwoma odrębnymi zachowaniami o charakterze zakazanym. Pierwszym był akt perfidii, będący zasadniczo czynem o charakterze skutkowym (prowadzącym do zabicia bądź zranienia przeciwnika). Drugim było bezprawne bądź też nieprawidłowe użycie znaków przynależności państwowej charakterystycznych dla przeciwnika, rozszerzone o zakaz wykorzystywania pewnych emblematów chronionych szczególnymi przepisami *ius in bello* (wynikającymi z konwencji genewskich i protokołów dodatkowych). Działanie było naruszeniem o charakterze formalnym i bezskutkowym – zabroniony był sam fakt posługiwania się obcym znakiem⁴². Jednakże zakres obowiązywania powyższej normy był niejednoznaczny, zwłaszcza w odniesieniu do tego, czy zakazane było używanie

40 G. D. Solis, *The Law of Armed Conflict...*, s. 484–485.

41 F. Martens, C. Samwer, J. Hopf, *Actes de la Conférence réunie à Bruxelles, du 27 juillet au 27 août 1874, pour régler les lois et coutumes de la guerre*, Getynga 1879, s. 30.

42 „In order to be perfidy, the act must be the proximate cause of the killing, injury, or capture of the enemy” W. H. Parks, *Special Forces' Wear of Non-Standard Uniform*, „Chicago Journal of International Law” 2003, vol. 4, no. 2, s. 522.

nieprzyjacielskich znaków przez cały czas, czy jedynie w sytuacjach bezpośredniego kontaktu bojowego⁴³. W międzynarodowym orzecznictwie kontrowersje wywoływało m.in. zagadnienie wykorzystania obcych znaków przynależności państwowej, np. munduru. Ujawnił to proces Otto Skorzenego, którego jednostka (150 Brygada) otrzymała zadanie otwarcia dróg natarcia dla pozostałej części wojsk niemieckich podczas ofensywy „Wacht am Rhein” w Ardenach na przełomie 1944/1945. Żołnierze formacji Skorzenego nosili amerykańskie mundury wojskowe, poruszali się także zdobycznymi pojazdami wyposażonymi w oryginalne znakowania⁴⁴. Amerykański sąd wojskowy w 1947 roku badał sprawę dowódcy formacji oraz jego oficerów, ostatecznie wydając wyroki uniewinniające. W trakcie sprawy cytowano m.in. poglądy Lauterpachta, Halla, Spaighta oraz Wheatona⁴⁵. Podobnie jak w przypadku wojny morskiej, za decydującą okoliczność uznano fakt, że żołnierze 150 Brygady nosili niemieckie mundury podczas bezpośrednich starć z armią amerykańską, uznając noszenie uniformów obcych wojsk za dopuszczalny fortel wojenny, dopóki nie następowała bezpośrednia styczność bojowa^{46,47}. Wyjątek ten, wraz ze stanowiskiem dotyczącym umundurowania w wypadku braku możliwości jego skompletowania, stanowi element legalnego fortelu wojennego⁴⁸.

Projekt art. 39 PD I przewidywał, że niedopuszczalne jest wykorzystywanie nieprzyjacielskich flag, oznaczeń oraz mundurów dla osłony bądź wspierania operacji wojskowych⁴⁹. Zdecydowanie w tej mierze przeważało utrwalenie tzw. zasady Skorzenego, która powodowała zróżnicowanie sytuacji użycia wrogich

43 W. J. Fenrick, *Methods of Land Warfare*, [w:] R. Liivoja, T. McCormack (red.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, Nowy Jork 2005, s. 260.

44 Słynne jest zdjęcie przerobionego czołgu typu Panther na amerykańskie działo szturmowe M10, posiadające amerykańskie oznaczenia. R. B. Durham, *False Flags, Covert Operations and Propaganda*, Morrisville 2014, s. 128.

45 C. Phillipson, *Wheaton's Elements of International Law*, Nowy Jork 1916, s. 501.

46 Law Reports of Trials of War Criminals: Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission, Vol. IX, Case No. 56, Trial of Otto Skorzeny and Others, General Military Government Court of the U.S. Zone of Germany, Londyn 1949, s. 90–94.

47 „It is perfectly legitimate to use the distinctive emblems of an enemy in order to escape from him or to draw his forces into action; but it is held that soldiers clothed in the uniforms of their enemy must put on a conspicuous mark by which they can be recognised before attacking, and that a vessel using the enemy's flag must hoist its own flag before firing with shot or shell”. W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, Oxford 1904, s. 462.

48 „On two points there appears to be universal, or at least general agreement: no violation of international law is involved in the wearing of enemy uniforms not for camouflage purposes, but to cope with a necessity created by lack of other clothing; and the use of the enemy's uniform for the purpose of deceiving the enemy by thus concealing one's hostile status is at least unlawful where this is done in open combat”. M. Koessler, *International Law on Use of Enemy Uniforms as a Stratagem and the Acquittal in the Skorzeny Case*, „Missouri Law Review” 1959, vol. 24, s. 22.

49 CDDH/III/SR.29, para. 15, s. 273.

emblematów podczas walki i poza nią⁵⁰. Ostatecznie zdecydowano, aby rozszerzyć zakaz użycia wrogich znaków przynależności państwowej nie tylko na czas samej styczności wojskowej, ale także zamaskowania, wsparcia ochrony bądź utrudniania operacji wojskowych, rozumianych nie tylko jako sama styczność bojowa, ale także jako przemieszczenie do rejonu walki⁵¹.

Z perspektywy prawa wojny powietrznej należy zwrócić uwagę, że w treści art. 39 PD I nie zawarto żadnych postanowień odnoszących się do stosowania znaków przez wojskowe statki powietrzne, przy jednoczesnym odesłaniu do zasad obowiązujących w wojnie morskiej. Z tego też względu należy uznać, że materia ta, jako nieuregulowana przepisami PD I i jednocześnie nieznajdująca się w IV dziale PD I, została w całości pozostawiona zwyczajowemu prawu międzynarodowemu, opierającemu się na treści Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku. Artykuł 19 tej regulacji zakazywał wykorzystywania fałszywych oznakowań statku powietrznego – co odnosiło się do jakiegokolwiek odznaki innej niż państwa będącego właścicielem wojskowego statku powietrznego⁵². Analiza praktyki państw zarówno w I, jak i II wojnie światowej potwierdziła ważność tej reguły⁵³. W przeciwieństwie do wojny morskiej, stosowanie fałszywych oznaczeń nie jest klasyfikowane jako legalny fortel wojenny, lecz akt perfidii⁵⁴. J. M. Spaight wskazywał na jedynie sporadyczne oraz niepotwierdzone raporty dotyczące stosowania fałszywych oznaczeń przez walczących⁵⁵. Od stosowania fałszywych oznaczeń należy odróżnić dwie sytuacje.

Pierwszą jest dokonanie zmiany oznaczeń statków powietrznych należących uprzednio do adwersarza. Taka praktyka jest uwiarygodniona zapisami fotograficznymi. Kampfgeschwader 200 (znana także jako KG 200) była jednostką Luftwaffe wykonującą różnego rodzaju misje specjalne, treningowe oraz rozpoznawcze.

50 „Finally, there was the well known Skorzeny case of the Second World War, which had established that the firing of weapons while in the uniform of the adverse Party would not have been tolerated. The absolute limit was set out in article 35, and anyone firing while wearing the colors of a benevolent neutral or masquerading as a harmless civilian invariably committed an illegal act”. CDDH/III/SR.29, para. 10, s. 272.

51 Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 1576, s. 468.

52 A. Gioia, *Neutrality in Air Warfare*, [w:] N. Ronzitti, G. Venturini (red.), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues (Essential Air and Space Law)*, Utrecht 2006, s. 187.

53 W. H. Boothby, *Deception in the Modern, Cyber Battlespace*, [w:] J. D. Ohlin, K. Govern, C. Finkelstein (red.), *Cyberwar: Law and Ethics for Virtual Conflict*, Oxford 2015, s. 201.

54 Y. Dinstein, *The Laws of War...*, s. 43. Co interesujące, M. Madden uważa, że o ile w przypadku samolotów odrzutowych zmiana oznaczeń jest niemożliwa, o tyle w kontekście śmigłowców uznaje taką sytuację za prawdopodobną. „There is no question that such conduct would constitute perfidy, and that it would be illegal under IHL if the helicopter crew killed, injured or captured an enemy while false markings were worn on the helicopter”. M. Madden, *Of Wolves and Sheep: A Purposive Analysis of Perfidy Prohibitions in International Humanitarian Law*, „Journal of Conflict and Security Law” 2012, vol. 17, s. 454.

55 J. M. Spaight, *Air Power and War Rights*, Londyn 1924, s. 84–89.

Eskadra otrzymywała także na wyposażenie zdobyczne samoloty alianckie (np. Flying Fortress B-17)⁵⁶. Nie istnieją jednakże znane raporty wskazujące, że samoloty były wykorzystywane w swych oryginalnych znakach państwowych przez Luftwaffe⁵⁷. Podobne formacje posiadały także państwa alianckie.



Zdjęcie 1. Samoloty produkcji niemieckiej: Junkers Ju 88 i Focke-Wulf Fw 190 w składzie tzw. Rafwaffe – specjalnej eskadry doświadczalnej Królewskich Sił Powietrznych. Samoloty mają naniesione znaki RAF

Źródło: Captured German aircraft of No. 1426 (Enemy Aircraft Circus) Flight at Collyweston, Northamptonshire, undergoing maintenance; Focke Wulf Fw 190A-3, PN999, undergoes an engine service while airmen re-paint the wings of Junkers JU 88S-1, TS472, autor: Goodchild, Królewskie Siły Powietrzne, 22 lutego 1945 roku, https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/thumb/9/96/CH_015610.jpg/300px-CH_015610.jpg (dostęp: 23.12.2020).

⁵⁶ Na wyposażeniu KG 200 znajdował się m.in. brytyjski bombowiec Vickers Wellington należący do 311 Dywizjonu Czechosłowackiego, zmuszony do lądowania we Francji w 1941 roku, przejęty przez stronę niemiecką i wcielony do KG 200 pod znakami Luftwaffe, https://pl.wikipedia.org/wiki/Vickers_Wellington#/media/Plik:Bundesarchiv_Bild_146-1972-019-88,_Beuteflugzeug,_Vickers_Wellington.jpg (dostęp: 23.12.2020).

⁵⁷ G. J. Thomas, B. Ketley, *Luftwaffe KG 200: The German Air Force's Most Secret Unit of World War II*, Mechanicsburg 2015, s. 77.



Zdjęcie 2. Amerykański Flying Fortress B-17G w barwach Luftwaffe. Wcielona do KG 200, widoczne znaki Luftwaffe na płaszczyźnie dolnej płata oraz powierzchni bocznej wraz z godłem państwowym III Rzeszy

Źródło: autor nieznan, https://upload.wikimedia.org/wikipedia/en/thumb/5/57/B17_kg200.jpg/250px-B17_kg200.jpg (dostęp: 27.12.2020).



Zdjęcie 3. Polski myśliwiec PZL P.7a w barwach niemieckich z naniesionymi znakami Luftwaffe

Źródło: autor nieznan, http://www.samolotypolskie.pl/uploads/Products/product_2397/PZL_P-7a_niemcy.jpg (dostęp: 27.12.2020).

Drugą sytuacją jest brak oznaczeń przynależności państwowej w ogóle. Komentarz MKCK z 1987 roku stanowił, że walczący mogą natychmiast korzystać ze zdobycznego sprzętu należącego do wroga, pod warunkiem usunięcia oznaczeń przeciwnika⁵⁸. Komentarz milczy na temat istnienia podobnego uprawnienia w przedmiocie wojskowych statków powietrznych. Wydaje się, że powyższa praktyka w kontekście prawa wojny powietrznej jest niedozwolona z trzech powodów. Po pierwsze, jedynie wojskowe statki powietrzne są uprawnione do realizacji praw walczących, a jedną z przesłanek utrzymania statusu jest posiadanie zewnętrznych oznak przynależności do sił powietrznych danego państwa. Po drugie, brak oznakowania wojskowego statku powietrznego może rodzić konsekwencje dla załogi, poprzez możliwość odmowy uznania jej praw kombatanckich (tak wskazuje I. Detter de Lupis). Po trzecie, zgodnie z treścią art. 48 PD I strony konfliktu „mają w każdych okolicznościach dokonywać rozróżnienia pomiędzy ludnością cywilną a walczącymi”⁵⁹.

4. Perfidia a fortele wojenne

W historii prawa wojny od początku rozróżniano wiarołomstwo i fortele wojenne⁶⁰. O ile wszelkie zachowania polegające na nadużyciu dobrej wiary u walczących były zdecydowanie potępiane przez doktrynę prawa międzynarodowego, o tyle podstępny wojenny był uznawany za uzasadnioną i legalną praktykę⁶¹. Zmylenie przeciwnika co do swoich rzeczywistych zamiarów uznawano tak długo za zgodne ze zwyczajami wojennymi, dopóki nie podważało to elementarnych zasad zaufania pomiędzy walczącymi (tzw. *lawful deception*)⁶². Działania te mogły polegać na wykorzystywaniu sprzyjających okoliczności, fabrykowaniu fałszywych danych wywiadowczych, pozorowaniu pewnych ruchów – za takie przykładowo uznawano np. pływanie okrętów wojennych pod fałszywą flagą, z wyjątkiem sytuacji, w której jednostka wkraczała do walki⁶³. Za działania zdradzieckie często

58 „For example, it is understood that a tank captured from the enemy on the battlefield may immediately be used against the adversary on condition that the emblems of nationality are removed”. Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 1576, s. 468.

59 G. D. Solis, *The Law of Armed Conflict...*, s. 225.

60 J. Risley, *The Law of War*, Londyn 1897, s. 108; W. Manning, *Commentaries on the Law of Nations*, Londyn 1839, s. 74.

61 K. van Bynkershoek, *A Treatise on the Law of War*, Philadelphia 1820, s. 3.

62 H. W. Halleck, *Elements of International Law and Laws of War*, Philadelphia 1866, s. 181.

63 L. Oppenheim, *International Law: A Treatise, Vol II: War and Neutrality*, Nowy Jork 1906, s. 165.

uznawano wykorzystywanie przez niektórych walczących nowych broni, takich jak np. torpedy bądź miny morskie⁶⁴. Powyższa norma o charakterze zwyczajowym została potwierdzona przez przepisy tzw. kodeksu Liebera z 1863 roku (art. 101), Deklaracji brukselskiej z 1874 roku (art. 14) oraz Regulaminu haskiego z 1907 roku (art. 24).

W ramach projektu PD I zdecydowano się połączyć koncepcje perfidii oraz forteli wojennych w ramach jednego przepisu. Perfidie zdefiniowano jako działanie z zamiarem zdradzenia przeciwnika – rozumianą jako „próbę symulacji sytuacji, w ramach której walczący z uwagi na nakaz moralny bądź prawny decyduje się na odstąpienie od kroku wojennego”⁶⁵. Dokonano enumeratywnego wskazania sytuacji związanych z: 1) udawaniem sytuacji przymusowych, w szczególności nadużycie znaku międzynarodowego, 2) udawaniem zamiaru kapitulacji, 3) używaniem przez kombatantów strojów cywilnych. Za fortel wojenny zdecydowano się uznać czyny, które bez podważania zaufania u przeciwnika prowadzą do jego zmylenia bądź zmuszenia go do działania nieostrożnego, takiego jak wykorzystanie kamuflażu, pułapek czy dezinformacji⁶⁶. W ramach prac konferencji w latach 1974–1977 podniesiono, że w pojęciu perfidii kryje się legalna pozorność, za szczególne nadużycie traktowano w tej mierze symulację kapitulacji w celu zabicia nieprzyjaciela⁶⁷. Część z delegacji wyrażała wątpliwości w zakresie prezentowanej definicji perfidii (m.in. uzasadnione postulaty zgłaszał R. Bierzanek, wskazując na potrzebę jasnego sformułowania, że perfidia jest działaniem wbrew prawu międzynarodowemu). Ważną uwagę poczynił delegat belgijski, wskazując, że przepis stanowi o zakazie wiarołomstwa i może stać się w przyszłości częścią uzupełniającą relewantną normą prawa karnego, w związku z powyższym niezbędne jest precyzyjne określenie⁶⁸. E. Castrén wskazał, że projektowany zapis jest błędny w zakresie, w jakim dokonuje zaszeregowania przykładów wiarołomstwa i forteli wojennych⁶⁹. Delegacja Stanów Zjednoczonych wskazała, że zmiany PD I co do statusu osoby kombatanta wyeliminowały wymóg noszenia umundurowania⁷⁰.

Raport grupy roboczej wskazuje, że zasadniczym wymiarem zakazu jest szeroko pojęta neutralizacja wroga w zamiarze zdradzenia jego zaufania – walczący musi w tej mierze wykorzystać zaufanie (w przepisie wskazane jako dobra wiara) nieprzyjaciela wynikające z zaistniałych okoliczności. Stąd też np. pozorowanie śmierci

64 P. Bordwell, *The Law of War of War between Belligerents: A History and Commentary*, Chicago 1908, s. 134.

65 ICRC, *Draft Additional Protocols...*, s. 43.

66 *Ibidem*, s. 42.

67 CDDH/III/SR.27, para. 66, s. 255.

68 CDDH/III/SR.27, para. 76–77, s. 257.

69 CDDH/III/SR.27, para. 11, s. 261.

70 „There was, in fact, no rule in draft Protocol I which required combatants to wear uniform, nor did he know of any recognized definition of What constituted a uniform”. CDDH/III/SR.27, para. 23, s. 264.

w celu ocalenia życia nie jest perfidią w rozumieniu przepisu, gdyż nie spełnia warunku polegającego na zamiarze zgładzenia bądź innej eliminacji przeciwnika⁷¹. Zaufanie to wynikało z przepisów prawa międzynarodowego mającego zastosowanie w konfliktach zbrojnych⁷². Tak szerokie rozumienie perfidii powoduje, że konstrukcja art. 37 PD I będzie miała zastosowanie także względem działań nieuregulowanych wprost przepisami PD I, w tym wojny morskiej oraz powietrznej⁷³. Stąd też *per se* wiarołomstwo opiera się na zamiarze kierunkowym (*dolus directus coloratus*)⁷⁴. Wątpliwości wywoływał wymóg związany z odróżnieniem walczących od ludności cywilnej – jako sprzeczny z nowymi przepisami PD I (np. art. 44 ust. 3 PD I). Część z państw zwróciła na powyższą okoliczność uwagę w trakcie składanych wyjaśnień do głosowania, ale sam przepis art. 37 PD I został przyjęty w drodze konsensusu.

Artykuł 37 PD I stanowi o zakazie wiarołomstwa⁷⁵. W ust. 1 wskazano, że zakazuje się czynić przeciwnika niezdolnym do walki poprzez wykorzystanie jego dobrej wiary w celu wprowadzenia w błąd, iż ma on obowiązek udzielenia ochrony na podstawie przepisów prawa międzynarodowego bądź też przeciwnik ma prawo do skorzystania z ochrony, powołując się na powyższe przepisy. W zdaniu trzecim wyekspozowano przykładowo sytuacje związane z perfidią w postaci pozornego: 1) kapitulowania, 2) niepełnosprawności będącej wynikiem ran bądź choroby, 3) prezentowania statusu niewalczącego bądź osoby cywilnej, 4) wykorzystywania mundurów Narodów Zjednoczonych bądź państw neutralnych. Znaczeniem powyższego przepisu jest celowe udawanie statusu, sytuacji bądź osoby chronionej przepisami prawa międzynarodowego w celu zmylenia przeciwnika (poprzez wykorzystanie jego zaufania) i jego ostatecznej eliminacji (w postaci rannienia, zabicia bądź pojmania).

Instrukcja harwardzka z 2009 roku potwierdzała obowiązywanie przepisów dotyczących wiarołomstwa oraz forteli wojennych w wojnie powietrznej, wska-

71 „Additionally it should be noted that, in order to be perfidy as an act must be done «with intent to betray» the confidence created. That was intended to mean that the requisite intent would be an intent to kill injure or capture by means of the betrayal of confidence”. CDDH/236/Rev. 1, s. 382.

72 „The Committee agreed that confidence could not be an abstract confidence, but must be tied to something more precise and should not be tied to internal or domestic law. In the end, it was decided to refer to confidence in protection under «international law applicable in armed conflicts», by which was meant the laws governing the conduct of armed conflict which were applicable to the conflict in question”. CDDH/236/Rev. 1, para. 15, s. 381.

73 „This is a relatively wide interpretation, and consequently the definition of perfidy extends beyond the prohibition formulated in the first sentence. For example, it encompasses war at sea, even though this subject is not dealt with in the Protocol”. Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 1500, s. 435.

74 „The difference between that and an unlawful act committed by a true prisoner of war lay in the perfidious intent”. CDDH/III/SR.27, para. 66, s. 255.

75 J. Crowe, K. Weston-Scheuber, *Principles of International Humanitarian Law*, Northampton 2013, s. 65–66.

zując na kluczowy element w postaci złamania zaufania u drugiego walczącego, skutkującego jego zabiciem bądź zranieniem – wątpliwości wśród ekspertów powstały przy ocenie, czy zachowania polegające na schwytaniu walczącego, a także np. zniszczeniu określonego dobra podpadają pod zakaz wiarołomstwa. Komentarz podkreśla, że zakaz wiarołomstwa ma na gruncie międzynarodowego prawa humanitarnego charakter skutkowy, w pierwszej kolejności wskazując np. wykorzystanie ambulansu jako środka transportu kombatanów, co jest zachowaniem nadużywającym zaufanie walczącego, ale nie będące *per se* zakazane w świetle dyspozycji art. 37 PD I. Oznacza to, że czyny wiarołomne są *in generalis* naruszeniem międzynarodowego prawa humanitarnego, ale nie wszystkie są penalizowane w świetle Statutu rzymskiego MTK – tylko te, które docelowo skutkują neutralizacją przeciwnika. Reguła nr 112 wyliczała przypadki zachowania zakazanego obowiązujące w warunkach wojny powietrznej. Oprócz konwencjonalnie zaliczanych do powyższych przypadków a) udawania statusu osoby chronionej, cywilnej, b) wykorzystywania znaków Czerwonego Krzyża bądź innych obwarowanych normami międzynarodowego prawa humanitarnego, wskazano na okoliczności wykorzystania c) flag sygnalizujących poddanie się oraz d) wrogich znaków przynależności państwowej. W przypadku operacji lotniczych uznano, że samolot nie jest w trakcie lotu zdolny do podniesienia flagi poddania się, ale oddziały lądowe mogą symulować zamiar poddania się, by uniknąć ataku lotniczego – podkreślono, że każde symulowane wykorzystanie flagi rozejmu jest uznawane za nielegalną praktykę. Natomiast sama załoga wojskowego statku powietrznego może używać np. komunikacji lotniczej, by zawiadomić o zamiarze poddania się; za niedostateczny w tej mierze uznawano np. manewr lądowania⁷⁶. O ile reguła nr 128 instrukcji przyznawała prawo załogi do kapitulacji, to według słów komentarza „nie istnieje wytworzona praktyka, w jaki sposób załogi wojskowych statków powietrznych mogą wyrazić zamiar kapitulacji”⁷⁷. Ten sam standard został wskazany w odniesieniu do zjawiska stosowania niewłaściwego oznaczenia charakterystycznego dla wojskowego statku powietrznego wrogiej strony⁷⁸.

Reguła nr 114 wskazywała na praktyki związane z uznaniem za wiarołomne pewnych zachowań w trakcie działań wojennych w przestrzeni powietrznej. Pierwszym było symulowanie statusu medycznego statku powietrznego bądź cywilnego statku powietrznego. Przykładowo wojskowy statek powietrzny może wykorzystywać transpondery i częstotliwości charakterystyczne dla samolotu cywilnego. Komentarz podnosił w tej mierze również możliwość naniesienia na powierzchnię wojskowego statku powietrznego cywilnych oznaczeń, np. numerów rejestracyjnych zastrzeżonych dla użytku cywilnego. Działanie powyższe

76 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR...*, s. 311.

77 *Ibidem*, s. 329.

78 *Ibidem*, s. 307.

uznawano za analogicznie niedopuszczalne jak w przypadku działań kombatanów przebranych w stroje charakterystyczne dla ludności cywilnej, podkreślając, że w praktyce oznakowanie wojskowego statku powietrznego cywilnymi oznaczeniami ma zawsze znamiona działania umyślnego. Drugim istotnym zagadnieniem była kwestia stosowania oznaczeń typu *low-visibility*. Zgodnie z treścią komentarza stosowanie oznaczeń o zmniejszonej widoczności nie było traktowane jako symulowanie statusu cywilnego statku powietrznego⁷⁹. Co interesujące, usunięcie oznaczeń państwowych z pokładu wojskowego statku powietrznego było traktowane jako brak jednego z niezbędnych elementów definicji wojskowego statku powietrznego i oznaczało zakaz wykonywania uprawnień walczących przez ten statek powietrzny, w tym ataków. Za niewłaściwe, niezależnie od tego, czy uznawano je jednocześnie za perfidne, uważano w wojnie powietrznej 1) wykorzystywanie przez statek powietrzny sygnałów zastrzeżonych dla sytuacji awaryjnych (nie było jednakże w tej mierze uznane za niedozwolone wykorzystywanie komunikacji swój – obcy), 2) wykorzystywanie każdego innego typu statku powietrznego niż wojskowy jako środka ataku.

Artykuł 37 ust. 2 PD I przepisu statuował, że fortele wojenne są legalne. Przepis ten został skonstruowany według schematu *a contrario*. Fortel podobnie jak perfidia ma na celu wprowadzenie przeciwnika w błąd lub działanie nieostrożne, ale nie podważa jego zaufania do ochrony przewidzianej przez prawo międzynarodowe oraz nie narusza *per se* innych przepisów prawa międzynarodowego⁸⁰. Zdanie drugie art. 37 PD I ust. 2 wymienia przykładowe fortele wojenne – jednym z nich jest np. stosowanie kamuflażu.

5. Kamuflaż w wojnie powietrznej

Stosowanie kamuflażu przez wojskowe statki powietrzne (z franc. *camoufler* – ukryć się). W okresie I wojny światowej szybko stało się praktyką zaakceptowaną przez wszystkich walczących⁸¹. J. M. Spaight wskazał, że w jego ocenie stosowanie barw maskujących stało się legalną praktyką, uznając nawet prawo walczących do kopiowania wzoru kamuflażu⁸². Niemieckie Luftstreitkräfte stosowały podczas

⁷⁹ *Ibidem*, s. 309.

⁸⁰ R. Bierzanek, *Wojna a prawo międzynarodowe*, Warszawa 1982, s. 211.

⁸¹ Kamuflaż – rozumiany jako element artystyczny będący odwzorowaniem zachowania zwierząt. Początkowo występował jako nurt postimpresjonizmu – francuscy malarze zostali później zatrudnieni przez francuski rząd w okresie I wojny światowej do projektowania nowych wzorów barw maskujących.

⁸² J. M. Spaight, *Air Power...*, s. 79.

I wojny światowej charakterystyczny wzór maskowania – tzw. kamuflaż Lozenge. Sama istota maskowania uznawana jest za legalny fortel wojenny, zmierzający do zmniejszenia szans wykrycia przez nieprzyjaciela. Stosowanie barw ochronnych nie prowadziło jednakże do eliminacji stosowania własnych znaków przynależności państwowej – z uwagi na potrzebę szybkiej identyfikacji wizualnej przez sojuszniczne jednostki bądź inne wojskowe statki powietrzne. W efekcie niemieckie samoloty podczas wielkiej wojny cały czas korzystały z wyróżniającej odznaki *Balkenkreuz*. Praktyka ta została rozpowszechniona w innych państwach w okresie międzywojennym – każde z państw stosowało własny, indywidualny wzór kamuflażu. Niektóre typy samolotów wymagały specjalnego oznaczenia, tzw. znaków szybkiej identyfikacji (przykładem tego są samoloty Messerschmitt Bf 109 wyposażane w żółte końcówki kadłuba czy tzw. pasy inwazyjne stosowane przez lotnictwo alianckie podczas operacji „Overlord”)⁸³.

Komentatorzy PD I wskazali, że istniejące przepisy prawa nie usuną wszystkich wątpliwości związanych z podziałem na czyny wiarołomne i perfidne. F. Kalshoven i L. Zegveld podnoszą, że wiarołomstwo ma charakter skutkowy i jedynie osiągnięcie celu działania w postaci zneutralizowania przeciwnika uzupełnia w sposób niezbędny zakaz wiarołomstwa⁸⁴. Co istotne, przepis ma wymiar wyłącznie osobowy, tj. skutkiem działania wiarołomnego jest poczynienie szkód na osobie, a nie do- brach materialnych⁸⁵. Komentatorzy zwrócili uwagę, że wykorzystanie fałszywego znaku przeciwnika określonego na gruncie art. 39 PD I jest bardziej traktowane jako nielegalny fortel wojenny niż wiarołomstwo⁸⁶. Jako dopuszczalne fortele wskazywano wszelkie elementy akustyczne, kreowanie optycznej iluzji poprzez ustawianie atrap sprzętu wojskowego, sfabrykowane wiadomości radiowe, symulowanie ataki i stosowanie dywersji, a także usunięcie znaków przynależności państwowej

83 Było to wymaganie związane z okolicznością, że niektóre typy samolotów wojskowych – np. Messerschmitt Bf 109 i North American P-51 Mustang – były maszynami do siebie podobnymi.

84 „Even then, the combatant feigning death with intent to kill or injure becomes guilty of a violation of Article 37(1) only if he actually kills or injures the adversary”. F. Kalshoven, L. Zegveld, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, Cambridge 2011, s. 94.

85 „Importantly, perfidious action that results in damage but not in death, injury or capture does not constitute a breach of the law of armed conflict and, by extension, does not amount to a war crime”. W. H. Boothby, *Cyber Deception and Autonomous Attack – Is There a Legal Problem?*, [w:] K. Podins, J. Stinsissen, M. Maybaum (red.), *5th International Conference on Cyber Conflict*, Tallin 2013.

86 „Any ruse based on the violation of a rule of the Protocol by the wrongful use of emblems of a particular nationality, for example, in violation of Article 39 (Emblems of nationality) is a prohibited ruse, rather than an act of perfidy, in the sense of the Protocol at any rate. If this form of deception in addition invites the confidence of the adversary with regard to the protection provided for by the law of armed conflict, for example, by using the uniforms of neutral countries, it does constitute an act of perfidy. Thus a distinction should be made between a ruse, a prohibited ruse, and an act of perfidy”. Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 1515, s. 441.

z umundurowania (co wydaje się *prima facie* kontrowersyjne, ale zgodne z ogólnym wymogiem, że umundurowanie wystarcza, by wypełnić przesłankę odróżniania się od ludności cywilnej)⁸⁷. A. P. V. Rogers uważa za legalny fortel wojenny sytuację, w której zamaskowany czołg pozwala na zajęcie niekorzystnej przez niego sytuacji taktycznej, a następnie dokonuje jego zniszczenia z bliskiej odległości⁸⁸.

Przykładem powyższych wątpliwości może być kasus związany z działaniami powietrznymi nad Serbią w ramach interwencji NATO w Kosowie. 24 marca 1999 roku jeden z serbskich MiG-29 po starcie zasygnalizował pilotowi poważne problemy z awioniką pokładową. Ponieważ z uwagi na atak NATO na macierzystą bazę lotniczą powrót do niej nie był możliwy, pilot podjął decyzję o lądowaniu na międzynarodowym porcie lotniczym im. Nikoli Tesli w Belgradzie. Po wylądowaniu w celu uchronienia cennego myśliwca przed zniszczeniem został on zaparkowany pod ogonem cywilnego statku powietrznego o charakterze pasażerskim. Powyższą okoliczność potwierdza zdjęcie wykonane z rozpoznania NATO.



Zdjęcie 4. Zdjęcie satelitarne międzynarodowego portu lotniczego w Belgradzie, przedstawiające zaparkowanego MiG-29 serbskich sił powietrznych w ostonie samolotu pasażerskiego

Źródło: <https://www.nato.int/pictures/1999/990419/b990419c.jpg> (dostęp: 27.12.2020).

87 „Organizing simulated parachute drops and supply operations; moving land marks and route markers or altering road signs; removing the signs indicating rank, unit, nationality or special function from uniforms”. *Ibidem*, para. 1521, s. 443.

88 A. P. V. Rogers, *Law...*, s. 37.

Zachowanie pilota może budzić poważne wątpliwości w świetle poczynionych ustaleń. W ocenie autora opisana okoliczność stanowi przykład nielegalnego fortelu wojennego, który jednocześnie nie stanowi naruszenia zakazu wiarołomstwa. MiG-29 nie symuluje cywilnego statusu – ciągle zachowuje swój wojskowy charakter, został umieszczony pod ogonem cywilnego statku pasażerskiego w celu ochrony wojskowego statku powietrznego przed atakiem. Ponadto, by stanowić o zakazie wiarołomstwa, z faktu symulowania cywilnego charakteru przez MiG-29 musi wynikać konsekwencja w postaci skutku, czyli zabicia, zranienia, względnie pojmania przeciwnika. Z drugiej strony, to samo zachowanie jest naruszeniem dyspozycji art. 51 ust. 7 PD I, gdyż jest wykorzystaniem obecności osób bądź obiektów cywilnych dla maskowania bądź też ochrony przed atakiem. Granicą legalności fortelu wojennego jest bowiem brak naruszenia przepisów prawa międzynarodowego i dobrej wiary przeciwnika⁸⁹. Nie ma wątpliwości, że cywilny statek powietrzny – tym bardziej wycofany ze służby – nie jest legalnym celem wojskowym w rozumieniu art. 52 ust. 2 PD I. W powyższej sytuacji ewentualna decyzja o ataku na serbski MiG-29 musiałaby wiązać się z uruchomieniem reguły proporcjonalności. W tych konkretnych warunkach pewną przeszkodą do wykonania ataku nie byłaby wartość przestarzałego samolotu pasażerskiego *per se* (zakładając, że na jego pokładzie nie znajdują się cywile), lecz możliwość wystąpienia zniszczeń wobec infrastruktury międzynarodowego portu lotniczego.

Inny charakter miało rozmieszczenie podczas I wojny w Zatoce Perskiej irackich myśliwców wokół starożytnych świątyń w celu ochrony ich przed ewentualnym atakiem koalicji. Należy zwrócić uwagę, że myśliwce te pomimo że mogą być zakwalifikowane z natury jako cel wojskowy w świetle art. 52 ust. 2 PD I, to w warunkach wskazanych na zdjęciu nie wnoszą istotnego wkładu do działalności wojskowej – z uwagi na brak możliwości ich uzbrojenia oraz odpowiedniego pasa startowego. Ich rozmieszczenie miało więc charakter wyłącznie konserwujący. M. Lewis podniósł, że wykonanie ataku na irackie maszyny mogło także doprowadzić do naruszenia zasady proporcjonalności, uznając, że poziom zniszczeń byłby nadmierny w stosunku do korzyści wojskowej wynikającej z ataku powietrznego⁹⁰.

89 „(...) deceptive measures which neither infringe a rule of law nor invite the confidence of an adversary with respect to its protection”. R. Clarke, *The Club-K Anti-Ship Missile System: A Case Study in Perfidy and its Repression*, „Human Rights Brief” 2012, vol. 20, s. 23; Y. Dinsteine, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge 2016, s. 275; D. Richemond-Barak, *Underground Warfare*, Oxford 2018, s. 172.

90 „The Iraqis would thus have borne responsibility for any damage to the temple in an attack on the MiGs.’ Nevertheless, the decision was made not to attack these aircraft, partly because they were positioned in such a way that they could not be readily armed and launched, and therefore did not confer any military advantage on the enemy (military necessity). They were also not attacked because their military value as aircraft was determined to be outweighed by the risk of damage to the historical religious site (proportionality). Clearly, then, these two concepts are closely related and can, at times, be indistinguishable”. M. Lewis, *The Law of Aerial Bombardment in the 1991 Gulf War*, „The American Journal of International Law” 2003, vol. 97, s. 488.



Zdjęcie 5. Fotografia przedstawiająca irackie samoloty bojowe rozmieszczone obok starożytnych ruin w Iraku

Źródło: https://www.cia.gov/library/reports/general-reports-1/iraq_human_shields/images/image007.jpg/image.jpg (dostęp: 27.12.2020).

Na marginesie rozważań warto zwrócić uwagę, że literalna wykładnia art. 37 PD I stanowi jedynie o przypadkach odnoszących się do osób, np. udawania posiadania statusu osoby cywilnej. Może to prowadzić do pewnej wątpliwości, czy przepis ten może mieć zastosowanie także względem obiektów bądź dóbr o charakterze materialnym. Jednakże podobny wymiar zdepersonifikowania językowego ma miejsce w odniesieniu do art. 52 ust. 1, który stanowi jedynie o celach wojskowych. Pomimo powyższego nie ma wątpliwości, że celem wojskowym może być walczący w rozumieniu art. 43 PD I. Podobną okoliczność należy odnieść względem art. 37 PD I⁹¹.

91 „But under the Additional Protocol I definition, camouflaging as civilian or protected objects seem to be permissible. Those installations would be camouflaged so they would not be attacked and destroyed, thus the camouflaging lacks the requisite intent to kill, wound, or capture. Or if an army camouflages an arms factory as a less valuable military target like a garment factory, it would seemingly be a ruse, even if the continued existence of the arms factory resulted in more enemy deaths. The lesson, then, is that camouflage is not always easily identified as a ruse”. Pojawiają się jednakże w tej mierze wątpliwości, czy I PD wy-

Interesującą częścią powyższej dyskusji jest możliwość stosowania przez współczesne, autonomiczne pojazdy bojowe technologii typu *stealth* pojmowanej nie tylko jako niewidoczność dla radarów, ale także różnego rodzaju systemów powodujących stapianie się obiektów fizycznych z terenem. Zjawisko to jest nazywane jako stosowanie tzw. aktywnego kamuflażu działającego na zasadzie iluzji optycznej, obecnie z wykorzystaniem najnowszych technologii typu LED, jego konsekwencją jest uzyskanie efektu zupełnego zlania się obiektu z terenem, potencjalnie uzyskanie najwyższego poziomu maskowania. W 2017 roku oficjalne zapotrzebowanie na tego typu urządzenia zostało zgłoszone w lotnictwie transportowym USAF, gdzie występują obawy co do możliwości przetrwania dużych statków powietrznych w postaci tankowców, samolotów wczesnego wykrywania bądź transportowców w ramach konfliktu konwencjonalnego⁹².

K. J. Sahni podnosi, że technologia aktywnego kamuflażu nie ma charakteru inherentnie nielegalnego. Wskazuje, że pomimo braku widoczności żołnierza on nadal fizycznie istnieje, co wypełnia wymagania obowiązku prezentowania wyróżniającej odznaki oraz jawnego noszenia broni. Podobny pogląd dotyczył maskowania celów wojskowych w celu upodobnienia ich do obiektów cywilnych. Autor podnosi także, że samo wykorzystanie technologii nie prowadzi do przyjęcia, że w każdych warunkach będzie to oznaczało działanie w zamiarze podważenia dobrej wiary u przeciwnika⁹³. W. H. Boothby przedstawia w tej mierze inną perspektywę. Po pierwsze, brytyjski autor wskazuje na fakt, że aktywny kamuflaż ma dalej idące konsekwencje niż konwencjonalne maskowanie, ponieważ docelowo powoduje również zamaskowanie uzbrojenia – co w jego ocenie jest już *per se* naruszeniem minimalnego standardu odróżniania się walczących. Po drugie, stosowanie kamuflażu aktywnego, zwłaszcza takiego, który może naśladować inny kształt, może być klasyfikowane jako przykład wiarołomstwa, jeżeli w wyniku takiego podstępu dochodzi do wykorzystania dobrej wiary przeciwnika co do charakteru obiektu⁹⁴.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że defensywne stosowanie aktywnego kamuflażu nie jest równoznaczne z wiarołomstwem w każdej sytuacji, tj. wtedy, kiedy np. dany pojazd ukrywa się przed wykryciem, nie angażując się jednocześnie w prowadzenie akcji ofensywnej. Co jest decydujące, to zachowanie walczącego w chwili podjęcia kontaktu bojowego. Oznacza to, że aktywny kamuflaż nie powinien mieć charakteru permanentnie włączonej funkcji,

klucza z góry możliwość naśladowania obiektu chronionego. M. Greer, *Redefining Perfidy*, „Georgetown Journal of International Law” 2015, vol. 47, s. 260.

92 <http://www.popularmechanics.com/military/aviation/a25962/the-air-force-wants-a-cloaking-device-for-its-tankers/> (dostęp: 22.12.2020).

93 Zob. K. J. Sahni, *The Legality of Invisibility Technology in Modern Warfare*, „Georgetown Law Journal” 2015, vol. 105, s. 1665.

94 Opinia W. H. Boothby'ego dostępna na: <https://www.theguardian.com/science/2016/mar/14/military-invisibility-cloaks-stealth-could-breach-geneva-conventions> (dostęp: 27.12.2020).

gdyż w ten sposób dochodzi do zatarcia pomiędzy czynnościami podejmowanymi przy akcjach obronnych bądź zaczepnych. Trudno jednakże wprowadzić taką specyfikację w warunkach wojny powietrznej. Przykładowo, jak wskazuje M. Madden, wykorzystanie znaków cywilnych, by zająć korzystną pozycję do ataku i zmiana ich na wojskowe oznaczenia tuż przed jego podjęciem, jest już w jego ocenie zachowaniem wiarołomnym (zostało bowiem wykorzystane dla zdobycia przewagi)⁹⁵. Ponadto, co istotne w kontekście wojny powietrznej, ewentualne stosowanie kamuflażu nie powinno prowadzić do całkowitego ukrycia znaków przynależności statku powietrznego – skoro zgodnie ze zwyczajową praktyką znaki te mogą mieć obniżoną widoczność, ale muszą wciąż być widoczne, aby dany statek powietrzny miał charakter wojskowego i był uprawniony do realizacji praw walczących.

Reguła 115 instrukcji harwardzkiej z 2009 roku wskazywała na przykładowe fortele wojenne dopuszczalne w ramach wojny powietrznej. Pierwszym z nich było działanie pozorowane w celu wywołania u przeciwnika fałszywego przypuszczenia, np. co do kierunku planowanego uderzenia lotniczego. Drugim jest dezinformacja, np. zachowywanie się przez wojskowy statek powietrzny w sposób podobny do statków powietrznych przeciwnika w celu zaatakowania nieprzyjacielskiej bazy. Trzecim legalnym fortem jest wykorzystywanie fałszywych znaków identyfikacyjnych (ale nie oznaczeń państwowych) w celu osłabienia czujności przeciwnika (ale nie podważenia jego zaufania) – np. poprzez stosowanie nieprawidłowych znaków swój – obcy bądź kreowanie fałszywych obrazów radarowych. Innym przykładem w tej mierze może być ogólne korzystanie z taktyki typu *stealth* w celu osłabienia możliwości detekcji wojskowego statku powietrznego przez przeciwnika (reguła 116 (e))⁹⁶. Ostatnią praktyką uznawaną za legalną jest wykorzystanie pozornych konstrukcji, np. makiet.

6. Oznakowanie wojskowych statków powietrznych

Warto zwrócić uwagę, że zgodnie z zasadą określoną w art. 7 Haskich reguł wojny powietrznej znaki zewnętrzne musiały mieć wymiar: 1) stały, oraz 2) odpowiednich rozmiarów i być widoczne z 3) dołu, 4) z góry 5) oraz z każdej strony⁹⁷.

⁹⁵ M. Madden, *Of Wolves and Sheep: A Purposive...*, s. 455.

⁹⁶ Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR...*, s. 316.

⁹⁷ A. Gioia, *Neutrality in Air...*, s. 186.

Oznaczało to konieczność identyfikacji wizualnej samolotu z każdej perspektywy. Artykuł 3 reguł z 1923 stanowił, że wojskowy statek powietrzny powinien mieć zewnętrzną odznakę (liczba pojedyncza) państwową i jednocześnie stwierdzającą wojskowy charakter samolotu – z reguły jako charakterystyczny znak sił powietrznych danego państwa⁹⁸. Praktyka państw w tym aspekcie nie była jednakże jednolita. Warto zwrócić uwagę w tej mierze na poniższe zdjęcia.



Zdjęcie 6. Niemiecki samolot Halberstadt CL.II. Oznaczenia niemieckiej Luftstreitkräfte na wszystkich płaszczyznach samolotu. Podwójne oznaczenia na płaszczyźnie bocznej – także na stateczniku. Zwraca uwagę tzw. kamuflaż Lozenge

Źródło: zdjęcie autora; samolot ze zbiorów Muzeum Lotnictwa Polskiego w Krakowie.

98 M. N. Schmitt, *Air Law and Military Operations*, [w:] D. Fleck, T. Gill (red.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford 2015, s. 362.



Zdjęcie 7. Samolot Macchi C.202 Folgore Włoskich Sił Powietrznych. Samolot posiadał charakterystyczne znaki włoskich sił powietrznych na powierzchni górnego i dolnego płata (tzw. różgi liktorskie). Brak wyraźnego oznaczenia państwowego na kadłubie samolotu – z wyjątkiem białego krzyża z herbem włoskiej rodziny królewskiej na stateczniku. Użycie różnych oznaczeń na różnych płaszczyznach samolotu. Szeroko stosowane białe pasy identyfikacyjne. Charakterystyczny typ kamuflażu włoskich sił powietrznych w II wojnie światowej

Źródło: autor nieznany/domena publiczna, https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Macchi_MC.202_72ª_Squadriglia_Caccia_17º_Gruppo_CT_Regia_Aeronautica.jpg (dostęp: 27.12.2020).



Zdjęcie 8. Interesujące zdjęcie dwóch Messerschmittów Bf 109 należących na pierwszym planie do niemieckiej Luftwaffe, na drugim – lotnictwa wojskowego Rumunii. Wyraźne oznaczenia typu *Balkenkreuz* na górnej powierzchni płata oraz bocznej powierzchni kadłuba, oficjalne godło państwowe III Rzeszy na stateczniku, żółte pasy identyfikacyjne oraz numer organizacyjny. Podobny schemat zastosowano na samolocie rumuńskich sił powietrznych z tą zmianą, że oznaczenie rumuńskich sił powietrznych nałożone zostało także na statecznik

Źródło: autor nieznany, <https://pl.pinterest.com/pin/512425263822315960/visual-search/?cropSource=6&h=227&w=491&x=51&y=260> (dostęp: 27.12.2020).



Zdjęcie 9. Zdjęcie oryginalnego PZL P.11c znajdującego się w Muzeum Lotnictwa w Krakowie, należącego do 2 Pułku Lotniczego z Krakowa, 121 eskadry myśliwskiej, pilotowanego we wrześniu 1939 przez ppor. Wacława Króla. Oznaczenia lotnictwa polskiego umieszczone na dolnej i górnej powierzchni płata oraz na stateczniku. Oznaczenie na dolnej powierzchni płata znacznych rozmiarów. Podnieść należy, że oznaczenia na dolnej powierzchni płata były nanoszone bez użycia białej farby, w związku z tym oznakowanie tego samolotu było jednym z pierwszych przykładów użycia oznaczeń typu *low-visibility*, tj. obniżonej widoczności w celu znalezienia kompromisu pomiędzy kamuflażem a często jaskrawym kolorem oznaczenia państwowego. Zwraca uwagę wyraźna odznaka indywidualna eskadry oraz niebieskie pasy identyfikacyjne

Źródło: zdjęcie autora; samolot ze zbiorów Muzeum Lotnictwa Polskiego w Krakowie.



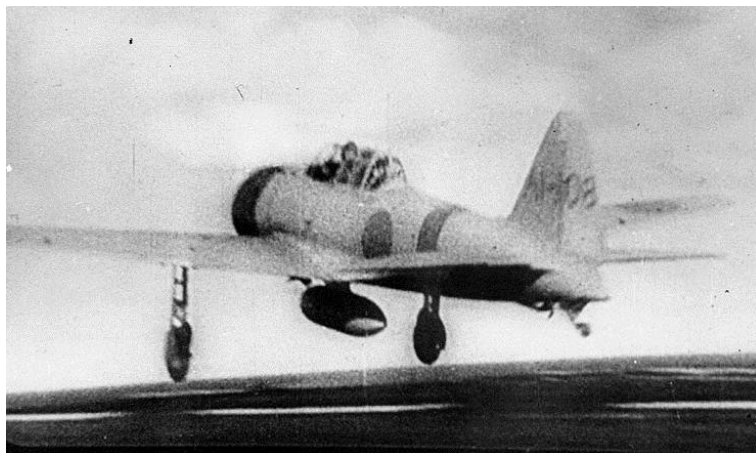
Zdjęcie 10. Brytyjski Supermarine Spitfire Królewskich Sił Powietrznych. Zwraca uwagę umieszczenie na górnej i dolnej powierzchni płata oraz kadłubie aż 4 odmiennych oznaczeń w motywach kolorów flagi Zjednoczonego Królestwa. Charakterystycznym elementem jest tzw. *fin flash* – identyfikacyjny znacznik na stateczniku

Źródło: zdjęcie autora; samolot ze zbiorów Muzeum Lotnictwa Polskiego w Krakowie.



Zdjęcie 11. Samoloty P-40 Warhawk. Oznaczenie na górnej powierzchni płata jedynie po lewej końcówce płata. Oznaczenie na dolnej powierzchni płata po stronie przeciwległej, także pojedyncze. Znak Sił Powietrznych Armii Stanów Zjednoczonych na kadłubie.

Źródło: autor nieznany, Commons/Wikimedia/Domena publiczna, https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Curtiss_P-40_Warhawk_USAF.JPG (dostęp: 27.12.2020).



Zdjęcie 12. Mitsubishi A6M5 Zero lotnictwa pokładowego Cesarskiej Marynarki Wojennej. Jednolite oznaczenie sił powietrznych (znak wschodzącego słońca) na wszystkich płaszczyznach płatów oraz kadłubie

Źródło: autor nieznany, Commons/Wikimedia/Domena publiczna, https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Jap_Zero_leaves_Akagi-Pearl_Harbor.jpg (dostęp: 27.12.2020).



Zdjęcie 13. Myśliwiec Mikojan-Guriewicz MiG-3 Sił Powietrznych Związku Radzieckiego. Zwraca uwagę brak oznaczenia państwowego na górnej płaszczyźnie płata. Podwójne umiejscowienie znaku Czerwonej Gwiazdy na powierzchni bocznej kadłuba i stateczniku

Źródło: autor nieznany, [https://pl.wikipedia.org/wiki/Plik:Mig-3_\(14443606821\).jpg](https://pl.wikipedia.org/wiki/Plik:Mig-3_(14443606821).jpg) (dostęp: 27.12.2020).



Zdjęcie 14. Niemiecki myśliwiec Focke-Wulf Fw 190 z końcowego okresu II wojny światowej. Zwraca uwagę zmiana w zakresie oznaczeń sił powietrznych i użycie schematu *low visibility*

Źródło: autor nieznany, domena publiczna, https://ww2db.com/images/air_fw190_5.jpg (dostęp: 27.12.2020).



Zdjęcie 15. Francuski samolot Fouga Magister sił powietrznych Francji. Zwraca uwagę oznaczenie znakami lotnictwa francuskiego na wszystkich powierzchniach (górnych, bocznych oraz dolnych)

Źródło: zdjęcie autora; samolot ze zbiorów Muzeum Lotnictwa Polskiego w Krakowie.

Warto zwrócić uwagę na schematy malowania obowiązujące w lotnictwie polskim w okresie PRL. Na wzór radziecki zrezygnowano z umieszczania znaków sił powietrznych na górnej płaszczyźnie płata. Zamiast powyższego malowano oznaczenia na bocznej powierzchni kadłuba oraz stateczniku.



Zdjęcie 16. Samolot myśliwsko-bombowy Su-22 produkcji radzieckiej Polskich Sił Powietrznych w malowaniu z początku lat 90. XX wieku. Brak znaków lotnictwa polskiego na górnej płaszczyźnie płata. Podwójne oznakowanie na płaszczyźnie bocznej

Źródło: zdjęcie autora; samolot ze zbiorów Muzeum Lotnictwa Polskiego w Krakowie.



Zdjęcie 17. Samolot WSK Lim-2 w schemacie malowania obowiązującym w PRL

Źródło: zdjęcie autora; samolot ze zbiorów Muzeum Lotnictwa Polskiego w Krakowie.

Nowy schemat malowania oznaczeń Polskich Sił Powietrznych powrócił do praktyki malowania znaków na górnych płaszcach płata⁹⁹.

7. Oznaczenie o zmniejszonej widoczności Oznaczenie bezzałogowych wojskowych statków powietrznych

Samo oznaczanie wojskowego statku powietrznego oznaczeniem państwowym w barwach szarości (tzw. *low visibility markings*) pomimo że *prima facie* nie wypełnia przesłanki widoczności, nie jest uznane przez państwa za naruszenie

99 „Na wojskowych statkach powietrznych szachownica lotnicza umieszczana jest na płatowcu: 1) samolotu – po obu stronach statecznika pionowego (w przypadku podwójnego usterzenia pionowego tylko na zewnętrznych powierzchniach stateczników pionowych) oraz na dolnych i górnych powierzchniach lewego i prawego płata skrzydła (w przypadku dwupłata – na dolnych powierzchniach lewego i prawego dolnego płata skrzydła oraz na górnych powierzchniach lewego i prawego górnego płata skrzydła)” – § 20 ust. 1 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z 4 maja 2009 roku w sprawie sposobu używania znaków Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2015 r. poz. 1133 ze zm.), zmienione rozporządzeniem Ministra Obrony Narodowej z 6 lutego 2012 roku. Szerokie opracowanie dotyczące oznaczeń polskich samolotów wojskowych zob. R. Tarnogórski, *Oznaczenie polskich samolotów wojskowych w świetle prawa międzynarodowego*, „Sprawy Międzynarodowe” 2012, vol. 3, s. 81–97.

normy zwyczajowej i na chwilę obecną wydaje się jej zaaprobowaną modyfikacją¹⁰⁰. Stosowanie tzw. znaków obniżonej widoczności jest zdaniem I. Hendersona dowodem na osłabienie praktyki państw w przedmiocie obowiązku oznaczania wojskowych statków powietrznych wyróżniającym znakiem przynależności państwowej. W ocenie australijskiego autora prawo wojny powietrznej zmierza w ten sposób do unifikacji z prawem obowiązującym w wojnie lądowej, gdzie nie istnieje obowiązek oznaczenia pojazdów lądowych¹⁰¹. Także z perspektywy międzynarodowego prawa lotniczego status wojskowego statku powietrznego jest ustalany jedynie w oparciu o fakt znajdowania się w rejestrze wojskowym – jak jednak wskazano w rozdziale poniżej, nie jest to dostatecznie wymierne w kontekście prawa wojny powietrznej. Jednakże należy zwrócić uwagę, że najnowsze informacje dotyczące oznaczenia bezzałogowych pojazdów latających wskazują, że na chwilę obecną państwa nie porzuciły obowiązku oznaczenia statków powietrznych nieposiadających załogi, a wielu autorów nadal podnosi konieczność utrzymania powyższej praktyki ze względów na specyficzne wymagania statusu wojskowego statku powietrznego¹⁰². Bezzałogowość w pewnym sensie podważa istotny powód stosowania wyróżniającego znaku przynależności państwowej, jakim było m.in. chronienie załogantów, którzy nie są umundurowani przed możliwością zakwestionowania ich statusu jako walczących, czy też generalnie wykonywanie wszelkich uprawnień walczących¹⁰³. Oznaczenie wojskowych statków powietrznych traci również sens w erze systemu elektronicznej identyfikacji swój – obcy opierającej się na tzw. e-oznakowaniu wojskowego statku powietrznego. Z drugiej jednakże strony wymiar współczesnej wojny powietrznej pozwala przyjąć, że z uwagi na prędkości działania maszyn bojowych nie istnieją przeszkody do stosowania nawet jaskrawych, konwencjonalnych barw oznaczeń państwowych, gdyż nie prowadzą one do pogorszenia maskowania statku powietrznego. Ponadto zgodnie ze zwyczajowym charakterem norm zawartych w Haskich regułach wojny powietrznej z 1923 roku tylko prawidłowo oznakowane wojskowe statki powietrzne mogą wykonywać uprawnienia charakterystyczne dla walczących, w tym dokonywać aktów zbrojnych¹⁰⁴.

100 *Ibidem*, s. 94.

101 I. Henderson, *Unnamed Aerial Vehicles: Do They Pose Legal Challenges?*, [w:] H. Nasu, R. McLaughlin (red.), *New Technologies and the Law of Armed Conflict*, Haga 2014, s. 198.

102 W. H. Boothby, *How Far Will the Law Allow Unmanned Targeting to Go?*, [w:] D. Saxon (red.), *International Humanitarian Law and the Changing Technology of War*, Leiden 2013, s. 49; W. H. Boothby, *The Law of Targeting*, Oxford 2012, s. 280; M. Wagner, *The Law of Armed Conflict and the Use of Force: The Max Planck Encyclopedia*, Oxford 2017, s. 1284.

103 Co interesujące, K. Ipsen wskazał, że obowiązek nałożenia znaków przynależności państwowej ma zastosowanie wyłącznie względem załogowych wojskowych statków powietrznych; K. Ipsen, *Combatants and Non-Combatants*, [w:] D. Fleck (red.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford 2013, s. 100.

104 W. H. Boothby, *How Far Will the Law Allow Unmanned Targeting to Go?*, [w:] D. Saxon (red.), *International...*, s. 49.

K. Ipsen podkreśla, że tylko wojskowe statki powietrzne mogą wykonywać akty wrogości, a konieczność wyróżniającego oznakowania wynika z przepisów art. 44 ust. 3 PD I nakazujących kombatantom odróżniania się od niewalczących, w kontekście wojny powietrznej autor uznaje to jako obowiązek rozróżniania pomiędzy cywilnymi a wojskowymi statkami powietrznymi¹⁰⁵. Należy zwrócić uwagę, że w kontekście działań lądowych nie ma wyraźnego obowiązku oznaczania pojazdów wojsk lądowych, np. wojsk pancernych znakami przynależności państwowej (zakazane jest jedynie zgodnie z art. 39 PD I stosowanie fałszywych oznaczeń). W tym przypadku sam fakt szczególnego charakteru pojazdu, który nie występuje w użytku cywilnym, powoduje, że z natury dostatecznie odróżnia się od innych obiektów cywilnych. Charakterystyka działań powietrznych, jak również fakt, że wiele typów samolotów produkowanych jest zarówno na użytek cywilny, jak i wojskowy, powoduje, że kwestia wyróżniającego oznaczenia staje się znacząco praktycznie istotna niż w działaniach lądowych, zbliżając bardziej to zagadnienie do warunków panujących w wojnie morskiej. Po drugie, zwyczajowo, na podstawie Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku państwa mają obowiązek znakowania wojskowego statku powietrznego¹⁰⁶. Po trzecie, w wypadku pilotowania przez nieumundurowanego członka sił zbrojnych prawidłowo oznaczonego wojskowego statku powietrznego jest on uprawniony do statusu kombatanta¹⁰⁷. Wynika to z faktu, że obowiązek odróżniania się walczących jest już zrealizowany przez istnienie prawidłowych oznaczeń wojskowego statku powietrznego¹⁰⁸. Y. Dinstein zaznacza jednak, że w razie oddzielenia się załoganta od statku powietrznego powraca konieczność odróżnienia kombatantów od ludności cywilnej¹⁰⁹. Powyższe potwierdza reguła 117 instrukcji harwardzkiej z 2009 roku, która stanowi o obowiązku odróżniania się załogantów podczas operacji bojowych na wypadek oddzielenia się od własnego statku powietrznego. Komentarz do reguły podnosi, że o ile w trakcie lotu obowiązek odróżniania jest spełniony poprzez prezentowanie zewnętrznych znaków przynależności państwowej, to w trakcie znajdowania się załogi wojskowego statku powietrznego poza samolotem reaktywuje się obowiązek odróżniania się. Uchybienie w tej mierze nie musi automatycznie prowadzić do pozbawienia statusu jeńca wojennego, ale brak wypełnienia

105 K. Ipsen, *Combatants...*, s. 111.

106 I. Henderson, *International Law Concerning the Status and Marking of Remotely Piloted Aircraft*, „Denver Journal of International Law and Policy” 2011, vol. 39, s. 624 i n.

107 K. Ipsen, *Combatant...*, s. 111.

108 „While there is some debate about whether the military crew of a manned aircraft needs to wear uniform, the better view is that they do not. This is because in a properly marked military aircraft, sufficient distinction from the civilian population is achieved merely by being on board the aircraft and there is no positive requirement to wear distinguishing military uniforms while on board”. I. Henderson, J. den Dulk, A. Lewis, *Emerging Technology and Perfidy in Armed Conflict*, „International Law Studies” 2015, vol. 91, s. 477.

109 Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities...*, s. 53.

powyższego nakazu może narażać załogę wojskowego statku powietrznego na zarzut szpiegostwa bądź traktowania jako nielegalnych kombatanatów¹¹⁰.

Wątpliwości może budzić sytuacja prawna lotnika znajdującego się w nieoznaczonym statku powietrznym. W ocenie autora okoliczność ta może być w świetle PD I z 1977 roku traktowana w następujący sposób:

- 1) jeżeli dana osoba jest członkiem sił zbrojnych i jest umundurowana, to zgodnie z art. 44 ust. 1 PD I ma prawo do statusu jeńca wojennego z samego faktu przynależności do sił zbrojnych – fakt naruszenia normy zwyczajowej prawa międzynarodowego nie może pozbawiać go tego statusu (*vide* treść art. 44 ust. 2 PD I), jednak osoba taka naraża się na możliwość potraktowania swego postępowania jako czynu wiarołomnego (jeżeli czynnie uczestniczyła w działaniach wojennych i np. atakowała przeciwnika oraz wykazany zostanie zamiar podważenia zaufania przeciwnika co do rzeczywistego charakteru obiektu – art. 37 ust. 1 lit. c PD I). Sytuacja ta będzie jednakże wymagała ustalenia dodatkowych okoliczności;
- 2) jeżeli dana osoba nie jest członkiem sił zbrojnych, to nie przysługuje jej status jeńca wojennego i może odpowiadać karne za nielegalny udział w działaniach zbrojnych;
- 3) jeżeli dana osoba jest członkiem sił zbrojnych, ale nie jest umundurowana, to przysługuje jej status jeńca wojennego z racji samego statusu członkostwa w siłach zbrojnych¹¹¹;
- 4) lecz jeśli osoba wskazana w pkt 3 jest zaangażowana np. w wykonywanie misji na zapleczu wroga, to ryzykuje możliwość odmówienia jej statusu jeńca wojennego i może zostać jej postawiony (przy spełnieniu dodatkowych warunków) zarzut szpiegostwa – tak twierdzi np. I. Detter de Lupis Frankopan¹¹².

W konsekwencji należy w całości zgodzić się ze stanowiskiem I. Hendersona, że z punktu widzenia operacyjnego i prawnego pożądane jest prawidłowe oznaczenie wojskowego statku powietrznego¹¹³.

110 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR...*, s. 317.

111 „A literal, historical and teleological reading of Article 4(A) thus shows that all captured members of regular armed forces automatically have prisoner-of-war status. The decisive criterion for entitlement to prisoner-of-war status is solely membership in regular armed forces. Only non-integrated militias or volunteers would therefore have to undergo what some have termed the «legal test for prisoner-of-war status» in order to establish that they were operating in accordance with the four above-mentioned conditions”. T. Pfanner, *Military Uniforms and the Law of War*, „International Review of the Red Cross” 2004, vol. 862, s. 115.

112 I. Detter de Lupis Frankopan, *The Law of War*, Cambridge 1987, s. 305.

113 „Accordingly, for both legal and operational reasons, the better view is that a military aircraft should be marked and not rely on silhouette”. I. Henderson, *International Law Concerning the Status...*, s. 10. Zob. szerzej M. Piątkowski, *The Markings of Military Aircraft under the Law of Aerial Warfare*, „The Military Law and the Law of War Review” 2020, vol. 58, s. 63–84.

8. Obowiązek umundurowania załogi wojskowego statku powietrznego

Tylko kombatan ci są uprawnieni do dokonywania aktów wrogości, a poprzez swój charakter nabywają prawo do bycia jeńcem wojennym oraz tzw. *belligerent immunity* chroniący przed odpowiedzialnością z tytułu samego uczestnictwa w działaniach zbrojnych, a także uniemożliwiający ściganie za czyny zgodne z prawem międzynarodowym. Wymóg odróżniania się kombatan tów jest podstawowym czynnikiem wpływającym na ich status. Wymogiem Regulaminu haskiego z 1907 roku jest fakt przynależności do armii danego państwa w sposób bezpośredni bądź też do pospolitego ruszenia oraz oddziałów ochotniczych, które 1) mają na czele osobę odpowiedzialną za swych podwładnych; 2) noszą stałą i dającą się rozpoznać z daleka odznakę wyróżniającą; 3) jawnie noszą broń; 4) przestrzegają w swych działaniach praw i zwyczajów wojennych. Jednakże kwestie umundurowania członków regularnych sił zbrojnych znacznie zmodyfikowano w ramach art. 4 pkt A III Konwencji genewskiej z 1949 roku oraz przepisach art. 43 i 44 PD I z 1977 roku. Komentarz do III Konwencji genewskiej z 1949 roku podkreśla, że tradycyjne wymagania Regulaminu haskiego powinny być zawsze spełnione względem regularnych sił zbrojnych, jednak sygnalizuje, że dostatecznym dowodem przynależności jest prezentacja karty identyfikacyjnej wyszczególnionej na gruncie art. 17 III Konwencji genewskiej¹¹⁴. Dla A. Szpak jest to dowód, że „język Konwencji genewskiej i prace przygotowawcze do niej nie wskazują jednak na konieczność spełniania tych warunków [warunku umundurowania – M.P.] przez siły regularne dla uzyskania statusu jeńca wojennego”¹¹⁵. Artykuł 43 ust. 1 w zw. z art. 44 ust. 1 PD I podkreśla, że każdy członek sił zbrojnych staje się jeńcem wojennym, a komentatorzy PD I wskazują na irrelewantność umundurowania walczącego członka regularnych sił zbrojnych¹¹⁶.

Z całą stanowczością należy podkreślić, że pogląd powyższy nie ma jednolitego charakteru w doktrynie i jest wynikiem dość znacznych i fundamentalnych

114 „The Convention does not provide for any reciprocal notification of uniforms or insignia, but merely assumes that such items will be well known and that there can be no room for doubt. If need be, any person to whom the provisions of Article 4 are applicable can prove his status by presenting the identity card provided for in Article 17”. J. S. Pictet, *The Geneva Conventions of 12 August 1949. Commentary: III Geneva Convention: Relative to the Treatment of Prisoners of War*, Genewa 1960, s. 52.

115 A. Szpak, *Międzynarodowe prawo humanitarne*, Toruń 2014, s. 100–101.

116 „Wearing or not a uniform or outfit is not a decisive criterion for the status of the individual concerned, as we will see in the examination of Article 44 even though the command must require, subject to certain exceptions, that it be worn. Neither can a decisive criterion be found in the fact that individual combatants effectively respect the rules of international law applicable in cases of armed conflict”. Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, s. 512–513.

rozbieżności. Podnosi się, że w istocie nie ma żadnego wskazania na gruncie III Konwencji genewskiej świadczącego o tym, że sam fakt bycia członkiem sił zbrojnych uprawnia do nabycia statusu jeńcy wojennego bądź przyjęcia, że tradycyjne wymogi Regulaminu haskiego odnoszą się tylko do milicji czy innych oddziałów ochotniczych – takie uzasadnienie np. wysunęły Stany Zjednoczone wobec pojmanych Talibów w pierwszym okresie operacji „Enduring Freedom” w 2001 roku¹¹⁷. Ocenę tę komplikuje zamieszczenie w treści PD I z 1977 roku przepisu art. 44 ust. 7 PD I, który zaznaczył, że nie może być interpretowany jako uchylający zwyczajowy charakter obowiązku noszenia umundurowania przez członków regularnych sił zbrojnych¹¹⁸.

Artykuł 15 Haskich reguł wojny powietrznej stanowił o obowiązku noszenia przez załogantów stałego znaku wyróżniającego, jeżeli dojdzie do sytuacji oddzielania się załogi od wojskowego statku powietrznego. Ponadto przypomnieć w tym miejscu należy o obowiązku wskazanym na gruncie art. 14 reguł z 1923 roku, że wojskowy statek powietrzny może być obsadzony jedynie przez załogantów będących członkami sił zbrojnych. J. Kroell z kolei zaznaczył, że w jego ocenie w praktyce nie ma większych wątpliwości co do statusu kombatanatów – załogantów wojskowych statków powietrznych, podkreślając jednakże możliwość stosowania względem lotników wymagań określonych na gruncie Regulaminu haskiego z 1907 roku¹¹⁹. Jak zauważył J. M. Spaight, każdy rodzaj formacji sił zbrojnych wypracował własny model odróżniania. W przypadku sił lądowych był to mundur, w przypadku sił morskich – bandera, natomiast w kontekście lotnictwa wojskowej było to oznaczenie przynależności do sił powietrznych¹²⁰. Spaight dostrzegał, że w jego ocenie zagadnienie konieczności noszenia umundurowania przez załogantów statków powietrznych nie było w żaden sposób podstawą do odmówienia im statusu jeńcy wojennego, stąd też uważał powyższy wymóg za zbędny i niepraktyczny¹²¹. Wystarczał w tej mierze dowód w postaci dokumentu identyfikacyjnego¹²². Ze stanowiskiem tym nie zgadzał się Y. Dinstein, który uznawał obowiązek posiadania stałego znaku wyróżniającego za element wynikający wprost z treści art. 15 Haskich reguł wojny powietrznej i aktualizujący się w momencie oddzielenia załoganta od wojskowego statku po-

117 *Status of Taliban Forces under Article 4 of the Third Geneva Convention of 1949*, [w:] K. Greenberg, J. Dratel, *The Torture Papers the Road to Abu Ghraib*, Cambridge 2005, s. 140. W uzasadnieniu stanowiska podniesiono, że co prawda konflikt w październiku 2001 roku w Afganistanie miał charakter międzynarodowy, to z uwagi na brak spełnienia przez Talibów przesłanek Regulaminu haskiego z 1907 roku uzasadnia odmowę traktowania ich zgodnie ze standardami określonymi w III Konwencji genewskiej z 1949 roku.

118 G. D. Solis, *The Law of Armed Conflict...*, s. 239.

119 J. Kroell, *Traité de Droit international public aérien: L'Aéronautique en temps de guerre*, Vol. II, Paryż 1936, s. 212.

120 J. M. Spaight, *Air Power...*, s. 76–77.

121 *Ibidem*, s. 102.

122 *Ibidem*, s. 104.

wietrznego¹²³. Potwierdza to także treść reguły nr 117 instrukcji harwardzkiej z 2009 roku, która podkreśla aktualność obowiązku wynikającego z treści dokumentu z 1923 roku¹²⁴.

Wątpliwości w pewnym sensie rozwiewa treść amerykańskiej instrukcji sił powietrznych *Air Force Operations and the Law* z 2014 roku, która stanowi o tym, że załoganci wojskowych statków powietrznych są zobowiązani na takich samych zasadach jak inni kombatanoci odróżniać się od ludności cywilnej – za wystarczające uznawano noszenie kombinezonu lotniczego oraz odznak zewnętrznych¹²⁵. Instrukcja w tej mierze odwołuje się wprost do treści art. 15 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku.

W tym samym kontekście pojawia się kwestia, czy załoganci statków powietrznych są zobowiązani do jawnego noszenia broni, gdy znajdują się poza pokładem statku powietrznego. Podkreślić należy, że zarówno doktryna, jak i Haskie reguły wojny powietrznej nie wprowadzają takich wymagań. W tym kontekście okoliczność ta ma podobny charakter jak w przypadku wojny morskiej, gdzie indywidualne noszenie uzbrojenia przez marynarzy ma znaczenie zdecydowanie drugorzędne, a status jeńca wojennego warunkuje fakt bycia załogantem okrętu wojennego należącego do strony przeciwnej oraz znajdującego się we władzy nieprzyjaciela. Na podobną analogię w przypadku załogantów statków powietrznych wskazuje E. Castrén, który uznaje za najistotniejsze prawidłowe oznaczenie wojskowego statku powietrznego¹²⁶.

W każdym jednakże przypadku obowiązek odróżniania należy dekodować z treści art. 44 ust. 3 zdanie pierwsze PD I, który nakazuje walczącym rozróżniać się od ludności cywilnej w chwili podejmowania ataku bądź przygotowań do niego¹²⁷. Prowadzi to do przyjęcia wniosku, że posiadanie przez członków sił powietrznych pełnego umundurowania (kombinezonu lotniczego) oraz oznak zewnętrznych ma taki sam status jak kwestia znakowania wojskowego statku powietrznego znakami przynależności państwowej. Brak umundurowania może (w pewnych okolicznościach) narazić załogę wojskowego statku powietrznego na zarzuty związane z naruszeniem obowiązku odróżnienia się od ludności cywilnej (art. 44 ust. 3), szpiegostwa (art. 46 ust. 2) czy też perfidii (art. 37 ust. 1)¹²⁸.

123 Y. Dinstein, *Unlawful Belligerency*, „International Law Studies” 2003, vol. 79, s. 161.

124 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR...*, s. 317.

125 „Uniform: Military aircrew on the ground are required to distinguish themselves from the civilian population in the same manner and in the same circumstances, as other combatants. The wearing of flying clothing distinctive to and bearing identifying marks or insignia of the armed forces satisfies this requirement”. Judge Advocate General School, *Air Force Operations and the Law*, Alabama 2014, s. 23.

126 E. Castrén, *Ilmasota- kansainvälisoikeudellinen tutkimus*, Helsinki 1938, s. 140–141.

127 S. Nabors, *A Right to Fight: The Belligerent's Privilege*, [w:] C. Samford, S. Zifcak (red.), *Rethinking International Law and Justice*, Burlington 2015, s. 50.

128 L. C. Green, *The Contemporary...*, s. 142.

W podobnym położeniu prawnym mogą się odnaleźć członkowie milicji bądź oddziałów ochotniczych, które są częścią sił zbrojnych. Okoliczność ta może mieć znaczenie w kontekście statusu jednostek rezerwowych jak np. Lotnictwo Gwardii Narodowej Stanów Zjednoczonych bądź Królewskie Pomocnicze Siły Powietrze.

9. Zasady rządzące legalnością uzbrojenia wojskowego statku powietrznego

9.1. Zakaz czynienia zbędnych cierpień i nadmiernych obrażeń

Studium MKCK w 1969 roku wskazało, że przepisy regulujące możliwość wyposażenia sił zbrojnych w dany typ uzbrojenia dzielą się na normy o charakterze ogólnym i szczegółowym. Do norm ogólnych zaliczano przepis art. 22 Regulaminu haskiego z 1907 roku stanowiący o tym, że wojujący nie mają nieograniczonego prawa szkodenia nieprzyjacielowi oraz art. 23 lit. e Regulaminu haskiego z 1907 roku stanowiący o zakazie rozmieszczania broni, które są obliczone na powodowanie zbędnego cierpienia. Drugą kategorią są wszelkie normy o charakterze szczególnym, dedykowane każdemu z typów uzbrojenia¹²⁹. W latach 60. XX wieku, w związku z odbudową znaczenia prawnego zasady rozróżniania, rozpoczętą poprzez przyjęcie rezolucji ZO ONZ nr 2444/1968 zaczęto również zaliczać do powyższego schematu zakaz wykorzystywania środków i metod mogących razić cele wojskowe i cywilne bez rozróżnienia¹³⁰.

Deklaracja petersburska z 1868 roku w ramach swojej preambuły wskazała istotne „drogowskazy”, którymi powinna się kierować społeczność międzynarodowa w ramach dopuszczenia danego typu uzbrojenia na wyposażenie sił zbrojnych¹³¹. Pierwszą przesłanką było podniesienie, że osiągnięcie celu polityczno-wojskowego konfliktu nie może prowadzić do stosowania nieograniczonych środków szkodenia nieprzyjacielowi. W tym kontekście zauważono, że wystar-

129 XXlst International Conference of the Red Cross, *Reaffirmation and Development of the Laws and Customs Applicable in Armed Conflict*, Genewa 1969, s. 47–48.

130 ICRC, *Weapons that may Cause Unnecessary Suffering or have Indiscriminate Effects*, Genewa 1973, para. 24–25; J. Tessier, *Shake and Bake: Dual-Use Chemicals, Contexts, and the Illegality of American White Phosphorus Attacks in Iraq*, „Pierce Law Review” 2007, vol. 6, s. 326–327.

131 Y. Sandoz, *Convention of 10 October 1980 on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects (Convention on Certain Conventional Weapons)*, United Nations Audiovisual Library of International Law, s. 1.

czy podjęcie jedynie tych działań, które spowodują eliminację sił zbrojnych przeciwnika – przez zabicie bądź uczynienie danej osoby *hors de combat*. *A contrario* zakazane jest wszelkie zachowanie strony walczącej wykraczające poza ten cel, czyli stosowanie broni, „która niepotrzebne zwiększa cierpienia ludzi już niezdolnych do walki bądź sprowadza nieuchronnie ich śmierć” (*l'emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat ou vaudraient leur mort inévitable*)¹³². Drugą przesłanką jest więc zwrócenie uwagi na elementy aksjologiczno-medyczne związane z użyciem danego typu uzbrojenia. Członkowie międzynarodowej komisji wojskowej w 1868 roku uznali, że pociski wybuchające małego kalibru (zawierającego substancje pochodne) poniżej 400 gram nie są niezbędnym typem amunicji, której zakaz wykluczałby osiągnięcie sukcesu wojskowego, a jednocześnie ich wykorzystanie prowadzi do powstania rozległych obrażeń. Nie było tajemnicą, że wynaleziona przez stronę rosyjską amunicja nowego typu okazywała się wysoce przydatna do przebijania twardych powierzchni i wywoływania eksplozji, jednakże jej stosowanie względem miękkim tkankom okazało się możliwe dzięki zastosowanym modyfikacjom¹³³. Obawiano się, że ewentualne korzyści związane z wprowadzeniem uzbrojenia na masową skalę mogą w niedługim czasie doprowadzić do powstania odpowiednich zmian konstrukcyjnych także w innych armiach świata – co było oczywiście wynikiem chłodnej kalkulacji polityczno-wojskowej¹³⁴. Abstrahując od rzeczywistych powodów, dla których państwa uczestniczące w konferencji dyplomatycznej w Sankt Petersburgu z 1868 roku zdecydowały się na sporządzenie dokumentu, deklaracja ukonstytuowała ważny aksjomat w międzynarodowym prawie humanitarnym, będący wyrazem odniesienia dla późniejszych dokumentów *ius in bello* regulujących, jaki typ uzbrojenia może być legalnie wykorzystywany w konflikcie zbrojnym.

Należy zwrócić uwagę, że kryterium to ma jeszcze jedno potencjalnie poważniejsze znaczenie. Powstaje w związku z tym pytanie, czy normy o charakterze ogólnym – tj. art. 22, 23 lit. g Regulaminu haskiego z 1907 roku oraz art. 35 ust. 2 PD I z 1977 roku mogą być podstawą *per se* zakazu wykorzystania danej broni. Odpowiedź powinna mieć charakter negatywny. Zdaniem H. Meyrowitza wynika

132 „Far from stopping at this, they went on to explain that even to achieve this essentially legitimate object not every method of warfare was permissible. Disabling the enemy, even the greatest possible number of men – yes, this was permissible but at the same time it was sufficient: more than this was excessive and, hence, inexcusable. And they drew the line at «the employment of arms which uselessly aggravate the sufferings of disabled men, or render their death inevitable». Unnecessary suffering, inevitable death: such things were «contrary to the laws of humanity» and beyond the «necessities of war». Weapons entailing such evil consequences ought to be banned from use”. F. Kalshoven, *War-time Use of Weapons: Legal History, 1868 to 1934*, „Collected Courses of the Hague Academy of International Law” 1985, vol. 191, s. 206.

133 J. A. Farrer, *Military Manners and Customs*, Londyn 1885, s. 2–3.

134 G. D. Solis, *The Law of Armed Conflict...*, s. 49.

to z wykładni literalnej Deklaracji petersburskiej z 1868 roku, w ramach której państwa zastrzegły sobie prawo do „zwołania następnego porozumienia oraz możliwość późniejszego porozumienia, ilekroć zostałyby sformułowana dokładna propozycja w związku z przyszłymi udoskonaleniami, które nauka mogłaby spowodować w uzbrojeniu wojsk (...)”¹³⁵. Potwierdza to także stanowisko F. Kalshovena¹³⁶. Podczas samej konferencji dyplomatycznej delegacja Prus proponowała, aby przyszłe porozumienie miało wymiar uniwersalny i poddający się zastosowaniu również w przypadku „przyszłych odkryć technicznych mogących mieć zastosowanie w konfliktach zbrojnych”¹³⁷. Postulat ten nie został jednakże zaakceptowany. W efekcie wprowadzony zapis ma podwójny charakter. Jak wskazano wcześniej, w pierwszej kolejności model przyjęty w samej treści Deklaracji petersburskiej z 1868 roku stał się podstawą do późniejszych rozwiązań traktatowych dotyczących nowych broni. Aksjomaty ukształtowane przez dokument były wzorcem dla państw decydujących się na zdelegalizowanie danego typu uzbrojenia¹³⁸. Drugim skutkiem jest jednak okoliczność, że idee wymienione przez deklarację mają jedynie charakter „inspiracji” i nie mogą *in abstractu* determinować legalności (bądź nielegalności) innych broni – wymogiem w tej mierze będzie zawarcie dedykowanego porozumienia w przyszłości¹³⁹.

Schematy zaproponowane na gruncie Deklaracji petersburskiej z 1868 roku zostały umieszczone także w tekście art. 13 Deklaracji brukselskiej z 1874 roku. W art. 13 (e) dokumentu oprócz zakazu stosowania amunicji wybuchowej o wadze mniejszej niż 400 gram wskazano, że zakazuje się używania broni powodującej „nadmierne obrażenia” (*maux superflus*)¹⁴⁰. Pomimo że akceptacja przyjętego przepisu odbyła się bez większej dyskusji, to część delegatów nie była w stanie dokonać jego interpretacji w sposób niebudzący wątpliwości – podnoszono, że pod

135 H. Meyrowitz, *The Principle of Superfluous Injury or Unnecessary Suffering: From the Declaration of St. Petersburg of 1868 to Additional Protocol I of 1977*, „International Review of the Red Cross” 1994, vol. 299, s. 117.

136 F. Kalshoven, *The History of International Humanitarian Law Treaty-Making*, [w:] R. Liivoja, T. McCormack (red.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, Oxon 2016, s. 35.

137 R. Mathews, T. McCormack, *The Relationship between International Humanitarian Law and Arms Control*, [w:] H. Durham, T. McCormack (red.), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, Haga 1999, s. 69.

138 „In tandem with these principles, states have from time to time agreed to rules to the effect that certain named weapons are forbidden per se”. R. S. Clark, *Methods of Warfare that Cause Unnecessary Suffering or are Inherently Indiscriminate: A Memorial Tribute to Howard Berman*, „California Western International Law Journal” 1998, vol. 28, s. 384.

139 XXIst International Conference of the Red Cross, *Reaffirmation and Development...*, s. 48; Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 1415, s. 402; O. Asamoah, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, Haga 1996, s. 107.

140 „L'emploi d'armes, de projectiles ou de matières propres à causer des maux superflus”, tekst oryginalny Deklaracji brukselskiej z 1874 roku.

tym zapisem zamierzano zdelegalizować bronie, które mają okrutne i niehumanitarne przeznaczenie¹⁴¹. W wersji Regulaminu haskiego z 1899 roku znalazł się zapis dotyczący zakazu stosowania broni obliczonej na powodowanie nadmiernych obrażeń (*superfluous injury/ maux superflus*) umieszczony w art. 23 Regulaminu haskiego z 1899 roku. Dodanie słowa „obliczonej” uznawano za błąd legislacyjny z uwagi na subiektywizację pojęcia¹⁴². W trakcie prac przygotowawczych część delegatów operowała sformułowaniem *useless* bądź *unnecessary suffering* (zbędnych cierpień)¹⁴³. Warto zwrócić uwagę, że art. 23 Regulaminu haskiego z 1899 roku rozpoczynał się sformułowaniem „oprócz zakazów, ustanowionych przez specjalne konwencje, zabrania się”, wymieniając w art. 23 lit. e bronie, pociski lub środki obliczone na spowodowanie nadmiernych obrażeń (J. Westlake wskazywał tutaj jako przykład bronie, które były wypełnione szkłem, gwoździami oraz kawałkami metalu o nieregularnym kształcie)¹⁴⁴. W kontekście torped oraz min morskich uznawano, że ponieważ destrukcja (w kontekście energii kinetycznej) jest proporcjonalna do skutku, jakim jest zniszczenie jednostki morskiej, to w tym zakresie nie dochodzi do przekroczenia granic wyznaczonych paradygmatem określonym na gruncie Deklaracji petersburskiej z 1868 roku¹⁴⁵. Raporty składane w ramach konferencji z 1899 roku podkreślają, że w kontekście „specjalnych konwencji” autorzy uznawali za te dokumenty Deklarację petersburską z 1868 oraz „wszelkie inne regulacje, które mogą być wprowadzone, zwłaszcza równoległe z Konwencją haską”¹⁴⁶. Zwraca uwagę to, że w istocie wprowadzony przepis dokonywał modyfikacji treści złożonego zastrzeżenia w ramach Deklaracji z 1868 roku, bowiem nie przewidywał konieczności ponownego zwołania następnego porozumienia, którego przedmiotem miało być określenie legalności nowych środków uzbrojenia. *Prima facie* istnieje możliwość przyjęcia, że zamiarem uczestników konferencji dyplomatycznej było, aby

141 Actes de la conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une convention internationale concernant la guerre: protocoles des séances plénières: protocoles de la commission déléguée par la conférence: annexes, Bruksela 1874, s. 41.

142 S. Casey-Maslen, S. Well, *The Use of Weapons in Armed Conflict*, [w:] S. Casey-Maslen (red.), *Weapons under International Human Rights Law*, Cambridge 2014, s. 257.

143 Wystąpienie J. Ardagha, Third Meeting, June 22, 1899, J. B. Scott, *The Proceedings of the Hague Peace Conferences; Translation of the Official Texts. The Conference of 1907. Volume II. Meetings of the Second, Third and Fourth Commissions*, Nowy Jork 1921, s. 267–277.

144 J. Westlake, *International Law, Part II: War*, Cambridge 1907, s. 82.

145 W. E. Hall, *A Treatise...*, s. 458.

146 „Article 23 begins with the words: «In addition to the prohibitions provided by special conventions, it is especially forbidden». These special conventions are first the Declaration of St. Petersburg of 1868, which continues in force, and then all those of like nature that may be concluded, especially subsequently to the Hague Conference. It seemed to the sub-commission that the general formula was preferable to the old reading which mentioned only the Declaration of St. Petersburg”. Report Presented by Mr. Rlin, Annex to the Minutes of the Meeting of July 5, 1899; J. B. Scott, *The Proceedings of the Hague Peace Conferences: The Conference of 1899...*, Nowy Jork 1920, s. 424.

art. 23 Regulaminu haskiego z 1899 roku stanowił autonomiczną podstawę oceny legalności nowych broni. Jednak już na samej konferencji dyplomatycznej w 1899 roku powyższy wniosek okazuje się nietrafiony – w ramach dodatkowych deklaracji złożonych do konwencji z 1899 roku (m.in. jedną z nich była XIV Deklaracja odnosząca się do bombardowania lotniczego) znajdowała się regulacja zabraniająca wykorzystania broni rozplaszczającej się w ludzkim ciele. Gdyby delegacje państw uznawały art. 23 lit. e Regulaminu haskiego z 1907 roku za autonomiczną podstawę zakazu wprowadzenia wspomnianej wyżej broni, nowe porozumienia oraz deklaracje okazywałyby się zbędne¹⁴⁷. Stanowi to dowód potwierdzony w odniesieniu do innych typów broni, jak np. chemicznej, że zdelegalizowanie danego typu uzbrojenia z uwagi na aksjomat określony na gruncie Deklaracji petersburskiej z 1868 roku odbywało się jedynie w drodze porozumienia państw bądź jednolitej praktyki¹⁴⁸. Powyższą konkluzję potwierdza stanowisko MTS w opinii doradczej w przedmiocie legalności groźby bądź użycia broni atomowej, aczkolwiek Trybunał zastrzegł, że praktyka ta „ma miejsce do momentu wydania opinii doradczej”¹⁴⁹.

Artykuł 23 Regulaminu haskiego z 1899 roku został zaaprobowany bez dyskusji jako art. 23 Regulaminu do IV Konwencji haskiej z 1907 roku o prawach i zwyczajach obowiązujących w wojnie lądowej. Jedyną, lecz znaczącą różnicą pomiędzy

147 „It may be thought that Hague Convention IV of 1907 relative to the Laws and Customs of War on Land, Article 23 e, is broad enough to prohibit the use of expanding bullets. This article reads as follows: «In addition to the prohibitions provided by special conventions, it is especially forbidden: e. To employ arms, projectiles, or material calculated to cause unnecessary suffering». This article is identical with Article 23e of Convention II of 1899 which was concluded at the same time as the Declaration of 1899 just quoted. It appears to be conclusive, therefore, that the two provisions relate to different matters, for otherwise it would have been unnecessary to execute two separate agreements as was done. That the agreements were regarded by the Conference as distinct is shown by the use in Article 23e of the words «In addition to the prohibitions provided by special conventions». Corroborative of this is the fact that Great Britain did not adhere to the Declaration of 1899 until August 30, 1907, while the Hague Conference was in session and was considering Convention IV of which Article 23e is a part. The conclusion is inevitable that the prohibition of the use of expanding bullets depends upon the provisions of the Declaration of 1899 to which as already pointed out the United States is not a party”. *The Counselor for the Department of State (Lansing) to the Secretary of State, Papers Relating to the Foreign Relations of the United States, The Lansing Papers, 1914–1920, Volume I, 763.72111/1679½*, s. 208

148 M. Piątkowski, *Międzynarodowe prawo humanitarne wobec zastosowania broni zapalającej w konflikcie zbrojnym*, „Bezpieczeństwo, Teoria i Praktyka” 2017, vol. 2, s. 153; J. Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge 2004, s. 191–192; „As already pointed out, the question as to whether or not a particular weapon is to be considered as causing unnecessary suffering is one that can be answered only by examining the practice of states”. *Rules Governing Weapons and Methods of Naval Warfare*, „International Law Studies” 1955, vol. 50, s. 54.

149 „The pattern until now has been for weapons of mass destruction to be declared illegal by specific instruments”. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, para. 57.

tekstem obowiązującym w 1899 i 1907 roku jest zastąpienie sformułowania „nadmierne obrażenia” zwrotem „zbędne cierpienia” (*unnecessary suffering*) – zmiana ta w odczuciu autora najbardziej jest zgodna z tekstem autentycznym *maux superflus*¹⁵⁰. W polskim brzmieniu, zgodnie z treścią aktu ogłoszonego w 1927 roku, w art. 23 lit. e ustawodawca posłużył się sformułowaniem „zbyteczne cierpienia”. W ramach PD I z 1977 roku zdecydowano się na połączenie koncepcji nadmiernych obrażeń oraz zbędnych cierpień¹⁵¹. Jak słusznie wskazali autorzy Komentarza HCPR, oprócz rozróżnienia semantycznego treść samej przesłanki wydaje się jasna jako uwzględniająca czynniki medyczno-aksjologiczne¹⁵². Polski ustawodawca jest w tej mierze semantycznie niekonsekwentny – art. 35 ust. 2 PD I posługuje się zwrotem „zbędne cierpienia”, natomiast Statut rzymski MTK sformułowaniem „zbędne szkody lub nadmierne cierpienia”.

Projekt MKCK przesłany pod rozwałę ekspertom rządowym odwoływał się do zakazu wykorzystania środków obliczonych na powodowanie niepotrzebnych cierpień, w szczególności okrutnych środków i metod¹⁵³. Od początku podkreślano także, że przepis ma docelowo być ograniczony jedynie do ogólnych zasad, nie determinując legalności określonych typów uzbrojenia, pomimo licznych propozycji zmierzających do umieszczenia w treści przepisu zakazów odnoszących się do broni jądrowej, chemicznej, zapalającej czy biologicznej¹⁵⁴. W wersji sformułowanej przez ekspertów rządowych art. 33 projektu PD I z 1977 roku odwoływał się w swym uzasadnieniu do art. 22 i 23 lit. e Regulaminu haskiego z 1907 roku i w swym brzmieniu stanowił odesłanie do treści Deklaracji petersburskiej z 1868 roku. Istotnym uzupełnieniem w treści projektu było wprowadzenie sformułowania „metody” obok sformułowania „środki”, które znacząco poszerzało zakres przepisu, nie ograniczając go tylko i wyłącznie do oceny samego uzbrojenia jako

150 W. H. Boothby, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, Oxford 2009, s. 57.

151 „The English version would be the narrower if its contents were taken to add a subjective element to the original rule. In conformity with the authoritative French text, the principle must be stated to be that – irrespective of the belligerents’ intentions – any means of combat are prohibited that are apt to cause unnecessary suffering or superfluous injury. While the authentic French text uses the term «superfluous injury» (*maux superflus*), the phrase «unnecessary suffering» used in the English translation has acquired a relevance of its own through the practice of States. Hence, both concepts are of importance for the assessment of whether particular weapons shall be deemed prohibited for use”. ICRC, *Weapons that may Cause Unnecessary Suffering or have Indiscriminate Effects*, Report on the Work of Experts, Geneva 1973, para. 21, s. 12.

152 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HCPR...*, s. 62.

153 „It is forbidden to use weapons, projectiles or substances calculated to cause unnecessary suffering, or particularly cruel methods and means”. Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, *Report on the Work of the Conference, Vol. I...*, s. 127.

154 „ICRC to limit Article 30 to general principles, without including specific prohibitions of particular weapons”. *Ibidem*, s. 128–129, para 3. 17-3.21.

takiego, lecz także wskazywało na możliwość zdyskwalifikowania z uwagi na powyższą modyfikację sposobu użycia danej broni – w tym potencjalnie także legalnej. Podczas prac konferencji dyplomatycznej w latach 1974–1977 zwrócono uwagę na potrzebę uzupełnienia przepisu przyszłego art. 35 PD I o dodatkowy paragraf związany z potrzebą ochrony środowiska naturalnego (R. Bierzanek). Delegat Australii podniósł, że w jego ocenie wymiar Regulaminu haskiego oraz Deklaracji petersburskiej z 1868 roku miał ograniczony charakter¹⁵⁵. Przedstawiciel Zjednoczonego Królestwa wskazał na potrzebę zharmonizowania przyszłego art. 35 PD I z przepisami obowiązującymi na gruncie Regulaminu haskiego (poprzez dodanie sformułowania „obrażenia”)¹⁵⁶. Podniesiono przy tym brak jednoznacznej możliwości zdefiniowania zwrotu „zbędne cierpienia”¹⁵⁷.

Norma ta ma skomplikowany wymiar prawny. Z jednej strony *per se* nie jest determinantem z góry określającym, który konkretnie typ uzbrojenia jest kwalifikowany jako nielegalny¹⁵⁸. Potwierdza to treść komentarza do instrukcji harwardzkiej z 2009 roku, która wskazuje, że nie istnieje ustalony standard i wskaźnik, w którym momencie dana broń przekracza poziom nadmiernych obrażeń oraz zbędnych cierpień¹⁵⁹. W razie przeciwnego wniosku nie byłyby niezbędne

155 CDDH/III/SR.26, para. 7, s. 235.

156 CDDH/III/SR.26, para. 28, s. 241.

157 „It was not clear where the limits of «unnecessary sufferings» should be drawn, and a term must therefore be found to strengthen the prohibition to use weapons or means which were likely to aggravate sufferings unnecessarily”. CDDH/III/SR.71, para. 2, s. 245.

158 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR...*, s. 63. „In short, a survey of State practice proves that while no State denies the existence and the binding value of the general principles, no agreement (outside treaty stipulations) has as yet evolved on the concrete application of those principles to specific weapons. This amounts to saying that the prohibitory intent of those principles has proved scarcely effective”. A. Cassese, *Means of Warfare: The Present and the Emerging Law*, [w:] A. Cassese, *Respect for Human Rights in Armed Conflict*, Neapol 1976, s. 153. „It is easier to state the proposition [that a given weapon is banned] in abstracto than to reach an agreement as to which actual weapons run afoul of [humanitarian law]. Hence, from the days of the St Petersburg Declaration onwards it has become quite clear that, in case of doubt, the sole safe means of ensuring that a specific weapon will be interdicted is to say so unequivocally in a binding multilateral treaty ... absent an overt exclusion clause in the lex scripta, there are frequent disagreements which cannot easily be resolved”. Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities...*, s. 61. „In practice, states are reluctant to recognise the principle as an autonomous ground for outlawing specific weapons *per se*”. T. Ruys, *The XM25 Individual Airburst Weapon System: A ‘Game Changer’ for the (Law on the) Battlefield? Revisiting the Legality of Explosive Projectiles under the Law of Armed Conflict*, „Israel Law Review” 2012, vol. 45, s. 406.

159 „The concept of «injury» or «suffering» evoked some further comment. It was generally considered that this comprised such factors as mortality rates, the painfulness or severeness of wounds, or the incidence of permanent damage or disfigurement”. ICRC, *Conference of Government Experts on the Use of Certain Conventional Weapons (Lucerne, 24.9–18.10.1974)*, Genewa 1975, para. 23.

liczne, dedykowane traktaty regulujące określone typy broni¹⁶⁰. Z drugiej jednakże strony jak wskazał MTS, oceniając hipotetyczne skutki użycia broni atomowej, uzbrojenie to nie jest do pogodzenia z wymaganiami wynikającymi z przesłanki wskazanej w treści art. 35 ust. 2 PD I. Z pewnością wątpliwości w tej mierze nie zwalniają państw od obowiązku oceny nowych metod i środków na podstawie powyższego aksjomatu w trybie przeglądu broni określonego na gruncie art. 36 PD I¹⁶¹. W efekcie rzeczywisty wymiar tej normy zależy od woli i postępowania państw, która może się przekształcić w zwyczaj, umowę międzynarodową bądź własną legislację (np. poprzez odpowiednie zapisy w ramach tzw. manuali)¹⁶². Przykładem powyższej sytuacji jest stanowisko brytyjskiego instruktora w przedmiocie użycia broni zapalającej przeciwko kombatantom, który wskazuje, że broń ta, mimo że nie jest wyraźnie zakazana, to jednak nie powinna być stosowana przeciwko celom osobowym właśnie z uwagi na przesłankę zakazu czynienia zbędnych cierpień¹⁶³. Racje w tej mierze należy przyznać A. Cassese, który uznał powyższą przesłankę za „źródło inspiracji o wielkim znaczeniu”¹⁶⁴. Jednocześnie ten sam autor wskazał, że kodyfikacja art. 35 PD I nie dokonała postępu w przed-

160 M. Castellaneta, *New Weapons, Old Crimes?*, [w:] F. Pocar, M. Pedrazzi, M. Frulli (red.), *War Crimes and the Conduct of Hostilities: Challenges to Adjudication and Investigation*, Northampton 2013, s. 194–195.

161 „At each successive stage, namely study, development and acquisition, the Government concerned should determine whether the use of new weapons fell under a general prohibition, directed not only at weapons which caused unnecessary injury, but also at those which had indiscriminate effects, or under some specific prohibition, such as the Protocol of Geneva of 1925 on chemical and bacteriological warfare”. CDDH/III/SR.71, para. 50, s. 252.

162 „Although the existence of the prohibition of means and methods of warfare which are of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering is not contested, views differ as to whether the rule itself renders a weapon illegal or whether a weapon is illegal only if a specific treaty or customary rule prohibits its use”. ICRC, *Customary IHL Database*, https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule70 (dostęp: 22.12.2020); J. Gardam, *Necessity...*, s. 67–68. „Many assume that the prohibition is devoid of practical meaning in the absence of a multilateral agreement amongst states prohibiting a category of weapons. No category of weapon has been explicitly prohibited by the international community on the basis of the customary rule reflected in Article 35(2) of Additional Protocol I. However, anecdotal evidence suggests that some states have unilaterally prohibited the development of certain weapons systems on the basis of legal opinion that such weapons would offend the customary prohibition”. M. Hagger, T. McCormack, *Regulating the Use of Unmanned Combat Vehicles: Are General Principles of International Humanitarian Law Sufficient?*, „JLIS Special Edition: The Law of Unmanned Vehicles” 2011–2012, vol. 21(2), s. 80–81.

163 „Such uses are governed by the unnecessary suffering principle so that they should not be used directly against personnel but against armoured vehicles, bunkers, and built-up emplacements, even though personnel inside may be burnt”. *JSP 383: Manual of the Law of Armed Conflict*, s. 112.

164 A. Cassese, *The Human Dimension of International Law: Selected Papers*, Oxford 2008, s. 214; Podobnie S. Oeter, *Means and Methods* [w:] D. Fleck (red.), *Handbook...*, s. 121.

miocie klaryfikacji treści powyższej normy¹⁶⁵. Warto odnieść się w tej mierze do zdania odrębnego sędzi Higgins poczynionego na gruncie opinii doradczej MTS w sprawie groźby i legalności użycia broni atomowej, który wskazał, że przesłanka określona na gruncie art. 35 PD I zawiera w sobie równanie pomiędzy trudnym do uchwycenia poziomem zbędnego cierpienia a względami racjonalności woj-skowej. Na tej podstawie państwa decydowały się na dokonanie klasyfikacji le-galności użycia pewnych typów uzbrojenia, pozostawiając jednocześnie niektóre środki, takie jak np. przede wszystkim broń zapalająca, nieuregulowane, pomimo że z pewnością mogą one powodować cierpienia o znacznym stopniu intensywności¹⁶⁶. Komentarz MKCK do PD I wskazuje, że art. 35 ust. PD I tworzy normę odnoszącą się do „efektów” użycia danej broni¹⁶⁷.

Ostateczny tekst art. 35 PD I zawierał zarówno przesłankę zbędnych cierpień, jak i nadmiernych obrażeń, jako najbardziej trafne zachowanie substancji tłumaczenia z francuskiego zwrotu *maux superflus*¹⁶⁸. Jednakże grupa ekspertów *ad hoc* nie była w stanie w 1974 roku określić jednoznacznie znaczenia powyższych terminów¹⁶⁹. Medyczne determinanty wskazane w treści art. 35 ust. 2 PD I zostały w sposób konkretny zebrane w ramach pracy R. Couplanda. Parametrami w tej mierze były wskaźniki śmiertelności, stanowiące 25% wszelkich strat będących wynikiem użycia danej broni, konieczność wykonania m.in. trzech specjalistycznych zabiegów, przebywania w placówkach medycznych ponad miesiąc itd.¹⁷⁰ Jednakże praktyczne zastosowanie przesłanki względem uzbrojenia niebędącego przedmiotem dedykowanej regulacji sprawia zasadnicze trudności. W 2003 roku Sąd Najwyższy Izraela stwierdził, że wykorzystanie przez Siły Obronne Izraela amunicji strzałkowej nie narusza przepisów prawa międzynarodowego, gdyż

165 A. Cassese, *The Geneva Protocols...*, s. 76.

166 „It is this understanding of the principle that explains why States have been able to move to a specific prohibition of dum-dum bullets, whereas certain weapons that cause vastly greater suffering have neither been the subject of specific prohibitions, nor, in general State practice, been regarded as clearly prohibited by application of the «unnecessary suffering» principle. The status of incendiary projectiles, flamethrowers, napalm, high velocity weapons – all especially repugnant means of conducting hostilities – have thus remained contested”. *Dissenting Opinion of Judge Higgins*, para. 16, s. 586.

167 „Article 35, paragraph 2, was finally adopted by consensus. It lays down a prohibition relating to the results produced, though not directly a prohibition on the means. However, this does not mean that such prohibitions are necessarily absent in the Protocol, as is clear from other provisions (for example, the prohibition on the use of perfidy, on methods and means of combat with indiscriminate effects, on starvation etc.)”. Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 1430, s. 409.

168 CDDH/215/Rev. 1, para. 21, s. 268. Szerzej o zawitościach językowych związanych z formułą „nadmiernych obrażeń i zbędnych cierpień” zob. M. Piątkowski, *O wartości normatywnej Deklaracji petersburskiej z 1868 roku*, „Międzynarodowe Prawo Humanitarne” 2018, vol. IX, s. 87–101.

169 ICRC, *Weapons that may Cause Unnecessary Suffering...*, para. 23, s. 13.

170 R. Coupland, *The Effects of Weapons: Defining Superfluous Injury and Unnecessary Suffering*, „Medicine and Global Survival” 1996, vol. 3, s. 5.

żaden traktat jej nie zabrania, odwołując się w tej mierze do braku unormowań określonych na gruncie Konwencji CCW. Argument skarżących dotyczący kwestii zbędnego cierpienia i nadmiernych obrażeń powodowanych przez amunicję strzałkową nie został przez sąd rozpoznany¹⁷¹.

Warto podnieść, że zgodnie z art. 8 ust. 2 pkt (b) ppkt (xx) Statutu rzymskiego MTK stosowanie broni, pocisków i materiałów oraz sposobów prowadzenia wojny, które z natury rzeczy powodują zbędne szkody lub nadmierne cierpienia stanowią zbrodnię wojenną, pod warunkiem, że są objęte całkowitym zakazem i są wymienione w aneksie do statutu. Charakterystyczne i wymowne jest to, że to dnia dzisiejszego taki aneks nie został uzupełniony. Kumulatywna przesłanka objęcia całkowitym zakazem i aneksem powoduje w istocie, że powyższy przepis ma charakter martwy.

9.2. Obowiązek przeprowadzenia przeglądu prawnego broni

Projekt grupy ekspertów rządowych przewidywał wprowadzenie przepisu obligującego strony przyszłego Protokołu dodatkowego do przeprowadzenia oceny nowego środka czy nowej metody prowadzenia działań wojennych pod względem zgodności z przesłanką zakazu czynienia niepotrzebnych cierpień. Warto podnieść, że proponowane rozwiązanie miało charakter zupełnie nowatorski, gdyż żaden przepis *ius in bello* nie tworzył obowiązku badania zgodności z obowiązującym prawem danego typu uzbrojenia. Zgodnie z projektem PD I przegląd prawny broni powinien następować już na etapie projektowania (*study*) oraz rozwoju (*development*) danego typu uzbrojenia¹⁷². Ostatecznie przyjęty tekst rozszerzył powyższe punkty o dodatkowe elementy w postaci konieczności dokonywania oceny podczas nabywania (odnosząc się do kwestii importu uzbrojenia) oraz wprowadzania nowej broni (momentu wejścia na wyposażenie sił zbrojnych). Podnosi się, że w kontekście nabywania broni bez znaczenia jest fakt dokonania rewizji prawnej broni przed jej dostarczeniem (sprzedażą)¹⁷³. Co istotne, przepis wskazuje na zakazy nie tylko wynikające z przepisów samego PD I, ale również każdego innego przepisu prawa międzynarodowego – w tym potencjalnie także praw człowieka.

Z perspektywy raportu grupy roboczej konferencji dyplomatycznej wynik badania z tytułu art. 36 PD I nie jest uznawany za wiążący w świetle prawa międzynarodowego. Przepis stanowi jedynie o obowiązku jego przeprowadzenia,

171 *The Palestinian Center for Human Rights v. The State of Israel – Minister of Defense*, The Israeli Supreme Court 8990/2013.

172 ICRC, *Draft Additional Protocol...*, s. 42. G. D. Solis, *The Law of Armed Conflict...*, s. 751.

173 V. Sehrawat, *Changing Horizons of Modern Weaponry in South Asia: A Legal Survey*, [w:] J. Kaul, A. Jha (red.), *Shifting Horizons of Public International Law: A South Asian Perspective*, New Delhi 2018, s. 339.

natomiast nie determinuje w żaden sposób konsekwencji dokonanej analizy ani także sposobu jej przeprowadzenia¹⁷⁴. Ponadto prezentowana analiza wymagała jedynie oceny normalnych bądź planowanych następstw użycia broni – w szczególności strona nie miała obowiązku badania wszelkich możliwych warunków funkcjonowania uzbrojenia¹⁷⁵. H. Blix podniósł, że wprowadzona norma zakładała wprowadzenie obowiązku przyjęcia legislacji na poziomie narodowym, pozwalającym na ocenę zgodności uzbrojenia nie tylko pod kątem przesłanki nadmiernych obrażeń i zbędnych cierpień, ale także badania zdolności do respektowania przesłanki rozróżnienia i bezpośrednich traktatów o charakterze zakazującym¹⁷⁶. Było to zgodne z efektami prac grupy ekspertów rządowych z Lucerny w 1974 roku, gdzie brytyjski przedstawiciel wskazał konieczność oceny wprowadzanych środków uzbrojenia z uwagi na trzy płaszczyzny: zasady nieczynienia zbędnego cierpienia, zasady rozróżniania oraz zakazu perfidii bądź innych działań o charakterze wiarołomnym¹⁷⁷.

Dla E. Crawford art. 36 PD I jest „bezpiecznikiem” prawnym uniemożliwiającym walczącym podnoszenie argumentacji polegającej na dopuszczeniu do wykorzystania każdego typu uzbrojenia tylko na tej podstawie, że nie jest ona uregulowana żadną normą traktatową¹⁷⁸. Z drugiej strony przepis uznaje, że sam fakt nowości nie oznacza nielegalnego charakteru broni¹⁷⁹. Samo funkcjonowanie przeglądu prawnego broni już w trakcie prac przygotowawczych budziło sceptycyzm z uwagi na traktowanie procesu rozwoju danego typu uzbrojenia jako elementu ściśle powiązanego z tajemnicą państwową i poddanego różnym interpretacjom – takie zdanie wyraził E. Castrén¹⁸⁰. Z tego też względu wyniki badań dotyczących nowych broni i metodologia są w większej mierze nieznane¹⁸¹. Jest to także pośredni argument przemawiający za brakiem zwyczajowego charakteru normy zawartej w art. 36 PD I¹⁸².

174 M. Jacobsson, *Modern Weaponry and Warfare: The Application of Article 36 of Additional Protocol I by Governments*, „International Law Studies” 2006, vol. 82, s. 184.

175 CDDH/215/Rev. 1, para 30–32, s. 269–270.

176 CDDH/III/SR.27, para. 49–51, s. 252.

177 ICRC, *Report Conference of Government Experts on the Use of Certain Conventional Weapons*, (Lucerne, 24.9–18.10.1974), Genewa 1975, para. 19.

178 E. Crawford, A. Pert, *International Humanitarian Law*, Cambridge 2015, s. 199.

179 R. Erickson, *Protocol I: A Merging of the Hague and Geneva...*, s. 563.

180 „(...) said that the existence of article 34 was justified but that the article could be of no great practical value, since the study and development of new weapons and methods of warfare were generally carried out in secret, making any kind of supervision difficult. Furthermore the nature and effects of such weapons might be subject to different interpretations”. CDDH/III/SR.27, para. 46, s. 252.

181 M. Meier, *Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS): Conducting a Comprehensive Weapons Review*, „Temple International and Comparative Law Journal” 2014, vol. 30, s. 124.

182 N. Jevglevskaia, *Weapons Review Obligation under Customary International Law*, „International Law Studies” 2018, vol. 94, s. 205–213.

Przepisy wskazują, że objęte przeglądem prawnym są wszelkiego typu środki, bronie, metody o charakterze nowym. O ile jasne jest, że każda nowa (w domyśle opracowana technika wojskowa) powinna przejść przegląd, o tyle większą trudność sprawia przeanalizowanie kontekstu związanego z modyfikacją już istniejącego uzbrojenia. J. Farrant i C. M. Ford podnoszą w tej mierze przykład zestawu JDAM (opisanego poniżej), który jest instalowany, by dokonać konwersji broni nieprecyzyjnej na broń bardziej kontrolowaną na skutek instalacji zestawu. W ich ocenie powyższa modyfikacja jest już w istocie nowym środkiem walki i musi przejść relewantną rewizję prawną¹⁸³. W większości przypadków musi odnosić się do poprawki o charakterze konstrukcyjnym, która zmienia sposób i zakres wykorzystania uzbrojenia, np. rozszerzając je o nowe możliwości taktyczne¹⁸⁴.

Reguła nr 9 tzw. instrukcji harwardzkiej potwierdzała zastosowanie mechanizmu prawnego przeglądu broni w warunkach wojny powietrznej¹⁸⁵.

10. Wybrane zagadnienia związane z wykorzystaniem uzbrojenia lotniczego

10.1. Broń precyzyjnego rażenia

Jednym z najbardziej palących problemów technicznego sposobu prowadzenia wojny powietrznej było poprawienie skuteczności bombardowania powietrznego. Prymitywne urządzenia celownicze pomimo stopniowej poprawy parametrów przetwarzania danych (np. zaawansowany celownik bombardierski Nordena wykorzystywany w okresie II wojny światowej) nie były w stanie poprawić bardzo niskiej dokładności konwencjonalnego bombardowania lotniczego. Rozrzut broni, znany także w terminologii amerykańskiej jako CEP (*Circular Error Probability*), w kontekście bombowca strategicznego B-17 Flying Fortress wynosił ok. 1,5 kilometra. Po II wojnie światowej dostrzeżono, że główną wadą prowadzonych działań lotniczych jest niska skuteczność samej bomby, co doprowadziło do powstania pierwszego pocisku precyzyjnego typu Paveway I, który namierzany laserowo pozwolił na osiągnięcie CEP nieprzekraczającego 10 metrów. Amunicja precyzyjnego rażenia została po raz pierwszy użyta w specjalnych misjach

183 J. Farrant, C. M. Ford, *Autonomous Weapons and Weapon Reviews: The UK Second International Weapon Review Forum*, „International Law Studies” 2017, vol. 93, s. 404.

184 J. McClelland, *The Review of Weapons in Accordance with Article 36 of Additional Protocol I*, „International Review of the Red Cross” 2003, vol. 85, s. 405.

185 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR...*, s. 82.

lotniczych wykonywanych w ramach operacji „Linebacker I” i „Linebacker II” podczas wojny w Wietnamie. Jak wskazano w rozdziale I niniejszej pracy, od 1991 roku następował skokowy wzrost liczby pocisków precyzyjnego rażenia, aż do roku 2011 w Libii, gdy po raz pierwszy użyto w 100% amunicji precyzyjnego rażenia¹⁸⁶. Koszty nabycia pocisków precyzyjnego rażenia są jednakże zróżnicowane i wciąż znacząco przekraczają możliwości finansowe wielu państw, zwłaszcza spoza kręgu UE oraz NATO. Zastosowanie systemu typu JDAM (*Joint Direct Attack Munition*), który dostosowuje zwykłe pociski do standardu precyzyjnego poprzez wyposażenie je w odbiornik GPS, pozwoliło na obniżenie jednostkowej ceny przerobienia rakiety do ok. 20 000 USD¹⁸⁷. Bardziej zaawansowane pociski, jak np. rakiety typu JASSM o zasięgu 1000 km posiadające CEP nie większy niż 3 metry, są nabywane po cenie ok. 13 000 000 PLN za sztukę¹⁸⁸.

Z perspektywy międzynarodowego prawa humanitarnego obowiązku stosowania amunicji precyzyjnego rażenia należy doszukiwać się w treści art. 57 ust. 2 pkt (a) ppkt (ii) PD I, który stanowi o dobieraniu środków i metod walk poprzez przedsięwzięcie wszystkich praktycznie możliwych środków ostrożności w celu uniknięcia bądź zminimalizowania strat wśród ludności cywilnej i dóbr cywilnych. W istocie powyższe zagadnienie sprowadza się do interpretacji sformułowania „wszystkie praktycznie możliwe środki” (*feasible*). Pojawia się w związku z tym pytanie, czy strona konfliktu zbrojnego zobowiązana jest do nabywania, wyposażania i rzeczywistego stosowania uzbrojenia o charakterze precyzyjnym w każdych okolicznościach.

Cytowany w rozdziale wcześniejszym przebieg prac przygotowawczych nad treścią art. 57 ust. 2 PD I ujawnia, że delegacje wielu państw zwracały uwagę na potrzebę uwzględnienia faktycznych możliwych środków, wskazując, że przepis docelowo nie tworzy obowiązku poniesienia dodatkowych i specjalnych nakładów, jeżeli przekraczają one możliwości strony protokołu. Inne państwa z kolei potwierdziły powyższy kierunek wykładni przepisu w ramach swoich zastrzeżeń złożonych do treści PD I, np. „Zjednoczone Królestwo uznaje, że zwrot «praktycznie co wszystko możliwe» (...) winien być interpretowany w świetle wszystkich okoliczności istniejących w chwili podejmowania decyzji, biorąc pod uwagę rozważania natury humanitarnej oraz wojskowej”. Identyczną treść zawarto w art. 1 ust. 5 III Protokołu w sprawie zakazu lub ograniczeń użycia broni zapalającej z 1980 roku do Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia

186 Zob. więcej M. Piątkowski, *Użycie amunicji precyzyjnego rażenia w świetle prawa konfliktów zbrojnych*, [w:] A. Wetoszka, B. Greda, A. Truskowski (red.), *Taktyka i dowodzenie w lotnictwie wojskowym*, Dęblin 2015.

187 <https://www.globalsecurity.org/military/library/budget/fy2000/dot-e/airforce/00jdam.html> (dostęp: 22.12.2020).

188 <https://www.money.pl/gospodarka/wiadomosci/artykul/jassm-er-umowa-polska-antoni-macierewicz-usa,220,0,2225372.html> (dostęp: 22.12.2020).

lub mające niekontrolowane skutki, z dnia 10 października 1980 r., gdzie wskazano na środki praktycznie dostępne lub możliwe do zastosowania. W tym duchu należy także odczytywać raport komitetu przy Prokuratorze MTKJ badający przebieg kampanii powietrznej NATO w 1999 roku, który wyraźnie sformułował, że standard podjęcia wszelkich praktycznie dostępnych środków ma wysoki, lecz nieabsolutny charakter¹⁸⁹. Znajduje to potwierdzenie w treści komentarza MKCK do PD I, który ponownie wskazuje na konieczność posługiwania się paradygmatem dobrej wiary i zdrowego rozsądku przy wykładni art. 57 ust. 2 PD I¹⁹⁰. Ze ściśle normatywnego punktu widzenia dopuszczalna wydaje się interpretacja art. 57 PD I jako normy, która nie nakłada *per se* obowiązku stosowania w każdych okolicznościach najbardziej precyzyjnego środka walki, a tym samym *a maiori ad minus* nie nakłada obowiązku ich nabywania¹⁹¹.

Skoro obowiązek stosowania broni precyzyjnego rażenia nie jest wprost umocowany w przepisach traktatowych, to pojawia się pytanie o możliwość wykreowania ewentualnej praktyki państw w zakresie istnienia prawnej obligacji wykorzystywania środków o charakterze precyzyjnym przeciwko celom zlokalizowanym w obszarach zurbanizowanych¹⁹². Podobnie jak w kontekście uwag

189 „The obligation to do everything feasible is high but not absolute. A military commander must set up an effective intelligence gathering system to collect and evaluate information concerning potential targets. The commander must also direct his forces to use available technical means to properly identify targets during operations”. ICTY, *Final Review...*, para. 29.

190 „Once again the interpretation will be a matter of common sense and good faith. What is required of the person launching an offensive is to take the necessary identification measures in good time in order to spare the population as far as possible. It is not clear how the success of military operations could be jeopardized by this”. Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, para. 2198, s. 682.

191 „In conclusion, under IHL as it stands today, states have no legal obligation to acquire the most precise weapons available on the market, even when they have the financial resources to do so”. J.-F. Quéguiner, *Precautions under the Law Governing the Conduct of Hostilities*, „International Review of the Red Cross” 2006, vol. 88, s. 802. „Currently, there exists no customary requirement for the use of precision weapons nor a requirement for total accountability for the effects of each bombing strike. The law merely requires «reasonable care» in the pressing of attacks against military targets and good faith efforts to avoid unnecessary or disproportionate levels of loss or suffering”. N. A. Canestaro, *Legal and Policy Constraints on the Conduct of Aerial Precision Warfare*, „Vanderbilt Journal of Transnational Law” 2004, vol. 37, s. 483; D. L. Infeld, *Precision-Guided Munitions Demonstrated their Pinpoint Accuracy in Desert Storm; but Is a Country Obligated to Use Precision Technology to Minimize Collateral Civilian Injury and Damage*, „George Washington Journal of International Law and Economics” 1992, vol. 109, s. 135.

192 „In fact, when these structures are located in urban areas, it seems there should be specific obligations of conduct on the attacking party to choose modes and means of bombardment that will minimise collateral damage as much as possible (e.g. attacks at night time, use of precision guided munitions, etc”. G. Bartolini, *Air Operations in Iraq (1991 and 2003*, [w:] N. Ronzitti, G. Venturini (red.), *The Law of Air Warfare...*, s. 259.

poczynionych we wcześniejszych fragmentach pracy dotyczących Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku, ustalenie faktycznego istnienia normy o charakterze zwyczajowym jest w kontekście obowiązku użycia broni precyzyjnego rażenia niezwykle utrudnione. Jak zauważył R. Lagoni, „kreacja norm prawa zwyczajowego jest niezwykle trudna do obserwacji w kontekście pewnych metod i środków prowadzenia działań wojennych (...), bo nie każde działanie państw w tej mierze jest oparte na przekonaniach prawnych”¹⁹³. Powyższa wypowiedź niezwykle celnie wpisuje się w problematykę broni precyzyjnego rażenia. Zasadniczym powodem jej wykorzystania były czynniki polityczno-etyczne (tzw. efekt BBC, jako sposób oddziaływania na opinię publiczną państw zaangażowanych w konflikty zbrojne) oraz wojskowe (konieczność uzyskania większej precyzji pozwalającej na skuteczniejsze niszczenie celów). O źródłach pozaprawnych „obowiązków” stosowania amunicji precyzyjnego rażenia w interesujący sposób wypowiedział się G. Hammond, który wskazał, że „we współczesnej wojnie powietrznej ważniejsze od zdobycia przewagi w powietrzu jest zdobycie przewagi w mediach. Pociśki precyzyjnego rażenia są w istocie «wiadomościami» precyzyjnego rażenia”¹⁹⁴. Wskazane okoliczności kwestionują tym samym podstawy istnienia *opinio iuris* – gdyż praktyka państw nie wywodziła potrzeby stosowania amunicji precyzyjnego rażenia z „przekonania prawnego”, lecz z innych przyczyn (tak m.in. C. Puckett)¹⁹⁵. Ponadto M. C. Waxman twierdzi, że Stany Zjednoczone utrzymują pozycję *persistent objector* zapobiegającą możliwości wykreowania normy międzynarodowego prawa zwyczajowego w odniesieniu do tego państwa¹⁹⁶.

Z drugiej jednakże strony sam *usus* przynajmniej w odniesieniu do państw UE i NATO wydaje się wyrazem utrwalonej i stałej praktyki powszechnego użycia broni precyzyjnego rażenia od 2011 roku (operacja w Libii). Ponadto wykorzystanie broni jest utożsamiane ze zobowiązaniami strony wynikającymi z przepisów międzynarodowego prawa humanitarnego, zwłaszcza jako element aktywnych środków ostrożności w ramach akcji mających miejsce w obszarach zabudowanych, gdy straty cywilne mogą być zmarginalizowane poprzez ich użycie¹⁹⁷. Su-

193 R. Lagoni, *Comments: Methods or Means of Warfare, Belligerent Reprisals, and the Principle of Proportionality*, [w:] I. F. Dekker, H. Post (red.), *The Gulf War of 1980–1988: The Iran-Iraq War in International Legal Perspective*, Haga 1992, s. 116–117.

194 G. Hammond, *Myths of the Air War over Serbia Some „Lessons” Not to Learn*, „Aerospace Power Journal” Winter 2000, s. 81.

195 E. Lucas, *Precision Guided Munitions and Collateral Damage: Does The Law of Armed Conflict Require the Use of Precision Guided Munitions when Conducting Urban Aerial Attack*, „Defense Technical Information Center” 2003, s. 20–21; C. Puckett, *In this Era of „Smart Weapons,” Is a State under an International Legal Obligation to Use Precision-Guided Technology in Armed Conflict?*, „Emory International Law Review” 2004, vol. 18, s. 705–707.

196 M. C. Waxman, *International Law and the Politics of Urban Air Operations*, Santa Monica 2000, s. 12–13.

197 Zob. S. Belt, *Missiles over Kosovo: Emergence, Lex Lata, of Customary Norm Requiring the Use of Precision Munitions in Urban Areas*, „Naval Law Review” 2000, vol. 47, s. 151–166.

gerowany refleks *opinio iuris* może znajdować się chociażby w treści rezolucji RB ONZ 2139/2014. Innym przykładem w tej mierze jest oficjalna odpowiedź NATO na zapytania dotyczące sposobu prowadzenia operacji „Unified Protector”, gdzie podkreślono główną rolę amunicji precyzyjnego rażenia w ramach przyjętego przez NATO standardu zerowych strat wśród ludności cywilnej¹⁹⁸. Jednakże istnieje pewien spór, czy ewentualną normę uznawać za przykład postulatów *de lege ferenda* czy też *de lege lata*¹⁹⁹.

Ponadto, jak zwrócono uwagę, precyzji nie należy mylić z dokładnością²⁰⁰. Jak wskazuje ostatnia kampania lotnicza w Syrii, użycie w niemal 100% przypadków amunicji precyzyjnego rażenia nie gwarantuje w żaden sposób zupełnego wyłączenia powstania zjawiska *collateral damage*²⁰¹. Ponadto istotna jest też ogólna sytuacja strategiczna danej strony, co w konsekwencji może doprowadzić do konieczności konserwacji rezerwuarów pocisków precyzyjnego rażenia na potrzeby przyszłej kampanii powietrznej²⁰². Nie w każdych także warunkach operacyjnych jest zasadne jej użycie²⁰³. Wydaje się jednak, że patrząc przez pryzmat art. 57 ust. 2 PD I, należy zwrócić uwagę, że posiadanie przez stronę amunicji precyzyjnego rażenia znacznie zwiększa autonomię operacyjną strony w kontekście zadań, które w konwencjonalnych warunkach byłyby trudne do zrealizowania z uwagi na możliwość pojawienia się strat nadmiernych, czy też mogą być uznane za przykład ataku bez rozróżniania w świetle art. 51 ust. 4 i 5 PD I²⁰⁴. Podobnym modelem

198 NATO Legal Adviser, *Respond on behalf of the NATO to the Commission's letters of 11 November and 15 December, 2011*, OLA(2012)006, s. 5.

199 J. F. Murphy, *Some Legal (and a Few Ethical) Dimensions of the Collateral Damage Resulting from NATO's Kosovo Campaign*, „Israel Yearbook on Human Rights” 2001, vol. 31, s. 61–62.

200 M. N. Schmitt, *Precision Attack and International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross” 2005, vol. 87, s. 446.

201 J. D. Wright, *‘Excessive’ Ambiguity: Analysing and Refining the Proportionality Standard*, „International Review of the Red Cross” 2012, vol. 94, s. 846.

202 I. Henderson, *The Contemporary...*, s. 169.

203 „In considering the level of damage sought, reducing the risk to civilians, and risk to the attacking force, the decision to use tactical aircraft was made in about as much time as it has taken to summarize the force options available and factors considered. This decision process highlights another law of war principal: a nation is not legally obligated to use its most precise means to attack a target. A balancing process exists, and a reasonable commander is entitled to make his decisions based upon the mission, his assessment of force risk, and other information reasonably available to him at the time”. W. H. Parks, *Lessons from the 1986 Libya Airstrike*, „New England Law Review” 2002, vol. 36, s. 763.

204 T. Krupiy, *A Toolbox of the Application of the Rules of Targeting*, Cambridge 2016, s. 71. „Therefore, although PGMs may actually increase the numbers of targets that one could justifiably strike by lowering to tolerable levels the collateral damage coincident to striking them, international law includes nothing that requires their use against any target of military value. Thus, judge advocates should assist in the drafting of ROE to ensure that no one misinterprets the requirements of international law and that no one places restrictions based upon erroneous applications of the law on planning and executing air operations”. R. Reed, *Chariots of Fire: Rules of Engagement in Operation Deliberate Force*, [w:] R. Owen

w tej mierze posługuje się Instrukcją harwardzka z 2009 roku²⁰⁵. Słuszną jest tutaj uwaga Y. Sandoza, I. Robinson oraz E. Nohle, którzy wskazują, że jeżeli broń precyzyjnego rażenia jest dostępna i jej wykorzystanie byłoby praktyczne w danych warunkach, to strona jest zobligowana do jej użycia²⁰⁶. V. Wiebe uważa, że ilekroć PGM (*Precision Guided Missiles*) są zdolne do zmniejszenia strat towarzyszących, znajdują się w arsenale atakującego i mogą być wykorzystane bez narażenia na niebezpieczeństwo własnych załóg lotniczych, to powinny być użyte²⁰⁷. Nie oznacza to jednak, że atak taki przez sam fakt wykorzystania broni konwencjonalnej byłby nielegalny – W. H. Boothby wskazuje, że wówczas operacja powinna być przygotowana starannie, np. poprzez stosowanie odmiennej taktyki, obowiązku identyfikacji wzrokowej czy też obniżenia pułapu bądź też prędkości²⁰⁸. Ten sam model interpretacji art. 57 ust. 2 PD I jest podtrzymywany przez brytyjski instruktaż z 2004 roku²⁰⁹. Słuszne jest w tej mierze stanowisko J. D. Herbacha, który

(red.), *Deliberate Force: A Case Study in Effective Air Campaigning...*, Maxwell 2000, s. 420; T. Marauhn, S. Kirchner, *Target Area Bombing*, [w:] N. Ronzitti, G. Venturini, (red.), *The Law of Air Warfare...*, s. 101–102. „Smart weaponry, if available, has increased the options open to the attacker. From a legal point of view, he needs not only to assess what feasible precautions can be taken to minimize incidental loss, but also to make a comparison between different tactics or weapons so as to be able to choose the least damaging course of action compatible with military success”. A. P. V. Rogers, *Zero-casualty Warfare*, „International Review of the Red Cross” 2000, vol. 837.

205 Reguła nr 8 instrukcji harwardzkiej z 2009 roku wskazywała, że nie istnieje wyraźny obowiązek wykorzystywania amunicji precyzyjnego rażenia. Jednakże w zdaniu drugim reguły wskazano, że brak jej wykorzystania może prowadzić do naruszenia zakazu ataków bez rozróżniania, jeżeli nie jest ona zdolna do ograniczenia ryzyka związanego z możliwością powstania strat towarzyszących. Komentarz podnosił, że prawo międzynarodowe nie nakłada obowiązku nabycia broni precyzyjnego rażenia, a ponadto względy operacyjne mogą ograniczać możliwości wykorzystania pocisków (np. poprzez użycie ich jedynie do walki w obszarze zabudowanym). Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR...*, s. 83.

206 „As the law currently stands, the answer to this question is somewhat nuanced. Despite arguments to the contrary, there is no existing legal obligation to acquire the most precise weapons available on the market, or, once obtained, to use precision-guided munitions in all situations. However, where such weapons are available, and their use is feasible, and they would allow the attacking party to avoid or minimize the expected incidental harm (including the reasonably foreseeable reverberating effects), they should be used”. I. Robinson, E. Nohle, *Proportionality and Precautions in Attack: The Reverberating Effects of Using Explosive Weapons in Populated Areas*, „International Review of the Red Cross” 2016, vol. 98, s. 141; Y. Sandoz, *Commentary*, „International Law Studies” 2003, vol. 78, s. 278.

207 V. Wiebe, *Footprints of Death: Cluster Bombs as Indiscriminate Weapons under International Humanitarian Law*, „Michigan Journal of International Law” 2000, vol. 22, s. 106.

208 W. H. Boothby, *The Law of Targeting...*, s. 179–180.

209 „The employment of ‘dumb’ bombs has not been rendered unlawful by the advent of precision guided or ‘smart’ bombs, but developing technology does bring with it a change in the standards affecting the choice of munitions when taking the precautions”. *Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, s. 323.

wskazuje, że standard uczynienia wszystkiego, co praktycznie możliwe, nie jest zobowiązaniem rezultatu, lecz starannego działania w oparciu o istniejące zasoby²¹⁰. Nie wyłącza to możliwości pojawienia się pewnych błędów, usprawiedliwionych dobrą wiarą²¹¹.

Istnieją także uboczne konsekwencje związane ze stosowaniem amunicji precyzyjnego rażenia, które częściowo wynikają z tzw. relatywizmu normatywnego, wiążącego się z istnieniem wyższego standardu prawnego względem państw posiadających dostęp do bardziej zaawansowanych technologii oraz mających większe zasoby finansowe (co dotyczy głównie państw NATO, G-20 czy UE). Większa precyzja i dokładność dostępnych środków powoduje zmniejszone możliwości powoływania się na ewentualnie legalny rozrzut broni jako usprawiedliwienie powstania strat wśród ludności cywilnej. Co więcej, im bardziej precyzyjna broń, tym większa sygnalizacja zamiaru atakującego ataku na konkretny cel (legalny bądź też zabroniony)²¹². Zdaniem zwolenników powyższej teorii podwójne standardy mają umocowanie w treści art. 57 PD I, którego kontekstowość i subiektywizm odzwierciedlają się m.in. w kwestii doboru środków praktycznie dostępnych w chwili podejmowania decyzji o ataku²¹³. Charakter relatywizmu prawnego i akceptacja odmiennego standardu oceny państw dysponujących większymi możliwościami technicznymi nie jest wszędzie przyjęta jednolicie w doktrynie. Część specjalistów twierdzi, że można i należy egzekwować wyższy poziom staranności w przypadku stron mających większy potencjał militarny i technologiczny²¹⁴. Przykładowo H. Olásolo wskazuje, że obowiązek stosowania środków

210 J. D. Herbach, *Into the Caves of Steel: Precaution, Cognition and Robotic Weapon Systems under the International Law of Armed Conflict*, „Amsterdam Law Forum” 2012, vol. 3, s. 11.

211 G. S. Corn, J. Dapper, W. Williams, *Targeting and the Law of Armed Conflict*, [w:] G. S. Corn, R. E. VanLandingham, S. R. Reeves (red.), *U.S. Military Operations: Law, Policy and Practice*, Oxford 2016, s. 186.

212 „For instance, assume there is a military objective in a populated area. It will be difficult to suggest that a weapon falling within its circular error probable was fired indiscriminately if there is no additional evidence of reckless disregard. Instead, the issue would more likely be styled as one of proportionality (see discussion below). On the other hand, if the weapon falls well outside its circular error probable, then it is reasonable to initially conclude that the attack was not directed at the military objective in question. Thus, as a factual matter, those employing precision weapons will have greater difficulty shielding themselves from allegations of indiscriminate attack than those who do not”. M. N. Schmitt, *Precision Attack*... s. 455.

213 „For critics and defenders alike, it is evident that the application of the principle of proportionality is highly contingent on interpretation, context, and ultimately, the development of a sub-codex of rules for particular circumstances. These are susceptible to considerations of relative power, capabilities, and resources, all of which potentially affect the application of the standard to differently situated parties. This final point is demonstrated when one considers the corollary duty to employ precautions in attack”. G. Blum, *On a Differential Law of War*, „Harvard International Law Journal” 2011, vol. 52, s. 192.

214 „Through the rules concerning the possession of weapons are the same for all, the consequences of those rules depend on the weapons one actually possess. That is, the owner

ostrożności spoczywa na każdej stronie konfliktu zbrojnego, ale większy zakres obowiązków będzie spoczywał na stronie posiadającej przewagę technologiczną²¹⁵. Przykładem tego poglądu są głosy dotyczące obowiązku stosowania nowych technologii w warunkach, w których ich wykorzystanie miałyby pożądane rezultaty z perspektywy tzw. aktywnych środków ostrożności, jak np. bezzałogowych statków powietrznych jako narzędzi misji ISR²¹⁶. Istnieje jednakże druga grupa ekspertów, która wykazuje, że nie istnieje możliwość różnicowania oceny prawnej postępowania państw, a próba podważenia zasady równości praw i obowiązków walczących w konflikcie zbrojnym jest niedopuszczalna²¹⁷. *Per analogiam* można w tej mierze przytoczyć argumenty C. Greenwooda, który odrzucał możliwość przyjęcia zaostrzonego standardu wobec działań NATO w Serbii w 1999 roku, z racji podjęcia interwencji o charakterze humanitarnym²¹⁸.

10.2. Amunicja zapalająca poniżej 400 gramów

Wspomniana wyżej deklaracja w sprawie pocisków wybuchających małego kalibru, przyjęta 11 grudnia 1868 roku w Petersburgu zawierała zakaz wzajemnego używania przez wojska lądowe i morskie wszelkich pocisków wybuchających lub zawierających substancje piorunujące czy zapalne o wadze mniejszej niż 400 gram.

of the cat does not have the same responsibilities as the owner of a panther". Y. Sandoz, *International Humanitarian Law in the Twenty-First Century*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2003, vol. 6, s. 9; A. Boivin, *The Legal Regime Applicable to Targeting Military Objectives in the Context of Contemporary Warfare*, University Center for International Humanitarian Law, Research Paper Series 2006.

215 H. Olásolo, *Unlawful Attacks in Combat Situations: From ICTY's Case Law to the Rome Statute*, Leiden 2008, s. 135.

216 O. Gross, *The New Way of War: Is There a Duty to Use Drones?*, „Florida Law Review” 2016, vol. 67, s. 61–63.

217 „It is quite another to propose that developed countries should accept standards that could disadvantage them in armed conflict. Since many, perhaps most, developing countries would be unable to comply with a rule requiring the use of precision weapons in attacks on urban areas, this is a good reason not to have such a rule in the first place”. J. F. Murphy, *Some Legal...*, s. 243; T. Marauhn, S. Kirchner, *Target Area Bombing*, [w:] N. Ronzitti, G. Venturini (red.), *The Law of Air Warfare...*, s. 101. „Also suggests a double standard – a very high standard for the United States and a limited number of other Western democracies, and a lower standard for the rest of the world”. W. H. Parks, *Commentary*, „International Law Studies” 2003, vol. 78, s. 284; Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities...*, s. 126; N. A. Canestaro, *Legal and Policy...*, s. 465. „This type of criticism is typical of the capabilities-based paradigm and a departure from the IHL standard that all parties to an armed conflict – regardless of their relative resources or abilities – are held to the same legal standard”. J. Kessler, *The Goldstone Report: Politicization of the Law of Armed Conflict and Those Left Behind*, „Military Law Review” 2011, vol. 69, s. 108.

218 C. Greenwood, *The Applicability of International Humanitarian Law and the Law of Neutrality to the Kosovo Campaign*, „International Law Studies” 2003, vol. 78, s. 50.

Z założenia dokument ten odnosił się jedynie do amunicji strzeleckiej, pozostawiając poza swym zakresem uzbrojenie o większym kalibrze²¹⁹. Od początku bowiem uznawano za dopuszczalne wykorzystywanie pocisków o charakterze eksplodującym przez artylerię²²⁰. Jednakże 40 lat po przyjęciu Deklaracji petersburskiej potrzeba produkcji pocisków o małym kalibrze dla sił powietrznych pojawiła się w związku z bombardowaniami Wysp Brytyjskich przez niemieckie sterowce.

W 1916 roku zdecydowano się wyposażać brytyjskie myśliwce w amunicję typu zapalającego²²¹. Okazała się ona niezwykle efektywna względem nieprzyjacielskich sterowców (doprowadzała do eksplozji hydrogenu), a amunicja typu smugowego skutecznie poprawiała celność broni pokładowej²²². Pomimo że stosowanie pocisków tego rodzaju było jawnym naruszeniem przepisów z 1868 roku, to powyższa praktyka została w całości zaaprobowana przez walczących²²³. F. Kalshoven uznał ją za „klasyczny przykład sytuacji, w której norma o charakterze zwyczajowym przeważała nad przepisem prawa pozytywnego”²²⁴. W doktrynie istniały pewne wątpliwości, czy broni tej można używać także względem samolotów²²⁵. J. M. Spaight postulował, aby zezwolić na korzystanie w ramach wojny powietrznej z amunicji zapalającej przeciwko statkom lżejszym od powietrza z zastrzeżeniem, że broń ta wciąż powinna być zakazana względem konwencjonalnych samolotów wojskowych²²⁶. Autor podnosił w tej mierze wątpliwości związane z powstaniem pożaru i ewentualnych rozległych obrażeń załogi statku powietrznego i krytykował tym samym treść art. 18 Haskich reguł wojny powietrznej (patrz rozdział V)²²⁷. J. Kroell zdaje się potwierdzać opinię J. M. Spaighta w zakresie nielegalności wykorzystania pocisków zapalających także w warunkach wojny powietrznej, uznając, że zapalanie nieprzyjacielskiego statku powietrznego w trakcie walki powietrznej pozbawi załogę możliwość ewakuacji²²⁸.

G. Schwarzenberger zwrócił uwagę, że negocjacje prowadzone w 1868 roku nie mogły w żaden sposób dotyczyć ewentualnego użycia broni w warunkach wojny powietrznej²²⁹. H. Blix podnosi, że rozwiązania dotyczące zakazu stosowania

219 A. Breitegger, *Cluster Munitions and International Law: Disarmament with a Human Face?*, Routledge 2012, s. 40–41.

220 D. Fleck (red.), *The Handbook...*, s. 406–407.

221 J. M. Spaight, *Air Power...*, s. 166.

222 D. Johnson, *Rights in Air Space*, Manchester 1965, s. 26–27.

223 J. M. Spaight, *Air Power...*, s. 170.

224 F. Kalshoven, *The History of International Humanitarian Law Treaty-Making*, [w:] R. Liivoja, T. McCormack (red.), *Routledge Handbook...*, Oxon 2016, s. 41.

225 J. W. Garner, *International Regulation of Air Law and the World War: Vol I*, Londyn 1920, s. 110.

226 J. M. Spaight, *Air Power...*, s. 188.

227 *Ibidem*, s. 194.

228 J. Kroell, *Traité...*, s. 68.

229 G. Schwarzenberger, *The Law of Air of Air Warfare and the Trend Towards Total War*, „University of Malaya Law Review” 1959, vol. 1, s. 123.

pocisków eksplodujących i zapalających poniżej 400 gram nie przyjęły się w przypadku wojny powietrznej, zarówno w odniesieniu do amunicji przenoszonej przez dany statek powietrzny, jak i broni przeciwlotniczej, niemniej jest to *desuetudo* o niezwykle ograniczonym charakterze i *ratio* deklaracji jest wciąż obowiązujące²³⁰. Pojawia się w związku z tym wątpliwość, czy zgoda na użycie pocisków zapalających przez statki powietrzne dotyczy także zezwolenia na atakowanie celów osobowych. Jednakże eksperci międzynarodowego prawa humanitarnego sygnalizują, że atakowanie oddziałów naziemnych za pomocą amunicji zapalającej jest dopuszczalne i znajduje to oparcie w przepisie art. 18 Haskich reguł wojny powietrznej oraz stanowisku komisji jurystów. Samoloty mogą więc także ostrzeliwać tymi pociskami wojska lądowe, gdyż nie mogą dokonać zmiany rodzaju amunicji podczas lotu z uwagi na uwarunkowania i charakterystykę operacji lotniczych²³¹. G. D. Solis zgadza się częściowo z B. M. Carnahanem w przedmiocie użycia amunicji zapalającej przeciwko innym statkom powietrznym, ale uważa, że w innych przypadkach wykorzystanie pocisków tego typu może dotyczyć jedynie celów o charakterze zdehumanizowanym²³². W. H. Boothby z kolei wskazuje, że historyczne uwarunkowania wprowadzenia regulacji z 1868 roku, a także praktyka państw w okresie II wojny światowej uznały za legalne wykorzystywanie amunicji zapalającej przez statki powietrzne i przeciwko nim²³³. Y. Dinstein potwierdza, że art. 18 Haskich reguł wojny powietrznej stwarza wyjątek w tej mierze²³⁴.

Reguła nr 6 ust. (e) instrukcji z 2009 roku odnosząca się do zakazu stosowania amunicji małego kalibru obliczonej na powodowanie eksplozji w ludzkim ciele wskazywała, że zgodnie ze zwyczajowym prawem międzynarodowym określonym zgodnie z treścią art. 18 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku wyłączone spod zakazu stosowania przepisu, jak i w odniesieniu do pierwotnej normy Deklaracji petersburskiej z 1868 roku są wszelkie pociski typu przeciwlotniczego. Ponadto komentarz afirmuje zasadę wynikającą również z reguł z 1923 roku, w ramach których dopuszczalne jest wykorzystywanie uzbrojenia zapalającego także przez statek powietrzny, podnosząc, że praktyka państw potwierdzała brak praktyczności w istnieniu obowiązku dokonania zmiany typu amunicji w razie pociskami małokalibrowymi o charakterze zapalającym oddziałów lądowych²³⁵.

230 H. Blix, *Means and Methods of Combat*, [w:] *International Dimensions of Humanitarian Law*, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Dordrecht 1998, s. 139.

231 „The universal use of these [explosive or incendiary] bullets in the last war [WWII] and the lack of any protest strongly suggest their legitimation, and the desuetude of the prohibition at least in aerial war”. B. M. Carnahan, *Unnecessary Suffering, the Red Cross and Tactical Laser Weapons*, „Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal” 1996, vol. 18, s. 717; Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities...*, s. 79.

232 G. D. Solis, *The Law of Armed Conflict...*, s. 50.

233 W. H. Boothby, *Weapons...*, s. 142.

234 Y. Dinstein, *The Laws of War...*, s. 43.

235 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR...*, s. 70.

10.3. Bomby zapalające

Jak wskazano w pkt 11.2 powyżej, dokument z 1868 roku wskutek przyjętych w ramach niego ograniczeń nie miał zastosowania do pocisków, których waga przekraczała 400 gram. Pojawienie się lotnictwa bombowego szybko otworzyło drogę do podjęcia badań nad możliwością wykorzystania bomb lotniczych posiadających właściwości wybuchowe bądź zapalające. W okresie I wojny światowej rozpoczęto pierwsze eksperymenty związane z bombami termitowymi osłoniętymi elektronem (stopem magnezu, aluminium i cynku), wytwarzającymi temperaturę dochodzącą do 2000 stopni, wystarczającą do zapalania. Konstrukcja ta była tak udana, że stanowiła wyposażenie lotnictwa polskiego i niemieckiego jeszcze w okresie II wojny światowej. Wykorzystywanie substancji zapalających w bombach lotniczych pozwalało na efektywne atakowanie obszarów zabudowanych, powodując natychmiastowy zapłon i pożar mieszanych murowano-drewnianych konstrukcji występujących w obszarach zabudowanych. W trakcie wojny domowej w Hiszpanii 26 kwietnia 1937 roku niemieckie załogi, przy użyciu pocisków z substancjami zapalającymi, rzuciły na Guernikę kilka ton bomb z elektronem²³⁶. Pamiętniki dowodzącego operacją Wolframa von Richthofena wskazują na destrukcyjny efekt bombardowania obszarów zabudowanych, które w wyniku powstałych pożarów ulegały całkowitemu zniszczeniu bądź dewastacji, osiągając cel w postaci niedrożności szlaku komunikacyjnego przebiegającego przez miejscowość. Temperatura oraz ogromny obszar spustoszeń uniemożliwiały także prowadzenie skutecznej akcji gaśniczej²³⁷. Podczas kampanii wrześniowej w 1939 roku niemieckie samoloty bojowe wykorzystywały broń zapalającą podczas ataku na Wieluń (1 września 1939 roku) oraz Warszawę (25 września 1939 roku), osiągając podobne efekty niszczące²³⁸. Wykorzystane doświadczenie Luftwaffe ponownie zastosowała nad Coventry w listopadzie 1940 roku, gdzie w nocnym ataku bombowym, przy wykorzystaniu techniki mieszanego bombardowania za pośrednictwem bomb burzących oraz zapalających i paliwowych, doszło do wytworzenia zjawiska tzw. burzy ogniowej. Substancje zapalające zostały później zmodyfikowane przez aliantów, poprzez dodanie nowych czynników chemicznych, w tym w większej ilości komponentów paliwowych. W rezultacie skutkowało to nową generacją bomb zapalających, które w znacznej mierze przyczyniły się do destrukcji obszarów zabudowanych w Niemczech oraz Japonii. Zwłaszcza w tym

236 A. Beevor, *The Battle for Spain: The Spanish Civil War 1936–1939*, Londyn 2006, s. 232.

237 I. Patterson, *Guernica and Total War*, Cambridge 2007, s. 47–48.

238 „Natomiast nieprzyjacieli stale wykonywał naloty bombowe, używając 50% bomb zapalających – powodem tego było palenie się bez przerwy Warszawy. Największe nasilenie bombardowania i ostrzału artyleryjskiego było w dniu 25 IX, w którym to dniu począwszy od godziny 6.00 bombardował nieprzyjacieli bez wyboru do godziny 17.00. Był to sądny dzień dla Warszawy”. Włochy, 8 grudnia 1945 r., *Relacja ppłk dypl. Adama Dzianotta, dowódcy 9 pułku artylerii ciężkiej, a następnie dowódcy artylerii odcinka „Warszawa Zachód”*, „Niepodległość i Pamięć” 2010, t. 17, nr 1, s. 298.

ostatnim kraju, z uwagi na drewnianą zabudowę miejską, ataki bombowe poczyniły w konsekwencji więcej szkód niż przy zrzuconiu bomby atomowej na Hiroszimę i Nagasaki²³⁹. Brak surowców w okresie II wojny światowej przyczynił się z kolei to powstania innej substancji zapalającej – napalmu, jako czynnika dodawanego do paliw, powodującego zwiększenie gęstości i lepkości. Po 1945 roku napalm stał się jednym z najbardziej skutecznych środków zwalczania siły żywej, wykorzystywanym na szeroką skalę podczas konfliktu w Korei oraz Wietnamie. Medyczne konsekwencje uderzeń lotniczych, w ramach których korzystano z uzbrojenia opartego na napalmie i jego pochodnych, były niezwykle drastyczne, ponieważ substancja ta przywierała do ciała, powodując poparzenia najwyższego stopnia (napalm rozgrzewał się do temperatury niemal 1000 stopni Celsjusza), a nawet uduszenia z uwagi na pobór tlenu w rejonie eksplozji²⁴⁰.

Pierwsze dyskusje nad regulacją typu *ius in bello* w zakresie bomb zapalających miały miejsce w okresie poprzedzającym wybuch II wojny światowej na forum Ligi Narodów. Nie spotkały się jednakże z większym odzewem społeczności międzynarodowej (przypuszczalnie z tych samych powodów, dla których państwa nie chciały w tym okresie uregulować kwestii zasad prowadzenia wojny powietrznej). Haskie reguły wojny powietrznej z 1923 roku nie regulowały kwestii stosowania bomb lotniczych. Postulatem *de lege ferenda* był projekt ILA z 1938 roku, który w art. 8 szczegółowo odnosił się do kwestii uzbrojenia typu zapalającego²⁴¹. Zakazano w nim wykorzystania środków mających *per se* powodować powstawanie pożarów, z wyłączeniem obrony przeciwlotniczej. Dopuszczalne było wykorzystanie wszystkich pocisków, które mogły jedynie jako efekt uboczny powodować zwiększone ryzyko zapłonu (uwaga ta odnosiła się do bomb o charakterze burzącym). F. Kalshoven wskazuje, na przykładzie nieudanej konferencji rozbrojeniowej w latach 1932–1934, na brak zdecydowania społeczności międzynarodowej w przedmiocie wprowadzenia zakazu stosowania lotniczych bomb zapalających, dostrzegając jednocześnie poważne ryzyko, jakie wiązałoby się z użyciem tego typu uzbrojenia m.in. dla ludności cywilnej²⁴². Do końca okresu międzywojennego nie podjęto już większych prób unormowania tej kwestii na poziomie traktatowym, brak też jest wytworzenia przekonującego *opinio iuris* w tej mierze. Odosobnione wydaje się zdanie wyrażone przez Sztokholmski Instytut Badawczy na Rzecz Pokoju (SIPRI) w szeroko komentowanej monografii z 1975 roku²⁴³.

239 Zob. więcej E. Hoyt, *Inferno: The Fire Bombing of Japan, March 9 – August 15, 1945*, Oxford 2000.

240 M. Piątkowski, *Międzynarodowe prawo humanitarne wobec zastosowania broni zapalającej w konflikcie zbrojnym*, „Bezpieczeństwo. Teoria i Praktyka” 2017, vol. 2, s. 147–149.

241 D. Schindler, J. Toman, *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions, and Other Documents*, Dordrecht 1988, s. 225.

242 F. Kalshoven, *Reflections on the Law of War: Collected Essays*, Leiden 2007, s. 343–346.

243 „Before 1939 incendiary weapons were generally regarded as illegal and inhumane, in the same category as weapons, such as mustard gas, which cause chemical burns”. Stockholm International Peace Research Institute, *Incendiary Weapons*, Cambridge 1975, s. 5.

Zgodnie z art. 14 projektu dokumentu MKCK z New Delhi z 1956 roku wskazana regulacja wprowadzała zakaz wykorzystywania broni zapalającej²⁴⁴. Należy jednakże zwrócić uwagę, iż konstrukcja przepisu odnosiła go zasadniczo tylko względem ludności cywilnej. Nie odwołano się w tej regulacji do rozwiązań znanych z innych dokumentów prawa międzynarodowego dotyczących zakazu czynienia nadmiernych szkód oraz „zbędnego cierpienia”, które limitowały użycie określonych środków względem także personelu wojskowego. Zamiast tego posłużono się sformułowaniem szkodliwych efektów, które mają charakter niekontrolowany w czasie i przestrzeni, zagrażając ludności cywilnej. Rozwiązanie to było pierwszą próbą traktatowej limitacji broni zapalającej na forum międzynarodowym, ale ograniczonej jedynie do ludności cywilnej. Najprawdopodobniej w okresie tworzenia regulacji w New Delhi nie było dostatecznych przesłanek uzasadniających zakazanie stosowania broni zapalającej także przeciwko celom wojskowym, zwłaszcza przeciwko sile żywej. Na gruncie „International Law Studies” w latach 50. XX wieku wskazano, że pomimo iż istnieją pewne głosy dotyczące uznania broni zapalających za sprzeczne z postulatami nieczynienia nadmiernych obrażeń i zbędnych cierpień, to jednak ówczesna praktyka państw nie potwierdzała tego poglądu i wyrażała stanowisko, aby broni tych nie używać w sposób powodujący nadmierne cierpienia²⁴⁵.

Sytuacja jednakże zmieniła się wraz z interwencją Stanów Zjednoczonych w Wietnamie w latach 1965–1973, gdzie m.in. lotnictwo amerykańskie stosowało zapalające bomby lotnicze oraz napalm na szeroką skalę. Obraz medialny konfliktu po raz pierwszy transmitowanego na tak wielką skalę wywołał poruszenie wśród społeczności międzynarodowej, żądającej podjęcia dyskusji nad ograniczeniem wykorzystania pewnych typów broni²⁴⁶. Kwestia ta była rozstrzygana także na gruncie Organizacji Narodów Zjednoczonych, która zażądała od Sekretarza Generalnego ONZ przedstawienia szczegółowego raportu oceniającego legalność i możliwe kierunki legislacyjne, pozwalające ewentualnie doprowadzić do

244 „Without prejudice to the present or future prohibition of certain specific weapons, the use is prohibited of weapons whose harmful effects resulting in particular from the dissemination of incendiary, chemical, bacteriological, radioactive or other agents could spread to an unforeseen degree or escape, either in space or in time, from the control of those who employ them, thus endangering the civilian population. This prohibition also applies to delayed-action weapons, the dangerous effects of which are liable to be felt by the civilian population”. ICRC, *Draft Rules for the Limitation of the Dangers Incurred by the Civilian Population in Time of War*, Genewa 1956.

245 „Weapons employing fire include tracer ammunition, flame-throwers, napalm, and other incendiary instruments and projectiles. Although the use of such weapons occasionally has been questioned, principally upon the ground that they inflict unnecessary suffering, the practice of states may be considered as sanctioning their employment”. „International Law Studies” 1955, vol. 45, s. 51.

246 *The Fire of War: Napalm and Other Incendiary Weapons*, „U.N. Monthly Chronicles” 1973, vol. 10, s. 50.

zdelegalizowania broni zapalającej. W 1972 roku specjalnie powołana grupa ekspertów wypowiedziała się co do zastosowania i konsekwencji użycia tego typu uzbrojenia, dokonując szerokiej analizy historycznej, wojskowej oraz medycznej tych środków walki. Interesujące w tej mierze wydają się również wypowiedzi zainteresowanych państw dotyczące określonych tez dokumentu. Zjednoczone Królestwo wskazało, że napalm jest bronią legalną w kontekście wykorzystania go przeciwko celom o charakterze wojskowym. Królestwo Szwecji podniosło, że ograniczenie zakazu stosowania uzbrojenia zapalającego tylko w przedmiocie prowadzonych działań lotniczych ma charakter niesatysfakcjonujący, gdyż nie odnosi się do kwestii ochrony przed zbędnym cierpieniem personelu wojskowego²⁴⁷. Raport stał się podstawą kolejnych rezolucji ZG ONZ (3255/1975), w której wezwano państwa strony trwającej konferencji dyplomatycznej w Genewie dotyczącej nowelizacji międzynarodowego prawa humanitarnego do rozważenia wprowadzenia zakazów i stosownych ograniczeń w wykorzystaniu broni zapalającej, uznając ją za środki powodujące zbędne cierpienia²⁴⁸.

W 1974 roku eksperci rządowi pod egidą MKCK opracowali obszerny dokument poświęcony technicznemu i prawnym aspektom użycia broni zapalającej, wskazując na istotne trudności definicyjne, a także prawne w zakresie określenia ogólnej siatki normatywnej. Podkreślono brak zdecydowania w przedmiocie 1) uznania broni zapalającej za powodującą zbędne cierpienia w stopniu wyższym niż w przypadku innych typów uzbrojenia, 2) potencjału rażenia bez rozróżnienia w cele cywilne bądź wojskowe, 3) zakresu przyszłej regulacji (zakazującej bądź ograniczającej)²⁴⁹. Poruszono także kwestię wykorzystania amunicji typu zapalającego podczas bombardowań celów wojskowych znajdujących się w obszarze zabudowanym, ale nie osiągnięto na tym polu porozumienia²⁵⁰. Istotnym osiągnięciem starań grupy ekspertów rządowych była definicja amunicji zapalającej²⁵¹.

247 United Nations, *Report by the Secretary General on Napalm and Other Incendiary Weapons and all Aspects of their Possible Use*, UN, 1972, A/8803.

248 UN GA Resolution 3464 (XXX), *Napalm and Other Incendiary Weapons and all Aspects of their Possible Use*.

249 ICRC, *Report Conference of Government Experts...*, para 105–117.

250 „Views Regarding the prohibition of incendiary weapons had fallen into two groups the one advocating their outright prohibition and the other holding that insufficient grounds for such a sweeping conclusion had been shown. One interesting detail in the debate had concerned the possibility of attacks on military objectives situated within population centers. While an expert from the first group had pointed to the risk that incendiary weapons when used in such attacks might start fires spreading over the whole area outside the target an expert from the other group had pointed to the responsibility of the authorities of a country, who should ensure that no vital military objectives were situated in civilian population centers”. *Ad Hoc Committee on Conventional Weapons, Summary Records of the Eight to Twenty-First Meetings held at the International Conference Center Geneva from 12 February to 15 April 1975*.

251 „For the purposes of this Conference, an incendiary munition has been considered to be any munition which is primarily designed to set fire to objects or to cause burn injury to

W 1980 roku przełomowym rozwiązaniem w tej mierze było przyjęcie na konferencji w Genewie Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki, z 10 października 1980 r. (Konwencji CCW) wraz z tzw. III Protokołem dotyczącym zakazów lub ograniczeń użycia broni zapalających. 21 grudnia 2001 roku rozciągnięto zakres obowiązywania Konwencji CCW na konflikty określone na gruncie tzw. wspólnego art. 3 dla Konwencji genewskich z 1949 roku²⁵². Powyższy protokół ma charakter mieszany, gdyż obok przepisów charakterystycznych dla prawa rozbrojeniowego zawiera także postanowienia odnoszące się do prawa haskiego poprzez ograniczenie pewnych metod i środków prowadzenia walki zbrojnej. Artykuł 1 III Protokołu wskazuje na definicję broni zapalającej, jako zasadniczo przeznaczonej do powodowania pożarów obiektów i wywoływania oparzeń, zaliczając do niej pociski, rakiety i bomby z substancjami zapalającymi. Działanie broni w tej mierze nie obejmuje ewentualnych skutków ubocznych, jakimi mogą być konsekwencje określonej energii kinetycznej czy cieplnej wytwarzanej przez amunicję. Spod regulacji protokołu wyłączona jest broń mająca charakter amunicji penetrująco-odłamkowej, której działaniem jest zaplanowanie na pokonywanie określonych ochron pojazdów bojowych czy innych obiektów o charakterze wojskowym, a także broń sygnałowa, dymna oraz oświetlająca (art. 1 ust. 1 pkt b). Inne definicje zawarte w art. 1 budzą wątpliwości. Jak słusznie wskazał W. H. Boothby, art. 1 ust. 3 sprzecznie z interpretacją wynikającą z art. 52 ust. 2 PD I ogranicza sformułowanie „cel wojskowy” jedynie do obiektów materialnych²⁵³. Ponadto warto zwrócić uwagę na różnicę pomiędzy polskim tłumaczeniem PD I, gdzie wykorzystywany jest zwrot „cel wojskowy”, a występującym na gruncie III Protokołu zwrotem „obiekt wojskowy”. W kontekście art. 1 ust. 2 W. J. Fenrick podnosi możliwość atakowania celów wojskowych, które znajdują się w izolowanych i niezamieszkałych częściach miasta²⁵⁴. Artykuł 2 reguluje sposób wykorzystania broni zapalającej, zabraniając wykorzystania jej wprost przeciwko ludności cywilnej (można zastanawiać się, czy rozwiązanie to nie ma charakteru *superfluum*, skoro celem jakiegokolwiek ataku zbrojnego nie można czynić ludności cywilnej na podstawie przepisów PD I). Artykuł 2 ust. 2 odnosi się do operacji powietrznych i zakazuje bombardowań za pośrednictwem lotniczych broni zapalających (pojęcie to należy traktować szeroko – tj. bomb zapalających, ракет oraz pocisków) obiektów wojskowych rozmieszczonych

persons through the action of flame and/or heat produced by a chemical reaction of a substance delivered on the target”. ICRC, *Conference of Government Experts...*, s. 105.

252 S. Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford 2012, s. 339.

253 W. H. Boothby, *Weapons...*, s. 203.

254 „In large cities there may be areas in which a military objective could be placed without its being located within a concentration of civilians”. W. J. Fenrick, *The Conventional Weapons Convention: A Modest but Useful Treaty*, „International Review of the Red Cross” 1990, vol. 279, s. 508.

w rejonach skupienia ludności cywilnej (pojęcie to obejmuje na tle III Protokołu do Konwencji CCW nie tylko obszary zabudowane, ale także grupy uchodźców, ewakuowanych bądź obozy koczownicze). W. H. Parks wskazuje, że język art. 2 ust. 2 nie jest w tej mierze jednolity z art. 51 ust. 5 PD I, tj. nie uwzględnia możliwości przeprowadzenia ataku za pośrednictwem broni zapalającej, wynikającej z treści reguły proporcjonalności. Ponadto amerykański autor słusznie dostrzega, że w ramach prac przygotowawczych nie uznawano bombardowania powietrznego za dostatecznie dokładną metodę walki – gdyż zakaz odnosi się tylko i wyłącznie do tej metody prowadzenia działań wojennych. Jest to istotna uwaga, ponieważ w istocie, w obecnym kształcie techniki lotniczej, rzeczywiste *ratio* przepisu może nie mieć charakteru aktualnego – broń lotnicza może być bardziej precyzyjnym środkiem walki niż bombardowanie artyleryjskie²⁵⁵. F. Kalshoven podnosi, że w przeciwieństwie do ataków z powietrza, które mogą być wykonywane w stosunku do celów wojskowych położonych w skupisku ludności cywilnej, art. 2 ust. 2 III Protokołu ustanawia w tej mierze wyjątek, zakazując tej generalnie legalnej praktyki (o ile nie jest ona atakiem bez rozróżnienia). Wynika to z charakteru funkcjonowania broni zapalającej²⁵⁶. *A contrario* III Protokół do Konwencji CCW nie zabrania wykorzystywania amunicji zapalającej przeciwko celom wojskowym, które nie są położone w pobliżu rejonu skupienia osób cywilnych. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w instrukcji harwardzkiej z 2009 roku III Protokół ogranicza, ale nie zakazuje użycia broni zapalającej *per se*²⁵⁷. M. N. Schmitt ponadto wskazuje, że w pewnych okolicznościach broń zapalająca jest jedynym środkiem niszczenia zapasów broni biologicznej bądź chemicznej²⁵⁸.

Pojawia się jednakże aktualny problem użycia broni zapalającej przeciwko legalnym celom wojskowym oraz substancji niewskazanych wprost w protokole. Teoretycznie z humanitarnego punktu widzenia walczący są objęci ochroną wynikającą z przepisów art. 23 IV Konwencji haskiej z 1907 roku oraz art. 35

255 „a commander may be forced by the language contained in paragraph 2 to employ artillery fire or an air-delivered high-explosive munition that would be less accurate or more destructive than an airdelivered incendiary weapon, resulting in greater collateral civilian casualties or damage to civilian objects”. W. H. Parks, *The Protocol on Incendiary Weapons*, „International Review of the Red Cross” 1990, vol. 279, s. 548. Należy zwrócić uwagę, że w przypadku konwencjonalnej artylerii rozrzut broni (CEP) na gruncie sprawy *Gotovina* mógł wynosić nawet do 400 metrów. Dla porównania w przypadku amunicji typu JDAM CEP to maksymalnie 10 metrów. Jednakże pewne przekonanie o inherejnej niedokładności bombardowania lotniczego jest wciąż aktywne w doktrynie patrz: W. A. D. J. Sumanadasa, *Principle of Proportionality: The Criticized Compromising Formula of International Humanitarian Law*, „Israel Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law” 2010, vol. 10, s. 25.

256 F. Kalshoven, *Arms, Armaments and International Law*, „Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law” 1985, vol. 191, s. 258.

257 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR...*, s. 79.

258 M. N. Schmitt, *Air Warfare...*, s. 142.

PD I, a także zwyczajowym charakterem ochrony przed zbędnym cierpieniem rozciągającym się także na sferę niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych. L. C. Green uważa, że z tego powodu w wojnie powietrznej wojskowe statki powietrzne powinny się powstrzymać od atakowania celów osobowych na lądzie za pośrednictwem amunicji zapalającej²⁵⁹. W. J. Fenrick uważa, że w ramach III Protokołu nie ma żadnych regulacji odnoszących się względem użycia broni zapalającej przeciwko kombatantom²⁶⁰. Podobne stanowisko wyraża A. P. V. Rogers²⁶¹. Studium MKCK dotyczące zwyczajowego prawa międzynarodowego prezentuje stanowisko, że środki zapalające stosowane przeciwko kombatantom powinny być ostatecznością²⁶². Inni specjaliści wskazują, że wykorzystanie broni zapalającej przeciwko pojazdom opancerzonym jest legalne, nawet jeżeli są one obsadzone załogą²⁶³. Tezy MKCK są w tej mierze jednak krytykowane jako nieopierające się na analizie rzeczowej praktyki państw²⁶⁴.

10.4. Biały fosfor

Najwięcej wątpliwości i zastrzeżeń budzi sama definicja broni zapalającej, która wyklucza z założenia wszelkie środki, w ramach których powodowanie pożaru bądź poparzeń ma jedynie charakter uboczny – przykładem takiego środka jest

259 L. C. Green, *Essays on the Modern Law of War*, Nowy Jork 1985, s. 145.

260 „There are no provisions on the use of incendiaries against combatants. Even though there was a measure of support for some restriction in this area, it was not possible to achieve consensus on the subject. As a result, the pre-existing law applies and the use of incendiary weapons to cause unnecessary suffering is prohibited. A value judgment must be made in particular circumstances to determine whether or not the suffering caused is unnecessary”. W. J. Fenrick, *The Conventional Weapons...*, s. 508.

261 „It follows that the use of incendiary weapons against military objectives such as fortified military positions may be perfectly legitimate, even if that has horrible consequences for the enemy military personnel inside. Furthermore, there is nothing in treaty law to suggest that the use of incendiary weapons directly against military personnel is prohibited”. A. P. V. Rogers, I. J. MacLeod, *The Use of White Phosphorus and the Law of War*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2007, vol. 10, s. 94.

262 J.-M. Henckaerts, *Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict*, „International Review of The Red Cross” 2005, vol. 857, s. 206.

263 „The use of napalm against tanks, or white phosphorus against trucks would seem to be acceptable, even though the tanks and trucks are manned”. H. Harris, *Modern Weapons and the Law of Land Warfare*, „Military Law and Law Review” 1973, vol. 12, s. 19.

264 „Rule 85 is therefore unusual among these regulations in not being based on a treaty provision; the evidence cited is a number of military manuals and official statements, plus – more problematically – accusations of the use of incendiary weapons in a few instances that have never been confirmed. It is surely unsound to base a statement of customary international law on unconfirmed State practice, particularly when there is no other evidence to substantiate the claim as to the law”. D. Turns, *Weapons in The ICRC...*, s. 232.

biały fosfor²⁶⁵. Fosfor jest substancją o podwójnym zastosowaniu. Pierwszym zastosowaniem jest powszechny użytek tej substancji jako części składowej różnego rodzaju granatów i bomb dymnych tworzących skuteczną i gęstą zaporę dymną. Z tego też względu na spotkaniu eksperckim w 1974 roku w Lucernie zasadniczo wykluczono go spod definicji broni zapalającej²⁶⁶. Drugą sferą wykorzystania operacyjnego środka jest instalowanie zasobników z bronią, która eksploduje w powietrzu z bardzo wysoką temperaturą. Fosfor nie tylko powoduje głębokie oparzenia trzeciego stopnia, ale także przenika w głąb organów wewnętrznych i wdychany powoduje trwałe uszkodzenia oraz powikłania. Z uwagi na tak drastyczne konsekwencje medyczne stosowania tej broni pojawia się pytanie o legalność wykorzystania tego typu amunicji.

Pierwsze datowane użycie środka przypada na okres I wojny światowej, gdzie zaczęto wykorzystywać fosfor jako substancję znajdującą się na wyposażeniu artylerii oraz innych personalnych środków przenośnych. Taktyczne użycie tej broni miało podobny wymiar jak w przypadku napalmu, jednakże częściej wykorzystywano biały fosfor do walk ulicznych i przeciwko sile żywej wroga (zwłaszcza w okresie II wojny światowej). Znane są przypadki użycia fosforu w Wietnamie, a także wywołujące kontrowersje incydenty związane z operacjami wojsk amerykańskich w Faludży w 2004 roku oraz działań Izraelskich Sił Samoobrony w Strefie Gazy w 2009 roku, co zostało potwierdzone przez MKCK i komisję śledczą Narodów Zjednoczonych²⁶⁷. Podnosi się ponadto, że substancja ta jest też szeroko wykorzystywana w ramach trwającej od 2011 roku wojny domowej w Syrii.

Pierwszym zagadnieniem jest ocena użycia tego środka w kontekście art. 23 lit. g IV Konwencji haskiej z 1907 roku oraz art. 35 PD I z 1977 roku, a także adekwatnych norm prawa zwyczajowego. Wątpliwości w zakresie stosowania tego przepisu i jego roli w systemie oceny legalności użycia danego środka na polu walki są tożsame z tymi względem broni zapalającej. Przesłanka zakazu czynienia nadmiernych obrażeń i zbędnych cierpień według komentarza MKCK do reguły nr 70 jest przedmiotem kontrowersji, czy przepisy te stanowią dostateczną podstawę, by zakazać danego środka walki, czy też wymagany jest dedykowany traktat bądź norma²⁶⁸. Nie ulega wątpliwości, że skutki użycia białego fosforu dla życia i zdrowia

265 „First, Protocol III’s design-based definition of incendiary weapons arguably excludes most multipurpose incendiary munitions”. Human Rights Watch, *An Overdue Review: Addressing Incendiary Weapons in the Contemporary Context Memorandum to Delegates at the Meeting of States Parties to the Convention on Conventional Weapons*, November 2017, s. 12. „Therefore, for a weapon to be considered an incendiary weapon, it must intentionally set fire or burn. If it only ignites fire or burns as a side effect, it is not an incendiary weapon under the Protocol”. R. Reyhani, *The Legality of the Use of White Phosphorus by the United States Military During the 2004 Fallujah Assaults*, „Journal of Law and Social Change” 2007, vol. 10, s. 33.

266 ICRC, *Report Conference*, para. 48, s. 16.

267 R. Reyhani, *The Legality of the Use...*, s. 3–4.

268 „Although the existence of the prohibition of means and methods of warfare which are of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering is not contested, views differ

ludzkiego zarówno walczących, jak i osób cywilnych mają charakter bardzo poważny. Niemniej w świetle III Protokołu do Konwencji CCW, wbrew stanowisku organizacji pozarządowych, biały fosfor nie jest traktowany jako broń zapalająca, z uwagi na brak wykazania zasadniczego przeznaczenia²⁶⁹. Tym samym jego użycie podlega jedynie ogólnym zasadom międzynarodowego prawa humanitarnego²⁷⁰.

11. Wojna powietrzna w świetle międzynarodowego prawa lotniczego

11.1. Konwencja paryska z 1919 roku

Jak zauważył A. K. Kuhn, podczas prac przygotowawczych Konwencji paryskiej z 1919 roku zagadnienie wojny powietrznej zostało zupełnie pominięte, także w przedmiocie uregulowania zagadnienia neutralności. Amerykański prawnik wskazał, że przyczyny zaniechania badania kwestii prawa wojny powietrznej wynikają częściowo z niesprzyjającego klimatu powojennego, który spowodował wstrzymanie rozwoju nowych norm, a także skupienia uwagi państw nad pracami dotyczącymi urządzenia reżimu rządzącego cywilną komunikacją lotniczą²⁷¹. W 1930 roku Komitet Prawa Lotniczego przy ILA podkreślił, że normy prawa wojny powietrznej nie powinny być regulowane w ramach jednolitego systemu żeglugi powietrznej w warunkach pokoju²⁷².

as to whether the rule itself renders a weapon illegal or whether a weapon is illegal only if a specific treaty or customary rule prohibits its use". J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules*, Cambridge 2005, s. 242.

269 „Not the least of these is White Phosphorous (WP), a device used primarily as a screening and marking agent, or as a combined smoke and antipersonnel agent. WP ignites spontaneously when exposed to air, forming a dense white smoke of phosphorous pentoxide. It is not an effective antimateriel weapon, and is of limited effect as an antipersonnel weapon". W. H. Parks, *The Protocol on Incendiary Weapons...*, s. 544; Human Rights Watch, *Rain of Fire: Israel's Unlawful Use of White Phosphorus in Gaza*, 2009, s. 63; P. Hashey, *White Phosphorous Munitions: International Controversy in Modern Military Conflict*, „New England Journal of International and Comparative Law” 2011, vol. 17, s. 309–310.

270 E. Crawford, A. Pert, *International...*, s. 222.

271 A. K. Kuhn, *International Aerial Navigation and the Peace Conference*, „American Journal of International Law” 1920, vol. 14, s. 371.

272 „The objection was taken, and upheld by the Committee, that this was a matter which came within the purview of laws of aerial warfare and did not properly fit into a Convention governing the rules of aerial navigation in peace time”. 36 *International Law Association Report Conference* 1930, s. 253.

Jedynym odniesieniem się do zagadnienia związanego z użyciem lotnictwa wojskowego był art. 31 Konwencji paryskiej, który stanowił, że wojskowym statkiem powietrznym jest każdy statek powietrzny znajdujący się pod dowództwem członka sił zbrojnych danego państwa²⁷³. Powyższą definicję powielił projekt konwencji dotyczącej praw i obowiązków państw neutralnych w wojnie morskiej i powietrznej²⁷⁴. Pod koniec lat 20. XX wieku strona niemiecka w związku z nałożonymi w traktacie wersalskim ograniczeniami zaproponowała własną czteroelementową definicję w postaci: 1) statek powietrzny musi posiadać oznaczenia państwowe; 2) statek powietrzny powinien być opancerzony oraz zdolny do przenoszenia uzbrojenia w postaci dział, karabinów maszynowych, bomb oraz torped; 3) statek powietrzny jest pilotowany przez załogę, która jest częścią personelu sił zbrojnych; 4) statek powietrzny jest częścią sił zbrojnych w sensie organicznym²⁷⁵. J. Kroell słusznie wskazał, że definicja użyta na gruncie Konwencji paryskiej jest niewystarczająca w warunkach wojny powietrznej, jako niezawierająca wszystkich niezbędnych elementów wymaganych względem wojskowego statku powietrznego. Wskazywał na możliwość powstania praktycznego paradoksu – statek powietrzny w pełni zdolny do pełnienia służby wojskowej, ale nieobsadzony przez załogę wojskową nie może być uznany za wojskowy statek powietrzny, a statek powietrzny dostosowany do np. ewakuacji rannych może być potraktowany jako wojskowy statek powietrzny²⁷⁶. Ponadto ograniczenie wymogu bycia członkiem sił zbrojnych jedynie do dowódcy mogło powodować poważne konsekwencje w przedmiocie uznania danej osoby za jeńca wojennego (dlatego art. 12 Haskich reguł wojny powietrznej wymagał, aby załoga składała się wyłącznie z załogantów będących członkami personelu sił zbrojnych). Powyższa okoliczność ujawnia brak kompatybilności definicji wojskowego statku powietrznego stosowanej na gruncie międzynarodowego prawa lotniczego i prawa wojny powietrznej.

11.2. Konwencja chicagowska z 1944 roku

W 1944 roku ponownie nie zdecydowano się na unormowanie zagadnienia wojny powietrznej w ramach dokumentu międzynarodowego prawa lotniczego²⁷⁷. Artykuł 3 pkt a Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym z 1944

273 Konwencja urządzająca żeglugę powietrzną, podpisana w Paryżu 13 października 1919 r. (Dz.U. z 1929 r. Nr 6, poz. 54).

274 *Draft Convention on Rights and Duties on Neutral States in Naval and Aerial Warfare*, „The American Journal of International Law” 1939, vol. 33, s. 176.

275 J. Kroell, *Traité...*, s. 54. Zob. League of Nations, Lication of Article 198 of the Treaty of Versailles, C.518.1926.IX.

276 J. Kroell, *Traité...*, s. 57.

277 D. Johnson, *Rights in Air...*, s. 58–59. Konwencja o międzynarodowym lotnictwie cywilnym, podpisana w Chicago 7 grudnia 1944 r. – Konwencja chicagowska (Dz.U. z 1959 r. Nr 35, poz. 212 ze zm.).

roku (znanej powszechnie jako Konwencja chicagowska) wskazywał, że nie ma ona zastosowania do państwowych statków powietrznych, do których zaliczono na podstawie art. 3 pkt b wojskowe statki powietrzne. Konwencja chicagowska nie zdefiniowała szerzej pojęcia wojskowego statku powietrznego, podnosząc jedynie relewantność jego przeznaczenia. Z przepisów mających odniesienie do wojny powietrznej warto wskazać na treść art. 89 konwencji, który stanowił, że nie jest ona ograniczeniem swobody działań państw stron traktatu na wypadek wojny. Ponadto zgodnie z Konwencją chicagowską to na państwie rejestru spoczywa obowiązek określenia charakteru statku powietrznego (art. 17–21). Jak zauważyli M. Bourbonniere i L. Haeck, w wypadku konfliktu zbrojnego obowiązek identyfikacji wojskowego charakteru statku cywilnego (w rozumieniu konwencji) jest na podstawie art. 52 ust. 3 PD I przypisany stronie wykonującej atak²⁷⁸. Z kolei M. Gestri podnosi istotność przepisów odnoszących się do obowiązku umieszczenia na powierzchni cywilnego statku powietrznego znaków rejestracyjnych oraz przewożenia dokumentów pozwalających na weryfikację jego charakteru. Zdaniem autora wynikają one wprost z podobnych zasad funkcjonujących na gruncie Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku i są odzwierciedleniem obowiązku odróżniania się kombatantów od ludności na wypadek konfliktu zbrojnego²⁷⁹.

11.3. Samolot cywilny w strefie konfliktu zbrojnego

Jak już wspomniano we wcześniej części pracy, wojskowe statki powietrzne nie mogą wykonywać operacji bojowych w ramach przestrzeni powietrznej należącej do państw neutralnych²⁸⁰. Oznacza to, że w rejonach obowiązywania zasady wolności żeglugi powietrznej (tj. nad pełnym morzem), a także w ramach przestrzeni powietrznej nad państwami walczącymi może dochodzić do sytuacji, w której wojskowe statki powietrzne jednej ze stron walczących napotkają cywilne statki powietrzne wykonujące zadania związane z przewozem osób i dóbr o charakterze cywilnym. Jest to okoliczność potencjalnie narażająca międzynarodowy pasażerski ruch lotniczy na możliwość potraktowania cywilnego statku powietrznego jako wrogiego i w konsekwencji zestrzelenia go. Na stanowisku domniemania „nieprzyjaznej obecności” statku powietrznego w ramach strefy konfliktu zbrojnego wskazywała treść reguł z 1923 roku (patrz rozdział V).

Mechanizmem uniknięcia obecności innych niż nieprzyjacielskie statków powietrznych w rejonie prowadzonych działań wojennych jest ustanowienie tzw.

278 M. Bourbonniere, L. Haeck, *Military Aircraft and International Law: Chicago Opus 3*, „Journal of Air Law and Commerce” 2001, vol. 66, s. 970.

279 M. Gestri, *The Chicago Convention and Civilian Aircraft in Times of War*, [w:] N. Ronzitti, G. Venturini (red.), *The Law of Air Warfare...*, s. 141–142.

280 J. C. Martin, *Theatre of Operations*, [w:] M. Weller (red.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford 2015, s. 760.

stref zastrzeżonych bądź zakazu lotów. 23 kwietnia 1982 roku podczas wojny o Falklandy brytyjski rząd oświadczył, że w celu ochrony zespołu interweniujących okrętów Royal Navy ustanawia strefę 200 mil morskich, w ramach której „wszelkie okręty wojenne i wojskowe statki powietrzne mogą spodziewać się napotkania zbrojnego oporu”. Oświadczenie obejmowało także ostrzeżenie względem „argentyńskich cywilnych statków powietrznych zaangażowanych w działania rozpoznawcze”. 28 kwietnia 1982 roku strefa zastrzeżona została rozszerzona i objęła, „wszelkie statki powietrzne, zarówno wojskowe, jak i cywilne” znajdujące się w strefie zastrzeżonej bez uprzedniej autoryzacji²⁸¹.

Od tzw. stref zastrzeżonych należy wyróżnić strefę zakazu lotu, która w przeciwieństwie do konceptu opisanego powyżej może być ustanowiona tylko nad terytorium strony wojującej oraz w warunkach konfliktu zbrojnego o charakterze niemiedzynarodowym²⁸². W ostatnim okresie RB ONZ działająca na podstawie rozdziału VII KNZ ustanawiała tzw. *no-fly-zone*. Pierwszą tego typu inicjatywą było ustanowienie strefy zakazu lotów nad terytorium Bośni i Hercegowiny w 1992 roku, mocą rezolucji RB ONZ nr 786/1992, której egzekwowanie powierzono NATO. Ostatnim przykładem działań społeczności międzynarodowej w tej mierze była rezolucja RB ONZ 1973/2011, która zakazywała przelotów nad terytorium Libii²⁸³.

Z perspektywy prawa wojny powietrznej należy zwrócić uwagę, że traktaty międzynarodowego prawa humanitarnego w żaden sposób nie regulują kwestii praw i obowiązków strony ustanawiającej strefę zastrzeżoną oraz strefę zakazu lotów. Z tego też względu powyższa kwestia ma jedynie charakter techniczny, będąc w istocie formą ostrzeżenia kierowanego względem państw trzecich, wskazując na możliwość pojawienia się zagrożenia wynikającego z prowadzonych działań wojennych²⁸⁴. Niedopuszczalne jest w związku z tym atakowanie jakichkolwiek statków powietrznych (w tym także wojskowych) przez oparcie się tylko i wyłącznie na obecności samolotu w granicach strefy²⁸⁵. Jest to również *per se* niedozwolone w świetle przepisów art. 57 PD I stanowiących o obowiązku identyfikacji celu przed podjęciem ataku²⁸⁶. Instrukcja harwardzka z 2009 roku w ramach reguł

281 S. Sivakumaran, *Exclusion Zones in the Law of Armed Conflict at Sea: Evolution in Law and Practice*, „International Law Studies” 2016, vol. 92, s. 178–179.

282 M. N. Schmitt, *Air Law and Military...*, s. 314.

283 M. Piątkowski, *Strefy zakazu lotów w świetle międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych oraz międzynarodowego prawa lotniczego*, [w:] K. Załęski, N. Saletra, K. Kowalska, *Wybrane aspekty bezpieczeństwa w transporcie*, Dęblin 2015.

284 Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities...*, s. 110.

285 G. Venturini, *Air Exclusion Zones*, [w:] N. Ronzitti, G. Venturini (red.), *The Law of Air Warfare...*, s. 126.

286 M. N. Schmitt, *Wings over Libya: The No-Fly Zone in Legal Perspective*, „The Yale Journal of International Law Online” 2011, vol. 36, s. 53–54; M. R. Aaron, D. R. D. Nauta, *Operational Challenges of the Law on Air Warfare. The Example of Operation Unified Protector*, „Military Law and Law of War Review” 2013, vol. 52, s. 369.

nr 105 ust. a i 105 ust. b wyraźnie podnosiła, że poprzez ustanowienie zastrzeżonych stref typu wyłączonego bądź strefy zakazu lotów pozostawały aktywne i obowiązujące wszelkie obowiązki państw w obrębie międzynarodowego prawa humanitarnego, w szczególności stanowczo zabraniano możliwości prowadzenia nieograniczonej wojny powietrznej²⁸⁷. Powyższą konkluzję potwierdza treść tzw. instrukcji z San Remo, która stanowi, że walczący nie mogą zostać zwolnieni z obowiązków wynikających z międzynarodowego prawa humanitarnego poprzez ustanowienie stref mogących ograniczyć wykorzystanie pewnych obszarów morskich²⁸⁸. W szczególności dotyczyło to wszelkich statków powietrznych, które nie miały charakteru celów wojskowych. Warto przy tym podnieść, że instrukcja ustanawia ponadto szczegółowy reżim (w ramach części J) odnoszący się do cywilnych statków powietrznych o charakterze pasażerskim, podnosząc, że należy przyjąć domniemanie braku wnoszenia istotnego wkładu wojskowego przez powyższy obiekt. Reguły nr 61–63 wskazują na konieczność podjęcia wielu środków ostrożności, włącznie z nakazem podjęcia w pierwszej kolejności kroków o charakterze niebojowym w postaci zmuszenia statku powietrznego do lądowania²⁸⁹.

287 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR...*, s. 289.

288 San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflict at Sea, 12 June 1994, s. 181.

289 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR...*, s. 183.

Rozdział VIII

Wojna powietrzna i orzecznictwo międzynarodowe

1. Uwagi wstępne

Niniejsza część rozprawy jest zestawieniem orzeczeń bądź innego rodzaju decyzji procesowych wydanych przez organy międzynarodowe lub krajowe, odnoszące się w sposób pośredni albo bezpośredni do zagadnień będących przedmiotem prawa wojny powietrznej. Przedstawione judykaty uwidaczniają trudności w procesie sądowego stosowania prawa wojny powietrznej, poczynwszy od ustalenia stanu faktycznego, poprzez dokonanie interpretacji norm i właściwej subsumpcji. Oprócz orzeczeń prezentowane są także pojedyncze stany faktyczne, które z różnych przyczyn nie były wprost przedmiotem rozpoznania przez organy sądowe, lecz mają wartość praktyczną dla odtworzenia przebiegu procesu normotwórczego prawa wojny powietrznej.

2. Sprawa poruczników Walkera i Smitha – stosowanie amunicji zapalającej w wojnie powietrznej

25 sierpnia 1916 roku dwóch brytyjskich pilotów należących do Królewskiego Korpusu Lotniczego zostało zmuszonych do przymusowego lądowania po niemieckiej stronie. W trakcie przeszukania samolotu odkryto taśmy amunicyjne z pociskami typu zapalającego w dwóch karabinach maszynowych typu Lewis¹.

¹ R. Neer wskazuje, że w początkowym okresie wykorzystania amunicji zapalającej piloci RAF otrzymywali specjalną instrukcję, zgodnie z którą zakazano ostrzeliwania pociskami zapalającymi

W tym samym czasie podobny typ amunicji był uważany za przyczynę zwiększonych strat wśród niemieckich sterowców. Ostatecznie strona niemiecka, pomimo początkowych ostrzeżeń o możliwych egzekucjach pilotów, nie zdecydowała się na postawienie brytyjskich lotników przed sądem, co zdaniem J. M. Spaighta było jednoznacznym dowodem na potwierdzenie przez walczących wszystkich stron zgody na stosowanie amunicji typu zapalającego, *prima facie* zakazanej postanowieniami Deklaracji petersburskiej z 1868 roku².

3. Wyrok grecko-niemieckiego Mieszanego Trybunału Arbitrażowego w sprawie Coenca Bros v. Niemcy oraz wyrok rumuńsko-niemieckiego Mieszanego Trybunału Rozjemczego w sprawie Kiriadolou v. Niemcy

Stan faktyczny sprawy Coenca Bros v. Niemcy dotyczył bombardowania lotniczego Salonik w 1916 roku, dokonanego przez niemieckie sterowce typu Zeppelin. Operacje wojskowe w tym rejonie były związane z przebiegiem tzw. frontu macedońskiego i interwencją państw ententy w Grecji – państwo pozostawało formalnie neutralne, lecz port znajdował się pod okupacją aliancką. Z uwagi na jego znaczenie dla bytu prawa wojny powietrznej w okresie międzywojennym istotne jest zacytowanie w całości całego fragmentu orzeczenia:

Prawo Niemiec do obrony przed okupacją Salonik w żaden sposób nie derogowało obowiązków tego państwa do przestrzegania norm międzynarodowego prawa. Przeprowadzone postępowanie dowodowe wskazuje, że bombardowanie miasta odbyło się bez uprzedniego ostrzeżenia ze strony władz niemieckich, w nocy i z wysokości 3000 metrów. Jedną z powszechnie rozpoznanych zasad prawa międzynarodowego jest konieczność szanowania przez walczących, jak tylko to możliwe, ludności cywilnej i mienia do niej należącego. IV Konwencja haska z 1907 roku w art. 26 Regulaminu haskiego nakazuje stronie atakującej uczynić wszystko, aby przed bombardowaniem

innych statków powietrznych niż sterowców. Zob. R. M. Neer, *Napalm: An American Biography*, Londyn 2013, ebook.

2 J. M. Spaight, *Air Power and War Rights*, Londyn 1924, s. 180; D. Preston, *A Higher Form of Killing: Six Weeks in World War I that Forever Changed the Nature of Warfare*, Londyn 2015, s. 245.

wystosować odpowiednie ostrzeżenie, z wyjątkiem szturmów. Ratio legis przepisu miało sprawić, że władze miasta dokonają ewakuacji ludności z zagrożonego terenu bądź skapitulują. Artykuł 26 ma zastosowanie tylko w wojnie lądowej, ale ten artykuł reprezentuje opinio communis społeczności międzynarodowej w tym względzie i nie ma żadnego powodu, aby nie stosować go względem ataków z powietrza. Strona niemiecka podnosiła, że atak powietrzny zawsze jest dokonywany z zaskoczenia i nie może być notyfikowany uprzednio. Nawet jeżeli ta konstatacja jest prawidłowa z wojskowego punktu widzenia, nie może przesądzać o tym, że bombardowania odbywające się bez ostrzeżenia są legalne – wręcz przeciwnie. Noc, wysokość 3000 metrów, okoliczności, że miasto nie było oświetlone, sprawiały, że nie można było przeprowadzić ataku powietrznego z dokładnością niezbędną, aby oszczędzić prywatną własność. W tym przypadku bombardowanie musi zostać uznane za nielegalne³.

Podkreślić należy, że jeszcze bardziej kuriozalny pogląd ujawnił się na gruncie sprawy *Kiriadolou v. Niemcy* o podobnym stanie faktycznym dotyczącym bombardowania Bukaresztu w 1916 roku. Trybunał wskazał, że:

(...) rozróżnienie pomiędzy bombardowaniem mającym na celu „okupację” danego obszaru a „destrukcję” nie ma żadnych prawnych podstaw i nie może zwalniać sił powietrznych z obowiązków wystosowania uprzedniej notyfikacji zamiaru bombardowania powietrznego. Obowiązek ten aktualizuje się w szczególności, jeżeli przedmiotem ataku jest miasto, a bombardowanie odbywa się w nocy ze znacznej wysokości. Walczący powinni w takiej sytuacji uczynić wszystko, by zniszczyć fortyfikacje polowe oraz fabryki amunicji, bez czynienia szkody ludności cywilnej⁴.

Orzeczenie to, wraz z rozstrzygnięciem zapadłym na gruncie sprawy *Coenca*, w istocie dokonało konserwacji poglądu o stosowaniu przepisów Regulaminu haskiego z 1907 roku do warunków wojny powietrznej w sposób całkowicie sprzeczny z postulatami doktryny prawa międzynarodowego obowiązującymi w tym okresie⁵. Krytycznym błędem było przyjęcie, że przepisy dotyczące bombardowań artyleryjskich mogą mieć analogiczne stosowanie wprost do wojny powietrznej. Ten wadliwy koncept w pewnym sensie próbowano korygować w orzeczeniu *Kiriadolou*, ale zdecydowano się z niewiadomych przyczyn odróżnić elementarną i logiczną różnicę istniejącą pomiędzy bombardowaniem w wojnie morskiej (tzw. bombardowanie destrukcyjne) a lądowym (bombardowanie okupacyjne). W. H. Parks ponadto zarzuca, że rozstrzygnięcie zupełnie nie uwzględnia możliwości atakowania przez niemieckie lotnictwo legalnych celów, co wpłynęłoby na

3 Rec des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes, 683/1927. Orzeczenie cytowane w: L. C. Green, *Essays on the Modern Law of War*, Nowy Jork 1985, s. 136.

4 *Kiriadolou c. Etat allemand*, Rec des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes, t. IX, s. 103.

5 R. O’Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge 2006, s. 27.

oddalenie powództwa poszkodowanych⁶. Także wymóg stosowania uprzedniego ostrzeżenia budził w tej mierze uzasadnione wątpliwości⁷. Pozytywnym aspektem orzeczenia było z kolei dostrzeżenie prawa walczących do atakowania celów wojskowych (wskazywanych jako fortyfikacje oraz fabryki zbrojeniowe) i zwrócenie uwagi na konieczność poszanowania w działaniach lotniczych własności prywatnej należącej do niewalczących⁸. A. P. V. Rogers zwrócił uwagę, że „obsesja” trybunału związana z koniecznością ostrzeżenia przez lotnictwo podczas misji bombowych całkowicie przysłoniła rzeczywisty problem prawny, jaki zaistniał w sprawie⁹. Nie da się w tej mierze odeprzeć wrażenia, że sędziowie orzekający w sprawie dążyli jedynie do zidentyfikowania jakiegokolwiek podstawy prawnej, która pozwoliłaby na zaspokojenie roszczeń poszkodowanych, pomijając w istocie rzeczywistą analizę zagadnienia prawnego.

Trybunał w sprawie Kiriadolou poszedł dalej w kontekście wywiedzenia podstaw prawnych stosowania ostrzeżenia niż w przypadku rozstrzygnięcia dotyczącego greckich obywateli, wskazując że obok art. 26 Regulaminu haskiego z 1907 roku źródła obowiązku atakującego można odnaleźć w treści art. 6 IX Konwencji haskiej z 1907 roku, poprzez wskazanie, że „ewentualne odstępianie od obowiązku ostrzeżenia prowadziłoby do tego, że balony i samoloty mogłyby zatruć ludność cywilną wrogiego miasta poprzez zrzućenie w nocy bomb wypełnionych gazami chemicznymi, które doprowadzą do śmierci i chorób mieszkańców miasta”. G. Schwarzenberger słusznie podniósł, że odwołanie się do norm obowiązujących w wojnie morskiej tylko osłabiło racjonalność orzeczenia, a odniesienie do kwestii wykorzystania broni chemicznej nie miało żadnego uzasadnienia w realiach sprawy¹⁰. Należy się w pełni zgodzić z D. Johnsonem, że powyższe judykaty znacząco utrudniły możliwość sformułowania efektywnego kodeksu prawa wojny

6 „But for the failure to warn, the German attack would have been lawful, and the collateral damage to plaintiff's goods would have been a consequence of war for which the plaintiff could not have recovered damages. The case is of little value in determination of the issue before us”. W. H. Parks, *Air War and the Law of War*, „The Air Force Law Review” 1990, vol. 32, s. 37.

7 „Although its decisions appear to lay down an inflexible requirement of warning before all air raids, at least one of the raids considered in the two cases before it seems to have taken place at night”. B. Carnahan, *The Law of Air Bombardment in Its Historical Context*, „The Air Force Law Review” 1975, vol. 17, s. 46–48.

8 H. Post, *War Crimes in Air Warfare*, [w:] N. Ronzitti, G. Venturini (red.), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues (Essential Air and Space Law)*, Utrecht 2006, s. 160.

9 A. P. V. Rogers, *Law on the Battlefield*, Manchester 2006, s. 91.

10 „The reference to Article 6 of Hague Convention IX can only weaken the Tribunal's reasoning. The reservation of «military situation permitting» reduces this Article to one of the admonitory rules of Type Four of the rules of warfare. Similarly, the reference to chemical and bacteriological warfare is somewhat pointless. The use of these weapons is either legal or illegal, but does not depend on either notice or the manner of their delivery”. G. Schwarzenberger, *The Law of Air Warfare and the Trend Towards Total War*, „University of Malaya Law Review” 1959, vol. 1, s. 125.

powietrznej¹¹. Konsekwencje te były dalej idące niż powstrzymanie procesu rozwoju *ius in bello* – w istocie doprowadziły do stanu zupełnej nieprzejrzystości norm *de lege lata*.

4. Sprawa Lotus i jej wpływ na międzynarodowe prawo humanitarne

Pomimo że stan faktyczny sprawy Lotus związany z kolizją morską statku „Lotus” (płynącego pod banderą francuską) z jednostką turecką 2 sierpnia 1926 roku w żaden sposób nie dotyczył zagadnień powiązanych z materialnym zakresem obowiązywania prawa wojny, to jednakże tezy przedstawione w ramach orzeczenia sądu w znacznym stopniu ukształtowały pogląd państw na wymiar granic zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego. Sprawa dotycząca oceny, które z państw sprawuje jurysdykcję w przypadku zdarzeń na morzu otwartym, doprowadziła Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej do konstatacji, że prawo międzynarodowe jest tworzone przez wolę suwerennych państw bądź też zwyczaję będące wyrazem akceptacji praktyki państw jako mającej umocowanie w prawnych fundamentach jej pochodzenia. W orzeczeniu Lotus podkreślono w pierwszej kolejności, że konsekwencją powyższego wniosku jest brak możliwości istnienia domniemyanych ograniczeń nałożonych na państwa (*permissum videtur in omne quod non prohibetur*)¹². W efekcie państwa mają swobodę w kreowaniu swojej sytuacji prawnej poza granicami ustalonych zakazów międzynarodowych, co wynika z suwerenności¹³.

Tzw. doktryna Lotus stosowana w kontekście międzynarodowego prawa humanitarnego sprowadzała się do stwierdzenia, że „co nie jest wyraźnie zabronione prawem międzynarodowym, jest dozwolone i uzależnione wyłącznie od woli państw”¹⁴. Skrajne pozytywistyczne spojrzenie na doktrynę Lotus miało fundamen-

11 D. H. N. Johnson, *Rights in Air Space*, Manchester 1965, s. 32.

12 STSM, *Lotus*, wyrok z 7 września 1927 roku, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A – No. 10; Collection of Judgments, Leiden 1927, s. 18.

13 „Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable”. STSM, *Lotus*..., s. 19; J. F. Escudero Espinoza, *Self-Determination and Humanitarian Secession in International Law of a Globalized World*, Cham 2017, s. 39.

14 H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, New Jersey 2000, s. 94.

talne konsekwencje zwłaszcza w kontekście oceny legalności uzbrojenia – prowadząc do przyjęcia, że brak dedykowanego rozwiązania traktatowego bądź normy zwyczajowej jest wyrazem legalizacji danego środka walki¹⁵. W kontekście prawa wojny powietrznej warto zwrócić uwagę na stopniową aprobatę (u progu XX wieku) statków powietrznych jako narzędzia wojny, a bombardowania powietrznego jako metody prowadzenia działań zbrojnych. W skrajnej perspektywie doktryna Lotus usprawiedliwiała saturacyjne naloty bombowe mające miejsce podczas II wojny światowej, zgodnie ze słowami Arthura Harrisa o „braku prawa międzynarodowego rządzącego użyciem samolotu w trakcie wojny”¹⁶. Akceptacja ta wyrażała się bezpośrednio poprzez decyzję społeczności międzynarodowej o odrzuceniu ograniczeń wynikających z Deklaracji haskiej z 1899 roku. Jednakże po 1945 roku doktryna prawa międzynarodowego podnosi, że przepisy *ius in bello* są oparte na paradygmacie wynikającym z klauzuli Martensa, uznając ją za źródło ograniczeń uznaniowości państw w przedmiocie doboru narzędzi działań wojennych¹⁷. Swoista rywalizacja dwóch konceptów – doktryny Lotus oraz klauzuli Martensa jest nieodłącznym elementem analizy środków i metod prowadzenia walki, których użycie nie zostało dostatecznie określone przez społeczność międzynarodową (szerzej ten aspekt został opisany na gruncie opinii doradczej MTS w sprawie legalności użycia broni atomowej z 1996 roku)¹⁸. Na tej samej podstawie odrzuca się teorię dotyczącą nieskrępowania aktywności państwa w przypadku konfliktu zbrojnego o charakterze niemiedzynarodowym (w tym kontekście jest to pogląd o tyle wadliwy, że nie uwzględnia zwyczajowego prawa humanitarnego)¹⁹. Z drugiej strony jak podnosi J. F. Murphy, „doktryna Lotus nigdy nie została zakwestionowana przez MTS i służy ważnym interesom państw, zwłaszcza w ramach prawa konfliktów zbrojnych”²⁰.

15 R. Kolb, *The Main Epochs of Modern International Humanitarian Law Since 1864 and Their Related Dominant Legal Construction*, [w:] K. Larsen, C. Cooper, G. Nystuen (red.), *Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law*, Cambridge 2013, s. 23–24. Co interesujące, podnosi się, że doktryna Lotus miała wpływ na ustanowienie po II wojnie światowej trybunałów karnych; zob. W. Simons, *The Jurisdictional Bases of the International Military Tribunal at Nuremberg*, [w:] G. Ginsburgs, V. Kudriavtsev (red.), *The Nuremberg Trial and International Law*, Leiden 1990, s. 45–46.

16 „International law can always be argued pro and con, but in this matter of the use of aircraft in war there is, it so happens, no international law at all”. Cytat za A. C. Grayling, *Among the Dead Cities: Is the Targeting of Civilians in War Ever Justified*, Londyn 2006, s. 211.

17 J. Doria, *Whether Crimes against Humanity are Backdoor War Crimes*, [w:] J. Doria, H.-P. Gasser, M. Cherif Bassiouni (red.), *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Leiden 2009, s. 658.

18 D. Fleck, *The Protection of the Environment in Armed Conflict: Legal Obligations in the Absence of Specific Rules*, Leiden 2014, s. 55–56.

19 K. Heller, *The Use and Abuse of Analogy in IHL*, [w:] J. Ohlin (red.), *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights*, Cambridge 2016, s. 238.

20 J. F. Murphy, *Some Legal (and a Few Ethical) Dimensions of the Collateral Damage Resulting from NATO's Kosovo Campaign*, „Israel Yearbook on Human Rights” 2001, vol. 31, s. 235.

5. *Kommandobefehl*

18 października 1942 roku na skutek wzmożonej aktywności alianckich grup sabotażowych, a także jako bezpośrednia reperkusja lądowania w Dieppe i rzekomych naruszeń przez oddziały specjalne postanowień Konwencji genewskiej z 1929 roku Adolf Hitler wydał rozkaz znany jako *Kommandobefehl*. W ramach instrukcji strona niemiecka podnosiła, że działania komandosów alianckich są traktowane jako akty sprzeczne z prawem wojny, a sami żołnierze formacji SAS (*Special Air Service*) bądź SOE (*Special Operation Executive*) nie będą traktowani jako jeńcy wojenni i z „całą bezwzględnością likwidowani przez niemieckie siły zbrojne” niezależnie od ich umundurowania oraz faktu jawnego noszenia broni. Z punktu widzenia pracy rozkaz zawierał istotną instrukcję w pkt 5, wyłączającą jego zastosowanie względem „nieprzyjacielskich żołnierzy, którzy w ramach walki powietrznej podejmują działania ratunkowe za pośrednictwem spadochronu”²¹. W procesie von Falkenhorsta rozkaz uznano za naruszający przepisy Regulaminu haskiego z 1907 roku (art. 23 (c)), w zakresie, w jakim dopuszczał zgładzenie żołnierzy jednostek specjalnych sił alianckich, którzy się poddali²².

6. Sprawa linczu w Essen

Nasilenie alianckiej kampanii powietrznej nad III Rzeszą przy jednoczesnej utracie przewagi w powietrzu przez Luftwaffe skłaniały wyższe kierownictwo wojskowo-polityczne do podjęcia kroków odwetowych względem alianckich załóg samolotów bombowych. Przygotowano specjalny rozkaz wyłączający, przy sprzeciwie *Auswärtiges Amt* (niemieckiego MSZ), pewne kategorie lotników zaangażowanych w „akty terroru” spod ochrony przewidzianej przepisami Konwencji genewskiej z 1929 roku jako „przestępców”²³. Sporną kwestią jest to, czy rozkaz ten był faktycznie wydany, jednakże reperkusją podjętych działań były wytyczne

21 A. Cassese, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford 2009, s. 936.

22 „It will be remembered that in the text of the Commando Order of 1942, allied commando troops were to be denied quarter in battle or in flight and this seems to be a clear and serious contravention of international law”. Case No. 61, *Trial of Generaloberst Nikolaus von Falkenhorst*, British Military Court Brunswick, 29th July–2nd August, 1946, *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Nations War Commission, Volume XI, Londyn 1949, s. 29.

23 V. Vourkoutiotis, *Prisoners of War and the German High Command: The British and American Experience*, Nowy Jork 2003, s. 189.

OKW (*Oberkommando der Wehrmacht*) nakazujące powstrzymanie się jednostkom policji i wojska od interwencji w razie próby zlinczowania alianckich załóg²⁴.

13 grudnia 1944 roku trzech brytyjskich lotników po wylądowaniu w rejonie zachodniego Essen zostało zatrzymanych przez niemiecką policję, a następnie przekazanych lokalnej jednostce wojskowej. Zgodnie z zasadami obowiązującymi w III Rzeszy jeńcy wojenni będący jednocześnie członkami personelu sił powietrznych państw alianckich byli obowiązkowo przesłuchiwanymi przez Luftwaffe. Podczas transferu zatrzymanych przez główną ulicę miasta okoliczni mieszkańcy zaczęli szykanować zatrzymanych brytyjskich lotników. Wskutek braku interwencji niemieckiej straży eskortującej jeńców (która ponadto zaczęła podżegać cywiliów), tłum zaczął bić i kamienować zatrzymanych, w rezultacie doprowadzając do zakatowania na śmierć wszystkich Brytyjczyków. Dwóch żołnierzy niemieckich – oficer oraz szeregowy – stanęło przed brytyjskim sądem wojskowym dla zbrodniarzy wojennych w dniach 18–22 grudnia 1945 roku w Essen. Niemiecki oficer był oskarżony o podżeganie do zabójstwa jeńców wojennych i zaniechanie podjęcia czynności zmierzających do ochrony jeńców wojennych przed agresywnym zachowaniem tłumu (drugi zarzut dotyczył pozostałych oskarżonych). W wyroku skazującym orzeczono karę śmierci dla oficerów i długoletniego więzienia dla pozostałych współsprawców²⁵. Na tle tej sprawy poczyniono uwagę związaną z zachowaniem niemieckich strażników jako przykładem zaniechania czynności wymaganej przepisami art. 2 ust. 2 Konwencji genewskiej z 1929 roku, zgodnie z którą strona zatrzymująca „winna przestrzegać traktowania w sposób humanitarny, a w szczególności ochrony przed atakami gwałtu, obrazy i ciekawości publicznej”.

7. Ustawa o nieprzyjacielskich lotnikach

18 kwietnia 1942 roku grupa bombowców B-25 Mitchell zaatakowała Wyspy Japońskie, startując z oddalonego od 600 km od Tokio lotniskowca USS *Hornet*²⁶. Nalot, będący odwetem za atak na Pearl Harbor, skierowany przeciwko celom o charakterze wojskowym był całkowitym zaskoczeniem dla japońskiej obrony przeciwlotniczej oraz kierownictwa politycznego tego państwa. Z uwagi na brak

24 A. Kochavi, *Confronting Captivity: Britain and the United States and Their POWs in Nazi Germany*, Londyn 2005, s. 174.

25 *The Essen Lynching Case, Trial of Erich Heyer and Six Others*, British Military Court for the Trial of War Criminals, Essen, 18th–19th and 21st–22nd December 1945, *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Nations War Crimes Commission, Volume 1, Londyn 1947, s. 89–91.

26 G. Wallace, *Life and Death in Captivity*, Londyn 2015, s. 31.

paliwa i defekty niektórych maszyn jedynie część osiągnęła obszar Chin zajmowany przez partyzantów bądź ZSRR, reszta załóg dostała się do niewoli. Premier Tōjō pod wpływem szoku wywołanego tzw. rajdem Doolittle'a (od nazwiska dowodzącego operacją) zdecydował się na wydanie specjalnych przepisów karnych w ramach tzw. ustawy o nieprzyjacielskich lotnikach (*Enemy Airmen Act*) o charakterze retroaktywnym, przewidujących karanie za ataki powietrzne przeciwko 1) ludności cywilnej, 2) własności prywatnej nieposiadającej wartości wojskowej, 3) celom nieposiadającym charakteru wojskowych, będące naruszeniem prawa konfliktów zbrojnych²⁷. W zasadniczym wyroku trybunału tokijskiego podniesiono w uzasadnieniu, że jednym z powodów, dla którego strona japońska nie zdecydowała się na ratyfikowanie Konwencji genewskiej z 1929 roku o traktowaniu jeńców wojennych, była obawa przed możliwością objęcia wojną powietrzną terytorium Wysp Japońskich. Międzynarodowy Trybunał Wojskowy dla Dalekiego Wschodu skomentował powyższą ustawę poprzez odwołanie się do japońskich praktyk lotniczych mających miejsce w Chinach, a także zwrócił uwagę, że „przeprowadzenie procesu oskarżonych o zbrodnie wojenne nie wymagało specjalnych regulacji, było dopuszczalne w każdych warunkach pod warunkiem przeprowadzenia rzetelnego procesu i wymierzenia kary w granicach dopuszczalnych prawem międzynarodowym”, nie odnosząc się jednakże w żaden sposób do ewentualnej podstawy materialnoprawnej zarzutu. Amerykańscy członkowie załóg poddani okrutnemu traktowaniu i pozbawieni jakichkolwiek gwarancji procesowych zostali w październiku 1942 roku skazani na śmierć na podstawie ustawy o nieprzyjacielskich lotnikach²⁸.

12 października 1944 roku japońskie władze Formozy (dzisiejszy Tajwan) przyjęły nowelizację wojskowego kodeksu karnego przewidującego kary dla nieprzyjacielskich lotników dokonujących aktów „nielegalnego bombardowania sprzecznego z prawem międzynarodowym”. Opisany przepis obowiązywał na terenie 10 Armii i dotyczył podmiotowo wszystkich nieprzyjacielskich lotników, którzy dopuścili się: 1) bombardowania oraz ostrzeliwania w celu zabicia bądź ranienia ludności cywilnej; 2) bombardowania i ostrzeliwania w celu niszczenia bądź palenia prywatnej własności nieposiadającej wojskowego charakteru; 3) bombardowania bądź ostrzeliwania obiektów o charakterze niewojskowym z wyjątkiem nieuniknionych okoliczności; 4) dokonywania pogwałceń praw człowieka. Karą za popełnianie przestępstwa była śmierć, ewentualnie jako nadzwyczajne złagodzenie można było wymierzyć karę 10 lat pozbawienia wolności²⁹. Sądem właściwym miał być specjalny

27 S. H. Ross, *Strategic Bombing by the United States in World War II: The Myths and the Facts*, Jefferson 2003, s. 59.

28 Judgment of 4th November 1948 International Military Tribunal for the Far East, [w:] R. J. Pritchard, S. M. Zaide (red.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 22, Nowy Jork 1981, s. 622–630.

29 „The Law in question provided that its terms would apply to all enemy airmen within the jurisdiction of the 10th Area Army and that punishment would be meted out to all enemy airmen who carried out any of the following: bombing and strafing, with intent to kill, wound

sąd wojskowy 10 Armii. Od października 1944 roku do lutego 1945 roku schwytano łącznie 14 załogantów amerykańskich bombowców – wyższych rangą oficerów transportowano do Tokio w celu przesłuchań. Oskarżeni przed Komisją Wojskową Stanów Zjednoczonych byli członkami japońskiego zespołu sądowo-śledczego, który przesłuchiwał, a następnie orzekał względem lotników 21 maja 1945 roku. W toku sprawy udowodniono oskarżonym szereg naruszeń związanych z pozbawieniem pokrzywdzonych prawa do obrony i tłumacza, braku możliwości wglądu w akta postępowania, oraz niemożność składania wniosków dowodowych – japońskie postępowanie karne w sprawach wojskowych było procesem wyłącznie opierającym się na dokumentach w postaci protokołów przesłuchań podejrzewanych oraz raportów zniszczeń przesłanych przez jednostki porządku publicznego. Na skutek instrukcji płynących z rządu centralnego w Tokio 19 czerwca 1945 roku wykonano wobec amerykańskich pilotów orzeczoną karę śmierci przez rozstrzelanie. Komisja w Szanghaju uznała, że japoński zespół sądowo-śledczy, w osobie m.in. Harukei Isayamy, przewodniczącego składu sędziowskiego i jednoczesnego szefa sztabu 10 Armii, dopuścił się zbrodni wojennej poprzez przeprowadzenie nielegalnego procesu i w konsekwencji bezprawne zabójstwo jeńców wojennych³⁰.

Podobne przepisy zostały w latach 1942–1944 przyjęte w różnych częściach Imperium Japońskiego. W ramach procesu generała porucznika Shigeru Sawady, dowódcy 13 Armii Ekspedycyjnej w Chinach podniesiono w akcie oskarżenia popełnienie zbrodni wojennej polegającej „na umyślnym i nielegalnym zorganizowaniu procesu ośmiu członków amerykańskich sił zbrojnych oraz skazaniu na karę śmierci z pogwałceniem praw i zwyczajów wojennych”³¹. Część zbrodniarzy wojennych oskarżonych o podobny typ zbrodni wojennych była sądzona przed specjalnym sądem w Hong Kongu w latach 1946–1948³².

or intimidate civilians; bombing and strafing with intent to destroy or burn private objectives of non-military nature; bombing and strafing non-military objectives apart from unavoidable circumstances; disregarding human rights and carrying out inhuman acts; or entering into the jurisdiction with intentions of carrying out any of the foregoing. Death was provided as the punishment, but this, according to circumstances, could be changed to imprisonment for life or for not less than 10 years”. Case No. 32, *Trail of Lieutenant General Harukei Isayama and Seven Others*, United States Military Commission, Shanghai, 1st–25th July 1945, *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Nations War Crimes Commission, Volume V, Londyn 1948, s. 60–66.

30 „It was charged that the accused, Lieutenant-General Harukei Isayama, Colonel Seiichi Furukawa, Lieutenant-Colonel Naritaka Sugiura, Captain Yoshio Nakano, Captain Tadao Ito, Captain Masaharu Matsui, First Lieutenant Jitsuo Date and First Lieutenant Ken Fujikawa did each at Taihoku, Formosa, wilfully, unlawfully and wrongfully, commit cruel, inhuman and brutal atrocities and other offences against certain American Prisoners of War, by permitting and participating in an illegal and false trial and unlawful killing of said prisoners of war, in violation of the laws and customs of war”. *Ibidem*.

31 *Trial of Lieutenant-General Shigeru Sawada and Three Others*, United States Military Commission, Shanghai, 27th February–15th April 1946.

32 S. Linton, *Rediscovering the War Crimes Trials in Hong Kong, 1946–48*, „Melbourne Journal of International Law” 2012, vol. 13, s. 342.

8. Sprawa zatopienia statku „Laconia”

12 września 1942 roku podczas rutynowego patrolu w rejonie Wyspy Wniebowstąpienia i Liberii na środkowym Atlantyku niemiecki okręt podwodny U-156 storpedował brytyjski transportowiec „Laconia”, który przewoził ok. 1800 jeńców wojennych oraz 300 osób załogi (w tym ponad stu polskich żołnierzy pełniących służbę jako konwojenci)³³. Po ataku U-156 wynurzył się, podejmując decyzję o nadaniu komunikatu ratunkowego do *Befehlshaber Der U-Boot* (dowódcy U-bootwaffe Karla Doenitza), informując o potrzebie pomocy rozbitkom morskim. Nadano także otwartą wiadomość do sił alianckich, informując, że w razie nadejścia statków ratunkowych nie zostaną one zaatakowane. Po dwóch dniach akcji ratunkowej nad miejscem katastrofy pojawił się amerykański bombowiec typu B-24, który zauważył niemiecki okręt podwodny oznaczony znakami Czerwonego Krzyża oraz nadający otwartym tekstem o dokonywanej ewakuacji. Pomimo tego amerykański dowódca polowy podjął decyzję o zaatakowaniu U-boota, uznając zachowanie niemieckiego okrętu za akt wiarołomstwa, poprzez nielegalne wykorzystanie flagi Czerwonego Krzyża przez okręt wojenny³⁴. W wyniku ataku powietrznego U-156 został zatopiony. Pozostała część załogi zatopionych okrętów została podjęta przez inne niemieckie U-booty oraz francuskie okręty Vichy (w tym ok. 70 polskich żołnierzy). Incydent ten stanowił później podstawę do wydania przez Doenitza tzw. rozkazu Laconia, który zakazywał niemieckim łodziom podwodnym ratowania rozbitków morskich³⁵. Niemiecki admirał podnosił, że wydanie rozkazu było uzasadnione potrzebą ochrony U-Bootów przed działaniami alianckiego lotnictwa. Podczas procesu norymberskiego rozkaz ten był jedną z głównych podstaw aktu oskarżenia kierowanego przeciwko osobie admirała Karla Doenitza, któremu zarzucano m.in. naruszenie przepisów tzw. Protokołu londyńskiego w zakresie, w jakim zabraniał on udzielenia pomocy załogom statków handlowych³⁶. Incydent, jak również wykaz praktyki państw alianckich

33 Zob. więcej G. H. Bennett, *The 1942 Laconia Order: The Murder of Shipwrecked Survivors and Allied Pursuit of Justice 1945–1946*, „Law, Crime and History” 2011, vol. 1.

34 Art. 1 X Konwencji haskiej w sprawie zastosowania do wojny morskiej zasad konwencji genewskiej z 1907 roku stanowił, że okrętami szpitalnymi są okręty, których wyłączną funkcją jest pomoc rannym, chorym i rozbitkom.

35 „Jegliche Rettungsversuche von Angehörigen versenkter Schiffe, also auch das Auffischen Schwimmender und Anbordgabe auf Rettungsboote, Aufrichten gekenterter Rettungsboote, Abgabe von Nahrungsmitteln und Wasser haben zu unterbleiben. Rettung widerspricht den primitivsten Forderungen der Kriegsführung nach Vernichtung feindlicher Schiffe und deren Besatzungen”. Co interesujące, rozkaz odwoływał się w pkt 4 do praktyki alianckich nalotów bombowych usprawiedliwiających wydanie rozkazu. R. W. Tucker, *The Law of War and Neutrality at Sea*, Waszyngton 1957, s. 73; K. Doenitz, *10 lat i 20 dni. Wspomnienia 1939–1945*, Gdańsk 2004, s. 292–294.

36 Protokół dotyczący przepisów o akcji wojennej łodzi podwodnych, ustalonych w części IV traktatu londyńskiego z 22 kwietnia 1930 r., Londyn, 6 listopada 1936 r. (Dz.U z 1937 r. Nr 55, poz. 425).

posłużył jako podstawa uniewinnienia niemieckiego admirała od zarzutu prowadzenia nieograniczonej wojny podwodnej³⁷. Międzynarodowy Trybunał Wojskowy zwrócił uwagę, że w istocie przepisy Protokołu londyńskiego z 1936 roku zostały uchylone wskutek przeciwnej i stałej praktyki wszystkich stron uczestniczących w wojnie morskiej w II wojnie światowej (jednakże z zastrzeżeniem jedynie względem nieprzyjacielskich statków handlowych)³⁸.

Nie odbyły się żadne postępowania względem dowodzącego amerykańskim lotnictwem na Wyspie Wniebowstąpienia. S. V. i W. T. Mallison oceniający po latach postawę amerykańskiego lotnictwa określili ją jako *prima facie* zbrodnię wojenną, uznając, że nieprzyjacielska łódź podwodna, która bierze udział w akcji ratunkowej, nie może być przedmiotem legalnego ataku wojskowego ze strony lotnictwa wojskowego³⁹. Zgodnie z art. 16 X Konwencji haskiej z 1907 roku istniał obowiązek ratowania rozbitków rannych i chorych, o ile względy wojskowe na to pozwolą⁴⁰. Artykuł 18 II Konwencji genewskiej z 1949 roku potwierdzał wskazaną zasadę, podnosząc, że obowiązek dotyczy wszelkich możliwych środków⁴¹. J. S. Pictet w komentarzu z 1960 roku do II Konwencji genewskiej z 1949 roku podkreślił, że nie istnieje absolutna reguła nakazująca dowódcy okrętu wojennego, aby podejmować akcję ratunkową, jeżeli w jej trakcie naraża się na możliwość ataku⁴². W. Heintschel

37 „The orders, then, prove Doenitz is guilty of a violation of the Protocol. In view of all the facts proved and in particular of an order of the British Admiralty announced on the 8th May, 1940, according to which all vessels should be sunk at sight in the Skagerrak, and the answers to interrogatories by Admiral Nimitz stating that unrestricted submarine warfare was carried on in the Pacific Ocean by the United States from the first day that nation entered the war, the sentence of Doenitz is not assessed on the ground of his breaches of the international law of submarine warfare”. *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14th November 1945–1st October 1946, Volume 1, Norymberga 1947*, s. 313.

38 Zob. stanowisko W. Heintschel von Heinegg, *The Law of Armed Conflict at Sea*, [w:] D. Fleck (red.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford 1993, s. 466; L. F. E. Goldie, *Maritime War Zones and Exclusion Zones*, „International Law Studies” 1991, vol. 64, s. 170. Oprócz działań strony amerykańskiej (świadkiem w procesie norymberskim był admirał Nimitz) i brytyjskiej warto zwrócić uwagę także na jedną z największych tragedii morskich w dziejach, jaką było zatopienie bez ostrzeżenia niemieckiego statku pasażerskiego „Wilhelm Gustloff” (przewożącego uciekającą ludność cywilną i żołnierzy niemieckich z Prus Wschodnich) w styczniu 1945 roku przez sowiecką łódź podwodną.

39 S. V. Mallison, W. T. Mallison, *Naval Targeting: Lawful Objects of Attack*, „International Law Studies” 1991, vol. 64, s. 255.

40 Konwencja w sprawie zastosowania do wojny morskiej zasad konwencji genewskiej z 1907 roku (X Konwencja haska), Haga, 18 października 1907 rok.

41 Konwencja o polepszeniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu (II Konwencja genewska), Genewa, 12 sierpnia 1949 rok (Dz.U. z 1956 r. Nr 38, poz. 171).

42 „Generally speaking, one cannot lay down an absolute rule that the commander of a warship must engage in rescue operations if, by so doing, he would expose his vessel to attack”. J. S. Pictet, *The Geneva Conventions of 12 August 1949. Commentary: II Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, Genewa 1960, s. 131.

von Heinegg podnosi, że powyższa okoliczność m.in. może nakazać dowódcy okrętu podwodnego zaniechanie podjęcia operacji ratunkowej, o ile może to narazić okręt na niebezpieczeństwo zniszczenia⁴³. Ponadto reguła 179 instrukcji z San Remo wskazuje, że uczestniczące w misjach ratunkowych samoloty wojskowe przeciwnika działają na własne ryzyko podczas takich działań⁴⁴. Z uwagi na powyższe należy wskazać, że nie istnieje w prawie międzynarodowym (zarówno w okresie II wojny światowej, jak i obecnie) wyraźna norma zakazująca atakowania okrętów wojennych uczestniczących w działaniach ratunkowych. Z tego względu należy zwrócić uwagę, że obowiązek ratowania rozbitków nie ma charakteru bezwzględnego, lecz jest uzależniony od okoliczności – tak jak np. dowódca HMS „Dorsetshire” zdecydował się na odstępianie od akcji ratunkowej względem rozbitków z zatopionego Bismarcka z uwagi na wiadomość o nadchodzącej grupie niemieckich łodzi podwodnych⁴⁵.

9. Międzynarodowy Trybunał Wojskowy w Norymberdze

9.1. Dowódcy Luftwaffe przed MTW

Jest pożądaną, aby wszelkie akcje wojskowe znalazły oparcie w przepisach prawa międzynarodowego. Jednakże istnieją sytuacje niezbędne z punktu widzenia powodzenia akcji wojskowej, które muszą być przeprowadzone niezależnie od istniejącego prawa międzynarodowego⁴⁶.

43 W. Heintschel von Heinegg, *The Development...*, s. 82.

44 „Other aircraft, military or civilian, belligerent or neutral, that are employed in the search for, rescue or transport of the wounded, sick and shipwrecked, operate at their own risk, unless pursuant to prior agreement between the parties to the conflict”. *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, 12th June 1994.

45 E. Grove, *German Capitol Ships and Raiders in World War II. Volume 1: From Graf Spee to Bismarck 1939–1941*, Oxon 2002, s. 25.

46 Słowa admirała Ericha Raedera przed MTW w Norymberdze. „That memorandum contains near the beginning that sentence which has been quoted by the Prosecution concerning our position with respect to international law, where reference is made to highest ethics of warfare, adherence to international law, and the desire to base all military measures on existing laws wherever possible. But if this is not possible or when by deviation it is possible to achieve decisive military results, and we could take the responsibility for this deviation, then in case of necessity we must depart from existing international law. That means that also a new international law may have to be developed”. *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nuremberg 14 November 1945–1 October 1946*, Nuremberg 1948, s. 130.

Raport dotyczący prac *United Nations War Crimes Commission* (Komisji Zbrodni Wojennych Narodów Zjednoczonych), powołanej decyzją sprzymierzonych w 1943 roku, zajmującej się m.in. przygotowaniem przyszłego międzynarodowego procesu karnego zbrodniarzy wojennych w kontekście materialnym oraz proceduralnym ujawnia interesującą informację, że w toku dwóch ostatnich miesięcy przed zamknięciem prac Komisja RP wniosła oficjalne oskarżenie przeciwko niemieckim dowódcom, którzy dokonali ataków na niebronione polskie miasta w pierwszych dniach II wojny światowej. Pomimo przypomnienia, że już w 1919 roku Komisja do spraw Odpowiedzialności za Wojnę wskazała za L. Oppenheimem, że znamieniem zbrodni wojennej jest m.in. „rozmyślne bombardowanie niebronionych miejscowości”, to uznano problem za zbyt złożony i ostatecznie zdecydowano pozostawić go nierozpatrzonemu⁴⁷. Komisja przy tym wskazała, że zakaz określony na gruncie art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku nie obejmował swym zakresem zastosowania możliwości bombardowania celów wojskowych⁴⁸. Powyższe stanowisko komisji wyraźnie sygnalizowało, że zagadnienie ataków z powietrza w okresie II wojny światowej nie będzie poddane analizie prawnej w toku przyszłego procesu karnego.

Po 8 maja 1945 roku w rękach alianckich znalazło się kilku wysokich rangą oficerów Luftwaffe pełniących ważne funkcje dowódcze w trakcie wojny. Oprócz najważniejszej osoby, głównodowodzącego Luftwaffe Hermanna Goeringa, w niewoli znaleźli się: Hugo Sperrle – dowodzący 3 Flotą Powietrzną stacjonującą od czerwca 1940 w okupowanej Francji i prowadzącą operację ofensywną przeciwko Wielkiej Brytanii; Albert Kesselring – dowodzący I Flotą Powietrzną odpowiedzialną we wrześniu 1939 roku za ataki przeciwko Warszawie oraz II Flotą Powietrzną atakującą obszar Londynu podczas bitwy o Anglię i uczestniczącą w operacji „Barbarossa”; Erhard Milch – dowódca 5 Floty Powietrznej stacjonującej w Norwegii, późniejszy generalny inspektor techniczny Luftwaffe; Alexander Löhr i Wolfram von Richthofen – dowódcy odpowiednio 4 Floty Powietrznej i VII Korpusu Lotniczego odpowiedzialnego za zniszczenie Wielunia 1 września 1939 roku oraz 6 i 7 kwietnia 1941 roku Belgradu⁴⁹. Alexander Löhr został wydany władzom jugosłowiańskim, a następnie po przeprowadzeniu procesu rozstrzelany 26 lutego 1947 roku⁵⁰, natomiast von Richthofen zmarł z przyczyn naturalnych przed przekazaniem go przed oblicze wymiaru sprawiedliwości Sprzymierzonych. Pozostali dowódcy w osobach

47 *United Nations War Crimes Commission, History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, Londyn 1948, s. 492–493.

48 M. S. McDougal, F. P. Feliciano, *The International Law of War: Transnational Coercion and World Public Order*, New Haven 1994, s. 643.

49 E. Spertzler, *Luftkrieg und Menschlichkeit*, Getynga 1956, s. 274.

50 Alexander Löhr dowodził Grupą Armii E w okresie od 1943 do 1945 roku, odpowiedzialną za teatr bałkański, dokonując zbrodni na ludności cywilnej oraz deportacji osób narodowości żydowskiej. Niestety w literaturze brak jest jakichkolwiek informacji o przebiegu procesu, treści aktu oskarżenia oraz wyroku skazującego na karę śmierci.

Goeringa, Sperrle, Kesselringa i Milcha zostali zatrzymani w związku z tzw. głównym procesem zbrodniarzy wojennych nr 1 (Goering), w procesie nr 2 (Milch) oraz w procesie nr 12 tzw. generalskim (Sperrle)⁵¹. Kesselring występował w procesie norymberskim jako świadek, natomiast jako oskarżony uczestniczył w procesie przed Brytyjskim Sądem Wojskowym w Wenecji w 1947 roku.

Artykuł 6 pkt b Karty MTW zaliczał do zbrodni wojennych m.in. rozmyślne niszczenie miast, wsi i miejscowości nieuzasadnione koniecznością wojskową. Podkreślić należy w tej mierze, że nigdy nie zostało wyraźnie wyjaśnione, co w rozumieniu twórców powyższej regulacji oznacza „rozmyślne niszczenie”⁵². Akt oskarżenia (zarzut nr 3, pkt g) ograniczał powyższy zarzut jedynie do naruszenia obowiązków strony okupującej w związku z art. 46 i 50 Regulaminu haskiego z 1907 roku i dotyczył przypadku niszczenia miejscowości pozostających pod niemiecką kontrolą w Norwegii, Holandii, ZSRR, Grecji oraz na Bałkanach⁵³. Powyższe okoliczności prowadzą do kilku istotnych wniosków. W pierwszej kolejności zaznaczyć trzeba, że w ramach art. 6 Karty MTW nie została wyraźnie wyartykułowana zbrodnia wojenna polegająca na rozmyślnym bombardowaniu niebrońionych miast i wsi). Po drugie, zarzut bezmyślnego niszczenia osad zamieszkałych nie obejmował żadnych aktów związanych z bombardowaniami lotniczymi w okresie II wojny światowej popełnionych przez oskarżonych dowódców niemieckich⁵⁴. Żadnemu z oskarżonych w procesie norymberskim nie postawiono zarzutów dotyczących bezpośrednio dowodzonych przez nich jednostek Luftwaffe. Hermann Goering odpowiadał w związku z czynami popełnionymi w ramach

51 Przed MTW zasadniczo odbył się tylko pierwszy proces głównych autorów wojny. Wkrótce po ogłoszeniu wyroku w październiku 1946 roku, wśród sprzymierzonych pojawiły się pierwsze nieporozumienia w przedmiocie prowadzenia dalszych procesów w międzynarodowym gronie. W efekcie następne procesy w Norymberdze są nazywane „następczymi procesami norymberskimi” – *Nuremberg Military Tribunals* (w istocie odbywały się one przed Trybunałem Wojskowym Stanów Zjednoczonych).

52 E. Rosenblad, *Area Bombing and International Law*, „Military Law and Law of War Review” 1976, vol. 15, s. 77.

53 „The defendants want only destroyed cities, towns, and villages and committed other acts of devastation without military justification or necessity. These acts violated Articles 46 and 50 of the Hague Regulations, 1907, the laws and customs of war, the general principles of criminal law as derived from the criminal laws of all civilized nations, the internal penal laws of the countries in which such crimes were committed, and Article 6 (b) of the Charter”. *Trial of the Major War Criminals...*, s. 61.

54 „Although Section G of Count Three dealing with War Crimes was headed Wanton Destruction of Cities, Towns and Villages and Devastation not Justified by Military Necessity, the provisions of the Hague Regulations specifically referred to were Articles 46 and 50, both of which formed part of Section III of the regulations concerning «Military Authority over the Territory of the Hostile State». Further, the examples given in the Indictment were those of destruction by land forces (burning or dynamiting, flooding of large parts of Holland etc)”. D. W. Graig, *The Underlying Principles of International Humanitarian Law*, „Australian Yearbook of International Law” 1980, vol. 46, s. 58.

funkcji kierowniczych i politycznych w III Rzeszy (teoretycznie zarzucono mu także czyny określone na gruncie zarzutu nr 3, obejmującego m.in. rozmyślne niszczenie miast i wsi)⁵⁵. Hugo Sperrle został oskarżony m.in. o zatrudnianie rosyjskich jeńców wojennych w ramach robót polowych we Francji⁵⁶. Erhard Milch odpowiadał za dokonywanie nielegalnych eksperymentów medycznych oraz niewolniczą pracę jeńców wojennych⁵⁷. Z kolei Albert Kesselring został postawiony w stan oskarżenia przed Brytyjskim Sądem Wojskowym za czyn związany z rozstrzelaniem 335 obywateli włoskich w związku z odwetowymi akcjami o charakterze przeciwpartyzanckim⁵⁸. W konkluzji należy stwierdzić, że bez wątpienia oskarżycielom z ramienia państw alianckich zależało na pozostawieniu poza nawiasem rozważań MTW w Norymberdze zagadnień związanych z bombardowaniami powietrznymi⁵⁹.

Prokurator z ramienia Stanów Zjednoczonych Robert Jackson w ramach procesu Hermanna Goeringa próbował częściowo przesłuchiwać wezwanych świadków (Karla Bodenschatza – adiutanta Goeringa, oraz Alberta Kesselringa) na okoliczność nielegalności niektórych ataków powietrznych wykonywanych przez lotnictwo III Rzeszy. Spory wątek w tym kontekście zajmowała kwestia bombardowania Warszawy we wrześniu 1939 roku. Wezwany jako świadek Bodenschatz zwrócił uwagę, że stolica Polski była „zaciekle bronioną twierdzą, posiadającą znaczącą załogę wojskową”⁶⁰. Albert Kesselring wskazał, że „wszelkie wymagania Regulaminu

55 „He promoted the accession to power of the Nazi conspirators and the consolidation of their control over Germany set forth in Count One of the Indictment; he promoted the military and economic preparation for war set forth in Count One of the Indictment; he participated in the planning and preparation of the Nazi conspirators for Wars of Aggression and Wars in Violation of International Treaties, Agreements, and Assurances set forth in Counts One and Two of the Indictment; and he authorized, directed, and participated in the War Crimes set forth in Count Three of the Indictment”. *Trial of the Major War Criminals...*, s. 69.

56 „Aside from his alleged participation in crimes against peace, heretofore disposed of in this opinion, he is charged with (1) enforcing the «Sauckel action» while serving as deputy in Rundstedt's absence; and (2) using Russian prisoners of war in air force construction battalions in France”. US Military Tribunal Nuremberg, *The High Command Case* judgment of 27 October 1948, w: *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10: Nuremberg October 1946-April 1949*, Volume XI, Waszyngton 1950 s. 564.

57 Case No. 39, Trial of Erhard Milch, United States Military Tribunal, Nuremberg, http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1947.04.17_United_States_v_Milch.pdf (dostęp: 3.01.2021)

58 Case No. 44, Trial of Albert Kesselring, British Military Court at Venice, Italy, 17th February–6th May 1947, *Law Reports of Trials of War Criminals*, The United Nations War Crimes Commission, Volume VIII, Londyn 1949.

59 J. Rabkin, *Proportionality in Perspective: Historical Light on the Law of Armed Conflict*, „San Diego Journal of International Law” 2015, vol. 16, s. 308.

60 „I only know that Warsaw was a fortress which was held by the Polish Army in very great strength, provided with excellent pieces of artillery, that the forts were manned, and that two or three times Adolf Hitler announced that civilians should be evacuated from the city.

haskiego z 1907 roku obowiązujące w wojnie lądowej były spełnione w kontekście ataków powietrznych przeciwko Warszawie, która była miastem broniącym". Niemiecki dowódca wskazał na trzy fazy ataków przeciwko stolicy Polski: 1) skierowany wyłącznie przeciwko lotnictwu wojskowemu; 2) nakierowany na zwalczanie ruchu wojskowego w związku ze strategicznym znaczeniem stacji kolejowych oraz mostów przez Wisłę „przy wykorzystaniu samolotów typu Stukas które gwarantowały, że tylko cele wojskowe zostaną trafione”, 3) faza wsparcia szturm na miasto, w ramach którego „uczyniono wszystko co było w ludzkiej mocy, aby ograniczyć działania lotnictwa wyłącznie do celów wojskowych”⁶¹. Rozpity na okoliczność ataków przeciwko Rotterdamowi Kesselring wskazał, że bombardowanie miasta było wynikiem „serii nieszczęśliwych przypadków, które wiązały się z brakiem informacji o prowadzonych rozmowach kapitulacyjnych”, podnosząc, że w chwili podejmowania ataku „bombardowanie miasta było uzasadnione potrzebami taktycznym”, a nadmierne zniszczenia „były spowodowane przypadkowym trafieniem w składy materiałów pędnych”⁶². Świadek wskazał także, że rozmowy ostatecznie doprowadziły „do osiągnięcia celu wojskowego, jakim była kapitulacja miasta”⁶³. Adiutant Goeringa uzasadniał zniszczenie Coventry faktem obecności „przemysłu produkującego komponenty lotnicze, a Luftwaffe otrzymała rozkazy by bombardować wyłącznie cele przemysłowe”⁶⁴. Przesłuchiwany na powyższą okoliczność Kesselring potwierdził powyższe wątpliwości, uznając, że powstanie rozległej dewastacji było efektem „rozrzutu bomb towarzyszącego każdemu bombardowaniu kierowanego przeciwko legalnym celom wojskowym”⁶⁵. W oświadczeniu końcowym niemiecki dowódca zaznaczył, że „Regulamin

That was rejected. Only the foreign embassies were evacuated, while an officer with a flag of truce entered. The Polish Army was in the city defending it stubbornly in a very dense circle of forts. The outer forts were very strongly manned, and from the inner town heavy artillery was firing towards the outskirts. The fortress of Warsaw was therefore attacked, and also by the Luftwaffe, but only after Hitler's ultimatum had been rejected". *Trial of the Major War Criminals...*, Volume IX, s. 34.

61 *Ibidem*, s. 175.

62 *Ibidem*, s. 178.

63 „The immediate consequence of the attack was the Surrender of the Rotterdam troops. General Wenninger, who was air attaché at the time and who later was attached to my air fleet, told me that in consequence of this attack the whole of the Dutch Army capitulated". *Ibidem*, s. 177.

64 „Coventry was no fortress. Coventry, however, was a city which housed the key industry of the enemy air force, in which the aircraft engines were built, a city in which, as far as I know, many factories were situated and many parts of these aircraft engines were manufactured. In any case, the Luftwaffe had at that time received orders to bomb only the industrial targets. If the city also suffered, it is understandable, considering the means of navigation at that time". *Ibidem*.

65 „But bombs follow the same law as other projectiles; in other words, in land and air warfare dispersion covers a wide range. With an air force this is the further peculiarity that if strong formations are employed not the individual target but only the target area as a whole can be aimed at, which naturally causes a deviation from the target itself". *Ibidem*, s. 178.

haski nie wskazuje żadnych szczególnych wymagań dotyczących wojny powietrznej, a Luftwaffe bazowała na podstawie zasad wynikających z preambuły do Konwencji z 1907 roku, relewantnej literaturze przedmiotu oraz wewnętrznych instrukcjach”, podkreślając, że tylko cele zgodne z prawem międzynarodowym były przydzielane flotom powietrznym⁶⁶. Kesselring zapytany o bombardowanie wielu miast polskich o godz. 5.00 1 września 1939 roku wskazał, że celem ataku „nie były miasta, lecz cele wojskowe się w nich znajdujące (...) wyznaczone na podstawie danych dostarczonych przez wywiad”⁶⁷. Brytyjski prokurator D. Maxwell Fyfe podważał przekonanie niemieckiego dowódcy poprzez wskazanie braku możliwości przeprowadzenia efektywnego rozpoznania miejscowości tego dnia⁶⁸.

Hermann Goering z kolei wskazał na okoliczności związane z atakiem na Polskę, podnosząc, że 1 września 1939 roku 80% misji bojowych było skierowanych przeciwko miastom, w których znajdowały się bazy lotnicze oraz węzły komunikacyjne, sama Warszawa była bombardowana jedynie względem centralnej stacji kolejowej i bazy powietrznej na Okęciu, bombardowanie w okresie oblężenia miasta było poprzedzone licznymi ostrzeżeniami. W podobny sposób usprawiedliwił ataki na Rotterdam (szczególny zbieg okoliczności) oraz Coventry (przemysł zbrojeniowy rozsiany po całym obszarze miejskim)⁶⁹. W późniejszym przebiegu postępowania zagadnienie związane z bombardowaniami powietrznymi Luftwaffe nie pojawiło się zarówno w trybie przesłuchań świadków oskarżenia, głosach końcowych czy w samym wyroku. Z perspektywy badacza prawa wojny powietrznej należy podkreślić, że utrzymywana linia obrony wydawała się rozsądna i pomijając jej zasadność co do podnoszonych faktów (której przecież chociażby fakt bombardowania 25 września 1939 roku Zamku Królewskiego w Warszawie), to w kontekście prawa materialnego wszelka argumentacja miała oparcie w przepisach ówczesnego prawa międzynarodowego, przy przyjęciu że jedynie art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku może być relewantną normą obowiązującą w wojnie powietrznej. Najprawdopodobniej z tą samą świadomością prokuratorzy MTW zdecydowali się na zaprzestanie prób dalszego procedowania w tym zakresie.

66 „The Hague Convention on land warfare did not provide for the requirements of air warfare. In order to avoid an arbitrary selection of targets, the Supreme Command had to go into the question and issue general directives based on the preamble to the Hague Convention, the literature published in the meantime, and finally, the special conditions governing the Luftwaffe itself. Only those targets which we considered admissible according to international law were assigned to the air fleet or formation”. *Ibidem*.

67 „The attack started in the morning, but not, as you put it, on the towns but on military targets; airfields, staff headquarters, and traffic centers were attacked. As I have already explained, very detailed instructions were published by the OKW, that only these military targets should be bombed”. *Ibidem*, s. 218.

68 *Ibidem*, s. 215–218.

69 *Ibidem*, s. 337–341.

9.2. Proces Einsatzgruppe

Najistotniejsza uwaga poczyniona w trakcie procesu norymberskiego względem wojny powietrznej i praktyki bombardowań powietrznych miała miejsce, jednakże w trakcie procesu nr 4 (Einsatzgruppe), przed Trybunałem Wojskowym Stanów Zjednoczonych, gdy pewna grupa oskarżonych podniosła zarzut typu *tu quoque*, starając się podważyć legitymację procesową trybunałów norymberskich poprzez odwołanie się do alianckich ataków powietrznych przeciwko miastom niemieckim⁷⁰. Oskarżony Otto Ohlendorf podnosił, że w jego odczuciu bombardowania lotnicze były moralnie równorzędną zbrodnią jak czyny popełniane przez jednostki Einsatzgruppe⁷¹. Obrońca gen. Wilhelma Liszt z kolei podnosił, że „względny sprawiedliwości i równości wymagają, aby marszałek Liszt był traktowany odpowiednio jak alianccy dowódcy, którzy przeprowadzili ataki lotnicze na Drezno i Hiroszimę”⁷². W mowie oskarżycielskiej prokurator zwrócił uwagę, że niemiecka linia obrony opiera się na przekonaniu, że w ramach tzw. wolny totalnej dopuszczalne jest uzasadnienie każdego kroku wojennego. Zdaniem prokuratora użycie broni nuklearnej w żaden sposób nie było ograniczone żadnymi normami prawa międzynarodowego, a zasadniczym przedmiotem rozważy powinien być sposób użycia lotnictwa w przyszłym konflikcie zbrojnym. Wskazał przy tym, że ataki wymierzone przeciwko centrům produkcji zbrojeniowej są „przykrą, lecz legalną i akceptowalną praktyką współczesnej wojny”, uznając, że bombardowania powietrzne nastąpiły przy tym długo po masowym zaprzeczeniu przez III Rzeszę wszelkim wartościom

70 A. Cassese, *The Oxford Companion...*, s. 701; P. Gaeta, *Serious Violations of the Law on the Conduct of Hostilities: A Neglected Class of War Crimes?*, [w:] F. Pocar, M. Pedrazzi, M. Frulli (red.), *War Crimes and the Conduct of Hostilities: Challenges to Adjudication and Investigation*, Northampton 2013, s. 21.

71 „Do you attempt to draw a moral comparison between the bomber who drops bombs hoping that it will not kill children and yourself who shot children deliberately? Is that a fair moral comparison? A. I cannot imagine that those planes which systematically covered a city that was a fortified city, square meter for square meter, with incendiaries and explosive bombs and again with phosphorus bombs, and this done from block to block, and then as I have seen it in Dresden likewise the squares where the civilian population had fled to that these men could possibly hope not to kill any civilian population, and no children. And when you then read the announcements of the Allied leaders on this and we are quite willing to submit them as document you will read that these killings were accepted quite knowingly because one believed that only through this terror, as it was described, the people could be demoralized and under such blows the military power of the Germans would then also break down”. *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Vol. IV, „The Einsatzgruppen Case”, „The RuSHA Case”, Nuremberg October 1946–April 1949, Waszyngton 1950, s. 357.*

72 „Reasons of fairness and justice demand that Field Marshal List be treated in this respect exactly as were those Allied commanders who gave the orders to attack Dresden and Hiroshima”. *Ibidem*, s. 380.

prawa międzynarodowego⁷³. Ostatecznie sędziowie Trybunału Wojskowego Stanów Zjednoczonych uznali argumentację *tu quoque* za niedopuszczalną, podnosząc w pierwszej kolejności, że niemieckie bombardowania lotnicze Warszawy, Rotterdamu, Coventry oraz Londynu były chronologicznie wcześniej w stosunku do alianckich uderzeń powietrznych względem miast niemieckich. Po drugie, stwierdzono, że nie ma „żadnej równości pomiędzy legalnym aktem wojny, jakim jest bombardowanie miasta, gdzie ludność cywilna cierpi przypadkowo, a umyślnym mordowaniem ludności cywilnej na terytoriach okupowanych”. W dalszej części wyводу podniesiono, „że miasto może być bombardowane z uwagi na potrzeby taktyczne związane z niszczeniem komunikacji, infrastruktury, fabryk zbrojeniowych i wszelkiej aktywności wspierającej wysiłek wojskowy”. Straty ludności cywilnej „mają charakter nieunikniony, lecz są jedynie wynikiem nieumyślności, z którą nie można zestawiać zabijania z zimną krwią”. Zdaniem składu sędziowskiego istnieje „fundamentalna różnica między rozstrzeliwaniem cywili a wykorzystywaniem broni lotniczej, w tym także jądrowej, która jest jedynie środkiem przełamania oporu wojskowego państwa adwersarza”⁷⁴. Podniesiono także, że strona przeciwna „może ogłosić dane miasto otwartym, co będzie uniemożliwiało uczynienie danej lokalizacji przedmiotem ataku wojskowego”⁷⁵.

Z rozważań trybunału w sprawie Einsatzgruppe wyłania się pogląd świadczący o generalnej akceptacji zjawiska bombardowania strategicznego przeciwko zindustrializowanym ośrodkom miejskim. Trybunał w żaden sposób nie zdelegalizował powyższej praktyki, nie określił też reguł, w jakich działania powietrzne powinny być prowadzone, posuwając się do stwierdzenia, że atak na miejscowości z powietrza ma charakter legalny, a ludność cywilna ponosi straty jedynie o charakterze przypadkowym⁷⁶. Znaczną część powyższej argumentacji zajmuje jednakże odwołanie się do płaszczyzny moralno-aksjologicznej, a także kontekst represaliów związany z wcześniejszym charakterem działań powietrznych podejmowanych przez niemiecką Luftwaffe. Abstrahując od słuszności ogólnego poglądu na kwestię obrony *tu quoque* przez członków jednej z najbardziej zbrodniczych formacji wojskowych III Rzeszy, konkluzja Trybunału Wojskowego Stanów Zjednoczonych wydaje się skuteczną próbą uniknięcia dokonania kompleksowej analizy prawnej przebiegu wojny powietrznej w okresie II wojny światowej. Część z autorów podnosi, że w tym kontekście ważniejszym

⁷³ *Ibidem*, s. 381.

⁷⁴ „Thus, as grave a military action as is an air bombardment, whether with the usual bombs or by atomic bomb, the one and only purpose of the bombing is to effect the surrender of the bombed nation. The people of that nation, through their representatives, may surrender and, with the surrender, the bombing ceases, the killing is ended”. *Ibidem*, s. 467.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 466–476.

⁷⁶ H. Reinhold, *Target Lists: A 1923 Idea with Application for the Future*, „Tulsa Journal Comparative and International Law” 2002, vol. 10, s. 18.

i bardziej problematycznym aspektem było niebezpieczeństwo podważenia legitymacji trybunałów norymberskich do sądzenia sprawców naruszeń prawa międzynarodowego⁷⁷. Ocena ta z pewnością nie mogła zostać zaakceptowana z uwagi na ogólny klimat polityczno-historyczny tamtego okresu – zwłaszcza jeżeli zostałyby poszerzona o rozważania wynikające z treści nie tylko Regulaminu haskiego z 1907 roku, ale także dotyczyła wielu innych dokumentów z okresu bezpośrednio poprzedzającego wybuch II wojny światowej. A. C. Grayling podnosi, że MTW nie był powołany „do tworzenia prawa *ex post*, lecz do wyegzekwowania norm już istniejących”⁷⁸. Jednakże z perspektywy dalszych 30 lat skutki orzeczenia wydają się na tyle poważne, że być może dla ówczesnego rozwoju prawa międzynarodowego bardziej zasadne byłoby zupełne powstrzymanie się przez skład sędziowski od jakiegokolwiek wypowiedzi w przedmiocie legalności prowadzenia bombardowań powietrznych w okresie II wojny światowej. Skutki decyzji procesowej są uwidocznione w przebiegu dyskusji toczonej przez przedstawicieli doktryny prawa międzynarodowego po II wojnie światowej (patrz rozdział V, pkt 27).

9.3. Proces Erharda Milcha

Stan faktyczny procesu generała Luftwaffe obejmował okoliczność związaną z rozmyślnym rozmieszczaniem sowieckich jeńców wojennych wokół stanowisk niemieckiej artylerii przeciwlotniczej, co zostało zakwalifikowane jako naruszenie dyspozycji art. 9 Konwencji genewskiej z 1929 roku, stanowiącego o zakazie wykorzystywania jeńców wojennych do osłony danych rejonów przed możliwością bombardowania. Jako fakt stwierdzający istnienie *mens rea* (świadomości nielegalności zarzucanego czynu) w przypadku oskarżonego zwrócono uwagę na powszechną znajomość tzw. memorandum szefa Abwehry Wilhelma Canarisa, który 15 września 1941 roku poinformował Naczelne Dowództwo Wehrmachtu o konieczności stosowania „przynajmniej minimalnych standardów ochrony osoby jeńca wojennego” na wypadek wojny⁷⁹.

77 G. D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge 2010, s. 123; M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Leiden 2013, s. 467–468.

78 A. C. Grayling, *Among the Dead...*, s. 199.

79 Case No. 39, Trial of Erhard Milch, United States Military Tribunal, Nuremberg, http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1947.04.17_United_States_v_Milch.pdf (dostęp: 3.01.2021). Tzw. Memorandum Canarisa zostało wydane w związku ze słynnym rozkazem dotyczącym rozstrzelania radzieckich komisarzy politycznych. Bezpośrednim autorem tego dokumentu był ekspert prawa międzynarodowego Helmuth James Graf von Moltke (właściciel majątku w Krzyżowej), który był przywódcą antynazistowskiego ruchu oporu, zgładzonym w wyniku aresztowania po zamachu na Hitlera 20 lipca 1944 roku.

10. Międzynarodowy Trybunał Wojskowy dla Dalekiego Wschodu

Dziedzictwo MTWDW jest w literaturze prawa międzynarodowego zdecydowanie mniej utrwalone i rozpowszechnione w porównaniu do procesów norymberskich. Po części wynika to z prostego faktu, że jako instytucja czasowo późniejsza MTWDW opierało się w znacznej mierze na dorobku normatywnym i orzecznictwym sądu wymierzającego sprawiedliwość względem osób piastujących kierownicze stanowiska w aparacie polityczno-wojskowym III Rzeszy. Niemniej odmienność charakterystyki działań wojennych w dalekowschodnim teatrze wojny, skala naruszeń popełnianych przez przedstawicieli Cesarstwa Japońskiego, jak również wysoce kontrowersyjny (z perspektywy reintegracji społeczeństwa japońskiego z zachodnimi wartościami prawa, demokracji oraz ekonomii) fakt zrzucenia bomby atomowej na Hiroszimę powodowały, że prace MTWDW wymagały dużej zachowawczości w ramach procesu pokojowego wyznaczonego planem gen. MacArthura.

Materialną podstawę zarzutów względem japońskich zbrodniarzy wojennych stanowiła tzw. Karta tokijska z 1946 roku, która w art. 5(b) ustanawiała odpowiedzialność za naruszenie tzw. konwencyjnych zbrodni wojennych – co było znaczącym rozróżnieniem w stosunku do treści dokumentu powołującego Trybunał norymberski⁸⁰. Wykładnia językowa sformułowania prowadziła w tej mierze do niejasności w zakresie możliwości uznania za zbrodnie wojenne naruszeń wynikających z przepisów zwyczajowego prawa międzynarodowego – przepis w dalszej części stanowił, że konwencyjnymi zbrodniami wojennymi są naruszenia praw i zwyczajów wojennych. Powody, dla których dokonano powyższego rozróżnienia w tytułach przepisów, nie są wyjaśnione. Można postawić w tym kontekście hipotezę, że jednym z zasadniczych powodów zmiany językowej mogłyby być m.in. kwestie podważenia legitymacji trybunału, opartego na argumentie *tu quoque* wynikającego z bombardowań powietrznych. Prawdopodobne nawiązanie do zwyczajowego prawa o charakterze konwencyjnym było związane z niejasnym statusem Konwencji genewskiej z 1929 roku, którą strona japońska sygnowała, lecz nie ratyfikowała⁸¹. Japońscy zbrodniarze wojenni zostali podzieleni na trzy

80 Tokyo Charter (Charter of International Military Tribunal for Far East), Special Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers, as amended 26th April 1946, T.I.A.S. No. 1589; cytowana w: C van den Wyngaert, *International Criminal Law: A Collection of International and European Instruments: Third Revised Edition*, Leiden 2005, s. 43–47; K. D. Askin, *War Crimes against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals*, Haga 1997, s. 179.

81 Jednakże 29 stycznia 1942 roku japoński minister spraw zagranicznych stwierdził, że strona japońska na zasadzie wzajemności będzie stosowała postanowienia Konwencji genewskiej z 1929 roku. C. Kinvig, *Allied POWs and the Burma-Thailand Railway*, [w:] P. Towle, M. Kosuge, Y. Kibata, *Japanese Prisoners of War*, Nowy Jork 2000, s. 42.

klasy: klasa A obejmowała najwyższe kierownictwo polityczno-wojskowe Imperium Japońskiego (z wyłączeniem na podstawie postanowień pokojowych osoby cesarza) sądzonych na podstawie wszystkich czynów wynikających z art. 5 Karty MTWDW, klasy B i C obejmowały personel wojskowy oskarżony o popełnienie konwencyjnych zbrodni wojennych na szkodę jeńców wojennych i ludności cywilnej, sądzony przez komisje wojskowe z Chin, Filipin, Stanów Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii, Francji, Australii oraz Holandii. Podobnie jak w przypadku MTW w Norymberdze, akt oskarżenia przed trybunałem tokijskim nie obejmował żadnych zarzutów związanych z działaniami sił powietrznych z wyjątkiem szczególnego przypadku operacji przeciwko Pearl Harbor 7 grudnia 1941 roku. Wynikało to z konstrukcji art. 5 Karty tokijskiej, który zakładał, że każdy sądzony ze zbrodniarzy wojennych musi być jednocześnie oskarżony o popełnienie zbrodni przeciwko pokojowi; w rezultacie ok. 60% zarzutów było zbrodniami przeciwko pokojowi⁸².

Pod zarzutem nr 39 oskarżano japońskie kierownictwo wojskowe o dokonanie zbrodni niezapowiedzianego ataku poprzez zaatakowanie 7 grudnia 1941 roku w warunkach niewypowiedzianej oraz nielegalnej wojny bazy amerykańskiej marynarki wojennej w Pearl Harbor i zamordowanie admirała Kidda oraz 4000 alianckich marynarzy poległych tego dnia w wyniku japońskiego ataku. Jedynym dowódcą polowym, któremu postawiono zarzut udziału w zbrodni zabicia amerykańskich marynarzy w warunkach niewypowiedzianej wojny, był admirał Osami Nagano, dowodzący zespołem uderzeniowym atakującym bazę Floty Pacyfiku w grudniu 1941 roku⁸³.

Niezwykłe interesującym aspektem procesu była postawa głównego obrońcy, profesora prawa międzynarodowego Kiyose Ichiro, który w mowie obrończej szczegółowo odniósł się do zarzutów przedstawianych głównym zbrodniarzom wojennym. Pomijając szczególnie interesujące wywody japońskiego prawnika dotyczące doktryny samoobrony jako podstawy uzasadniającej przystąpienie Imperium Japońskiego do wojny, warte podkreślenia są rozważania dotyczące zarzutu zabójstwa alianckich marynarzy i żołnierzy w związku ze zbrodnią niezapowiedzianego ataku wymierzonego m.in. w Pearl Harbor 7 grudnia 1941 roku. Podniesiono w tym zakresie, że „obrona twierdzi, że pozbawienie życia w związku

82 M. Furmata, *War Crimes Tribunal and Transitional Justice: The Tokyo Trial and the Nuremberg Legacy*, Oxon 2008, ebook.

83 „The same Defendants as in Count 38, under the circumstances alleged in Counts 37 and 38, by ordering, causing and permitting the armed forces of Japan to attack the territory, ships and airplanes of the United States of America, with which nation Japan was then at peace, at Pearl Harbour, Territory of Hawaii, on the 7th December, 1941, at about 0755 hours (Pearl Harbour time), unlawfully killed and murdered Admiral Kidd and about 4,000 other members of the naval and military forces of the United States of America and certain civilians whose names and number are at present unknown”. N. Boster, R. Cryer, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments*, Oxford 2008, s. 28.

z aktem toczącej się wojny nie może być traktowane jako zabójstwo. Stan wojny – zdaniem japońskiego profesora – następuje z chwilą pierwszego wystrzału, więc zarzuty od 37 do 44 są związane ze stanem wojny, który już nastąpił⁸⁴. W dalszych wnioskach podniesiono, że prawo międzynarodowe dokonuje rozróżnienia pomiędzy wojną jako emanacją suwerenności państwa a zachowaniami indywidualnych osób. Obrona podnosiła, że osoby podejmujące działania w imieniu państwa w świetle ówczesnie obowiązującego prawa międzynarodowego nie mogą odpowiadać za czyny państwa, a także zwróciła uwagę, że atak na bazę amerykańskiej Floty Pacyfiku nie może być uznawany za naruszenie przepisów III Konwencji haskiej z 1907 roku. Japońska obrona jest warta przytoczenia z uwagi na fakt, że w trakcie procesu zebrano wielkie ilości materiałów, co do których wniosków dowodowy o załączanie do akt postępowania karnego został oddalony przez sędziów MTWDW. Wiele kontrowersji wywołało także przedłożenie niezwykle obszernego (liczącego prawie 1200 stron) wyroku odrębnego (!) trybunału tokijskiego przez indyjskiego sędziego Pala, który został dopuszczony do publikacji dopiero po podpisaniu traktatu pokojowego pomiędzy Japonią a Stanami Zjednoczonymi w San Francisco w 1952 roku⁸⁵.

W wyroku MTWDW ostatecznie zarzut nr 39 dotyczący ataku na Pearl Harbor został umorzony z powodów braku znamion czynu polegającego na „zabójstwie w warunkach prowadzenia wojny agresywnej”, który później próbowano przekształcić na czyn „polegający na udziale w nielegalnym spisku wojennym, który był także udziałem w spisku mającym na celu popełnienie zabójstwa”. Sędziowie trybunału tokijskiego uznali powyższą konstrukcję za nieznaną w świetle art. 5 Karty tokijskiej⁸⁶.

84 „The Indictment from Count 37 on provides for a group of crimes under the title, «murder», and charges crimes of murder against the defendants for the loss of lives due to the act of war. The defense contends that the loss of lives due to the act of war does not constitute murder. This, we believe, is an accepted theory of international law and is too obvious to call for any authority. The state of war in this instance came into existence when the first shot was fired. Therefore, we will produce evidence to show that the loss of lives referred to in Counts 37 to Count 44 in the Indictment occurred after the state of war existed”. Cytat za: K. Keiichiro, *The Tokyo Trials: The Unheard Defense*, Tokio 1995, s. 46.

85 R. Pal, *International Military Tribunal for the Far East, Dissident Judgment of Justice Pal*, Tokio 1999.

86 „The Prosecution did not challenge this view but submitted that the counts were sustainable under Article 5(a) of the Charter. It was argued that the waging of aggressive war was unlawful and involved unlawful killing which is murder. From this it was submitted further that a conspiracy to wage war unlawfully was a conspiracy also to commit murder. The crimes triable by this Tribunal are those set out in the Charter. Article 5(a) states that a conspiracy to commit the crimes therein specified is itself a crime. The crimes, other than conspiracy, specified in Article 5(a) are «planning, preparation, initiating or waging» of a war of aggression. There is no specification of the crime of conspiracy to commit murder by the waging of aggressive war or otherwise. We hold therefore that we have no jurisdiction to deal with charges of conspiracy to commit murder as contained in counts 37 and 38 and

Znaczną część wypowiedzi sędziego Pała zajmowały m.in. rozważania dotyczące prawidłowości ustanowienia przez japońskie władze w 1942 roku przepisów karnych dla alianckich pilotów, którzy dokonywali ataków przeciwko obiektom o charakterze niewojskowym. Sędzia, odmawiając prawa do osądzania jeńców wojennych za zbrodnie wojenne w okresie II wojny światowej, zwrócił uwagę, że przepisy ustanowione w ciągu konfliktu były odzwierciedleniem Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku. Podkreślił, że pomimo braku formalnego obowiązywania reguł stanowią one „przekonywającą próbę uregulowania zasad rządzących wykorzystaniem lotnictwa podczas konfliktu zbrojnego”⁸⁷. Odwołał się do praktyki nalotów amerykańskich, które także w przypadku konwencjonalnych ataków nie spełniały standardów komisji jurystów z 1923 roku. W jego ocenie „w tym stanie prawa wojny powietrznej trudno jest uznawać postępowanie władz japońskich za przestępcze”⁸⁸. Poglądy sędziego można w pewnym sensie uznać za niespójne – odbierając stronie alianckiej prawo do sądzenia zbrodniarzy wojennych, jednocześnie przyznawał to samo uprawnienie stronie japońskiej, twierdząc, że ustanowione przez nią zapisy nie mogą uchodzić za legislację sprzeczną z prawem międzynarodowym⁸⁹. Z drugiej strony podczas procesu innego z dowódców japońskich Okady Tasuku, który zatwierdził wyroki śmierci na załogę amerykańskiego B-29 strąconego podczas bombardowania w pobliżu miasta Nagoja w 1944 roku, amerykański adwokat Joseph Featherstone stwierdził, że z zebranych dowodów wynikało, że amerykańscy piloci „w istocie dokonywali czynów polegających na atakowaniu bez rozróżnienia ludności cywilnej, co nie tylko uzasadniało właściwość procesową i materialną japońskich sądów wojskowych, ale także afirmowało podstawę skazania Amerykanów na

decline to entertain these charges”. J. Pritchard, S. M. Zaide (red.), *International Military Tribunal for the Far East, judgment of 12 November 1948*, „Tokyo War Crimes Trial” 1981, vol. 22, s. 450.

- 87 „In 1923 the Commission produced the proposed code of rules. This, however, was not ratified by any of the Powers. The code is of importance only as an authoritative attempt to clarify and formulate rules of law governing the use of aircraft in war; it will doubtless prove a convenient starting point for any future steps in this direction. But, in any case, this has not as yet been done, and it seems none of the belligerents including the allied powers paid any heed to these rules”. R. Pal, *International Military...*, s. 679.
- 88 „In this state of the aerial warfare, it is difficult to consider the conduct of the Japanese authorities in making the regulation for the purpose of trial of the air pilots criminal on the ground that the regulation gave ex post facto law. In my opinion, they did not commit any crime in making these regulations”. *Ibidem*, s. 681.
- 89 „As regards the trial according to these regulations, I do not think anything has been established which would fix any guilt on any of the accused. Even if we judge by the standard given by the rules suggested by the Commission, there were bombardments in complete disregard of them. At any rate, if the court-martial found that to be the fact and accordingly convicted the airmen of war crimes, I would not say that either the commander-in-chief or the members of the Cabinet or of the General Staff committed any crime in not opposing that conviction”. *Ibidem*, s. 682.

karę śmierci”⁹⁰. Powyższą konkluzję należy zestawić z uzasadnieniem Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w procesie gen. Yamashity:

Jednym z istotnych elementów przebiegu działań zbrojnych jest przyjęcie mechanizmów, których istotą jest dyscyplinowanie wrogich kombatanów, którzy w celu udaremnienia prowadzenia przez siły zbrojne Stanów Zjednoczonych dopuścili się czynów sprzecznych z prawem wojny. Karanie wrogich kombatanów, którzy naruszyli prawa i zwyczaje wojenne, jest nie tylko potrzebne jako działanie prewencyjne, ale również jest wykonywaniem władztwa do prowadzenia działań wojennych sankcjonowanego przez Kongres (...) które nie ogranicza się wyłącznie do zwycięstw na polu walki, ale również umożliwia podjęcie działań, które zapobiegają powrotowi konfliktu i będą elementem sprawiedliwego rozliczenia zła operacji wojskowych⁹¹.

Jakikolwiek komentarz do powyższego orzeczenia w perspektywie skazań względem członków japońskich składów orzekających wydaje się zbędny. Na marginesie należy stwierdzić, że żaden z sądów orzekających w sprawie procesów amerykańskich pilotów nie pochylił się nad zagadnieniem związanym z zasadnością przepisów prawa materialnego.

11. Zasada *Rendulica*

W wielu krajowych porządkach prawnych tzw. błąd co do faktu (*error in facti*), wywodzący się jeszcze z rzymskiej tradycji prawniczej, jest uznaną podstawą wyłączenia odpowiedzialności karnej sprawcy, o ile błąd ten miał wymiar usprawiedliwiony⁹². W istocie, praktyka działań wojennych wskazuje, że tego typu okoliczności nie są rzadkością, zwłaszcza w warunkach dynamicznego pola walki, gdzie strony nie dysponują pełnym obrazem rzeczywistości. Trudności w tej mierze mogą być także powodowane określonym zachowaniem adwersarza o charakterze legalnym (np. stosowanie kamuflażu) bądź też nielegalnym (wykorzystywanie obiektów czy osób cywilnych do ochrony celów wojskowych).

90 Y. Tanaka, *The Atomic Bombing, the Tokyo Tribunal and the Shimoda Case: Lessons for Anti-Nuclear Legal Movements*, Leiden 2011, s. 295.

91 *In re Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946).

92 Zob. M. Matecki, *Usprawiedliwiający błąd do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w świetle nowelizacji art. 28 § 1 k.k.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, vol. 3, s. 1–29; O. Lee, T. A. Robertson, „Moral Order” and the Criminal Law: Reform Efforts in the United States and West Germany, Haga 1973, s. 95–96.

Podobny problem prawny miał miejsce na gruncie orzecznictwa trybunałów norymberskich w sprawie dotyczącej dowodzącego niemieckimi siłami w Norwegii, gen. Lothara Rendulica. Na przełomie 1944 i 1945 roku niemieckie służby wywiadowcze informowały o możliwości podjęcia ofensywy przez Sowietów na północy Norwegii. Wycofanie się Finlandii z wojny oraz ogólna trudna sytuacja skłoniły niemieckiego dowódcę do wydania rozkazu zastosowania taktyki spalanej ziemi, polegającej na umyślnym niszczeniu przez wycofujące się oddziały wszelkich krytycznych punktów infrastruktury. Do ataku wojsk sowieckich jednak nie doszło, a po wojnie gen. Rendulic został oskarżony o naruszenie dyspozycji art. 23 lit. g Regulaminu haskiego z 1907 roku stanowiącego o zakazie niszczenia własności prywatnej w sposób nieusprawiedliwiony koniecznością wojskową.

Trybunał Wojskowy Stanów Zjednoczonych dostrzegł w pierwszej kolejności wyjątkowość położenia niemieckich sił zbrojnych w Norwegii, a także zwrócił uwagę, że wiele czynników przemawiało za wysokim prawdopodobieństwem rozpoczęcia szerokiej sowieckiej ofensywy na całym froncie. Podkreślono również obecność niesprzyjających warunków pogodowych i ekstremalnego zimna, co wpłynęło na brak możliwości wykorzystania rozpoznania lotniczego. Co istotne, Trybunał Wojskowy Stanów Zjednoczonych wskazał, że „retrospektywna analiza okoliczności sprawy” może prowadzić do konkluzji, że „nie zaistniały przesłanki usprawiedliwiające powołanie się na konieczność wojskową”. Jednakże jak stwierdzili sędziowie: „Trybunał jest zobowiązany do przeanalizowania sytuacji oskarżonego w chwili podejmowania decyzji, a fakt powzięcia rozsądnej decyzji na podstawie wszystkich możliwych przesłanek i możliwości, nawet jeżeli okazały się one błędne, nie może być działaniem przestępczym”⁹³. Orzeczenie to tym samym zatwierdzało doktrynę błędu co do faktu w ramach międzynarodowego prawa karnego (art. 32 Statutu rzymskiego MTK), a także pośrednio międzynarodowego prawa humanitarnego (co znalazło odzwierciedlenie w treści zastrzeżeń interpretacyjnych do działu IV PD I)⁹⁴. Wynikająca z powyższego wyroku tzw. zasada Rendulica skonstruowała standard rozsądnego dowódcy, który działając w dobrej wierze i na podstawie „wszelkich praktycznie dostępnych informacji”, podejmuje decyzję w „oparciu o okoliczności istniejące w chwili podejmowania decyzji”⁹⁵.

93 *Trial of War Criminals under the Nurmberg Military Tribunal Volume IX 'The Hostage Case'*, The High Command Case, United Nations War Crimes Commission, Waszyngton 1950, s. 402.

94 „IHL does not prohibit the making of reasonable factual mistakes on the battlefield. International criminal law expressly acknowledges the likelihood of reasonable mistakes in the fog of war. The Rome Statute, for instance, provides for a mistake-of-fact defense when the mistake negates a mental element of the crime. In particular, the offense of willfully killing civilians requires that the perpetrator have been aware of the factual circumstances that established the protected status”. M. N. Schmitt, *The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, „Harvard National Security Journal” 2010, vol. 1, s. 39; F. Martin, S. Schnably, R. Wilson, J. Simon, M. Tushnet, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge 2006, s. 536.

95 M. Piątkowski, *The Rendulic Rule and the Law of Aerial Warfare*, „Polish Review of International and European Law” 2013, vol. 2, s. 41–69; A. Jachec-Neale, *The Concept of Military Objectives in International Law and Targeting Practice*, Oxon 2015, s. 137–138.

Dyrektywa ta ma istotne implikacje w kontekście oceny okoliczności związanych z prowadzeniem działań powietrznych *per se*. W konsekwencji „usprawiedliwione błędy w procesie targetingu nie są zbrodniami wojennymi”⁹⁶. Jednym z przykładów wykorzystania argumentacji wynikającej z zasady Rendulica było zbombardowanie 13 lutego 1991 roku podczas I wojny w Zatoce Perskiej bunkra znajdującego się w Bagdadzie. Incydent znany jako „bunkier Al-Firdos” stał się głośny wskutek śmierci blisko 200 osób cywilnych, które potraktowały obiekt jako schronienie przed nalotami koalicji. Był to jednorazowy najpoważniejszy w tamtej wojnie incydent, biorąc pod uwagę liczbę zabitych i rannych. Organizacje pozarządowe wskazały, że siły powietrzne koalicji w sposób niedostateczny, z pominięciem wszystkich aktywnych środków ostrożności podjęły decyzję o wykonaniu ataku. Amerykańskie siły powietrzne (USAF) stwierdziły, że atak został podjęty na podstawie wielu danych wskazujących na jednoznacznie wojskowe przeznaczenie bunkra, wskazując m.in. na dane od skandynawskiej firmy budowlanej, zamaskowanie obiektu niezgodnie z art. 66 ust. 2 PD I oraz dane z wywiadu satelitarnego, fotograficznego i radiowego, które wskazywały, że obiekt jest miejscem dowodzenia. W efekcie, pomimo bardzo wysokich strat wśród ludności cywilnej, decyzja o ataku *prima facie* została podjęta zgodnie z kryteriami wskazanymi na gruncie sprawy Rendulica⁹⁷.

W. H. Parks, jeden z czołowych specjalistów międzynarodowego prawa humanitarnego, pierwsze strony swojego opracowania dotyczącego aspektów prawnych wojny powietrznej poświęcił na odniesienie się do fragmentu orzeczenia Trybunału Wojskowego Stanów Zjednoczonych, wskazując, że „wyrok w sprawie Rendulica jest ważną wskazówką, o której zapominają historycy sporządzający krytyczne opinie dotyczące bombardowań w okresie II wojny światowej”⁹⁸.

96 D. Lewis, *The Protection of Civilian Educational Institutions*, [w:] J. Grimhedem, R. Ring (red.), *Human Rights Law: From Dissemination to Application: Essays in Honour of Goran Melander*, Leiden 2006, s. 101–102.

97 „The Secretary of the Air Force report stated that the presence of large numbers of civilians was not known by US sources. Their presence is somewhat curious bearing in mind the location of several other shelters nearby (without camouflage and barbed wire), though there is speculation that the «shelter» inhabitants were relatives of high level officials and officers at the facility, which the US government will not confirm or deny. If, as is probable, the planners did not know of the presence of civilians, a reasonable mistake of fact is a defense to charges of violation of the laws of armed conflict”. C. B. Shotwell, *Economy and Humanity in the Use of Force: a Look at the Aerial Rules of Engagement in the 1991 Gulf War*, „United States Air Force Academy Journal of Legal Studies” 1993, vol. 15, s. 33.

98 „The Rendulic decision is an important guideline, and one not always followed by historians, some of whom, with hindsight and lacking the pressures of command, may have leaped to conclusions unduly critical of bombing during World War II prompting responses by some participants”. W. H. Parks, *Air War and the Law of War*, „Air Force Law Review” 1990, vol. 32, s. 3.

12. Ryuichi Shimoda i inni v. Państwo

W latach 50. XX wieku w Japonii bliscy ofiar ataków atomowych na Hiroszimę i Nagasaki rozpoczęli działania mające na celu uzyskanie rekompensaty finansowej od Stanów Zjednoczonych w związku z naruszeniem w sierpniu 1945 roku praw i zwyczajów obowiązujących w wojnie powietrznej, poprzez wykonanie ataku lotniczego z użyciem broni jądrowej. Powyższe działania wiązały się z ogólnymi nastrojami społecznego gniewu i dezaprobaty wobec odrzucenia przez sądy MTWDW próby analizy legalności postępowania strony amerykańskiej podczas ostatnich miesięcy wojny. Bezpośrednim powodem podjęcia działań przez poszkodowanych była aktywna postawa członków dawnego zespołu obrońców oskarżonych przed trybunałem tokijskim zbrodniarzy, a zwłaszcza analiza dokonana przez adwokata Okamoto Shoichi, który w opracowaniu „Zagadnienia związane z cywilnoprawnymi aspektami roszczeń wynikających z użycia broni jądrowej” wskazał, że rzucenie bomby na japońskie miasta było naruszeniem przepisów IV Konwencji haskiej z 1907 roku, a sprawcy działania bezprawnego powinni ponieść odpowiedzialność na podstawie tzw. reguł norymberskich, według których działania oficjalnych przedstawicieli państwa nie dają podstawy do uniknięcia odpowiedzialności za czyny sprzeczne z prawem międzynarodowym⁹⁹.

Japoński prawnik postulował, aby przyszli powodowie podjęli odpowiednie kroki prawne w ramach amerykańskiego systemu prawnego, jednak jego wniosek nie spotkał się z uznaniem społeczności praktyków prawa w Japonii oraz w Stanach Zjednoczonych¹⁰⁰. Ostatecznie rodziny ofiar – w tym Ryuichi Shimoda, który w wyniku ataku atomowego stracił większość najbliższej rodziny – zdecydowały się na wniesienie pozwu do Sądu Okręgowego w Tokio, który wydał swoje orzeczenie w 20. rocznicę ataku japońskiego na Pearl Harbor 7 grudnia 1963 roku¹⁰¹. Pozew był kierowany względem państwa japońskiego, które z uwagi na zrzeczenie się w art. 19 Traktatu z San Francisco z 1953 roku roszczeń swoich obywateli przeciwko sprzymierzonym jest odpowiedzialne za naprawienie szkód osób fizycznych z tytułu naruszeń prawa międzynarodowego. Strona pozwana wnosila o odrzucenie pozwu, uznając, że nie istniała wyraźna norma zakazująca użycia broni nuklearnej w warunkach II wojny światowej oraz podnosząc militarne uzasadnienie związane z proporcjonalnością użycia broni atomowej wobec spodziewanych strat wynikających z inwazji sprzymierzonych na Wyspy Japońskie.

99 Y. Tanaka, *The Atomic Bombing...*, s. 296.

100 Y. Tanaka, R. Falk, *The Atomic Bombing, the Tokyo War Crimes Tribunal and the Shimoda Case: Lessons for Anti-Nuclear Legal Movements*, „The Asia – Pacific Law Journal” 2009, vol. 7/44, s. 3–5.

101 Orzeczenie cytowane w: „Japanese Annual of International Law” 1964, no. 8, s. 212, *Shimoda v. Japan*, 32 International Law Report, s. 626.

Orzeczenie w sprawie Shimoda v. Państwo jest niezwykle cenne z perspektywy badacza zagadnienia prawa wojny powietrznej. Na chwilę obecną jest to jedyny wyrok sądowy znany autorowi niniejszej pracy, który wprost odnosi się do kwestii legalności bombardowań powietrznych w okresie II wojny światowej. Sąd wskazał, że użycie broni atomowej nie jest wprost zakazane żadnymi normami pozytywnego prawa międzynarodowego, jednak legalność jej użycia może być uzależniona od kwestii, czy wykorzystanie nowego typu uzbrojenia znajduje się w kolizji z innymi normami prawa międzynarodowego, w tym o charakterze zwyczajowym. Zakaz wykorzystania broni jądrowej zdaniem sądu nie musi być tym samym uzależniony od istnienia wyraźnego przepisu prawa międzynarodowego. Sam stan nowości nie przesądza o legalności broni, która musi być oceniana w świetle istniejącego prawa pozytywnego. Wydaje się, że logiczną konsekwencją użytego mechanizmu jest uznanie, że *per se* nie można stwierdzić, że w świetle orzeczenia Shimoda v. Państwo broń atomowa ma charakter nielegalny w każdych warunkach. Słusznie japoński sąd zdecydował się ocenić użycie powyższego środka jako aktu bombardowania lotniczego zawężonego jedynie do ataków na japońskie miasta. Dzięki tej konstrukcji Sąd Okręgowy w Tokio rozpoczął badanie, czy bombardowanie za pośrednictwem broni atomowej było zgodne z ogólnymi zasadami rządzącymi bombardowaniami lotniczymi. Poczynione uwagi są w tej mierze niezwykle istotne oraz interesujące:

- 1) dokonano rozróżnienia pomiędzy sytuacją miast bronionych w reżimie wojny morskiej i lądowej;
- 2) sąd przyjął, że dopuszczalne jest atakowanie bez rozróżnienia obszarów bronionych;
- 3) niedopuszczalne jest atakowanie w rejonach niebronionych (miastach bądź strefach) obiektów innych niż cele wojskowe.

Przełomowym ustaleniem sądu było odwołanie się do Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku i stwierdzenie, że „pomimo braku przyjęcia reguł z 1923 roku w formie prawa pozytywnego, badacze prawa międzynarodowego uznają ten dokument za przekonujące źródło prawa wojny powietrznej. Pewne państwa przyjęły powyższe reguły jako części swoich instrukcji wojskowych, treść reguł była sformułowana zgodnie z istniejącymi zasadami prawa międzynarodowego i praktyką”¹⁰². Sąd wskazał, że z uwagi na powyższe dopuszczalne jest wyartykułowanie zakazu bombardowania bez rozróżnienia miast niebronionych i potwierdzenie aktualności teorii celu wojskowego także w wojnie powietrznej jako części zwyczajowego prawa międzynarodowego, co jest spójne z przepisami obowiązującymi w wojnie morskiej i lądowej.

Na krytykę z kolei zasługują rozważania sądu poczynione w kontekście rozróżnienia pomiędzy statusem miejscowości bronionej a niebronionej¹⁰³. Stwierdzo-

102 Shimoda v. Japan..., s. 631.

103 A. Cassese, *The Human Dimension...*, s. 179.

no, że miasto, które jest obsadzone instalacjami obronnymi oraz wojskiem, nie może być uznane za bronione tylko z tego względu, że znajduje się daleko poza linią frontu i nie może być przedmiotem okupacji przez przeciwnika¹⁰⁴. Konstatacja ta jest sprzeczna z ogólnym przekonaniem doktryny prawa międzynarodowego o niepraktyczności stosowania testu obowiązującego na gruncie art. 25 Regulaminu haskiego z 1907 roku do warunków wojny powietrznej. Korektą powyższego wniosku był jednakże słuszny pogląd, że w takiej sytuacji przedmiotem ataku mogą być cele wojskowe¹⁰⁵. Sąd podniósł (także słusznie), że dopuszczalne jest bombardowanie bez rozróżnienia obszarów bronionych, musi być jednak usankcjonowane okolicznościami faktycznymi. W kontekście zaś obszarów niebronionych nie może ono mieć takiego charakteru i musi być ograniczone jedynie do celów wojskowych – uznając to za zasadę prawa międzynarodowego obowiązującą w wojnie powietrznej. Prawdłowo sąd wskazał, że ataki na cele wojskowe mogą również prowadzić do strat wśród niewalczących, o ile mają charakter incydentalny i nieuniknione, nie ma jednak usprawiedliwienia dla tzw. ślepego bombardowania powierzchniowego, które ma za cel zarówno niszczenie celów cywilnych, jak i wojskowych. Z tego względu przesądzono, że metoda bombardowania lotniczego polegającego na użyciu bomby atomowej przeciwko miastom o charakterze niebronionym była naruszeniem prawa międzynarodowego, gdyż doprowadzała do zatarcia granicy pomiędzy celami wojskowymi a obiektami cywilnymi. W konkluzji sąd orzekł, że bombardowanie Hiroszimy i Nagasaki było sprzeczne z ówczesnie obowiązującym prawem wojny powietrznej zakazującym ataków bez rozróżnienia na miasta o charakterze niebronionym. Z uwagi na praktykę państw w II wojnie światowej odrzucono także możliwość powołania się na zatracanie mocy obowiązującej zasady odróżnienia w warunkach totalnej wojny. Co interesujące, sąd dokonywał rozróżnienia pomiędzy:

- a) bombardowaniem bez rozróżnienia – jako aktem nielegalnym;
- b) bombardowaniem powierzchniowym – skierowanym przeciwko danemu obszarowi, na którym występuje znaczna koncentracja celów wojskowych silnie bronionych przez środki obrony przeciwlotniczej; atak taki był legalny nawet wtedy, jeżeli naruszał zasadę odróżniania, gdyż uzyskana korzyść wojskowa byłaby oczywiście większa od strat wśród niewalczących¹⁰⁶.

Rozważania dotyczące legalności samej broni atomowej sąd wywiódł z analizy przesłanki zakazu czynienia zbędnych szkód, wychodząc od Deklaracji petersburskiej z 1868 roku, art. 23 lit. e Regulaminu haskiego z 1907 roku oraz Protokołu genewskiego z 1925 roku, porównując konsekwencje jej użycia do broni chemicznej, jako możliwie przekraczające zakres dopuszczalnego szko-

104 *Shimoda v. Japan*..., s. 632.

105 Y. Matsui, *The Historical Significance of the Shimoda Case Judgment, in View of the Evolution of International Humanitarian Law*, Tokio 2013, s. 2.

106 *Shimoda v. Japan*..., s. 633.

dzenia nieprzyjacielowi, unikając jednakże kategorycznego stanowiska w tej mierze. Ostatecznie powództwo Shimody i pozostałych zostało odrzucone na podstawie zasady immunitetu jurysdykcyjnego państwa. Sąd Okręgowy w Tokio stwierdził, że poza przypadkami utworzenia na podstawie np. traktatu wersalskiego z 1919 roku mieszanych trybunałów arbitrażowych oraz ze względu na specyficzną formę uznaniowego podjęcia przez państwa kroków dyplomatycznych wobec innego państwa osoby fizyczne nie mają możliwości we własnym imieniu dochodzenia roszczeń przed sądami japońskimi. Możliwość dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia prawa międzynarodowego obowiązującego w konflikcie zbrojnym przez osoby fizyczne zależy od istnienia traktatowego umocowania w tej mierze¹⁰⁷.

Poza krytycznym błędem uznania Nagasaki i Hiroszimy za miasta niebronione, trudno zarzucić rozstrzygnięciu z 1963 roku brak logicznej wykładni przepisów prawa wojny powietrznej obowiązujących w II wojnie światowej¹⁰⁸. Szczególnie trafne było podkreślenie ważności teorii celu wojskowego, która w rozumieniu Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku była naczelną determinantą legalności ataku powietrznego. Rozsądne rozważania Sądu w zakresie możliwości powstania strat towarzyszących, jak również wskazanie na możliwość zalegalizowania praktyki bombardowania powierzchniowego (poza jasnymi i akceptowalnymi warunkami) zasługują na aprobatę. Zupełnie przełomowe było zaakceptowanie reguł z 1923 roku jako elementu międzynarodowego prawa humanitarnego obowiązującego w chwili ataków atomowych na Hiroszimę i Nagasaki¹⁰⁹. Powyższa konstatacja spotkała się ze zdecydowanym sprzeciwem R. A. Falka, który wywodził, że brak formalnego zaakceptowania przez państwa powyższego dokumentu oraz przeciwna praktyka państw w okresie II wojny światowej nie pozwala na przyjęcie takiego poglądu, uznając, że istniała „stała i utrwalona praktyka nieuznawania standardów określonych na gruncie reguł z 1923 roku”¹¹⁰. W podobny sposób wypowiedział się J. J. Paust, który uznał, że przekonanie Sądu Okręgowego

107 Prawo amerykańskie z kolei wyłączało możliwość dochodzenia roszczeń obywatelom państw trzecich na podstawie Federal Torts Claims Act. Inną okolicznością było również podjęcie przez prezydenta Stanów Zjednoczonych decyzji w granicach władztwa związanego z funkcją pełnienia głowy państwa, którego uznaniowość nie podlega kontroli sądowej.

108 Zupełnie odmienną ocenę miast położonych na zapleczu frontu przedstawił G. Simpson, który wskazał, że miasta znajdujące się na dalekim zapleczu frontu nie mogą zostać zajęte i przez to *per se* mają charakter bronionych. G. Simpson, *The Nature of International Law*, Aldershot 2001, s. 122.

109 R. Kramer, D. Kauzlarich, *Nuclear Weapons, International Law and the Normalization of State Crime*, [w:] D. Rothe, C. Mullins (red.), *State Crime: Current Perspectives*, Londyn 2011, s. 76–77.

110 R. A. Falk, *The Shimoda Case: A Legal Appraisal of the Atomic Attacks upon Hiroshima and Nagasaki*, „The American Journal of International Law” 1965, vol. 59, s. 770; P. K. Menon, *Legal Limits on the Use of Nuclear Weapons in Armed Conflicts*, „Military Law and Law of War Review” 1979, vol. 18, s. 31.

w Tokio o obowiązywaniu dokumentu z 1923 roku jako elementu stanowiącego część prawa międzynarodowego w tamtym okresie jest uproszczone oraz niemające większego uzasadnienia¹¹¹.

13. Opinia doradcza MTS z 1996 roku

Kolejnym orzeczeniem posiadającym istotną wartość dla celów niniejszej pracy jest opinia doradcza MTS wydana w sprawie legalności groźby bądź użycia broni atomowej, wydana na podstawie wniosku ZO ONZ, zgodnie z rezolucją z 15 grudnia 1994 roku (rezolucja 49/75K)¹¹². W ramach powyższej procedury trybunał miał odpowiedzieć na pytanie, czy groźba użycia bądź użycie broni atomowej są w każdych okolicznościach dopuszczalne w świetle prawa międzynarodowego. Najistotniejsze z punktu widzenia rozważań czynionych na tle tej sprawy są ustalenia MTS dotyczące konsekwencji wykorzystania broni jądrowej w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego. Już z perspektywy sprawy Shimoda v. Państwo należy stwierdzić, że zagadnienia związane z użyciem amunicji o charakterze jądrowym pozostają w ścisłym związku z prawem wojny powietrznej, dla którego jednym z elementów składowych jest także dopuszczalność wyposażania wojskowych statków powietrznych w dany typ uzbrojenia.

Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości poczynił kilka istotnych uwag o charakterze ogólnym dotyczących reżimu międzynarodowego prawa humanitarnego określającego podstawę legalności wykorzystania danego typu uzbrojenia, odwołując się do przepisów Deklaracji petersburskiej z 1868 roku, Regulaminu haskiego z 1907 roku, Protokołu dodatkowego I do Konwencji genewskich z 1977 roku czy Konwencji CCW z 1980 roku. Podniósł, że utrwalony charakter zasady wyrażonej na gruncie art. 22 i 23 Regulaminu haskiego z 1907 roku stanowi o ograniczeniu dopuszczalności zakresu szkodenia nieprzyjacielowi, zakazie rozmieszczania uzbrojenia nakierowanego na wywołanie zbędnych cierpień, a także używania środków mogących razić bez rozróżnienia. Trybunał uznawał tę przesłankę za fundament ochrony (*cardinal principles*) walczących przed skutkami wykorzystania broni powodującej zbędne cierpienia i wywodził z powyższego zasadę, że państwa nie posiadają nieograniczonego prawa do wyboru środka

111 „It is true that certain Draft Rules of Air Warfare proposed in 1923 would have changed the legal result, but these were never adopted as a part of international law and it seems that it was rather improper and simplistic for the Tokyo Court to have relied on the draft rules for its conclusions”. J. J. Paust, *The Nuclear Decision in World War II – Truman’s Ending and Avoidance of War*, „International Lawyer” 1974, vol. 160, s. 163.

112 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996.

walki, jakim mogą się posłużyć (*States do not have unlimited freedom of choice of means in the weapons they use*)¹¹³. Trybunał wskazał również na użyteczną rolę tzw. klauzuli Martensa w dokonywaniu oceny prawnej nowych rozwiązań technologicznych (*has proved to be an effective means of addressing the rapid evolution of military technology*), na podstawie której międzynarodowe prawo humanitarne wprowadzało zakaz stosowania środków walki mogących bez rozróżnienia razić walczących i ludność cywilną, a także zbytecznego szkodenia nieprzyjacielowi w sposób nieproporcjonalny w stosunku do konieczności osiągnięcia legalnego przedmiotu działań wojskowych¹¹⁴. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że nie ma większej wątpliwości, że międzynarodowe prawo humanitarne ma zastosowanie w przypadkach użycia broni atomowej¹¹⁵. Pomimo wskazania, że zdaniem MTS *prima facie* broń jądrowa będzie miała poważne trudności, aby stać się uzbrojeniem zdolnym do wypełnienia wymagań w zakresie tzw. *weapons law*, to sędziowie nie byli w stanie jednoznacznie stwierdzić o nielegalności użycia broni w każdych warunkach¹¹⁶. Wydaje się, że do powyższej konkluzji znacząco przyczyniła się w tej mierze analiza poglądu reprezentowanego przez państwa posiadające broń nuklearną, wskazujące na istnienie możliwości wykorzystania tego typu uzbrojenia np. w formie ograniczonej (taktycznej broni nuklearnej)¹¹⁷.

W analizie orzeczenia MTS w sposób istotny zwraca uwagę ostateczne uchylenie się od dwóch istotnych kwestii. Po pierwsze, jest to brak dokonania oceny kształtu

113 *Ibidem*, para. 78.

114 „In conformity with the aforementioned principles, humanitarian law, at a very early stage, prohibited certain types of weapons either because of their indiscriminate effect on combatants and civilians or because of the unnecessary suffering caused to combatants, that is to say, a harm greater than that unavoidable to achieve legitimate military objectives”. *Ibidem*, para. 78.

115 „However, it cannot be concluded from this that the established principles and rules of humanitarian law applicable in armed conflict did not apply to nuclear weapons. Such a conclusion would be incompatible with the intrinsically humanitarian character of the legal principles in question which permeates the entire law of armed conflict and applies to all forms of warfare and to all kinds of weapons, those of the past, those of the present and those of the future”. *Ibidem*, para. 86.

116 „In view of the unique characteristics of nuclear weapons, to which the Court has referred above, the use of such weapons in fact seems scarcely reconcilable with respect for such requirements. Nevertheless, the Court considers that it does not have sufficient elements to enable it to conclude with certainty that the use of nuclear weapons would necessarily be at variance with the principles and rules of law applicable in armed conflict in any circumstance”. *Ibidem*, para. 95.

117 „The Court would observe that none of the States advocating the legality of the use of nuclear weapons under certain circumstances, including the «clean» use of smaller, low yield, tactical nuclear weapons, has indicated what, supposing such limited use were feasible, would be the precise circumstances justifying such use; nor whether such limited use would not tend to escalate into the all-out use of high yield nuclear weapons”. *Ibidem*, para. 94.

art. 35 PD I jako *per se* źródła przesądzającego o nielegalności danego typu uzbrojenia. Po drugie, brakuje odwołania się do skutków prawnych nieistnienia (w momencie sporządzania opinii) jednoznacznej normy o charakterze traktatowej zakazującej użycia broni jądrowej¹¹⁸. Powyższe działania skłaniają część specjalistów i ekspertów do uznania, że w istocie MTS rozpoznał istnienie normy typu *non-liquet*¹¹⁹. Istotną okolicznością wynikającą z analizy treści opinii doradczej MTS jest także fakt powstania drugiej przesłanki mogącej być podstawą do oceny legalności broni w trybie art. 36 PD I, jakim jest zakaz wyposażania sił zbrojnych w uzbrojenie, które nie jest w stanie dokonać rozróżnienia pomiędzy ludnością cywilną a walczącymi¹²⁰. Jak wskazała sędzia Higgins w swym zdaniu odrębnym, podstawą tego zakazu jest utrwalona i kardynalna norma międzynarodowego prawa humanitarnego, wymagająca aby nie czynić ludności cywilnej przedmiotem ataku wojskowego¹²¹. Ustalenie to powinno jednakże mieć charakter *per casu* i nie prowadzić do uogólnień, zwłaszcza o ile wykorzystanie uzbrojenia danego typu może kreować różne reperkusje prawne w zależności od konkretnej sytuacji faktycznej¹²².

Ocena wartości normatywnej klauzuli Martensa w formie zaproponowanej przez MTS budzi wątpliwości. Część autorów z nieskrywanym entuzjazmem

118 Zob. T. McCormack, *A Non Liquet on Nuclear Weapons – The ICJ Avoid the Application of General Principles of International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross” 1997, vol. 316.

119 K. Kulovesi, *Legality or Otherwise? Nuclear Weapons and the Strategy of Non Liquet*, „Finnish Yearbook of International Law” 1999, vol. 10, s. 60. Zob. także J. Kammerhoffer, *Gaps, The Nuclear Weapons Advisory Opinion and the Structure of International Legal Argument between Theory and Practice*, „British Yearbook of International Law” 2009, vol. 80.

120 A. Cannone, *The Use of Prohibited Weapons and War Crimes*, [w:] F. Pocar, M. Pedrazzi, M. Frulli (red.), *War Crimes and the Conduct of Hostilities: Challenges to Adjudication and Investigation*, Northampton 2013, s. 174. „With regard to means of warfare, those that can in no circumstances be directed at a specific military objective, or that produce effects which cannot be limited by IHL, may be considered under customary IHL as weapons that are indiscriminate by nature, the use of which would inevitably constitute an indiscriminate attack”. L. Maresca, E. Mitchell, *The Human Costs and Legal Consequences of Nuclear Weapons under International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross” 2015, vol. 97, s. 630.

121 „The requirement that a weapon be capable of differentiating between military and civilian targets is not a general principle of humanitarian law specified in the 1899, 1907 or 1949 law, but flows from the basic rule that civilians may not be the target of attack”. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *Dissenting Opinion of Judge Higgins*, para. 24, s. 588.

122 „The use of nuclear weapons is, for the reasons examined above, exceptionally difficult to reconcile with the rules of international law applicable in armed conflict, particularly the principles and rules of international humanitarian law. But that is by no means to say that the use of nuclear weapons, in any and all circumstances, would necessarily and invariably conflict with those rules of international law. On the contrary, as the dispositive effect acknowledges, while they might «generally» do so, in specific cases they might not. It all depends upon the facts of the case”. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, *Dissenting Opinion of Vice-President Schebel*, s. 322.

uważa, że poprzez umieszczenie idei rosyjskiego dyplomaty z 1899 roku w centrum rozważań dotyczących legalności wykorzystania broni jądrowej MTS utworzył nowy standard w ramach międzynarodowego prawa humanitarne, który przedkłada interes społeczności międzynarodowej nad ramy zwyczajowego i pozytywnego prawa ponad wolę państw, a nawet z jej pominięciem¹²³. Zwraca uwagę, że powyższy schemat myślowy miał swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie MTKJ, gdzie w sprawie Kupreškić trybunał jugosłowiański orzekł, że klauzula Martensa może być źródłem powstania norm międzynarodowego prawa humanitarne o charakterze zwyczajowym z pominięciem praktyki państw¹²⁴. Pomijając okoliczność, że *prima facie* taki pogląd jest sprzeczny z dyspozycją art. 38 pkt c Statutu MTS, który wprost odnosi się do wymogu istnienia *usus* niezbędnego do wytworzenia normy zwyczajowej, to w innym miejscu tego samego orzeczenia MTKJ orzekł, że zasady humanitaryzmu oraz społecznego sumienia nie są *per se* źródłami międzynarodowego prawa humanitarne, jednak stanowią odniesienie w każdej sytuacji, w której reguły międzynarodowego prawa humanitarne nie posiadają dostatecznej precyzji¹²⁵.

Warto zwrócić uwagę także na treść komunikatu Wielkiej Brytanii złożonego do wiadomości MTS, w którym wskazano, że o ile fakt braku dedykowanego zakazu traktatowego dotyczącego wykorzystania broni jądrowej nie przesądza, w świetle klauzuli Martensa, o legalności użycia danego typu uzbrojenia, to jednakże sama preambuła nie może przesądzać o ich nielegalności¹²⁶. Strona amerykańska

123 G. Oberleitner, *Human Rights in Armed Conflict*, Cambridge 2015, s. 52. Patrz także zdanie odrębne sędziego Shahabudeena („Thus, the Martens Clause provided its own self-sufficient and conclusive authority for the proposition that there were already in existence principles of international law under which considerations of humanity could themselves exert legal force to govern military conduct in cases in which no relevant rule was provided by conventional law. Accordingly, it was not necessary to locate elsewhere the independent existence of such principles of international law; the source of the principles lay in the Clause itself”). *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, *Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen*, s. 409.

124 „This is however an area where opinio iuris sive necessitatis may play a much greater role than usus, as a result of the aforementioned Martens Clause. In the light of the way States and courts have implemented it, this Clause clearly shows that principles of international humanitarian law may emerge through a customary process under the pressure of the demands of humanity or the dictates of public conscience, even where State practice is scant or inconsistent”. ICTY, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, Trial Chamber Judgment, 14 January 2000, IT-95-16-T, para. 527.

125 *Ibidem*, para. 525.

126 „While the Martens Clause makes clear that the absence of a specific treaty provision on the use of nuclear weapons is not, in itself, sufficient to establish that such weapons are capable of lawful use, the Clause does not, on its own, establish their illegality. The terms of the Martens Clause themselves make it necessary to point to a rule of customary international law which might outlaw the use of nuclear weapons. Since it is the existence of such a rule which is in question reference to the Martens Clause adds little”. Letter dated 16 June

kańska z kolei podkreśliła, że legalność wykorzystania broni atomowej jest ściśle uzależniona od okoliczności, w jakich ma być wykorzystana¹²⁷. Wskazano też, że przesłanka nieczynienia nadmiernych obrażeń i zbędnych cierpień wyrażona na gruncie art. 35 PD I odnosi się jedynie do broni, które są skonstruowane w celu zwiększenia cierpień/obrażeń w stopniu nieproporcjonalnym do osiągnięcia celu wojskowego¹²⁸.

Klauzula Martensa jest również traktowana jako przeciwwaga dla tzw. zasady Lotus (patrz rozdział powyżej). W zdaniu odrębnym sędzia Weeramantry uznał, że MTS już na gruncie sprawy Corfu powołał się na okoliczność istnienia obowiązków państw wynikających z ogólnych zasad humanitaryzmu (*elementary considerations of humanity*) nawet w sytuacji braku jasnej normy zakazującej danego zachowania w określonych okolicznościach¹²⁹. Równoległe stanowisko w tej mierze zajął sędzia Shahabuddeen, uznając, że decydujący jest brak autoryzacji prawa międzynarodowego do użycia broni jądrowej¹³⁰. Do względów humanitaryzmu odwoływano się w celu odrzucenia zarzutów dotyczących nieretroaktywności prawa w procesie karnym przeciwko członkowi Gestapo w zakresie czynów popełnionych na terytorium okupowanej Norwegii czy w orzeczeniu w sprawie Nikaragua, gdzie MTS uznawał tzw. wspólny art. 3 dla Konwencji genewskich za część elementarnego humanitaryzmu¹³¹.

1995 from the Legal Adviser to the Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, together with Written Comments of the United Kingdom, International Court of Justice *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Request for an Advisory Opinion by the United Nations General Assembly), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/8802.pdf> (dostęp: 3.01.2021), s. 48.

127 Letter dated 20 June 1995 from the Acting Legal Adviser to the Department of State, together with Written Statement of the Government of the United States of America, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/8700.pdf> (dostęp: 3.01.2021), s. 21.

128 *Ibidem*, s. 28.

129 „This Court’s own jurisprudence in the Corfu Channel case sees customary international law as imposing a duty on all States so to conduct their affairs as not to injure others, even though there was no prohibition *sissimis verbis* of the particular act which constituted a violation of the complaining nation’s rights. This Court cannot in 1996 construe «Lotus» so narrowly as to take the law backward in time even beyond the Martens Clause”. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, *Dissenting Opinion of Judge Weeramantry*, s. 496.

130 „On the other hand, if that view of «Lotus» is incorrect or inadequate in the light of subsequent changes in the international legal structure, then the position is that States have no right to use such weapons unless international law authorizes such use. If international law has nothing to say on the subject of the use of nuclear weapons, this necessarily means that international law does not include a rule authorizing such use. Absent such authorization, States do not have a right to use nuclear weapons”. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, *Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen*, s. 390.

131 „Sentence than was provided for by international law in force at the time. It was beyond doubt that the acts in question were not only crimes according to Norwegian law but also war crimes, crimes against the «laws of humanity» and the «laws and customs of war». *Case*

Jak słusznie wskazuje E. Crawford, istnieje zbyt wiele przeciwstawnych interpretacji samej preambuły, a także wartości normatywnej rozumianej jako autonomiczne źródło międzynarodowego prawa humanitarne¹³². Wątpliwości te wypływają ze szczególnego charakteru *ius in bello* jako przestrzeni prawnej opierającej się na pozytywistycznej teorii prawa międzynarodowego¹³³. Nie ma również większego sensu w tym miejscu przypominanie o szczególnie wrażliwej geopolitycznie sferze ograniczenia państwom doboru środków walki. Autor osobiście przyłącza się do stanowiska sędziego T. Merona, który postulował, aby na gruncie klauzuli Martensa „nie budować zamków na piasku”¹³⁴. Przy tym zdecydowanie należy odrzucić pogląd przedstawiony przez stronę rosyjską, świadczący o wygaśnięciu znaczenia klauzuli z uwagi na przyjęcie w latach 1949 i 1977 „wyczerpującego kodeksu praw wojennych”¹³⁵. Należy zwrócić uwagę, że w toku rozwoju międzynarodowego prawa humanitarne doszło do wyodrębnienia się trzech wzajemnych podkategorii norm w postaci: 1) tzw. prawa genewskiego, które regulowało w sposób ogólny sytuację ofiar konfliktów zbrojnych, 2) tzw. prawa haskiego, odnoszącego się do metod i środków prowadzenia działań wojennych, 3) tzw. prawa petersburskiego, odnoszącego się do zakazów wykorzystania pewnego typu uzbrojenia¹³⁶. O ile w kontekście prawa genewsko-haskiego dokonano znaczącego

No. 11, *Trial of Karl-Hans Hermann Klinge*, Supreme Court of Norway, 27th February 1946, s. 4. „There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts; and they are rules which, in the Court's opinion, reflect what the Court in 1949 called «elementary considerations of humanity»”. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, para. 219.

132 „It is not, however, a tool to be used in a vacuum; that is to say, it cannot be used alone to outlaw certain methods or means of warfare, especially in contested or problematic cases. As tempting as it is to use the Martens Clause as a ‘solve-all’ for uncertain legal situations, it is better that obvious gaps in the IHL schema are addressed with specific treaties, rather than reliance on the more ‘negotiable’ Martens Clause”. E. Crawford, *The Modern Relevance of the Martens Clause*, „Legal Studies Research Papers” 2018, No. 11/27, s. 20.

133 „The dominant philosophy of international law is positivist. Obligations to the international community are therefore regulated through a combination of treaty and customary law. With regard to the laws of armed conflict, this has important implications. By refusing to ratify treaties or to consent to the development of corresponding customary norms, the powerful military States can control the content of the laws of armed conflict”. R. Ticehurst, *The Martens Clause and the Law of Armed Conflict*, „International Review of the Red Cross” 1997, vol. 317.

134 T. Meron, *The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience*, „American Journal of International Law” 2000, vol. 94, s. 78–79.

135 Letter dated 19 June 1995 from the Ambassador of the Russian Federation, together with Written Comments of the Government of the Russian Federation, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/8796.pdf> (dostęp: 3.01.2021), s. 13.

136 M. Cherif Bassiouni, *The Regulation, Control and Prohibition of the Use of Certain Weapons in the Context of War*, [w:] M. Cherif Bassiouni, *International Criminal Law Third Edition: Volume I Sources, Subjects and Contents*, Leiden 2008, s. 380. „Those governing the conduct of

postępu w ich kodyfikacji, względem której nie istnieje na chwilę obecną poważne przeświadczenie o potrzebie ich dalszego rozwoju, o tyle prawo petersburskie jest poddawane ciągłej modyfikacji i jest najbardziej elastyczną tkanką prawa międzynarodowego humanitarnego w kontekście rozwoju technologicznego i pojawienia się nowych typów uzbrojenia. Zwłaszcza w tym kontekście ujawnia się wartość klauzuli Martensa jako szczególnego znaku identyfikacyjnego (swoistej instrukcji, jak podniósł A. Cassese) wskazującego kierunek rozwoju międzynarodowego prawa humanitarnego i to zarówno w kontekście traktatowym, jak i kształtowania *opinio iuris* społeczności międzynarodowej¹³⁷. W kontekście prawa wojny powietrznej zwolennikiem takiego poglądu był w szczególności E. Spetzler¹³⁸. Wydaje się jednak, że nie są przekonujące argumenty przemawiające za uznaniem silniejszej wartości normatywnej powyższej klauzuli, a zwłaszcza wskazujące „na uzupełnianie przez preambułę Martensa luk w prawie pozytywnym”¹³⁹.

14. Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii

14.1. Stanislav Galić – atakowanie ludności cywilnej, sądowe stosowanie zasady proporcjonalności, zwyczajowy status Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku

Stanislav Galić był w latach 1992–1994 dowódcą oblężenia Sarajewa przez armię bośniackich Serbów. Prokurator MTKJ zarzucał oskarżonemu popełnienie zbrodni wojennej w postaci ataków na ludność cywilną z naruszeniem

hostile operations and the choice and use of weapons (Hague Law), and those prescribing the treatment to be accorded victims of war, in particular, the wounded, sick and shipwrecked, prisoners-of-war, and civilians who find themselves in the hands of a power to which they do not belong (Geneva Law)”. P. J. Cameron, *The Limitations on Methods and Means of Warfare*, „Australian Yearbook of International Law” 1980, vol. 9, s. 249.

137 A. Cassese, *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, „European Journal of International Law” 2000, vol. 11, s. 208, 212–213. Zob. także T. Coughlin, *The Future of Robotic Weaponry and the Law of Armed Conflict: Irreconcilable Differences?*, „UCL Jurisprudence Review” 2011, vol. 17, s. 80; M. Newton, *Back to the Future: Reflections on the Advent of Autonomous Weapons Systems*, „Case Western Reserve Journal of International Law” 2015, vol. 47, s. 14.

138 E. Spetzler, *Luftkrieg und Menschlichkeit*, Getynga 1956, s. 129–130.

139 R. A. Malviya, *International Humanitarian Law Concerning Employment of Means and Methods of Combat: Problems and Prospects*, „Israel Yearbook of Human and Refugee Law” 2005, vol. 5, s. 4.

art. 51 PD I i art. 13 PD II ściganych na podstawie art. 3 Statutu MTKJ¹⁴⁰. Izba Orzekająca w pierwszej kolejności dokonała rekonstrukcji elementów zbrodni ataku na ludność cywilną, podnosząc, że takie działanie musi nosić znamiona umyślnego w zamiarze bezpośrednim i ewentualnym, wykluczając zwykłe niedbalstwo¹⁴¹. Ponadto wymagano, aby sprawca posiadał bądź też powinien posiadać świadomość o tym, że atakowana osoba należy do kategorii ludności cywilnej. W przypadku wątpliwości to oskarżenie powinno dowieść, że rozsądna osoba nie mogła traktować danego celu jako legalnego przedmiotu ataku. Czyn miał charakter skutkowy i był uzależniony od okoliczności powstania śmierci bądź poważnych obrażeń¹⁴². Oznacza to, że znamieniem czynu nie jest narażenie ludności cywilnej na abstrakcyjne niebezpieczeństwo. Sędziowie I instancji MTKJ wskazywali ponadto, że ataki bez różnienia również mogą być kwalifikowane jako bezpośrednio wymierzone w ludność cywilną, zwłaszcza jeżeli sprawca wykorzystuje jako środek walki środki inherentnie nieprecyzyjne, które nie mogą być kontrolowane i kierowane przeciwko kombatantom.

Izba Orzekająca MTKJ podkreśliła, że ataki bez rozróżnienia są nie tylko zakazane normą traktatową, ale także zwyczajowym prawem międzynarodowym, wywodząc ten zakaz m.in. z art. 24 Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku, cytując stanowisko wyrażone w 7. edycji „International Law” Oppenheima¹⁴³. W dalszym ciągu wyводу odwołano się do dokumentów Ligi Narodów z 1938 roku, stanowiska Neville’a Chamberlaina oraz rezolucji ZO ONZ nr 2444/1968 i 2675/1970 jako dowodu na istnienie normy o charakterze zwyczajowym. Do treści art. 24 reguł z 1923 roku odwołano się raz jeszcze w ramach określenia podstaw zasady proporcjonalności¹⁴⁴. W jej ramach MTKJ posłużył się standardem Rendulica, podnosząc, że przy ocenie, czy atak był proporcjonalny, należy uwzględnić perspektywę *ante factum* oraz wskazać, czy istniała rozsądna możliwość przewidzenia nadmiernych strat cywilnych będących skutkiem ataku. Oznacza to zaakceptowanie w ramach orzecznictwa trybunału jugosłowiańskiego modelu normatywnego rozsądnego dowódcy, który znalazł swoje odbicie w zastrzeżeniach interpretacyjnych do PD I¹⁴⁵.

140 22 maja 1992 roku zwaśnione siły zdecydowały się zawrzeć porozumienie co do stosowania postanowień PD I i II.

141 ICTY, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, Judgement of 5 December 2003, IT-92-29-T, para. 42.

142 *Ibidem*, para. 54–57.

143 „The Trial Chamber observes that, already in 1922, the Air Warfare Rules enunciated the prohibition on indiscriminate attacks”. *Ibidem*, przypis nr 103.

144 „The principle of proportionality, inherent to both the principles of humanity and military necessity upon which the law of conduct of hostilities is based, may be inferred, inter alia, from Articles 15 and 22 of the Lieber Code and from Article 24 of the 1924 Hague Air Warfare Rules”. *Ibidem*, przypis nr 104.

145 *Ibidem*, para. 58.

Rozstrzygając zasadność ataku na rynek w Markale podczas oblężenia Sareje-
wa, Izba Orzekająca określiła status lokalnego warsztatu produkującego unifor-
my na potrzeby wojska oraz policji bośniackiej, uznając, że „osoby zatrudnione
w nim mogą być traktowane jako legalne cele wojskowe”¹⁴⁶. Wniosek MTKJ w tej
mierze jest interesujący w świetle statusu tzw. quasi-kombatantów, ale wydaje się
niepełny. Brakuje w uzasadnieniu orzeczenia określenia, czy ochrona przysługu-
jąca tym pracownikom ustaje w chwili przekroczenia progu miejsca pracy, czy też
ustaje znacznie wcześniej (np. w trakcie podróży w celu wykonywania obowiąz-
ków służbowych).

Innym incydentem był sprawa bombardowania szpitala Koševo. Sędziowie I in-
stancji MTKJ wskazali, że w istocie bośniackie mózdzierze prowadziły ostrzał z bu-
dynku szpitalnego i w związku z tym nie jest możliwe wykazanie, które ze znisz-
czeń szpitala były wynikiem serbskiej odpowiedzi ogniowej. Niemniej uznano, że
przynajmniej część trafień nie miała związku z utratą przez szpital swojej funkcji,
a była elementem rozmyślnego ostrzału¹⁴⁷. Izba Apelacyjna MTKJ potwierdziła,
że obiekty szpitalne mogą tracić swój chroniony charakter, jeżeli zgodnie z art. 13
PD I służą do czynienia aktów szkodzących nieprzyjacielowi na czas użytku zbroj-
nego, pod warunkiem wystosowania uprzedniego ostrzeżenia z rozsądnym zakre-
sem czasowym. Izba podkreśliła, że szpital Koševo na czas ostrzału z jego terenu
mózdzierzy bośniackiej armii stał się legalnym celem wojskowym, jednak tylko
w wymiarze niezbędnym do wyeliminowania oporu wojskowego¹⁴⁸. Konkluzja II
instancji potwierdzała możliwość zmiany statusu obiektów o charakterze cywil-
nym bądź nawet specjalnie chronionym, jak szpitale, nie tylko przepisami samego
PD I, ale w pierwszej kolejności Konwencjami genewskimi z 1949 roku.

Na gruncie sprawy Galić Izba Orzekająca po raz pierwszy zetknęła się z za-
rzutem odnoszącym się do aktów przemocy mających na celu rozprzestrzenianie
terroru względem ludności cywilnej. Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej
Jugosławii wywiódł z treści przepisów art. 51 ust. 2 PD I, prac przygotowawczych
oraz historycznego rozwoju sformułowania „zbrodnia terroru”, że jest to jedno

146 „It is unclear whether manufacturing was still on-going at the time of the incident but in any case it is not reasonable to consider that the employees of such a manufacturing plant would be considered legitimate targets”. *Ibidem*, para. 495.

147 „Nevertheless, the evidence does reveal that, on occasions, the Kosevo hospital buildings themselves were directly targeted, resulting in civilian casualties, and that this fire was certainly not aimed at any possible military target”. *Ibidem*, para. 509.

148 „Therefore, the Trial Chamber erred in law in determining that fire on the hospital was «not aimed at any possible military target», because fire from the hospital turned it into a target. At the same time, however, military activity does not permanently turn a protected facility into a legitimate military target. It remains a legitimate military target only as long as it is reasonably necessary for the opposing side to respond to the military activity. Additionally, an attack must be aimed at the military objects in or around the facility, so only weaponry reasonably necessary for that purpose can be used. The Appeals Chamber must now review the Trial Chamber’s factual findings in light of the correct legal standard”. *Ibidem*, para. 346.

z naruszeń praw i zwyczajów wojennych, wskazując na jego znamiona jako aktu przemocy względem ludności cywilnej z zamiarem bezpośrednim kierunkowym szerzenia terroru wśród niewalczących¹⁴⁹. Wykluczało to możliwość przypisania zbrodni w sytuacji zamiaru ewentualnego – niezbędne było wykazanie na podstawie okoliczności przedmiotowo-podmiotowych, że sprawca nie tylko godził się na powstanie skutku w postaci efektu terrorystycznego, ale wprost zamierzał go osiągnąć¹⁵⁰. Istotną uwagą było także podkreślenie, że akty przemocy nie obejmują ataków skierowanych przeciwko legalnym celom wojskowym¹⁵¹. Interesująco obrona wywodziła, że zbrodnia terroru nie może być „wynikiem działań prowadzonych w obszarze miejskim zgodnie z prawem międzynarodowym”¹⁵². Pomimo że Izba Orzekająca nie odniosła się do tego postulatu wprost, to jednak porównanie znamion zbrodni ataku przeciwko ludności cywilnej oraz rozpowszechniania terroru potwierdza, że sam fakt nielegalnego prowadzenia działań zbrojnych, np. z użyciem środków mogących atakować bez rozróżnienia, nie musi prowadzić do automatycznej klasyfikacji danego ataku jako niosącego znamiona terrorystycznego.

Poważne konsekwencje wywołał ostrzał osób zgromadzonych 1 czerwca 1993 roku na doraźnie zorganizowanym turnieju piłkarskim, odbywającym się na zaadaptowanym parkingu w oddalonej od linii frontu dzielnicy Sarajewa. W trakcie ostrzału raniono lub zabito wiele osób z blisko 200-osobowego tłumu. W czasie procesu obrona oskarżonego wskazała, że wśród kibiców znajdowało się wielu żołnierzy bośniackich, stanowiących według różnych szacunków od 30 do 50% uczestników zawodów, jednak przyjęto, że atak na 200-osobowe zgromadzenie, w ramach którego znajdowało się wielu niewalczących, musiał prowadzić (z perspektywy *ante factum*) do możliwości powstania strat wśród ludności cywilnej o charakterze nadmiernym w stosunku do konkretnej, bezpośredniej i oczekiwanej korzyści wojskowej¹⁵³. Pogląd ten nie jest wolny od kontrowersji – zaznacza się

149 *Ibidem*, para. 113–134.

150 „«Primary purpose» signifies the mens rea of the crime of terror. It is to be understood as excluding dolus eventualis or recklessness from the intentional state specific to terror. Thus the Prosecution is required to prove not only that the Accused accepted the likelihood that terror would result from the illegal acts – or, in other words, that he was aware of the possibility that terror would result – but that that was the result which he specifically intended. The crime of terror is a specific-intent crime”. *Ibidem*, para. 136.

151 *Ibidem*, para. 135.

152 *Ibidem*, para. 82.

153 „Although the number of soldiers present at the game was significant, an attack on a crowd of approximately 200 people, including numerous children, would clearly be expected to cause incidental loss of life and injuries to civilians excessive in relation to the direct and concrete military advantage anticipated. In light of its finding regarding the source and direction of fire, and taking account of the evidence that the neighbourhood of Dobrinja, including the area of the parking lot, was frequently shelled from SRK positions, the Majority finds that the first scheduled shelling incident constitutes an example of indiscriminate shelling by the SRK on a civilian area”. *Ibidem*, para. 387.

w doktrynie, że MTKJ mógł popełnić błąd w stosowaniu tzw. równania proporcjonalności, myląc spodziewane straty o charakterze nadmiernym ze szkodami mającymi wymiar znaczący. Podnosi się, że okoliczność powstania nawet rozległych strat wśród niewalczących nie jest dowodem naruszenia zasady proporcjonalności podczas ataku – straty muszą być nadmierne (przypomnieć w tym miejscu należy, że art. 8 ust. 2 lit. b pkt iv Statutu MTK dodaje przymiotnik „wyraźnie”) w stosunku do konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej. Warto zwrócić uwagę, że wśród tłumu znajdowały się także osoby zajmujące wyższe stanowiska w bośniackich siłach zbrojnych. Ostateczne rezultaty ataku – według raportu bośniackiego – informowały, że w wyniku ataku zginęło bądź zostało rannych ok. 60 kombatanatów (w tym dowódca jednej z brygad broniących Sarajewa) i 40 cywilów¹⁵⁴. Powyższe ustalenia ujawniają interesujący konflikt perspektyw. Z jednej strony trybunał, oceniając atak *ante factum*, uznał, że ostrzelanie 200-osobowego tłumu mogło wywołać („ataki, co do których można przypuszczać”) nadmierne straty wśród ludności cywilnej w stosunku do uzyskanej korzyści wojskowej i atak ten powinien być oceniany jako nielegalny. Z drugiej strony uwzględniając skutki samego ataku (*post factum*), uznając kryterium wyłącznie ilościowe, należy zaznaczyć, że *prima facie* bombardowanie improvisowanego boiska sportowego nie spowodowało nadmiernych strat wśród ludności cywilnej. Należy jednakże zwrócić uwagę, że w perspektywie art. 51 ust. 5 pkt b PD I położony jest nacisk na posiadanie przypuszczenia powstania strat, które mogą być nadmierne. W tym kontekście MTKJ na gruncie sprawy Galić uznał, że nawet obecność wielu żołnierzy wśród 200 osób powoduje powstanie przypuszczenia o możliwości wystąpienia nieproporcjonalnego skutku. Warto jednakże odnieść się do treści art. 85 ust. 3 pkt b PD I, która stanowi, że jest niedozwolone podejmowanie ataku bez rozróżnienia ze świadomością, że taki atak spowoduje powstanie nadmiernych strat wśród ludności cywilnej¹⁵⁵. Oznacza to, że element zawinienia musi wystąpić już na przedpolu czynu zabronionego, ale jego przestępczym znamieniem nie jest przypuszczenie, lecz świadomość powstania nadmiernych strat wśród niewalczących, co wydaje się bardziej zastrzeżonym wymaganiami w stosunku do treści art. 51 ust. 5 pkt b PD I. Odrębnym zagadnieniem jest wskazane już wcześniej rozróżnienie pomiędzy pojęciami strat nadmiernych a znaczących, ujawniające w całej rozciągłości istotne praktyczne trudności w stosowaniu przedmiotowej zasady, które zostały usunięte jedynie w sposób pośredni w ramach orzeczenia Galić.

154 *Ibidem*, para. 386.

155 „This sub-paragraph 3(b), like sub-paragraph 3(c), adds the words «in the knowledge» to the common constitutive elements set out in the opening sentence: therefore there is only a grave breach if the person committing the act knew with certainty that the described results would ensue, and this would not cover recklessness”. Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Genewa 1997, para. 3479.

14.2. Kupreškić i pozorne bombardowanie celów wojskowych

Oceniając walki w Dolinie Lasava pomiędzy jednostkami serbskimi a bośniackimi, MTKJ zaznaczył, że obecność pojedynczych osób, które mogą być uznane za bezpośrednio uczestniczących w działaniach zbrojnych, nie może uzasadniać dokonywania rozległych ataków bez rozróżnienia, niewspółmiernych w stosunku do uzyskanej korzyści wojskowej¹⁵⁶. W innym miejscu orzeczenia wskazano, że ataki kierowane przeciwko legalnym celom wojskowym mogą być uznane za nielegalne, jeżeli są przeprowadzane za pośrednictwem nierozróżniających metod i środków prowadzenia walki w „taki sposób, by powodować straty wśród ludności cywilnej”¹⁵⁷. W istocie MTKJ wskazał na możliwość ujawnienia się w trakcie działań wojennych zjawiska tzw. ukrytego bombardowania bez różnienia, tj. kierowanego przeciwko celom wojskowym, przy okazji powodującym pewne straty w ludności cywilnej. Teoretyczne rozpoznanie tego zjawiska przez sędziów Izby Orzeczniczej natrafia jednakże na poważne wątpliwości praktyczne. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że nie istnieje w prawie międzynarodowym obowiązek wykorzystywania precyzyjnych środków walki – jedyną linią graniczną w tej mierze jest nakaz, aby środki te prowadziły do jednoczesnego rażenia celów wojskowych i obiektów cywilnych. Oznacza to spory zakres uznania walczących w zakresie doboru środka walki, które mogą dzielić środki na precyzyjne bądź też mniej precyzyjne, ale wciąż nienaruszające zasady rozróżnienia. W drugiej kolejności poważnym zagadnieniem jest także przy powstaniu określonych strat cywilnych ustalenie, czy są one nadmierne w stosunku do całościowej korzyści wojskowej płynącej np. z faktu zaatakowania kilku celów w ramach jednego obszaru zabudowanego. Po trzecie, powstaje zagadnienie związane z istnieniem strony podmiotowej.

Słynnym fragmentem orzeczenia Kupreškić są rozważania dotyczące charakteru represaliów w niemiędzynarodowym konflikcie zbrojnym. Uzasadniając istnienie zakazu w prawie zwyczajowym, Izba Orzekająca wskazała, że pomimo braku przekonującej praktyki państw, to *opinio iuris* „ma silniejsze oddziaływanie niż *usus* z uwagi na charakter klauzuli Martensa”¹⁵⁸. Rozstrzygnięcie to budzi wie-

156 „The point which needs to be emphasised is the sacrosanct character of the duty to protect civilians, which entails, amongst other things, the absolute character of the prohibition of reprisals against civilian populations. Even if it can be proved that the Muslim population of Ahmici was not entirely civilian but comprised some armed elements, still no justification would exist for widespread and indiscriminate attacks against civilians. Indeed, even in a situation of full-scale armed conflict, certain fundamental norms still serve to unambiguously outlaw such conduct, such as rules pertaining to proportionality”. ICTY, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić...*, para. 513.

157 „In addition, attacks, even when they are directed against legitimate military targets, are unlawful if conducted using indiscriminate means or methods of warfare, or in such a way as to cause indiscriminate damage to civilians”. *Ibidem*, para. 524.

158 „Admittedly, there does not seem to have emerged recently a body of State practice consistently supporting the proposition that one of the elements of custom, namely *usus* or diu-

le kontrowersji¹⁵⁹. Z jednej strony uznaje się wyższość paradygmatu wynikającego z preambuły do IV Konwencji haskiej z 1907 roku, która powinna determinować i potwierdzać istnienie ważnych z punktu widzenia wymagań ludzkości standardów, jak np. wspomniany wyżej zakaz represaliów¹⁶⁰. Z drugiej podnosi się, że rozstrzygnięcie powyższe wprost narusza dwuelementową definicję zwyczaju¹⁶¹. T. Meron, komentując zakres zwyczajowego charakteru PD I, wskazał, że nie ma wątpliwości, że „zwyczaj musi być rozpoznany jako wiążący przez państwa, a praktyka musi wykazywać w tej mierze kompatybilność”¹⁶².

Oprócz wywiedzenia przez skład Izby Orzekającej możliwości powstania zwyczajowego prawa międzynarodowego bez uwzględnienia elementu *usus* z uwagi na wartość normatywną klauzuli Martensa, odwołanie się do preambuły IV Konwencji haskiej z 1907 roku miało miejsce w kontekście zasady proporcjonalności i analizy tzw. łącznych efektów wynikających z ataku na cel wojskowy, które powodują powstanie incydentalnych strat i zniszczeń wśród ludności cywilnej. Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii wskazał, że w pewnych okolicznościach ciąg ataków znajdujący się w „szarej strefie pomiędzy niekwestionowaną legalnością a bezprawiem” może być „łącznie” uznany za niespełniający wymagań prawa międzynarodowego, wynikających m.in. „ze względów humanitaryzmu”¹⁶³. Powyższy pogląd jest interesujący – biorąc pod uwagę, że

turnitas has taken shape. This is however an area where opinio iuris sive necessitatis may play a much greater role than usus, as a result of the aforementioned Martens Clause. In the light of the way States and courts have implemented it, this Clause clearly shows that principles of international humanitarian law may emerge through a customary process under the pressure of the demands of humanity or the dictates of public conscience, even where State practice is scant or inconsistent”. *Ibidem*, para. 527.

159 N. Hayashi, *The Martens Clause and Military Necessity*, [w:] H. Hensel (red.), *The Legitimate Use of Military Force: The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict*, Aldershot 2008, s. 148. Np. R. Dolzer zwrócił uwagę, że nowoczesna formuła klauzuli Martensa znajdująca się w treści art. 1 ust. 2 PD I dotyczy jedynie zagadnień nieunormowanych przepisami PD I – co pozostawia poza jej zakresem obligację znajdujące się w treści PD I. R. Dolzer, *Commentary: Part V*, „International Law Studies” 2002, vol. 78, s. 358.

160 J. Sarkin, *Colonial Genocide and Repreations Claims in the 21st Century: The Socio-Legal Context of Claims under International Law by the Herere against Germany for Genocide in Namibia 1904–1908*, Londyn 2009, s. 92; R. Kolb, R. Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford 2008, s. 62–63.

161 A. Clapham, P. Gaeta, M. Sassòli, *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford 2016, para. 88.

162 T. Meron, *To what Extent is Protocol I Customary International Law?*, „International Law Studies” 2003, vol. 78, s. 340.

163 „As an example of the way in which the Martens clause may be utilised, regard might be had to considerations such as the cumulative effect of attacks on military objectives causing incidental damage to civilians. In other words, it may happen that single attacks on military objectives causing incidental damage to civilians, although they may raise doubts as to their lawfulness, nevertheless do not appear on their face to fall foul per se of the loose prescriptions of Articles 57 and 58 (or of the corresponding customary rules). However, in

zgodnie z treścią zastrzeżeń interpretacyjnych zgłoszonych w ramach art. 52 i 57 PD I korzyść wojskowa płynąca z ataków na cele wojskowe powinna uwzględniać całość (w domyśle sumę) wszystkich elementów o charakterze korzystnym dla działalności wojskowej, to *a contrario* powinna również wykazywać całość strat towarzyszących wśród niewalczących.

14.3. Milan Martić – wykorzystanie broni kasetowej w obszarze zaludnionym

2 i 3 maja 1995 roku prezydent tzw. Republiki Serbskiej Krajiny (RSK) Milan Martić wydał rozkaz zbombardowania Zagrzebia. Za ten czyn został postawiony w stan oskarżenia przez Prokuratora MTKJ, który zarzucał mu popełnienie zbrodni wojennej polegającej na atakowaniu ludności cywilnej, stosownie do przepisów art. 51 ust. 2 PD I, art. 13 ust. 2 PD II i art. 3 Statutu MTKJ. Ponadto należy podnieść, że czyn oskarżonego został zakwalifikowany jako czynienie z winy umyślnej ludności cywilnej przedmiotem ataku, tj. wskazany na gruncie art. 85 ust. 3 pkt a PD I¹⁶⁴. Oskarżonemu nie zarzucono wprost naruszenia dyspozycji art. 85 ust. 3 pkt b PD I stanowiącego o zakazie prowadzenia ataków bez rozróżnienia – uznano to za uprzedni czyn współkarany, który jest konsumowany przez dyspozycję art. 85 ust. 3 pkt a PD I. W uzasadnieniu oskarżenia wskazano, że ataki prowadzone bez rozróżnienia na cele cywilne oraz wojskowe mogą być kwalifikowane jako ataki kierowane bezpośrednio względem ludności cywilnej, a jednym z determinantów powyższego zamiaru u oskarżonego było wykorzystywanie w ramach operacji wojskowej uzbrojenia rażącego bez rozróżnienia takiego jak wyrzutnie raketowe na amunicję kasetową¹⁶⁵. Odwołano się w ten sposób do standardu określonego na gruncie spraw Galić oraz Blaskić, gdzie ustalano postać strony podmiotowej na podstawie ogółu okoliczności przedmiotowych i podmiotowych danego czynu, analizując sposób i rodzaj wykorzystanych środków bojowych, rozmieszczenie celów wojskowych oraz obecność osób cywilnych¹⁶⁶. Na gruncie prowadzonego postępowania obrońcy oskarżonego wskazywali, że przedmiotem ataku były budynki administracji publicznej, obrony narodowej, lotnisko oraz pałac prezydencki. Izba

case of repeated attacks, all or most of them falling within the grey area between indisputable legality and unlawfulness, it might be warranted to conclude that the cumulative effect of such acts entails that they may not be in keeping with international law". ICTY, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić...*, para. 526.

164 ICTY, *Prosecutor v. Milan Martić*, Judgement of 12 June 2007, IT-95-11-T.

165 *Ibidem*, para. 39.

166 „In particular, indiscriminate attacks, that is attacks which affect civilians or civilian objects and military objects without distinction, may also be qualified as direct attacks on civilians. In this regard, a direct attack against civilians can be inferred from the indiscriminate character of the weapon used". *Ibidem*, para. 69.

Orzekająca MTKJ dostrzegła, że część z obiektów mających charakter celów wojskowych została faktycznie trafiona w ramach bombardowania, ale uznała ten fakt za irrelevantny w świetle charakterystyki wyrzutni raketowej M-87 Orkan. Specyfikacja zestawu raketowego obejmowała możliwość wykonania salwy z użyciem broni kasetowej, która wystrzelona z odległości 50 km posiadała margines błędu sięgający ok. 1 km¹⁶⁷. Z uwagi na fakt użycia broni w ramach granicznego zasięgu rażenia, znaczący rozrzut oraz 2-hektarowy obszar rażenia bombami kasetowymi Izba Orzekająca uznała zestaw M-87 Orkan za niezdolny do trafienia określonych celów. Ponadto stwierdzono, że środek ten nie jest zdolny do przestrzegania zasady rozróżniania (*M-87 Orkan is an indiscriminate weapon*), którego wykorzystanie w gęsto zaludnionym obszarze takim jak Zagrzeb prowadzi do powstania strat wśród niewalczących¹⁶⁸. W efekcie uznano oskarżonego za winnego zbrodni wojennej w postaci umyślnego, bezpośredniego ataku na ludność cywilną wykonanego za pośrednictwem środka mogącego razić bez rozróżnienia w rozumieniu art. 3 Statutu MTKJ¹⁶⁹.

Stanowisko MKTJ pomimo co do zasady słuszności rozstrzygnięcia ma wadę w treści jego uzasadnienia. Bez wątpienia dobranie artylerii strzelającej salwami składającymi się z broni kasetowej jako środka do niszczenia celów wojskowych w ramach gęsto zaludnionego obszaru – biorąc pod uwagę fakt granicznego zasięgu broni oraz jej znacznego rozrzutu – dyskwalifikował możliwość jej wykorzystania w konkretnych warunkach istniejących 2–3 maja 1995 roku¹⁷⁰. Jednakże niedopuszczalną konstatacją Izby Orzeczniczej jest zakwalifikowanie wyrzutni raketowej M-87 Orkan jako *indiscriminate weapon* bez uwypuklenia, że wniosek ten jest czyniony wyłącznie na gruncie sprawy Martić¹⁷¹. Konkluzja MTKJ może wprowadzać w tej mierze błąd jako przykład *per se* zdelegalizowania

167 *Ibidem*, para. 461–462.

168 „Moreover, the Trial Chamber notes the characteristics of the weapon, it being a non-guided high dispersion weapon. The Trial Chamber therefore concludes that the M-87 Orkan, by virtue of its characteristics and the firing range in this specific instance, was incapable of hitting specific targets. For these reasons, the Trial Chamber also finds that the M-87 Orkan is an indiscriminate weapon, the use of which in densely populated civilian areas, such as Zagreb, will result in the infliction of severe casualties”. *Ibidem*, para. 463.

169 „Having regard in particular to the nature of the M-87 Orkan and the finding that Milan Martić knew of the effects of this weapon, the Trial Chamber finds that Milan Martić wilfully made the civilian population of Zagreb the object of this attack. Milan Martić therefore incurs individual criminal responsibility under Article 7(1) of the Statute for Count 19, attacks on civilians under Article 3”. *Ibidem*, para. 472.

170 S. Darcy, *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law*, Cambridge 2014, s. 202–203.

171 C. De Cock, *Legal Implications Surrounding Operation „Ihherent Resolve” in Iraq and Syria*, „Israel Yearbook on Human Rights” 2017, vol. 47, s. 128; D. Turns, *Weapons in the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, „Journal of Conflict and Security Law” 2006, vol. 11, s. 216.

zestawu raketowego M-87 Orkan¹⁷². Oczywiście jest, że w okolicznościach wojny prowadzonej w warunkach zurbanizowanych orzeczenie powinno sygnalizować, że ewentualna decyzja dowodzącego operacją powietrzną o wyposażeniu wojskowego statku powietrznego w uzbrojenie o charakterze kasetowym jest wielce ryzykowna i przy dużym zagęszczeniu ludności cywilnej na obszarze planowanego ataku może z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością być traktowane jako wykorzystanie metody ataku bez różnienia.

Oskarżony próbował wzruszyć powyższe ustalenia Izby Orzeczniczej, podnosząc, że wyrzutnia raketowa Orkan była zdolna do trafienia konkretnego celu z dalszej odległości¹⁷³. Zarzut ten został odrzucony. Częściowej korekty poglądu wyrażonego w pierwszej instancji dokonała Izba Apelacyjna MTKJ, która wskazała, że system M-87 Orkan był środkiem rażącym bez rozróżnienia, niezdolnym do atakowania konkretnych celów w warunkach sprawy Martić¹⁷⁴.

14.4. Dragomir Milošević – bomby paliwowo-powietrzne, stacja TV jako cel wojskowy

Podczas bombardowań obszaru Sarajewa przez wojska Republiki Serbskiej wykorzystywano w ramach operacji obłężniczych specjalne zmodyfikowane bomby powietrzne o wadze od 100 do 250 kg¹⁷⁵. Część z pocisków była montowana jako element zestawów raketowych i wystrzeliwana naziemnie. Jednym z typów uzbrojenia zrzuconych na miasto była bomba paliwowo-powietrzna typu FAB-250, która zasadniczo swoją destrukcyjną siłę opiera na wielkiej różnicy ciśnień. Izba Orzekająca wskazała, że użycie zmodyfikowanych bomb lotniczych narażało ludność cywilną Sarajewa z uwagi na okoliczność, że była to broń nieprecyzyjna powodująca

172 G. Nystuen, *A New Treaty Banning Cluster Munitions: The Interplay between Disarmament Diplomacy and Humanitarian Requirements*, *Security: A Multidisciplinary Normative Approach*, Leiden 2009, s. 139; S. Sivankumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford 2012, s. 392.

173 „He argues that the M-87 Orkan is precise, even from a long distance, the targets aimed at were large and similar weapons have been used by many armies in the recent past. Martić claims further that the Prosecution's expert witnesses were not experienced in relation to the use of the M-87 Orkan and that they used outdated material and disregarded relevant information”. ICTY, *Prosecutor v. Martić*, Appeals Chamber Judgment, 8 October 2008, IT-95-11-1-A, para. 239.

174 „For the foregoing reasons, Martić has not demonstrated that the Trial Chamber erred when it found that the M-87 Orkan was an indiscriminate weapon, incapable of hitting specific targets in the circumstances of the case as presented before the Trial Chamber”. *Ibidem*, para. 252.

175 „The Trial Chamber finds that air bombs were modified in order to enable their launch from the ground. It is also established that some of these modified air bombs carried fuel-air explosives, rather than only TNT”. ICTY, *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, Trial Chamber Judgement, 12 December 2007, IT-98-29/1-T, para. 107.

rozległe zniszczenia¹⁷⁶. Ponadto wskazano, że stosowanie tego typu uzbrojenia przez oskarżonego potwierdza działanie z zamiarem kierunkowym polegającym na rozpowszechnianiu terroru wśród ludności cywilnej oblężonego miasta (stanowisko to zostało uwypuklone przez Izbę Apelacyjną), poprzez atakowanie jej bezpośrednio bądź wskutek niedbalstwa¹⁷⁷. W II instancji MTKJ wskazał dodatkowo, że w jego ocenie zmodyfikowane bomby paliwowo-powietrzne były nie tylko nieprecyzyjne, ale także niepoddające się kontroli (*even described as uncontrollable*)¹⁷⁸.

Pomimo że użycie bomb lotniczych przez siły lądowe było jedynie epizodem w sprawie Dragomira Miloševića (wpływającym za zaostrenie odpowiedzialności karnej), to jednak znowu Izba Orzekająca wskazała, że uzbrojenie to bez rozróżnienia może razić cele wojskowe i cywilne bez wyraźnego zastrzeżenia, że to dotyczy okoliczności związanych z oblężeniem Sarajewa w okresie wojny domowej w byłej Jugosławii. Na marginesie sprawy Milošević warto zwrócić uwagę, że na gruncie sprawy Blaskić Izba Orzekająca MTKJ uwolniła oskarżonego od zarzutu zbrodni przeciwko ludzkości, wskazując, że podczas ataku za pośrednictwem prowizorycznych bomb na osady zamieszkane przez Bośniaków nie zostało dowiedzione, aby atak ten obejmował swoim *means rea* konsekwencję użycia broni przeciwko ludności cywilnej¹⁷⁹.

176 „Moreover, the Accused introduced to the Sarajevo theatre, and made regular use of, a highly inaccurate weapon with great explosive power: the modified air bomb. It is plain from the evidence that the indiscriminate nature of these weapons was known within the SRK. The modified air bombs could only be directed at a general area, making it impossible to predict where they would strike. Each time a modified air bomb was launched, the Accused was playing with the lives of the civilians in Sarajevo. The psychological effect of these bombs was tremendous”. *Ibidem*, para. 1001.

177 „The use of the modified air bombs is another clear indication of the Accused’s intent to spread terror. The highly destructive force and the psychological effects these bombs had on the civilian population were obvious to anyone. The decision by the Accused to use modified air bombs against civilian targets can, therefore, only be interpreted as demonstrating the intent to spread terror”. *Ibidem*, para. 970.

178 „On the basis of this evidence coupled with the established fact that Milošević was directly involved in the use and deployment of air modified bombs and issued orders regarding their use from as early as August 1994, the Appeals Chamber finds that it was not unreasonable for the Trial Chamber to conclude beyond reasonable doubt that all the shelling involving modified air bombs and mortars fired by the SRK in Sarajevo during the Indictment period could only occur pursuant to Milošević’s orders. Furthermore, considering that modified air bombs were a highly inaccurate weapon, sometimes even described as uncontrollable, yet with extremely high explosive force, the Appeals Chamber finds that it was not unreasonable to establish that Milošević possessed the required *mens rea* for ordering the crimes of terror and crimes against humanity, either deliberately targeting civilians or attacking them indiscriminately”. ICTY, *Prosecutor v. Dragomir Milosević*, Appeals Chamber, Judgement 12 November 2009, IT-98-29/1-A, para. 273.

179 „however, does not satisfy beyond reasonable doubt the standard of *mens rea* pronounced by the Appeals Chamber in this Judgement, that the Appellant was aware of a substantial likelihood that «baby bombs» would be used against Muslim civilians or their property during the attack of 18 July 1993”. ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Baskić*, Judgement 3 March 2000, IT-95-14-T, para. 465.

W ramach powyższego postępowania Izba Orzekająca badała także incydent z 28 czerwca 1995 roku związany z atakiem serbskiej artylerii na budynek bośniackiej stacji telewizyjnej, który spowodował obrażenia u ok. 30 osób. W trakcie postępowania ustalono, że o ile w samym obiekcie nie znajdował się bośniacki personel wojskowy, o tyle w rejonie bezpośrednio przylegającym rozstrzelano jednostki artylerii. Zeznający w trakcie postępowania personel misji ONZ wskazał, że w jego ocenie bliskość bośniackich moździerzy wprowadzała znaczne niebezpieczeństwo powstania strat towarzyszących wobec okolicznych budowli¹⁸⁰. Pomimo powyższego Izba Orzekająca oraz Apelacyjna stwierdziły, że budynek stacji TV był bombardowany umyślnie oraz miał wyłącznie cywilny charakter¹⁸¹. Konkluzja MTKJ wydaje się w znacznym stopniu kontrowersyjna z dwóch powodów. Po pierwsze, zakwalifikowanie stacji TV jako obiektu cywilnego stoi w sprzeczności ze stanowiskiem doktryny i historycznym poglądem na uznawanie stacji radiowo-telewizyjnych jako z natury celów wojskowych (patrz uzasadnienie decyzji procesowej Urzędu Prokuratorskiego MTKJ w sprawie analizy nalotów NATO na Serbię w 1999 roku). Nawet jeżeli Izba Orzekająca nie akceptowała powyższego poglądu, to w dalszym ciągu przedmiotem postępowania dowodowego powinno być ustalenie, czy stacja TV poprzez swoje „wykorzystanie” nie utraciła statusu dobra cywilnego, np. przez nadawanie określonego charakteru audycji bądź też udostępnianie swoich łączów telewizyjnych na potrzeby sił zbrojnych. Po drugie, ze szczególną ostrożnością należy podejść do poglądu, że stacja TV była faktycznie bezpośrednim przedmiotem ataku artyleryjskiego, jeżeli wokół niej znajdowały się rozmieszczone w pobliżu cele wojskowe¹⁸².

14.5. Slobodan Praljak i klasyfikacja mostów jako celów wojskowych

W ramach działań wojennych toczących się wokół Mostaru w 1992 roku zniszczeniu bądź uszkodzeniu uległo wiele obiektów, w tym także uznany za zabytek klasy światowej Stary Most w Mostarze, znajdujący się nad rzeką Neretwa, która była

180 „However, Lt. Col. Fortin testified that there were ABiH mortars in the vicinity, in a field 500 metres north of and behind the TV Building. He thought that the ABiH mortars could not be seen. During cross-examination, he agreed that the ABiH placed heavy weapons close to UNPROFOR positions. He also agreed with the Defence that there were densely-populated areas around mortar positions and that, by placing mortars there, one would «run into the problem of collateral damage»”. ICTY, *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, Trial Chamber, para. 583.

181 „There is abundant evidence of the Accused planning and ordering the shelling of civilian areas, including, in particular, the TV Building and the shelling of Hrasnica on 7 April 1995”. *Ibidem*, para. 964.

182 „On the basis of the evidence, the Trial Chamber is satisfied that on 28 August 1995, a modified air bomb hit the TV Building and exploded. There was no real challenge by the Defence that it was a modified air bomb that hit the TV Building”. *Ibidem*, para. 618.

jednocześnie linią frontu. Prokurator MTKJ oskarżył o dokonanie destrukcji jednostki chorwackiej znajdujące się pod dowództwem Slobodana Praljaka. Obrona oskarżonego wywodziła, że most był wykorzystywany przez jednostki bośniackie do celów wojskowych, w tym przerzutu materiałów oraz sprzętu wojskowego¹⁸³. Z drugiej strony zniszczenie obiektu wywołało znaczące skutki także dla okolicznej ludności cywilnej, odcinając ją od dostaw żywności oraz pomocy medycznej¹⁸⁴. Dokonanie jednoznacznych ustaleń było jednakże w tej mierze utrudnione faktem, że tzw. Stary Most zawalił się wskutek uszkodzeń wiele miesięcy po opuszczeniu stanowiska dowódczego przez oskarżonego (9 listopada 1993 roku) oraz jego konstrukcja była już nadwyreżona wskutek intensywnego ostrzału serbskiej artylerii w okresie wcześniejszym, a także wskutek wymiany ognia pomiędzy jednostkami chorwackimi oraz bośniackimi. Szczegółowo analizowano incydent z 8 listopada 1993 roku, gdy chorwacki czołg ostrzelał ok. 15 pociskami fundamenty mostu, co zostało uwiecznione na nagraniu video. Ostatecznie Izba Orzekająca ustaliła, że zniszczenie mostu przynosiło korzyść strategiczną dla jednostek chorwackich, jednocześnie powodując poważne konsekwencje względem ludności cywilnej oraz upadek morale¹⁸⁵.

Zwraca jednakże uwagę, że w ramach analizy dokonanej przez I instancję MTKJ nie dokonano żadnych ustaleń, ograniczając się jedynie do zrekonstruowania stanu faktycznego. Stało się to pomimo interesującego zagadnienia dotyczącego tzw. obiektów podwójnego zastosowania, zdefiniowania mostu jako celu wojskowego, rozstrzygnięcia, czy w chwili jego zniszczenia siły serbskie uzyskały konkretną korzyść wojskową. Dodatkowym elementem była szczególna wartość obiektu jako zabytku, co mogło również wprowadzić element rozważań związany z granicą ochrony obiektów tego typu przed efektami działań wojennych i utratą jego ochronnego charakteru wskutek wykorzystywania jego konstrukcji przez oddziały bośniackie. Izba Orzekająca częściowo zasygnalizowała, że przyjmuje do wiadomości okoliczność, że zniszczenie Starego Mostu w Mostarze przyniosło wymierną korzyść strategiczną (co sugeruje, że analiza konsekwencji ataku nie była wykonana jedynie *per casu*, lecz obejmowała także atak rozumiany jako całość) w świetle art. 52 ust. 2 PD I. W innym miejscu orzeczenia I instancja MTKJ wywiodła, że most stanowił cel wojskowy dla oddziałów chorwackich¹⁸⁶.

183 „Although there were other ways of getting from one bank to the other, the Chamber considers that the Old Bridge was essential to the ABiH for the combat activities of its units on the front line, for evacuations and for sending troops, provisions and materiel and that it was used for this purpose”. ICTY, *Prosecutor v. Prlić et al.*, Trial Chamber Judgement of 29 May 2013, IT-04-74-T, para. 1290.

184 *Ibidem*, para. 1293.

185 *Ibidem*, para. 1357.

186 „The Chamber therefore found that the Old Bridge indeed constituted a military target for the HVO, but that the impact of its destruction on the Muslim civilian population of Mostar was disproportionate to the concrete military advantage to be gained by its destruction”. *Ibidem*, para. 175.

Nie wskazano jednakże, na podstawie której z przesłanek określonych na gruncie art. 52 ust. 2 PD I zdecydowano się zakwalifikować konstrukcję jako cel wojskowy – czy z uwagi na jej naturę, czy przeznaczenie. Jak słusznie zauważył R. Bartels, istnieją fundamentalne różnice pomiędzy treścią streszczenia wyroku (*Trial Chamber Judgement Summary*), w którym na stronie 3 wskazano, że „pomimo uznania Starego Mostu w Mostarze za legalny cel wojskowy, jego zniszczenie spowodowało nieproporcjonalne skutki względem ludności cywilnej”, czego próżno szukać w treści niezwykle obszernego (ok. 2500 stron) orzeczenia¹⁸⁷. W szczególności w wyroku Izby Orzekającej nie ma żadnego odwołania do szacowania spodziewanej, konkretnej i określonej korzyści wojskowej w stosunku do strat wśród ludności cywilnej¹⁸⁸. Byłoby to o tyle interesujące, że szacowanie to nie miałoby wymiaru dotyczącego samych konsekwencji ataku w sposób bezpośredni, ale obejmowałoby także kontekst pośrednich konsekwencji płynących dla niewalczących.

14.6. Gotovina – nieuzasadnione niszczenie miejscowości oraz bombardowanie bez rozróżnienia

Latem 1995 roku chorwackie siły zbrojne pod dowództwem gen. Ante Gotoviny rozpoczęły operację „Sztorm” wymierzoną przeciwko serbskiej obecności w regionie Krajiny. W ramach działań wojennych od 4 do 5 sierpnia 1995 roku chorwacka artyleria bombardowała cztery miasta zamieszkane przez ludność serbską (Knin, Benkovac, Gračac oraz Obrovac). W głośnym (ze względu na wymóg uprzedniego wydania Gotoviny i innych zbrodniarzy wojennych jako jednego z warunków akcesji Chorwacji do Unii Europejskiej) i kontrowersyjnym (z uwagi na osobę bardzo popularnego w chorwackim społeczeństwie generała, a także oczekiwania społeczności serbskiej) procesie Prokuratura MTKJ oskarżała dowódców operacji „Sztorm”

187 „On 8 November 1993, as part of the offensive, an HVO tank fired throughout the day at the Old Bridge until it was unusable and on the verge of collapse. The Bridge then collapsed on the morning of 9 November 1993. The Chamber finds, by a majority, with the Presiding Judge dissenting, that although the Bridge was used by the ABiH and thus constituted a legitimate military target for the HVO, its destruction caused disproportionate damage to the Muslim civilian population of Mostar”. ICTY, *Judgement Summary for Jadranko Prlić and others*, The Hague, 29 May 2013.

188 „Furthermore, the Chamber did not balance the anticipated military advantage that the HVO would achieve by destroying the bridge and the expected damage to the bridge itself and/or the civilians. As discussed above, it would not be the first time that a chamber makes conclusions as to the disproportionate nature of an attack without actually having applied the proportionality principle to the facts of the case. Yet, this is the most striking thing: the Trial Chamber in Prlić did not conclude that the destruction of the bridge was disproportionate!”. R. Bartels, *Prlić et al.: The Destruction of the Old Bridge of Mostar and Proportionality*, <https://www.ejiltalk.org/prlic-et-al-the-destruction-of-the-old-bridge-of-mostar-and-proportionality/> (dostęp: 2.01.2021).

o bezmyślne niszczenie miast i miejscowości w sposób nieuzasadniony koniecznością wojskową – tj. zbrodnię wojenną w rozumieniu art. 3 lit. b Statutu MTKJ. Skutek ten w ocenie oskarżyciela był wynikiem bombardowania artyleryjskiego o charakterze bez rozróżnienia, co powoduje, że przedmiotowe orzeczenie zawiera interesujące zagadnienia z perspektywy prawa bombardowań powietrznych.

Pierwszym zagadnieniem, jakie było przedmiotem rozpoznania przez Izbę Orzecniczą MTKJ, było ustalenie legalności wykorzystania nieprecyzyjnych środków artyleryjskich takich jak wyrzutnie BM-21 Grad. W tym kontekście, co istotne, stwierdzono, że pomimo iż stosowanie zestawu raketowego Grad posiada mniejszą dokładność niż konwencjonalne haubice oraz moździerze, to wykorzystanie go podczas bombardowania miasta Knin nie nosiło znamion bez rozróżnienia¹⁸⁹. Izba Orzekająca także doszukiwała się możliwości spełnienia przez zestawy wielolufowych wyrzutni raketowych ubocznego skutku psychologicznego polegającego na oddziaływaniu na ludność cywilną, ale nie była w stanie dokonać tutaj wiążących ustaleń. Konstatacja Izby Orzecniczej w kontekście legalności stosowania wyrzutni wielolufowej typu BM-21 Grad (oparta na opinii powołanych biegłych z zakresu artylerii i balistyki) wskazuje, że sędziowie nie tylko uznali powyższy typ uzbrojenia za legalny środek prowadzenia walki, ale także w warunkach bombardowania miejscowości Knin 4 i 5 sierpnia 1995 roku za legalną metodę prowadzenia ostrzału¹⁹⁰.

Drugim istotnym elementem było zdeterminowanie rzeczywistego przedmiotu ataku wykonywanego za pośrednictwem armat, haubic oraz zestawów BM-21 Grad. By określić, czy powyższe środki były faktycznie nakierowane na cele wojskowe, Izba Orzekająca MTKJ zdecydowała się dokonać analizy geograficznej i odległościowej względem miejsc upadku pocisków (kraterów bądź innych pozostałości) i jednoczesnego położenia celów wojskowych w rozumieniu art. 52 ust. 2 PD I. Ustalając powyższe parametry, uwzględniono także możliwy margines błędu (dopuszczalnego rozrzutu) broni, uznając jednocześnie, że pociski upadły w promieniu 200 metrów od lokalizacji celu wojskowego były wystrzelone z zamiarem trafienia w ten cel¹⁹¹. Ustalenie tzw. standardu 200 metrów nastąpiło wbrew

189 „According to Konings and Corn, this method of fire can, depending on the target and the intended effect, be used for a military purpose or to psychologically harass civilians. The evidence does not establish the locations of impacts of the artillery projectiles which the HV fired at defined intervals. Under these circumstances, the Trial Chamber is unable to conclude from the use of this method of fire whether the artillery projectiles fired in this manner were intended to harass civilians or to disrupt the SVK. Further, based primarily on the testimony of expert Corn, the Trial Chamber considers that although MBRLs are generally less accurate than Howitzers or mortars, their use by the HV in respect of Knin on 4 and 5 August 1995 was not inherently indiscriminate”. ICTY, *Prosecutor v. Ante Gotovina et al.*, Trial Chamber Judgement of 15 April 2011, IT-06-90-T, para. 1897.

190 *Ibidem*.

191 „Evaluating all of this evidence, the Trial Chamber considers it a reasonable interpretation of the evidence that those artillery projectiles which impacted within a distance of 200 metres of an identified artillery target were deliberately fired at that artillery target”. *Ibidem*, para. 1898.

rozbieżnym ocenom biegłych, którzy uznawali za bardziej zasadne wskazanie granicy 400 metrów. Podczas analizy stanu faktycznego zaznaczono, że chorwacka artyleria wystrzeliła łącznie 900 pocisków podczas ataku na Knin, atakując wiele celów wojskowych takich, jak: kwatery główna, koszary, miejsce postoju gen. Marticia, stacja policji, budynek poczty, skrzyżowanie drogowe, rejon znajdujący się w pobliżu szkoły stanowiący miejsce rozlokowania zespołu serbskich moździerzy. W kontekście art. 52 ust. 2 PD I i jego wymagań względem klasyfikacji celów wojskowych, oprócz celów mogących być przedmiotem ataku z natury, takich jak koszary i miejsca stanowisk ogniowych, uznano za legalny atak na cel ze względu na swoje rozmieszczenie skrzyżowanie, którego zniszczenie miało utrudnić przemieszczanie się serbskich rezerw¹⁹². Ponadto MTKJ wskazał, że miejsce pobytu gen. Marticia z uwagi na jego kierowniczą rolę w aparacie wykonawczym i wojskowym dopuszczało możliwość zaatakowania tej lokalizacji¹⁹³. Podobny wniosek został wyrażony względem fabryki materiałów oraz części amunicji¹⁹⁴.

Około 50 pocisków z 900 wystrzelonych trafiło w odległościach większych niż 200 metrów od legalnych punktów celowania. Izba Orzekająca uznała, że nie mogą to być błędy bądź niedokładności wynikające z technicznych uwarunkowań wpływających na rozrzut broni, a brakuje innych przesłanek uznających bombardowanie tych obszarów (wskutek braku celów wojskowych) za dowód umyślnego atakowania rejonów oraz obiektów o charakterze niewojskowym przez chorwacką artylerię¹⁹⁵. Odrzucono także teorię tzw. spontanicznego ognia, związanego z bieżącym ostrzeliwaniem mobilnych celów wojskowych należących do jednostek serbskich, niezwiązanych ze stałymi (*fixed*) celami wojskowymi. Krytyczną analizą objęto również poranny ostrzał rezydencji Marticia 4 sierpnia 1995 roku – pomimo tego, że była ona legalnym celem wojskowym, uznano, że lokalizacja obiektu w granicach dzielnicy mieszkalnej powodowała, że ostrzeliwanie domniemanego miejsca postoju serbskiego dowódcy było „nadmierne ryzykowne w stosunku do oczekiwanej korzyści wojskowej” i jest dowo-

192 „Thus, regardless of the presence of the SVK operational forces in the Northern barracks, disrupting or denying the SVK’s ability to make use of this intersection and move through Knin could offer a definite military advantage. Under these circumstances, the Trial Chamber considers that the evidence allows for the reasonable interpretation that the HV may have determined in good faith that firing at the intersection would have offered a definite military advantage”. *Ibidem*, para. 1900.

193 „Further, given Martić’s position within the RSK and SVK, the Trial Chamber is satisfied that firing at his residence could disrupt his ability to move, communicate, and command and so offered a definite military advantage, such that his residence constituted a military target”. *Ibidem*, para. 1899.

194 „TVIK factory was a logistics supply facility and ammunition components production facility, then harassing fire at this factory could degrade the SVK’s ability to use the resources stored there to re-supply forces engaged in combat”. *Ibidem*, para. 1902.

195 *Ibidem*.

dem braku podjęcia przez stronę chorwacką podstawowych środków ostrożności ludności cywilnej podczas ostrzału celu wojskowego¹⁹⁶. W efekcie, pomimo okoliczności, że tylko nieliczne obiekty o charakterze cywilnym zostały rzeczywiście trafione, Izba Orzekająca uznała, że bombardowanie miejscowości Knin nosiło znamiona tzw. pozornego bombardowania bez rozróżnienia¹⁹⁷ – w istocie obok ataków kierowanych na legalne cele wojskowe dochodziło także do jednoczesnego uderzenia na „obszary cywilne”¹⁹⁸. Ostateczną konstatacją I instancji było stwierdzenie, że artyleria chorwacka traktowała miejscowość jako jeden cel, w efekcie uznając ten atak za mający charakter bez rozróżnienia oraz jako element systematycznego i rozległego planu wymierzonego w serbską ludność cywilną zamieszkującą region Krajiny¹⁹⁹. W przypadku ostrzału miejscowości Benkovac Izba Orzekająca ustaliła ponadto, że „nie istnieje jednoznaczna możliwość ustalenia miejsc upadku pocisków względem obiektów cywilnych, to jednakże nie ma wątpliwości, że nawet niewielka liczba pocisków artyleryjskich może mieć znaczący wpływ na morale ludności cywilnej”²⁰⁰. Podobne ustalenia zostały poczynione w przypadku pozostałych miejscowości, gdzie bombardowania łączył wspólny mianownik w postaci zamiaru wyparcia serbskiej ludności cywilnej z rejonu Krajiny.

Obrona Gotoviny, wywodząc apelację od wyroku skazującego, podniosła szereg zarzutów związanych z faktem braku uwzględnienia elementu stanu faktycznego, jakim było stwierdzenie, że 95% wystrzelonych pocisków w istocie trafiło w legalne cele wojskowe, dowolnego i arbitralnego przyjęcia tzw. standardu 200 metrów, dowolnego ustalenia zasięgu dopuszczalnego błędu w celowaniu oraz błędów

196 „Firing twelve shells of 130 millimetres at Martić’s apartment (...) created a significant risk of a high number of civilian casualties and injuries, as well as of damage to civilian objects. The Trial Chamber considers that this risk was excessive in relation to the anticipated military advantage of firing at the two locations where the HV believed Martić to have been present. This disproportionate attack shows that the HV paid little or no regard to the risk of civilian casualties and injuries and damage to civilian objects when firing artillery at a military target on at least three occasions on 4 August 1995”. *Ibidem*, para. 1910.

197 Podobna konstatacja MTKJ miała miejsce w odniesieniu do miejscowości Gračac: „Consequently, based on these reports alone, the Trial Chamber is unable to determine whether the Croatian forces in fact treated Gračac itself as a target, or whether its reporting falsely created the impression that it was doing so as a result of a lack of details, errors, or other inaccuracies in the reporting”. *Ibidem*, para. 1927.

198 *Ibidem*.

199 „Considering the evidence on the ethnic composition of Knin in Chapter 4.2.9 (Knin town), the Trial Chamber finds that the unlawful attack on civilians and civilian objects in Knin discriminated in fact against Krajina Serbs”. *Ibidem*, para. 1912.

200 „Further, while the Trial Chamber was not able to establish exactly how many projectiles impacted on these civilian objects or areas, the Trial Chamber considers that even a small number of artillery projectiles can have great effects on nearby civilians”. *Ibidem*, para. 1922.

i usterek technicznych będących naturalnym następstwem działań wojennych²⁰¹. Podniesiono także błędy w wykładni prawa materialnego – art. 52 ust. 2 i art. 51 ust. 5 pkt b PD I, poprzez wadliwe ustalenie, że miasto było przedmiotem ataku bez rozróżnienia, użycie nieznanej w międzynarodowym prawie humanitarnym kategorii obiektów „obszary cywilne” (gdy przepisy PD I stanowią tylko i wyłącznie o dobra cywilnych i osobach cywilnych).

W kontrowersyjnym wyroku z 16 listopada 2012 roku II instancja MTKJ uniewinniła Antę Gotovinę od zarzucanego mu czynu, zasadniczo powielając argumentację przedstawioną przez obronę w środku odwoławczym. W pierwszej kolejności podniesiono, że nie istniały zasadnicze przesłanki i okoliczności przemawiające za przyjęciem standardu 200 metrów przez I instancję, w efekcie czego Izba Orzekająca MTKJ dopuściła się w tej mierze błędu dowolności w ustaleniach faktycznych²⁰². Teza ta nie była poparta żadnymi przekonującymi argumentami i nie posiadała oparcia w opiniach ekspertów. Ponadto stwierdzono, że sam fakt upadku pocisków w odległościach większych niż 200 metrów nie może w żaden sposób przesądzać o rzeczywistym zamiarze strzelającego, gdyż konstatacja ta nie uwzględnia okoliczności związanych z błędami oraz technicznymi uwarunkowaniami ostrzału artyleryjskiego, a także możliwościami prowadzenia tzw. ognia spontanicznego względem ruchomych celów. W znacznej mierze wydanie wyroku reformatoryjnego było spowodowane błędami natury procesowej bądź wadami w ustaleniach stanu faktycznego, których pojawienie się uniemożliwiało rozpoznanie zarzutów prawa materialnego (z uwagi na ich uprzednią skuteczność). Odrzucenie poglądu I instancji oraz brak (zdaniem większości sędziów) możliwości uzupełnienia brakujących elementów wyroku Izby Orzecniczej uniemożliwiały zdaniem Izby Apelacyjnej stwierdzenie, że bombardowanie czterech miast podczas operacji „Sztorm” miało charakter bez rozróżnienia. W efekcie brak spełnienia powyższej okoliczności powodował załamanie aktu oskarżenia względem Gotoviny i pozostałych chorwackich dowódców, którym oprócz naruszeń praw i zwyczajów wojennych zarzucano zbrodnię przeciwko ludzkości polegającą na dokonaniu systematycznego i rozległego ataku na serbską ludność zamieszkującą obszar Krajiny²⁰³. W konsekwencji wyeliminowanie pierwszego elementu w postaci kwalifikacji aktów bombardowań jako czynów nielegalnych spowodowało także konieczność uniewinnienia oskarżonych od wszystkich zarzucanych im czynów²⁰⁴.

Orzeczenie to spotkało się ze znacznymi kontrowersjami, ale też ogólną aprobatą doktryny prawa międzynarodowego potwierdzających konieczność odrzu-

201 ICTY, *Prosecutor v. Ante Gotovina et al.*, Appeals Chamber Judgement 16 November 2012, IT-06-90-A, para. 28–34.

202 *Ibidem*, para. 68–70.

203 J. Clark, *International Trials and Reconciliation: Assessing the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxon 2014, s. 131.

204 Zob. M. Piątkowski, *Sprawa Gen. Ante Gotoviny i zasada 200 metrów w świetle ius in bello*, „Międzynarodowe Prawo Humanitarne” 2014, t. V.

cenia standardu 200 metrów w formie zaproponowanej przez I instancję²⁰⁵. Istotne w tej mierze było spojrzenie na wykonywaną operację w sposób całościowy – jedynie niewielki odsetek ze wszystkich wystrzelonych pocisków przekroczył standard 200 metrów²⁰⁶. Dwóch sędziów Izby Apelacyjnej złożyło obszerne zdania, zgadzając się, że standard 200 metrów był przyjęty wadliwie, ale jednocześnie podnosząc, że istniała możliwość jego korekty poprzez dokonanie własnych ustaleń w tej mierze, co zdaniem sędziego Agiusa i Pocara było możliwe i powinno mieć zastosowanie w sprawie Gotoviny²⁰⁷. Sędzia Pocar ponadto wskazał, że skupienie się wyłącznie na procesowych aspektach orzeczenia I instancji w istocie uniemożliwiło Izbie Apelacyjnej rzetelne pochylenie się nad zagadnieniami prawa materialnego, w tym na zagadnieniu, jakie zasady rządzą reżimem bombardowań artyleryjskich w kontekście art. 51–57 PD I. Analiza orzeczenia sądu II instancji faktycznie w tej mierze nie dostarcza żadnych cennych wskazówek interpretacyjnych, ograniczając się jedynie do kasatoryjnego rozstrzygnięcia bez wskazania kierunku prawidłowej wykładni pojęcia „bombardowanie bez rozróżnienia” określonego na gruncie art. 51 ust. 4 i 5 PD I. Jedyną relewantną okolicznością prawną z perspektywy międzynarodowego prawa humanitarnego, która wydaje się niezakwestionowana przez II instancję, jest uznanie zestawów wielolufowych typu BM-21 Grad za broń *prima facie* legalną *per se*, a potencjalnie zdolną także do bycia użytą (w kontekście metody) jako dopuszczalnego typu uzbrojenia w warunkach miejskich. Rozstrzygnięcie to może budzić potencjalne wątpliwości chociażby w kontekście dyspozycji art. 57 PD I, a w szczególności tzw. obowiązku uczynienia wszystkiego, co praktycznie możliwe.

Y. Dinstein wskazuje, że orzeczenie w sprawie Gotovina mimo że zapadło tylko w kontekście bombardowania artyleryjskiego, będzie miało wymierne odniesienie do każdego innego rodzaju ataku, w tym także lotniczego, odbywającego się w warunkach terenu zurbanizowanego²⁰⁸. Niestety odniesienie to nie będzie miało charakteru klasyfikującego, lecz wręcz odwrotnie – wyrok II instancji pogłębia skomplikowany obraz prawa bombardowań (w tym także prawa bombardowań powietrznych)²⁰⁹. Próba odkodowania w praktyce tzw. pozornego bombardowania bez rozróżnienia okazała się niezwykle utrudniona. G. S. Corn (będący zresztą

205 L. Arimatsu, *The Rule of Law in War. A Liberal Project*, [w:] R. Liivoja, T. McCormack (red.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, Oxon 2016, s. 652.

206 W. Huffman, *Margin of Error: Potential Pitfalls of the Ruling in the Prosecutor v. Ante Gotovina*, „Military Law Review” 2012, vol. 211, s. 45–50.

207 S. Darcy, *Judges, Law and War...*, s. 210.

208 Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge 2016, s. 164.

209 M. Piątkowski, *Zasada zero „casualty warfare” oraz „standard 200 metrów” stworzony przez Międzynarodowy Trybunał Karny ds. b. Jugosławii w sprawie Gotovina w świetle dawnych i współczesnych zasad wojny powietrznej*, [w:] K. Lankosz, G. Sobol (red.), *Wybrane problemy współczesnego prawa międzynarodowego*, Kraków 2013, s. 59–61.

uczestnikiem procesu) podnosi, że orzeczenie w żaden sposób nie zakwestionowało możliwości wykorzystania tzw. ognia pośredniego w warunkach miejskich jako zakazanego *per se*²¹⁰.

15. Raport Komitetu przy Prokuratorze MTKJ w sprawie bombardowań NATO w Serbii w 1999 roku

Odbывая się w 1999 roku kampania powietrzna „Allied Force” nad Serbią, podjęta w ramach reakcji Sojuszu Północnoatlantyckiego na sytuację humanitarną w Kosowie, stała się przedmiotem analizy prawnej w kontekście zgodności z międzynarodowym prawem humanitarnym przez Prokuraturę MTKJ. Z uwagi na fakt, że jurysdykcja MTKJ nie była określona temporalnie, a w pierwszej kolejności miała znamiona przede wszystkim geograficzne (art. 8 Statutu MTKJ), MTKJ posiadał potencjalną zdolność do zbadania postępowania państw NATO w 1999 roku w świetle art. 3 Statutu MTKJ²¹¹. Prokuratura MTKJ w ramach postępowania przygotowawczego *ad rem* zdecydowała się na ustanowienie specjalnego komitetu, którego zadaniem było sporządzenie raportu odnoszącego się do dwóch zasadniczych zagadnień: 1) czy zarzucane NATO naruszenia są wiarygodne i mogą być jednocześnie złamaniem norm międzynarodowego prawa humanitarnego, 2) czy istnieją możliwości prowadzenia postępowania przeciwko ewentualnym sprawcom naruszeń w kontekście jurysdykcji MTKJ²¹². Komitet bazował na dokumentach przedłożonych przez strony konfliktu (państwa NATO, Serbię) oraz wiadomościach i analizach przedstawionych przez organizacje pozarządowe takie jak *Human Rights Watch* oraz *Amnesty International*.

W pierwszej kolejności komitet odrzucił pogląd o spowodowaniu przez lotnictwo NATO „rozległych, długotrwałych i poważnych zniszczeń” w środowisku

210 G. S. Corn, G. P. Corn, *The Law of Operational...*, s. 370.

211 „The territorial jurisdiction of the International Tribunal shall extend to the territory of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia, including its land surface, airspace and territorial waters. The temporal jurisdiction of the International Tribunal shall extend to a period beginning on 1 January 1991”. Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, UNSC Resolution 827/1993.

212 *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*, <http://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal> (dostęp: 2.01.2021).

naturalnym, podnosząc, że przepisy art. 35 ust. 3 oraz art. 55 PD I mogą mieć zastosowanie jedynie w przypadkach skrajnych i niewystępujących w konwencjonalnych działaniach zbrojnych²¹³. Eksperci wskazali, że w ramach zasady proporcjonalności istnieje konieczność uwzględnienia aspektów związanych z ochroną środowiska naturalnego, wskazując, że im większa korzyść, tym ryzyko dla środowiska może być proporcjonalnie zwiększone. Eksperci jednakże nie byli w stanie wykazać, na podstawie jakich kryteriów można rozstrzygnąć, w którym momencie szkody dla środowiska mają wymiar nadmiernych. Podniesiono także, że niezwykle utrudnione jest ustalenie *mens rea* potencjalnych sprawców, którzy powinni już w chwili podejmowania ataku działać z zamiarem wywołania szkód w środowisku naturalnym (powołując się m.in. na zasadę Rendulica)²¹⁴. Ustalenia raportu w tej mierze ujawniają zasadniczą trudność w stosowaniu norm ochrony środowiska naturalnego w konflikcie zbrojnym zarówno w płaszczyźnie międzynarodowego prawa humanitarnego, jak i międzynarodowego prawa karnego. W tym kontekście komitet ocenił kwestię wykorzystywania przez lotnictwo NATO amunicji ze zubożonym uranem jako środka służącego do walki przeciwpancernej²¹⁵.

Komitet ocenił również wykładnię orzeczenia w sprawie Martić w kontekście wykorzystywania broni kasetowej, uznając, że wyrok ten nie stanowi żadnego formalnie obowiązującego zakazu stosowania broni kasetowej *per se*, a jedynie w warunkach konkretnej sprawy był uznany jako element terroryzowania mieszkańców miasta, z uwagi na swoją niedokładność i świadomość atakującego zamierzającego w ten sposób bezpośrednio atakować ludność cywilną. Przenosząc standard określony w sprawie Martić, eksperci ocenili, że nie można w żaden sposób stwierdzić, że podobny schemat miał miejsce względem operacji NATO podjętych na terenie Serbii²¹⁶.

W kontekście stosowania tzw. aktywnych środków ostrożności komitet zaakceptował pogląd, według którego dowódca jest zobowiązany do wyboru środka, który ograniczy bądź zminimalizuje ryzyko powstania przypadkowych strat, jednakże w ramach procesu przygotowawczego jest uprawniony do uwzględnienia wielu czynników takich jak stan własnych zapasów oraz potrzeby operacyjne mogące ujawnić się w przyszłości²¹⁷. Zwrócono uwagę, że art. 57 PD I jest praktycz-

213 „In any case, Articles 35(3) and 55 have a very high threshold of application. Their conditions for application are extremely stringent and their scope and contents imprecise. For instance, it is generally assumed that Articles 35(3) and 55 only cover very significant damage. The adjectives ‘widespread, long-term, and severe’ used in Additional Protocol I are joined by the word ‘and’, meaning that it is a triple, cumulative standard that needs to be fulfilled”. *Ibidem*, para. 35.

214 *Ibidem*, para. 23.

215 *Ibidem*, para. 26.

216 *Ibidem*, para. 27.

217 „If there is a choice of weapons or methods of attack available, a commander should select those which are most likely to avoid, or at least minimize, incidental damage. In doing so, however, he is entitled to take account of factors such as stocks of different weapons and likely future demands, the timeliness of attack and risks to his own forces”. *Ibidem*, para. 21.

nym refleksem zasady rozróżniania, a obowiązek pojęcia wszelkich praktycznie możliwych środków tworzy standard „wysoki, lecz niemający charakteru absolutnego”²¹⁸. W ramach bezpośrednich obowiązków dowódcy operacji powietrznej wskazano na konieczność a) utworzenia systemu zbierania informacji dotyczących potencjalnych celów, b) wykorzystania dostępnych środków technicznych w celu prawidłowej weryfikacji celów – przy zachowaniu pewnej swobody decyzyjnej zarówno dowodzącego operacją lotniczą, jak i załogantów²¹⁹. Co istotne, w okolicznościach badanej przez komitet sprawy wskazano, że pojedyncze incydenty związane z niewłaściwym doбором bądź niekompletnym zastosowaniem tzw. aktywnych środków ostrożności, które działały w zdecydowanej większości przypadków, nie mogą przesądzać, że mają one charakter nieadekwatnych²²⁰. W tym kontekście oceniono także wprowadzenie przez lotnictwo NATO zasady 15 000 stóp, uznając, że nie ma w niej nic nielegalnego *per se*, a identyfikacja wzrokowa może być zastąpiona szerokim wykorzystaniem nowoczesnej technologii, co czyniono zdaniem komitetu w 1999 roku przez lotnictwo bojowe NATO.

Przy dokonaniu wykładni pojęcia „cel wojskowy” komitet potwierdził, że jego zastosowanie ma charakter dwuetapowego testu oraz w powyższym sformułowaniu kryje się *implicite* zapisane uprawnienie do czynienia przedmiotem ataku zbrojnego także osób-kombatantów²²¹. Eksperci wskazali, że definicja ta ma zastosowanie względem prostych stanów faktycznych, natomiast jej prawidłowa wykładnia ma znacznie bardziej trudny wymiar w kontekście obiektów typu *dual-use*. Komitet w tej mierze zacytował w sposób obszerny listę celów istniejącą na gruncie dokumentu MKCK z 1956 roku, wspartą stanowiskiem doktryny (A. P. V. Rogersa), a także odniósł się do krytycznych głosów wskazujących na próbę rozszerzenia kategorii celów wojskowych o elementy infrastruktury związane z ekonomicznymi aspektami prowadzenia konfliktu zbrojnego. Komentując dokumenty NATO dotyczące wyboru celów w postaci obiektów taktycznych, takich jak stanowiska artylerii sił zbrojnych, pojazdy wojskowe, oraz strategicznych, takich jak: obrona przeciwlotnicza, tzw. C2 (*Command and Control* – centra dowodzenia), lotnictwo i bazy powietrzne, sztaby, rafinerie (z zastrzeżeniem efektów środowiskowych), budynki ministerstw (pod warunkiem, że ich zniszczenie faktycznie przynosi korzyść wojskową) oraz drogi zaopatrzenia komitet podkreślił, że w jego ocenie zdecydowana większość z powyższych celów miała charakter zdecydowanie wojskowy, wskazując jednocześnie na nieścisłości w aspekcie ata-

218 „Obligation to do everything feasible is high but not absolute. A military commander must set up an effective intelligence gathering system to collect and evaluate information concerning potential targets”. *Ibidem*, para. 29.

219 *Ibidem*.

220 „If precautionary measures have worked adequately in a very high percentage of cases then the fact they have not worked well in a small number of cases does not necessarily mean they are generally inadequate”. *Ibidem*.

221 *Ibidem*, para. 36.

ków na media państwowe oraz budynki administracji. W kontekście prasy oraz TV podniesiono, że ewentualne wykorzystanie ich w celu podżegania do popełnienia zbrodni międzynarodowych oznacza zaklasyfikowanie tych budowli jako celów wojskowych, natomiast czysta działalność propagandowa nie stanowi podstawy do zmiany klasyfikacji celu²²².

W kontekście stosowania zasady proporcjonalności komitet na wstępie stwierdził, że „źródłem problemu nie jest fakt istnienia tego paradygmatu, lecz jego praktycznie zastosowanie”²²³. Eksperci wskazali, że abstrakcyjne sformułowanie zasady jest znacznie łatwiejsze niż umiejętność jej uwzględnienia w warunkach konkretnego postępowania. Jako krytyczne elementy procesu szacowania wskazano: a) konkretyzację wartości płynących ze szkód względem niewalczących oraz korzyści wojskowych; b) ustalenie, czy oprócz powyższych istnieją inne czynniki, które powinny być wzięte pod uwagę; c) zdeterminowanie skali porównawczej w danym czasie i przestrzeni; d) określenie zagrożenia dla własnego personelu wojskowego względem ludności cywilnej. Odnosząc się do dokumentacji przedłożonej przez organizacje pozarządowe, komitet stwierdził, że trudne do pogodzenia są odmienne perspektywy dowódcy wojskowego i prawnika działającego na rzecz praw człowieka, jednakże w ocenie ekspertów rozwiązaniem powyższych wątpliwości jest odniesienie do modelu normatywnego rozsądnego dowódcy. Komitet skrytykował przy tym wyrażony na gruncie sprawy Kupreškić test łącznego obejmowania równaniem proporcjonalności strat towarzyszących będących sumą ofiar i szkód ataków, uznając, że jeżeli odbywa się on względem legalnych celów wojskowych, to kumulacja strat nie może przesądzać o nielegalności ataku. Eksperci uznali, że konsekwencją orzeczenia Kupreškić powinno być łączne odniesienie się do sumy szkód i strat wśród ludności cywilnej względem celów kampanii wojennej (w rozumieniu strategicznym – M.P.)²²⁴.

W dalszej części raportu komitet odnosił się do najbardziej kontrowersyjnych incydentów mających miejsce podczas operacji „Allied Force”:

- 1) atak na pociąg pasażerski na moście w Grdelica 12 kwietnia 1999 roku – komitet przy Prokuratorze MTKJ wskazał, że w jego ocenie przedłożone i ujawnione przez NATO nagrania z pokładu atakującego myśliwca F-15E Strike Eagle wskazują, że zamiarem bezpośrednim pilota było zniszczenie mostu, a załoga nie mogła kontrolować w pełnym zakresie ataku sterowanego systemem teleoptycznym na daleką odległość. Uznano w tej mierze,

222 *Ibidem*, para. 47, para. 55.

223 „It is difficult to assess the relative values to be assigned to the military advantage gained and harm to the natural environment, and the application of the principle of proportionality is more easily stated than applied in practice”. *Ibidem*, para. 19.

224 „The committee understands the above formulation, instead, to refer to an overall assessment of the totality of civilian victims as against the goals of the military campaign”. *Ibidem*, para. 52.

- że most w Grdelica był legalnym celem wojskowym, a załoga nie zdołała w czasie kilku sekund rozpoznać nadciągającego pociągu pasażerskiego²²⁵;
- 2) atak na konwój uchodźców w Dżakowicy 14 kwietnia 1999 roku – komitet przy Prokuratorze MTKJ wskazał, że ludność cywilna nie była przedmiotem umyślnego ataku. Podniesiono, że załogi samolotów NATO atakujące konwój w różnych porach dniach uznawały kolumnę samochodów oraz uchodźców za w istocie ruch kołowy o mieszanym wojskowo-cywilnym charakterze, a po pozytywnej identyfikacji jako cele cywilne zaprzestały ataku, co zaprzecza umyślności. Wskazano, że w wielu sytuacjach piloci byli zarówno osobami identyfikującymi cele, jak i sterującymi maszynami bojowymi. Podniesiono, że pomimo iż zasada 15 000 stóp utrudniała dokonanie pozytywnej identyfikacji, to ani dowódcy, ani załogi lotnicze nie przejawiali takiego stopnia lekkomyślności, aby uznać zaniechanie podjęcia aktywnych środków ostrożności za mogące przekroczyć próg zbrodni wojennej²²⁶;
 - 3) zbombardowanie stacji RTS 23 kwietnia 1999 roku – eksperci podnieśli, że w ich ocenie stacje radiowo-telewizyjne są legalnym celem wojskowym z natury oraz były częścią planu o charakterze ściśle wojskowym, w ramach którego zamierzano zakłócić komunikację w obrębie serbskich sił zbrojnych. Osiągnięcie sukcesu w postaci zatrzymania propagandy państwowej było nielegalne, ale stanowiło jedynie drugorzędną korzyść wojskową przy pierwotnym celu, jakim było ograniczenie zdolności przepływu wiadomości o charakterze wojskowym. Z uwagi na powyższe stwierdzono, że atak przeciwko stacji RTS był wymierzony w legalny cel w świetle wymagań art. 52 ust. 2 PD I, a straty wśród ludności cywilnej (17 zabitych) mimo że „były niefortunnie wysokie, to nie były nieproporcjonalne”²²⁷. Odparto także pogląd organizacji pozarządowych o braku zastosowania przez NATO uprzedniego ostrzeżenia (art. 57 ust. 2 PD I), podnosząc, że częściową odpowiedzialność za śmierć osób znajdujących się w stacji ponosi rząd w Belgradzie. Wskazano także, że pomimo iż przerwa w nadawaniu stacji trwała jedynie kilka godzin, to całościowe spojrzenie na konieczność podjęcia przez NATO uprawnionych działań wymierzonych w serbską strukturę radiowo-telewizyjną, jako narzędzia łączności serbskiego łańcucha dowodzenia, lotnictwa wojskowego oraz obrony przeciwlotniczej, powoduje, że ewentualne straty o charakterze incydentalnym powinny być oceniane w kontekście uzyskanych korzyści płynących ze skoordynowanego ataku na serbską sieć łączności i zasilania energetycznego²²⁸;

225 *Ibidem*, para. 62.

226 *Ibidem*, para. 70.

227 „Assuming the station was a legitimate objective, the civilian casualties were unfortunately high but do not appear to be clearly disproportionate”. *Ibidem*, para. 72.

228 „The proportionality or otherwise of an attack should not necessarily focus exclusively on a specific incident”. *Ibidem*, para. 78.

- 4) atak na ambasadę Chin 7 maja 1999 roku – w tym przypadku komitet stwierdził, że załoganci samolotów nie ponoszą odpowiedzialności za błędną klasyfikację celu (który został zaliczony do wyraźnych obiektów cywilnych), która wynikała z braku przepływu właściwych informacji, dostrzegając także okoliczność uznania błędu przez NATO i wypłaty wysokich odszkodowań personelowi ambasady oraz ChRL²²⁹;
- 5) bombardowanie miejscowości Korisa 13 maja 1999 roku – w kontekście tego ataku przyjęto, że nie istnieją wiarygodne informacje pozwalające ocenić rzeczywistą sytuację wokół miejscowości (traktowanej przez NATO jako miejsce stacjonowania serbskich jednostek wojskowych), wskazując na możliwość umyślnego rozmieszczenia ludności cywilnej wokół legalnego celu wojskowego, a także fakt, że w chwili podejmowania decyzji o ataku lotnictwo Sojuszu Północnoatlantyckiego dysponowało weryfikacją wywiadowczą, naziemną oraz wykonaną za pośrednictwem systemów pokładowych²³⁰.

W ogólnej konkluzji komitet uznał, że (opierając się na przedłożonych dokumentach oraz informacjach znanych ekspertom z urzędu) nie ma podstaw, aby Prokurator MTKJ wszczynał postępowanie karne dotyczące czynów popełnionych przez lotnictwo NATO w trakcie kampanii powietrznej nad Serbią w 1999 roku. Podniesiono w tej mierze, że Sojusz Północnoatlantycki przyznał się do popełnienia naruszeń w trakcie prowadzenia operacji powietrznych, uznał także możliwość pojawienia się nieuniknionych błędów decyzyjnych, jak również kontrowersji w wyborze listy celów będących przedmiotem bombardowania powietrznego. W konsekwencji dalsze prowadzenie postępowania karnego nie jest uzasadnione w pierwszej kolejności „brakiem jasnego prawa”, ale także „niskim prawdopodobieństwem zebrania odpowiednich dowodów i postawienia zarzutów względem dowódców NATO oraz lotników uczestniczących w bezpośrednich misjach bojowych”²³¹.

Raport komitetu powołanego przez Prokuratora MTKJ mimo że jest zasadniczo jedynie opinią powołanego *ad hoc* zespołu ekspertów, jest uznawany za jeden z najważniejszych dokumentów dotyczących prawa wojny powietrznej w kontekście wykładni przepisów Protokołu dodatkowego I odnoszących się do fundamentalnych zagadnień związanych z definiowaniem celów w świetle art. 52 PD I. Ustala zakres stosowania zasady proporcjonalności, a także wykładni poczynionej w kontekście tzw. aktywnych i pasywnych środków ostrożności. Jego powaga prawna jest tym większa, że dokument został opracowany w ramach działań oficjalnego organu sprawiedliwości międzynarodowej (i stał się podstawą do oficjalnej odmowy wszczęcia

229 *Ibidem*, para. 85.

230 *Ibidem*, para. 89.

231 „In all cases, either the law is not sufficiently clear or investigations are unlikely to result in the acquisition of sufficient evidence to substantiate charges against high level accused or against lower accused for particularly heinous offences”. *Ibidem*, para. 90.

przez Prokuratora MTKJ postępowania karnego w sprawie naruszeń prawa międzynarodowego podczas bombardowań w 1999 roku Serbii), a także z uwagi na okoliczność, że do 2018 roku zagadnienie wojny powietrznej, a zwłaszcza okoliczności prowadzenia współczesnych kampanii powietrznych, nie było przedmiotem rozpoznania w ramach procedury quasi-sądowej. Pomijając kontrowersje związane z odbiorem raportu przez doktrynę prawa międzynarodowego, należy zwrócić uwagę, że założenia dokumentu wydają się racjonalne z perspektywy dowódców wojskowych. Nowością zaproponowaną przez komitet było spojrzenie na kontekst operacji „Allied Force” całościowo – tj. ocenę, w jakim stopniu ogólny wysiłek wojenny, rozmiar operacji oraz ogólna koncepcja strategiczna wpływały na ewentualną korelację incydentalnych strat wśród ludności cywilnej czy też zaniedbania poszczególnych tzw. aktywnych środków ostrożności w pojedynczych przypadkach (para. 29). Ujęcie to zdecydowanie przeważało na stanowisku ekspertów, aby nie rekomendować Prokuratorowi MTKJ wszczynania postępowania *ad personam* przeciwko pilotom i dowódcom NATO – także w kontekście oceny postępowania Sojuszu Północnoatlantyckiego jako potencjalnej „interwencji o charakterze humanitarnym”²³². Jako niebudzące większych zastrzeżeń wydaje się stanowisko komitetu w przedmiocie zdyskwalifikowania zarzutów naruszeń PD I w kontekście ochrony środowiska naturalnego (para. 14–24). Zbyt pobieżne wydaje się uznanie amunicji ze zubożonym uranem za dopuszczalny środek walki (para. 26). Ponadto także komitet nie zbadał w sposób dostatecznie dokładny przypadków użycia broni kasetowej w warunkach zurbanizowanych czy też stwarzających potencjalne niebezpieczeństwo dla ludności cywilnej, ograniczając się do wykluczenia dość oczywistego poglądu świadczącego o braku zamiaru rozpowszechniania terroryzmu (para. 27). Pozytywnie należy ocenić oparcie się na paradygmacie rozsądnego dowódcy, jako wspólnego odniesienia względem równania proporcjonalności, co do którego komitet proponował nowe elementy, takie jak skala odniesienia obowiązująca w czasie oraz przestrzeni czy też uwzględnienie dodatkowych okoliczności wpływających dodatnio bądź ujemnie na równanie (jednakże bez sprecyzowania jakie). Bardziej kontrowersyjne wydaje się wymaganie dotyczące uwzględniania w przesłance proporcjonalności elementu niebezpieczeństwa wynikającego dla własnych sił zbrojnych (choć także nie jest to bezpodstawne w świetle deklaracji interpretacyjnych składanych przez państwa strony PD I).

Raport komitetu nie jest wolny od krytycznego spojrzenia doktryny prawa międzynarodowego²³³. Podnoszony jest w pierwszej kolejności ponowny fakt pośredniego stwierdzenia przez oficjalny organ sprawiedliwości międzynarodowej istnienia stanu *non-liquet* – raport wskazał bowiem na niedostateczną ostrość pra-

232 „From the standpoint of the committee, it was evident that NATO’s actions were not comparable to the kinds of large-scale, deliberate crimes that the ICTY was set up to prosecute”. D. Wippman, *Kosovo and the Limits of International Law*, „Fordham International Law Journal” 2001, vol. 25, s. 147.

233 L. C. Green, *Commentary: Part V*, „International Law Studies” 2002, vol. 78, s. 369.

wa, jako podstawę do rekomendacji o charakterze negatywnym²³⁴. W przypadku analizy niektórych incydentów wskazywano na przeoczenia związane z nieprawidłową klasyfikacją strony podmiotowej, np. brak dostrzeżenia niedbalstwa przy ataku na most w Grdelicy²³⁵. Znaczna część zarzutów opiera się na tezach raportu *Amnesty International*²³⁶. Organizacja zarzuciła nielegalność w przyjęciu przez Sojusz Północnoatlantycki zasady 15 000 stóp, jak również naruszenie zasady rozróżniania poprzez wykonanie ataku powietrznego na budynek stacji telewizyjnej, podnosząc, że działalność propagandowa nie stanowi „istotnego wkładu do działalności wojskowej”²³⁷. Zdaniem H. Olásalo zwiększony zakres wymagań stosowania tzw. aktywnych środków ostrożności będzie nałożony na stronę, która znajduje się w uprzywilejowanej pozycji strategicznej (np. dysponuje supremacją w powietrzu), gdyż w danych okolicznościach zanika element efektywnego wpływu strony nieprzyjacielskiej na prowadzenie działań wojennych przez stronę przeważającą technologicznie²³⁸. A. P. V. Rogers z kolei podnosił, w nawiązaniu do standardu 15 000 stóp, że ochrona własnych załóg nie może powodować uchybień w zakresie prawidłowej identyfikacji celu²³⁹. Inni autorzy wręcz oskarżyli pilotów o działanie lekkomyślne, które skutkowało stratami wśród ludności cywilnej²⁴⁰.

234 „Report concludes that for several reasons, not the least because the law of armed conflict in the area of «dual-use» targets is not clear, no «in-depth» investigation of the NATO air campaign as a whole was warranted, nor should there be further investigations into specific incidents”. J. Miller, *Commentary: Part II*, „International Law Studies” 2002, vol. 78, s. 111. „This is equivalent to a non liquet. Difficulties in interpretation are not a good excuse for not starting an investigation. There are aspects of international humanitarian law, as in any body of law, which are not sufficiently clear. However, it is precisely the task of the Tribunal to interpret and «clarify» the law; it cannot therefore conclude by saying that it cannot adjudicate the case, since the «law is not clear». The non liquet is not part of the ICTY’s jurisprudence or that of any other tribunal. It should also be pointed out that one of the main achievements of the Tribunal has been the clarification of controversial rules of humanitarian law, taking into account State practice and developments in this field”. N. Ronzitti, *Is the non liquet of the Final Report by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia acceptable?*, „International Review of the Red Cross” 2000, vol. 840.

235 H. Post, *War Crimes in Air Warfare*, [w:] N. Ronzitti, G. Venturini (red.), *The Law of Air Warfare...*, s. 174.

236 NATO/Federal Republic of Yugoslavia, *collateral damage or unlawful killings?: violations of the laws of war by NATO during Operation Allied Force*, Amnesty International 2000, <https://www.amnesty.org/download/Documents/140000/eur700182000en.pdf> (dostęp: 3.01.2021).

237 *Ibidem*, s. 17, 46.

238 H. Olásalo, *Unlawful Attacks in Combat Situations: From ICTY’s Case Law to the Rome Statute*, Leiden 2008, s. 136.

239 A. P. V. Rogers, *Zero-casualty Warfare*, „International Review of the Red Cross” 2000, vol. 837.

240 „The lack of proper precautions resulted in the death of innocent civilians, and the pilots should therefore incur individual criminal responsibility for the reckless killing of civilians”. A.-S. Massa, *NATO’s Intervention in Kosovo and the Decision of the Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia not to Investigate: An Abusive Exercise of Prosecutorial Discretion*, „Berkeley Journal of International Law” 2006, vol. 610, s. 632.

Wielu ekspertów jednakże wskazuje, że ogólna konkluzja raportu komitetu jest prawidłowa, zwłaszcza w świetle zestawienia ogólnego wysiłku wojennego NATO z liczbą strat wśród ludności cywilnej²⁴¹.

W kontekście ataku na stację RTS wskazano, że ewentualne bazowanie na konieczności traktowania stacji jako celu wojskowego z uwagi na prowadzenie działalności propagandowej tworzy w istocie pozaprawne elementy, które nie są elementem art. 52 ust. 2 PD I²⁴². Należy jednakże podnieść za M. Bothe, że raport dość wyraźnie zaprzeczył możliwości prowadzenia działań na podstawie przesłanki demoralizacji ludności cywilnej, jako elementu niebędącego wyraźną korzyścią wojskową²⁴³. Podnoszono również, że przyjęcie zintegrowanego poglądu (odwołującego się do całości strat w kontekście strategicznym) w istocie pozbawia mocy normatywnej przesłanki proporcjonalności, jeżeli nie będzie ona odnoszona do jednostkowego przypadku ataku powietrznego²⁴⁴. Krytykowane było także zupełnie pominięcie w raporcie okoliczności związanej z bombardowaniem miasta Nis na południu Serbii, w ramach którego doszło do trafień m.in. szpitala miejskiego. M. Bothe podnosił, że w jego ocenie dobór celów NATO nie wypełniał zawsze wymagań dwuczłonowego testu określonego na gruncie art. 52 ust. 2 PD I w odniesieniu do wnoszenia istotnego wkładu w działalność wojskową (uwaga ta dotyczyła w pierwszej kolejności elementów infrastruktury znajdujących się w znacznych odległościach od linii frontu)²⁴⁵.

241 „Pending the presentation of further evidence, one may safely conclude that the injury and damage to civilians caused by the NATO bombing campaign were not excessive but rather proportionate to the military advantage gained. Hence the bombing did not violate the law of armed conflict merely because it resulted in collateral damage”. J. F. Murphy, *Some Legal...*, s. 253; W. J. Fenrick, *Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign against Yugoslavia*, „European Journal of International Law” 2001, vol. 12, s. 502.

242 „Clearly, it does not. One can argue that there is a huge difference between genocide and the destruction of private property. This is beyond doubt, but the point is that if «extra-military» arguments are introduced, it is difficult, if not impossible to distinguish formally between the two examples”. A. Laursen, *NATO, the War Kosovo and ICTY Investigation*, „American University International Law Review” 2002, vol. 17, s. 786. „If they were targeted merely because they were spreading propaganda to the civilian population, it appears at least doubtful whether their destruction offered a definite military advantage”. T. Stein, *Coalition Warfare and Differing Legal Obligations of Coalition Members under International Humanitarian Law*, „International Law Studies” 2003, vol. 78, s. 332.

243 M. Bothe, *The Protection of the Civilian Population and NATO Bombing on Yugoslavia: Comments on a Report to the Prosecutor of the ICTY*, „European Journal of International Law” 2001, vol. 12, s. 534.

244 „The limitation to «a given tactical operation» is both sound and reasonable as opposed to the «integrated attack» approach adopted by the OTP Report, which, as pointed out, logically will end up comparing the complete number of casualties to the entire bombing campaign, thereby robbing the principle of proportionality of any restraining power”. A. Laursen, *NATO...*, s. 796.

245 M. Bothe, *The Protection of the Civilian Population...*, s. 534.

Potwierdza to także C. Greenwood, który zwraca uwagę, że dobór celów z uwagi na potrzebę oddziaływania politycznego, nie wypełnia przesłanki istotności w świetle definicji celu wojskowego obowiązującego na gruncie PD I. Autor jednocześnie wskazał, że nie jest nielegalne pośrednie wpływanie na morale ludności cywilnej, ale nie może być to decydujące kryterium w ramach fazy planowania ataku²⁴⁶. P. Benvenuti wskazał, że komitet *ad hoc* całkowicie zdyskredytował w swej analizie dotychczasowe orzecznictwo MTKJ i wykorzystując „rozmydlone” standardy prawne w istocie uniknął szczegółowego rozpoznania sprawy²⁴⁷.

Na marginesie oceny ataku na stację radiowo-telewizyjną warto zwrócić uwagę, że W. J. Fenrick wskazał, że przepisy *ius in bello* mogą zezwalać na uznanie za cel obiektów, które *per se* nie kwalifikują się jako wojskowe, ale są wykorzystywane do popełniania poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego, wskazując np. niemiecki nazistowski obóz koncentracyjny Auschwitz-Birkenau bądź radiostację Mille Collines, działającą podczas wojny w Rwandzie, podlegającą do popełniania zbrodni wojennych czy zbrodni przeciwko ludzkości²⁴⁸. W istocie pojawia się w tej mierze pytanie o dopuszczalność tzw. bombardowania humanitarnego. Interesującą analizę w tej mierze przedstawił R. Kolb, który argumentował, że powyższy typ ataku nie znajduje wprost uzasadnienia w definicji celu wojskowego, lecz wskazał na możliwość rozszerzenia zakresu podmiotowego przepisu o powyższe przypadki²⁴⁹. Wydaje się, że dokonywanie takich ataków nie może zostać *per se* wykluczone, jednakże sytuacje, w jakich dochodzi do możliwości zaklasyfikowania danego obiektu jako celu, muszą być starannie udowodnione i uzasadnione. Częściową sygnalizacją powyższej zmiany jest połączony atak Stanów Zjednoczonych, Zjednoczonego Królestwa oraz Francji na instalacje chemiczne w Syrii w kwietniu 2018 roku, których przeznaczenie wojskowe miało stosunkowo uboczny zakres.

246 „As demonstrated above, the principle that the enemy civilian population and individual civilians are not themselves legitimate targets is now clearly established in that law. Moreover, the definition of a military objective requires both that the object in question make an effective contribution to the enemy's military action and that the destruction or damage of the object offers a definite military advantage to the State whose forces attack it”. C. Greenwood, *The Applicability of International Humanitarian Law and the Law of Neutrality to the Kosovo Campaign*, „International Law Studies” 2003, vol. 78, s. 48.

247 P. Benvenuti, *The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*, „European Journal of International Law” 2001, vol. 12, s. 526.

248 W. J. Fenrick, *Targeting and Proportionality...*, s. 496. Przykładem współczesnego miejsca masowej zagłady może być syryjskie więzienie Saydnaya, w którym zgładzonych mogło zostać nawet do 13 000 osób, przeciwników reżimu Al-Asada.

249 R. Kolb, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, Cheltenham 2014, s. 174–177.

16. Raport Goldstone’a

W 2009 roku Rada Praw Człowieka ONZ (*Human Rights Council*) utworzyła Komisję do spraw ustalania faktów (*United Nations Fact Finding Mission*) w celu zbadania wszelkich naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego oraz praw człowieka, jakie miały miejsce podczas operacji „Cast Lead” – tj. izraelskiej interwencji w Strefie Gazy²⁵⁰. Przewodniczącym komisji został Richard Goldstone, były prokurator MTKJ. Komisja odbyła wiele wizji lokalnych i terenowych, nie otrzymała jednakże żadnych dokumentów od strony izraelskiej, która odmówiła współpracy z ekspertami. Powyższy brak był poważnym mankamentem metodologicznym prac komisji, który okazał się jednym z wielu błędów krytycznych leżących u podstaw obszernego, bowiem liczącego blisko 500 stron raportu²⁵¹. Kolejnym mankamentem było wyraźne przekroczenie przez komisję uprawnień i roli organu typu *fact-finding*, gdyż w raporcie można odnaleźć, że misja ONZ była w stanie „ustalić okoliczności popełnienia naruszeń prawa międzynarodowego, także z uwzględnieniem strony podmiotowej”²⁵². Powyższa konstatacja była sama w sobie zaprzeczeniem prawideł rządzących ocenianiem legalności specyficznych incydentów związanych z klasyfikacją celów wojskowych, stosowaniem aktywnych środków ostrożności czy też praktycznym zastosowaniem zasady proporcjonalności, które wymagały uwzględnienia subiektywnych przesłanek oraz okoliczności.

W kontekście prowadzonych operacji powietrznych warto zwrócić uwagę, że komisja na podstawie danych ogólnie dostępnych wskazała, że 80% izraelskich misji powietrznych było prowadzonych za pośrednictwem broni precyzyjnego rażenia, natomiast 20% odbywało się za pośrednictwem pocisków niekierowanych, które ciągle odpowiadały przesłance dokładności²⁵³. Ekspertsi komisji przyjęli, że w tej sytuacji izraelskie siły powietrzne działały z konkretnym zamiarem zniszczenia danego celu – wykluczając niejako *per se* jakąkolwiek przypadkowość w tej mierze²⁵⁴. Kwestionowano na tej podstawie izraelską wersję wydarzeń w zakresie możliwych błędów operacyjnych²⁵⁵. W przypadku izraelskiego nalotu na studnie

250 Human Right Council, *Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*, A/HRC/12/48.

251 D. W. Lovell, *Introduction: The Challenges of Investigating Operational Incidents*, [w:] D. Lovell (red.), *Investigating Operational Incidents in a Military Context: Law, Justice, Politics*, Leiden 2015, s. 6.

252 Human Right Council, *Report of the United Nations...*, para. 25.

253 *Ibidem*, para. 1189.

254 „These represent extremely important findings by the Israeli Air Force. It means that what was struck was meant to be struck”. *Ibidem*, para. 1190.

255 „The last incident concerns the bombing of a house resulting in the killing of 22 family members. Israel’s position in this case is that there was an «operational error» and that the intended target was a neighboring house storing weapons. On the basis of its investigation,

(*Namar wells group*) 27 grudnia 2009 roku wskazano, że zastosowane środki lotnicze w postaci samolotów typu F-16 przy wsparciu bezzałogowych pojazdów latających gwarantowały wysoką precyzję ataku, co wyklucza możliwość błędu w celowaniu i wskazuje na umyślność ataku kierowaną względem studni²⁵⁶. Komisja przy tym stwierdziła brak jakiegokolwiek możliwości powstania korzyści wojskowej płynącej z zaatakowania miejsc czerpania wody oraz dowodów na wykorzystywane tego rejonu przez Hamas. W innych miejscach raportu, np. w kontekście oceny legalności ataku na centra administracyjne palestyńskiej administracji w Strefie Gazy, komisja pomimo braku adekwatnych informacji ze strony izraelskiej przesądzała, że nie istniały podstawy do zaatakowania tych obiektów w świetle dyspozycji art. 52 ust. 2 PD I (podnosząc, że istniejące listy celów stanowią jedynie o możliwości atakowania budynków należących do ministerstw obrony narodowej) i uznając je za naruszanie zwyczajowego prawa międzynarodowego (art. 51 PD I)²⁵⁷.

W kontekście stosowania ostrzeżenia komisja wyraziła pogląd, że w przypadku oceny, czy konieczność wojskowa wymaga odstąpienia od stosowania ostrzeżenia, powinno się stosować podobne parametry jak w przypadku równania wykonywanego na gruncie zasady proporcjonalności (tj. racji wojskowych oraz względów ochrony ludności cywilnej), uznając, że w pewnych okolicznościach udzielenie ostrzeżenia jest niemożliwe²⁵⁸. Komisja przyjęła kilka przesłanek efektywnego ostrzeżenia: a) wiarygodnej, niebudzącej wątpliwości informacji, b) wiadomości o tym, co należy czynić, by uniknąć zagrożenia, c) udzielenia odpowiedniego czasu na ewakuację, d) wskazania konkretnych rejonów, które mogą być objęte skutkami ataków²⁵⁹. Komisja odrzuciła jako nieefektywne nagrywane informacje telefoniczne, ulotki (para. 539) czy stosowanie taktyki tzw. celowania w dach (para. 541). W innym miejscu raportu stwierdzono, że użycie pocisków moździerzowych do zwalczania pojedynczego celu, który zagraża jednocześnie zdrowiu oraz życiu wielu niewalczących chroniących się w schronach, nie spełnia standardu rozsądnego dowódcy i jest jednocześnie naruszeniem dyspozycji art. 57 PD I²⁶⁰. Za nieproporcjonalne uznano także atakowanie posterunków

the Mission expresses significant doubts about the Israeli authorities' account of the incident". *Ibidem*, para. 47, para. 860.

256 *Ibidem*, para. 985.

257 „There is an absence of evidence or, indeed, any allegation from the Israeli Government and armed forces that the Legislative Council building, the Ministry of Justice or the Gaza main prison «made an effective contribution to military action». On the information available to it, the Mission finds that the attacks on these buildings constituted deliberate attacks on civilian objects in violation of the rule of customary international humanitarian law whereby attacks must be strictly limited to military objectives". *Ibidem*, para. 389.

258 „There may be other circumstances when a warning is simply not possible". *Ibidem*, para. 529.

259 *Ibidem*, para. 530.

260 *Ibidem*, para. 703. „With regard to one incident investigated, involving the death of at least 35 Palestinians, the Mission finds that the Israeli armed forces launched an attack which

palestyńskiej policji (ok. 100 osób zabitych), z których tylko niektórzy byli jednocześnie członkami Hamasu. Raport uznawał też za niedozwolone w warunkach walki miejskiej rozmieszczenie pewnych typów uzbrojenia w postaci broni strzałkowej oraz białego fosforu, uznając konieczność przyjęcia międzynarodowego zakazu względem ostatniego typu uzbrojenia²⁶¹. W ostatecznej konkluzji komisja wskazywała na wiele naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego przez stronę izraelską, oskarżając ją nie tylko o rozmyślne traktowanie ludności cywilnej jako legalnego celu ataku, ale wręcz o działania mające na celu rozprzestrzenianie terroru względem niej, przy okazji stwierdzając naruszenie standardu rozsądnego dowódcy przy dokonywaniu szacowania zasady proporcjonalności określonej na gruncie art. 57 ust. 2 pkt ii oraz iii PD I oraz wadliwego niezastosowania tzw. aktywnych środków ostrożności²⁶².

Tak zwany raport Goldstone'a spotkał się ze zdecydowaną krytyką doktryny prawa międzynarodowego²⁶³. Przeciwno wybiórczym ustaleniom ekspertów w kontekście faktów zaprotestowały także oficjalnie na forum Rady Praw Człowieka Stany Zjednoczone²⁶⁴. Podkreślono, że w kontekście ataków lotniczych nawet o charakterze precyzyjnym komisja zupełnie wykluczyła możliwość powstania tzw. *error in facti*²⁶⁵. Na marginesie raportu Goldstone'a warto odnotować interesujący komentarz M. N. Schmitta, który podnosi, że w kontekście mechanizmów wypracowanych przez organy praw człowieka zajmujące się badaniem przypad-

a reasonable commander would have expected to cause excessive loss of civilian life in relation to the military advantage sought, in violation of customary international humanitarian law as reflected in Additional Protocol I, articles 57 (2) (a) (ii) and (iii)". *Ibidem*, para. 1922.

261 „In relation to the weapons used by the Israeli armed forces during military operations, the Mission accepts that white phosphorous, flechettes and heavy metal (such as tungsten) are not currently proscribed under international law. Their use is, however, restricted or even prohibited in certain circumstances by virtue of the principles of proportionality and precautions necessary in the attack". *Ibidem*, para. 1924.

262 *Ibidem*, para. 1920–1922.

263 „Without information regarding the information used by IDF commanders, and facts known only by Israeli planners and politicians-both prior to and during Operation Cast Lead the Mission was hamstrung with insufficient information with which to make a reasoned and unbiased analysis". J. Kessler, *The Goldstone Report: Politicization of the Law of Armed Conflict and Those Left Behind*, „Military Law Review" 2011, vol. 69, s. 116. „The tough and widespread criticism that literally overwhelmed the mission led by Goldstone – which also led him to partially recant – provides evidence of the misgivings of this approach". M. Frulli, *Fact-Finding or Paving the Road to Criminal Justice?: Some Reflections on United Nations Commissions of Inquiry*, „International Criminal Justice" 2012, vol. 10, s. 1335.

264 „Although the Goldstone report deals briefly with these issues, its findings of fact and law are tentative and equivocating". *U.S. Response to the Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*, 12th Session of the Human Rights Council Statement by Michael Posner United States Assistant Secretary of State for Democracy, Human Rights and Labor.

265 A. Dershowitz, *The Case against the Goldstone Report: A Study in Evidentiary Bias*, „Harvard Law School" 2010, vol. 99, s. 14.

ków naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego, organy te powinny się powstrzymać od stosowania standardów obowiązujących na gruncie ochrony praw człowieka, wskazując na ich odmienną genezę oraz przeznaczenie²⁶⁶.

17. Libia 2011

Na podstawie mandatu Rady Praw Człowieka ONZ utworzono międzynarodową komisję śledczą do zbadania przypadków naruszeń międzynarodowych praw człowieka oraz międzynarodowego prawa humanitarnego podczas konfliktu zbrojnego w Libii w 2011 roku²⁶⁷. Zakresem badania komisji były objęte także działania NATO w ramach operacji „Unified Protector”, które zostały ogólnie ocenione jako „kampania powietrzna o wysokiej precyzji, w ramach której NATO zademonstrowała intencję uniknięcia strat cywilnych”²⁶⁸. Podkreślono, że lotnictwo operujące w ramach misji Sojuszu Północnoatlantyckiego podjęło znaczące środki ostrożności podczas prowadzonych misji bojowych, w postaci stosowania pocisków z opóźnionym zapłonem, amunicji niewielkich rozmiarów²⁶⁹. Z ustaleń w zakresie obowiązującego stanu prawnego warto przytoczyć fragment dotyczący stosowania art. 57 PD I. Komisja stwierdziła, że brak podjęcia wszystkich dostępnych środków ostrożności nie musi *per se* oznaczać, że atak miał charakter nielegalny. Jednakże jeżeli śmierć osoby chronionej mogłaby zostać uniknięta wskutek podjęcia wszystkich praktycznie dostępnych środków ostrożności, to uderzenie zostało podjęte z naruszeniem zasad międzynarodowego prawa humanitarnego²⁷⁰. Dostrzeżono w tej mierze, że musi istnieć wyraźny i bezpośredni związek pomiędzy zaniechaniem podjęcia kroków wymaganych na gruncie art. 57 PD I a skutkiem w postaci śmierci (ale także zniszczenia dobra chronionego), aby stwierdzić nielegalny charakter ataku.

Dostrzeżono jednak brak podstaw (zarówno na podstawie wizji lokalnych, jak i satelitarnych sprzed ataku) w kilku przypadkach, zwłaszcza w odniesieniu do

266 M. N. Schmitt, *Investigating Violations of International Law in Armed Conflict*, „Harvard National Security Journal” 2011, vol. 2, s. 55.

267 Human Rights Council, *Report of the International Commission of Inquiry on Libya*, A/HRC/18/68.

268 „NATO conducted a highly precise campaign with a demonstrable determination to avoid civilian casualties”. *Ibidem*, para. 122.

269 „The Commission found NATO did not deliberately target civilians in Libya. For the few targets struck within population centres, NATO took extensive precautions to ensure civilians were not killed”. *Ibidem*, para. 89.

270 *Ibidem*, para. 616.

incydentu w miejscowości Majer, gdzie zabitych i rannych zostało ok. 50 osób. Pomimo dowodów znalezionych na miejscu oraz zeznań świadków, z uwagi na brak dostatecznych wyjaśnień ze strony Sojuszu Północnoatlantyckiego Komisja nie była w stanie ocenić wartości wojskowej zaatakowanego obszaru²⁷¹. Warto podkreślić, że podobnie jak w przypadku raportu Komitetu przy Prokuratorze MTKJ w sprawie bombardowań NATO w Serbii w 1999 roku ustalenia odnoszące się względem zasady proporcjonalności były dokonywane w kontekście całości kampanii powietrznej, zarówno w ujęciu wysokości strat wśród ludności cywilnej, jak i poprzez odniesienie się do wykorzystania tzw. aktywnych środków ostrożności i amunicji precyzyjnego rażenia²⁷².

18. Operacja „Protective Edge”

Ponowne walki pomiędzy Hamasem a Izraelskimi Siłami Samoobrony (IDF) miały miejsce w 2014 roku w związku z wystrzeleniem z terenu Strefy Gazy improwizowanych pocisków rakietowych przeciwko celom położonym na południu kraju. Przeprowadzona przez IDF ofensywa powietrzno-lądowa ponownie była przedmiotem zainteresowania Rady Praw Człowieka ONZ, która powołała nową komisję typu *fact-finding* pod przewodnictwem prof. Williama Schabasa²⁷³. W tym przypadku komisja jasno wskazała, że standardy oceny poszczególnych incydentów i ich klasyfikowanie jako naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego odbywa się na podstawie wymagań odmiennych niż w przypadku międzynarodowego procesu karnego i nie może być podstawą uznania indywidualnej odpowiedzialności karnej²⁷⁴. Podkreślono także, że sam fakt powstania strat wśród ludności cywilnej nie powoduje *per se* przyjęcia, że w przebiegu konfliktu zbrojnego doszło do popełnienia zbrodni wojennej – zabronione są jedynie ataki

271 *Ibidem*, para. 625.

272 „The Commission recognizes the large numbers of sorties and the proportionally low number of civilian casualties in comparison to other campaigns figures show the campaign conducted by NATO was conducted with precision weapons and a demonstrated concern to avoid civilian casualties”. *Ibidem*, para. 649.

273 Human Rights Council, *Report of the detailed findings of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1, A/HRC/29/CRP.4*.

274 „The factual conclusions formed the basis for the legal analysis of the individual incidents and their qualification as possible violations of international human rights law or humanitarian law. As the «reasonable ground» threshold is lower than the standard required in criminal trials, the commission does not make any conclusions with regard to the responsibility of specific individuals for alleged violations of international law”. M. N. Schmitt, *Investigating Violations...*, s. 55.

o charakterze intencjonalnym i dokonane ze świadomością, że straty towarzyszące będą wyraźnie nadmierne w stosunku do spodziewanej korzyści wojskowej²⁷⁵. Przyjęty przez komisję standard w tej kwestii sugeruje, że relewantne przepisy Statutu rzymskiego, zwłaszcza odnoszące się do zbrodni nieproporcjonalnego ataku, w znaczący sposób zmodyfikowały wykładnię PD I z 1977 roku, co wydaje się dowodem na akceptację powyższego poglądu przez doktrynę prawa międzynarodowego w tej mierze.

W kontekście stosowania ostrzeżeń – uznając art. 57 ust. 3 PD I za zwyczajowe prawo międzynarodowe – komisja zaznaczyła, że obowiązek udzielenia uprzedniej notyfikacji nie ma charakteru absolutnego. Jako przykład legalnego odstępiania od jej wystosowania wskazano na element zaskoczenia czy też natychmiastowej korzyści taktycznej. Na treść efektywnego ostrzeżenia, zdaniem komisji, składają się dwa elementy w postaci: a) zrozumiałości i jasności ostrzeżenia, które musi być zrozumiałe dla adresata, b) wykonalności – to znaczy, że adresat jest w stanie realistycznie dostosować swoje zachowanie do warunków wskazanych w ostrzeżeniu²⁷⁶. Raport wskazał, że w jego ocenie ostrzeżenia wysuwane przez grupy palestyńskich bojowników spełniły powyższe wymagania, wpływając na ewakuację obszarów południowego Izraela, ograniczając ruch lotniczy wokół lotniska Ben Gurion oraz przemieszczanie się na otwartych obszarach w Tel Awiwie. W kontekście ataków raketowych Hamasu zwrócono uwagę, że efektywność ostrzeżeń w żaden sposób nie zwalnia strony atakującej od obowiązku powstrzymania się od ataków bez rozróżnienia czy też kierowanych bezpośrednio w ludność cywilną. Wskazano, że pociski wyrzucane z prowizorycznych wyrzutni zlokalizowanych na terenie Strefy Gazy posiadały prymitywne urządzenia naprowadzające bądź były pozbawione jakichkolwiek urządzeń tego typu. Komisja przyjęła, że rakiety produkcji irańskiej lub pochodzące z obszarów byłego ZSRR i Jugosławii nie posiadają żadnych przyrządów celowniczych i *per se* nieprecyzyjne, z rozrzutem sięgającym nawet do 6 km w stosunku do planowanego punktu celowania. Komisja przyjęła, że powyższe pociski nie spełniają wymogu bycia zdolnymi do wycelowania przeciwko określonym celom wojskowym, przez to ich użycie narusza dyspozycję art. 51 ust. 4 PD I i jest traktowane jako atak bez rozróżnienia. Nie ma w tej mierze znaczenia okoliczność związana z brakami w zasobach uzbrojenia²⁷⁷. Raport zwrócił uwagę, że fakt korzystania z rakiet o zerowym bądź bardzo

275 Human Rights Council, *Report of the detailed findings...*, para. 21.

276 *Ibidem*, para. 94.

277 „The rockets available to armed groups in Gaza are unguided and inaccurate. Estimates, confirmed by the commission, indicate that the Fajr-5 and similar J-80 and M-75 rockets can land as far as 3 km from any intended target. The longer range rockets, such as the R-160, can land as far as 6 km away from the target because their accuracy decreases with range. Such rockets cannot be directed at a specific military objective and therefore strikes employing these weapons constitute indiscriminate attacks in violation of the customary rule reflected in article 51(4) of Additional Protocol I”. *Ibidem*, para. 97.

niskim poziomie dokładności przeciwko ośrodkom miejskim wypełnia znamiona zbrodni bezpośredniego ataku na ludność cywilną o charakterze terrorystycznym (art. 52 ust. 2 PD I)²⁷⁸. Oceniając ataki wykonywane z użyciem moździerzy, komisja wskazała, że nie jest to rekomendowany środek walki w sytuacji, w której cele wojskowe znajdują się obok znacznej koncentracji obiektów cywilnych, uznając, że dokonanie w tej mierze efektywnego rozróżnienia ma utrudniony charakter²⁷⁹. Raport podniósł, że wykorzystanie takiego uzbrojenia może być traktowane jako atak bez rozróżnienia, ponadto uznał, że wykorzystanie moździerzy w warunkach zurbanizowanych nie wypełnia nakazu podjęcia wszelkich praktycznie możliwych środków ostrożności²⁸⁰. Jednocześnie raport nie uznawał tego typu uzbrojenia jako inherentnie nielegalnego²⁸¹.

Komisja oceniła trwającą w ramach operacji „Protective Edge” kampanię powietrzną nad Strefą Gazy, podczas której Izraelskie Siły Obronne wykonały prawie 6000 uderzeń powietrznych przy stratach sięgających od 740 do 1000 zabitych. Raport objął swym badaniem – zarówno w postaci wizji lokalnych, zeznań świadków, analizy zdjęć oraz odczytu danych satelitarnych – ok. 15 miejsc najpoważniejszych incydentów związanych z użyciem bomb typu JDAM i rakiet typu Hellfire przez lotnictwo izraelskie. Kontrowersyjnym elementem analizy prawnej była próba odtworzenia podstaw zakwalifikowania określonych dóbr cywilnych jako cele wojskowe, które jak zaznaczyła komisja, wymagały dla swojej poprawności merytorycznej uzyskania informacji o charakterze zastrzeżonym przez dowództwo IDF, co spotkało się z odmową strony izraelskiej²⁸². Komisja wezwała IDF do przedstawienia informacji pozwalających na osiągnięcie minimalnego poziomu przejrzystości prowadzonych działań zbrojnych²⁸³. W sześciu analizowanych przypadkach stwierdzono brak podstaw do traktowania danych celów jako wojskowych, domagając się wyjaśnienia powodów, jakie kierowały dowództwem IDF przy atakowaniu obiektów objętych domniemaniem wynikającym z treści art. 52 ust. 3 PD I²⁸⁴. W dziewięciu incydentach stwierdzono możliwości pojawienia się legalnych celów wojskowych, uznając jednocześnie, że tylko aktywni i stali członkowie Hamasu uczestniczący bezpośrednio w działaniach zbrojnych mogą być przedmiotem ataku, włączając w to przedstawicieli politycznych oraz administrację²⁸⁵. Komisja

278 *Ibidem*, para. 99.

279 „The imprecise nature of mortars makes it difficult for an attacking party using this weapon in an area in which there is a concentration of civilians to distinguish between civilians and civilian objects and the military objective of the attack, and to limit its effects as required by international humanitarian law”. *Ibidem*, para. 102.

280 *Ibidem*, para. 103.

281 „Mortars can be directed at a specific target”. *Ibidem*, para. 101.

282 *Ibidem*, para. 215.

283 *Ibidem*, para. 216–218.

284 *Ibidem*, para. 219.

285 *Ibidem*, para. 220.

uznała, że większość ataków dotyczyła budynków mieszkalnych, znajdujących się w dzielnicach rezydencyjnych w czasie, w którym większość domowników była w domu, oraz była wykonana z użyciem broni znacznego kalibru. Raport wskazuje, że *prima facie* powyższe działania lotnictwa izraelskiego nie spełniają standardu rozsądnego dowódcy i bez przedstawienia danych strony izraelskiej istnieje uzasadnione przypuszczenie, że miały one charakter działań nieproporcjonalnych²⁸⁶. Komisja wyraziła także zastrzeżenia względem niektórych użytych pocisków – zwłaszcza bomb GBU-32 oraz GBU-31 o masie odpowiednio 1000 i 2000 funtów – podnosząc, że możliwość precyzyjnego kierowania tego typu pocisków ma drugorzędne znaczenie w świetle rozmiarów uderzenia broni, której zakres zaciera granice pomiędzy walczącymi a ludnością cywilną i może być w istocie pogwałceniem dyspozycji art. 51 ust. 4 PD I, a w warunkach miejskich przesądzać o możliwości wykonywania ataków bez rozróżnienia²⁸⁷. Podobne uwagi zostały poczynione na gruncie wykorzystywania pocisków znacznego kalibru (155 mm) oraz moździerzy²⁸⁸. Stwierdzono, że zakres zniszczeń infrastruktury cywilnej może w istocie być traktowany jako część bezmyślnego niszczenia dóbr cywilnych, penalizowanych w świetle art. 147 IV Konwencji genewskiej z 1949 roku²⁸⁹.

W kontekście stosowania przez izraelskie lotnictwo tzw. aktywnych środków ostrożności komisja uznała, że jednym z elementów wymaganych normami międzynarodowego prawa humanitarnego jest dokonywanie ataków w porach dnia, w których aktywność cywilna jest najmniejsza z możliwych, wskazując, że IDF dokonywały uderzeń powietrznych w godzinach wieczornych względem celów

286 *Ibidem*, para. 221.

287 „Attacks, which used this type of weapon in densely populated, built up areas of Gaza, are therefore likely to constitute a violation of the prohibition of indiscriminate attacks”. *Ibidem*, para. 226.

288 „The large impact area of some of the explosive weapons used by the IDF during the ground operations, including the large air dropped bombs and 155mm shells; the sheer volume of ordnance fired towards areas of Gaza; and the imprecise nature of artillery, including mortars; make it difficult for an attacking party using those methods and means in a densely populated and built up area to distinguish between civilians and civilian objects and the military objective of the attack, and thus to limit the attack's effects as required by international humanitarian law. Therefore, the use of weapons with wide-area effects by the IDF in the densely populated, built up areas of Gaza, and the significant likelihood of lethal indiscriminate effects resulting from such weapons, are highly likely to constitute a violation of the prohibition of indiscriminate attacks”. *Ibidem*, para. 415.

289 „The extensive destruction carried out by the IDF in Shuja'iya, Khuza'a and other localities situated in proximity to the Green Line, in particular the razing of entire areas of these localities by artillery fire, air strikes and bulldozers indicates that the IDF carried out destructions that may not have been strictly required by military necessity. Article 147 of the Geneva Convention IV qualifies the extensive destruction of property «not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly» as a grave breach of the Geneva Conventions”. *Ibidem*, para. 419.

znajdujących się w domach mieszkalnych²⁹⁰. Ostrzeżenia wystosowywane za pośrednictwem telefonii komórkowej uznawano za właściwą praktykę, natomiast odmawiano takiego przymiotu względem taktyki „pukania w dach”, której odbiór był niejasny²⁹¹. Komisja kwestionowała także fakt, że siły IDF nie podjęły zmiany w wytycznych prowadzenia działań bojowych w sytuacji, w której przebieg kampanii wskazywał osiągnięcie znacznego poziomu strat wśród niewalczących²⁹².

19. *Eritrea-Ethiopia Claims Commission* (Komisja do spraw roszczeń Erytrea – Etiopia)

Najważniejszym z punktu widzenia tematyki rozprawy fragmentem rozważań Komisji do spraw roszczeń Erytrea – Etiopia był incydent z 5 czerwca 1998 roku, w ramach którego lotnictwo Etiopii oraz Erytrei przeprowadziło wzajemne uderzenia na lotniska. Jednoznacznie wyrażono opinię, że atak na lotnisko, na którym stacjonują samoloty wojskowe, jest bez żadnych wątpliwości legalny w świetle międzynarodowego prawa humanitarne. Oceniono jednakże brak obiektywnych podstaw do bombardowania dzielnic mieszkalnych oraz szkół położonych ok. 7 km od lotniska. Erytrea wskazywała, że jeden z samolotów włoskiej produkcji Aermacchi MB-339 atakował stanowiska obrony przeciwlotniczej położone w pewnej odległości od lotniska, powołując się także na możliwość błędu. Komisja wskazała, że pomimo powstania szkód w dobrach cywilnych Erytrea miała prawo do ataku na bazę etiopskiego lotnictwa. Ponadto uznano za wiarygodny brak interesu w atakowaniu ludności cywilnej w sytuacji przewagi powietrznej Etiopii – co tym bardziej powodowało konieczność koncentracji wysiłku zbrojnego na niszczeniu bazy nieprzyjacielskiego lotnictwa. Zwrócono również uwagę na niedoświadczenie pilotów oraz możliwość błędnego zaprogramowania danych w komputerach pokładowych. Co istotne, w kontekście art. 57 PD I wskazano, że mimo iż dobór celu i środków był prawidłowy, a załogi miały prawo być niedoświadczone, to siły powietrzne Erytrei wykonały misję bojową w sposób niedbały i brakuje dowodów, aby w późniejszym okresie doszło do zmiany wytycznych w tej mierze. Na tej podstawie ostatecznie stwierdzono, że o ile samoloty wojsko-

290 *Ibidem*, para. 232.

291 „Based on its findings, the commission concludes that the «roof-knocking» technique is not effective, in particular if not combined with other specific warnings”. *Ibidem*, para. 233–242. Taktyka *roof-knocking* polegała na zrzucaniu na dachy domów mieszkalnych niewielkich ładunków wybuchowych bądź innych środków hukowych, które miały służyć jako swoiste ostrzeżenie przed ostatecznym atakiem ze strony IDF.

292 *Ibidem*, para. 242.

we Erytrei nie dokonały umyślnego ataku na ludność cywilną, o tyle doszło do naruszenia dyspozycji art. 57 PD I, co stało się podstawą odszkodowawczą²⁹³.

Komisja odniosła się do także do przypadku bombardowania lotniska cywilnego w Aksum, wskazując, że lotnisko jest zawsze legalnym celem wojskowym, niezależnie czy znajdują się w jego obrębie dobra o znaczeniu wojskowym, wskazując na możliwość przyszłego użycia pasa startowego na potrzeby lotnictwa wojskowego²⁹⁴.

20. Sprawa płk. Georga Kleina

4 września 2009 roku podczas wykonywania działań ISAF (*International Security Assistance Force*) w prowincji Kunduz w ramach niemieckiego kontyngentu wojskowego, dowodzący na lokalnym obszarze płk Georg Klein otrzymał informacje o uprowadzeniu przez Talibów dwóch cystern paliwowych. Z uwagi na fakt, że ciężarówki te znajdowały się w pobliżu niemieckiego obozu wojskowego, podjęta została decyzja o przeprowadzeniu ataku lotniczego na pojazdy, które utknęły w piaszczystym terenie. Pomiędzy chwilą wydania rozkazu a uderzeniem powietrznym wokół cystern zgromadziło się wielu cywili – w wyniku nalotu zginęło od 40 do nawet 140 osób. Atak przeprowadzono przy użyciu maszyn bojowych należących od USAF²⁹⁵.

Prokurator Generalny RFN (*Generalbundesanwalt*) odmówił wszczęcia postępowania karnego przeciwko osobie płk. Kleina, argumentując, że podejrzany nie wiedział o obecności ludności cywilnej w pobliżu cystern oraz że wyczerpał wszelkie możliwości, by uzyskać jasny obraz sytuacji²⁹⁶. Ocenę zachowania niemieckiego oficera stanowiły przepisy art. 11(1) niemieckiego kodeksu międzynarodowego prawa karnego (*Voelkerstrafgesetzbuch*), będącego zasadniczo odzwierciedleniem zbrodni nieproporcjonalnego ataku na gruncie art. 8 ust. 2 lit. b pkt iv

293 Reports of International Arbitral Awards, Recueil Des Sentences Arbitrales, *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Central Front – Ethiopia's Claim 2*, 28 April 2004, Partial Award Central Front – Ethiopia's Claim 2 Decision of 28 April 2004, Vol. XXV, para. 101–113.

294 *Ibidem*, para. 114.

295 L. Wexler, *International Humanitarian Law Transparency*, „Journal of Transnational Law and Policy” 2013, vol. 23, s. 101.

296 „The Generalbundesanwalt comes to the conclusion that Klein did not know about the presence of civilians near the trucks, and he further states that Klein had exhausted every means to clarify the situation; therefore, Klein cannot be blamed for his false assessment of the situation. On this basis Klein cannot have violated Art 11(1) Nr. 3 Volkerstrafgesetzbuch”. C. von der Groeben, *Criminal Responsibility of German Soldiers in Afghanistan: The Case of Colonel Klein*, „German/European Law Conversation Series” 2010, vol. 11, s. 478.

Statutu MTK. Zgodnie z dyspozycją przepisu do jego znamion zalicza się a) fakt przeprowadzenia ataku, b) istnienie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy atakiem a śmiercią ludności cywilnej, c) nieproporcjonalność pomiędzy stratami ludności cywilnej a spodziewaną korzyścią wojskową. Sprawca musi obejmować swoją umyślnością wszystkie powyższe znamiona. Prokurator generalny zwrócił uwagę, że decyzja dowódcy o użyciu siły musi być oceniana w perspektywie *ante factum*. Ponadto w jego ocenie, nawet jeżeli niemiecki oficer przewidywał możliwość powstania strat wśród ludności cywilnej, to i tak atak mógł mieć charakter proporcjonalnego w warunkach znacznej presji oraz doboru precyzyjnej metody ataku poprzez wykorzystanie najmniejszych możliwych bomb²⁹⁷. Interesujące są także rozważania w przedmiocie formy zjawiskowej powyższego przestępstwa, w ramach którego rolę niemieckiego oficera można sprowadzić do adekwatnej w polskim prawie karnym konstrukcji sprawcy kierowniczego. W tym kontekście załogi samolotów bojowych odpowiadają na zasadzie pomocnictwa, ale w powyższym kształcie ich odpowiedzialność jest problematyczna, gdyż nie można pilotom wojskowych statków powietrznych przypisać strony podmiotowej powyższego czynu.

Komentujący postępowanie niemieckiego dowódcy C. von der Groeben zaznacza, że w jego ocenie skrajnie subiektywizowanie modelu normatywnego rozsądnego dowódcy doprowadza do sytuacji, w której uznaniowość decyzji dowódcy ma charakter nieograniczony²⁹⁸. Autor krytykował także postępowanie niemieckiej prokuratury, twierdząc, że nie ustaliła, jaką konkretną korzyść wojskową miało osiągnąć działanie niemieckiego dowódcy – czy było to działanie defensywne, związane z działaniami typu *force protection* (taka okoliczność pojawia się w związku z pojawieniem się cysterny w pobliżu obozu *Bundeswehr*), czy też czysto ofensywne, wiążące się z eliminacją ważnych osób w dowództwie Talibów. Odnosząc się do stosowania środków ostrożności, w postanowieniach o umorzeniu śledztwa wskazano, że „ponieważ podejrzany miał uzasadnione podstawy, by twierdzić, że wokół cystern nie znajduje się ludność cywilna, to nie miał tym samym obowiązku, aby stosować dodatkowe środki ostrożności”²⁹⁹. Zdaniem niemieckiego autora rozstrzygnięcie niemieckiej prokuratury jest o tyle błędne, że nie uwzględnia wynikającego z treści art. 57 ust. 2 pkt c PD I sformułowania „gdy ataki mogą zagrozić ludności cywilnej”, które ma charakter przypuszczają-

297 C. von der Groeben, *German Federal Prosecutor Terminates Investigation against German Soldiers with Respect to NATO Air Strike in Afghanistan*, <https://www.ejiltalk.org/german-federal-prosecutor-terminates-investigation-against-german-soldiers-with-respect-to-nato-air-strike-in-afghanistan/> (dostęp: 2.01.2021).

298 „But without objective standards the proportionality of an attack has to be assessed by the attacker himself, in which case he enjoys not only a great margin of discretion, but in fact an unlimited margin. This undermines the value of the prohibition-for a prohibition that leaves the definition of its content to its addressee does in fact not prohibit anything at all”. C. von der Groeben, *Criminal Responsibility...*, s. 480.

299 *Ibidem*, s. 484.

cy i zezwala na odstąpienie od możliwości stosowania tzw. aktywnych środków ostrożności tylko w razie 100% pewności, że ludność cywilna nie może być objęta przedmiotem ochrony³⁰⁰. Podobne stanowisko na gruncie sprawy *Isayeva v. Rosja* zawisłej przed ETPC zajęła L. Blank³⁰¹. Autor uznał, że w tej mierze istotnym zaniechaniem była rezygnacja przez niemieckiego dowódcę z wykonania tzw. *low pass* (niskiego przelotu) nad cysternami w celu ostrzeżenia ludności cywilnej przed zamierzonym atakiem powietrznym.

21. Niezależna Międzynarodowa Komisja Śledcza do spraw Syryjskiej Republiki Arabskiej

W raporcie dotyczącym okresu od marca do lipca 2017 roku komisja badała przypadek ataku lotnictwa amerykańskiego na kompleks religijny w Al-Jinah 16 marca 2017 roku, w którym zginęło bądź zostało rannych ok. 50 osób. Zdaniem USAF atak był przeprowadzony na podstawie informacji o istnieniu spotkania lokalnych przywódców Al-Kaidy, jednocześnie przyznając, że nie uwzględniono w sposób dostateczny religijnego charakteru obiektu, a także ogólnej świadomości sytuacyjnej – wszystkich okoliczności towarzyszących atakowi. Komisja potwierdziła, że użycie przez samoloty typu F-15 bomb typu GBU-39 oraz wystrzelenie z pokładu drona pocisków Hellfire wypełniało obowiązek stosowania uzbrojenia zmniejszającego ryzyko powstania strat towarzyszących, wskazując także na aspekt użycia bomb z opóźnionym zapłonem, który pozwalał na ograniczenie skutków bezpośredniego trafienia w daną strukturę³⁰². Komisja stwierdziła, że w chwili ataku

300 „There is a textual, a systematic, and a teleological argument for this contention: First, Art 57 (2) (c) AP I speaks of attacks which «may» affect civilians, not of attacks which definitively will affect them. Second, Art 57 (2) AP I distinguishes between the obligation to verify that the objects to be attacked are not civilians (Art 57 (2) (a) AP I), and the obligation to give an advance warning (Art 57 (2) (c) AP I). Finally, Art 57 (2) (c) AP I has to be understood as designed to provide protection to civilians also in situations of doubt. Nothing illustrates the necessity for such warnings better than this attack, which caused so many civilian casualties despite *Klein's* legitimate conviction that he was only attacking the Taliban”. C. von der Groeben, *German Federal Prosecutor...*

301 „Second, commanders must take steps necessary to minimize civilian losses when targeting a military objective. Even if a target is legitimate according to the laws of war, failure to take the requisite precautions will make the attack unlawful”. L. Blank, A. Guiora, *Teaching an Old Dog New Tricks: Operationalizing the Law of Armed Conflict in New Warfare*, „Harvard National Security Journal” 2010, vol. 25, s. 57.

302 „The GBU-39, used to target specific parts of a building, is a low-yield bomb with minimal blast and fragmentation. It was used to destroy the target with minimal collateral damage

odbywały się w budynku meczetu regularne spotkania religijne, uznając, że jego szczególny status w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego może ulec zmianie w razie wojskowego wykorzystania. Jednakże stwierdziła brak jakichkolwiek danych świadczących o obecności kierownictwa organizacji terrorystycznej w budynku świątyni. Wypunktowano także brak prawidłowego sklasyfikowania obiektu jako miejsca kultu religijnego oraz zaniechania w przedmiocie weryfikacji rzeczywistego charakteru spotkań, uznając powyższe okoliczności za naruszenie obowiązku podjęcia wszelkich praktycznie dostępnych środków w celu zminimalizowania strat wśród ludności cywilnej przez Stany Zjednoczone³⁰³.

22. Raport do Kongresu Stanów Zjednoczonych z przebiegu działań podczas I wojny w Zatoce Perskiej

Stanowisko wyrażone w załączniku do raportu pomijało analizę zwyczajowego charakteru przepisów zawartych w treści PD I, opierając się na dyspozycji przepisów Regulaminu haskiego z 1907 roku oraz treści Konwencji haskiej o ochronie dóbr kultury w konflikcie zbrojnym z 1954 roku³⁰⁴. Co interesujące, raport wskazywał, że źródłem ochrony dóbr o charakterze cywilnym i podstawą zakazu wykonywania wyraźnie nieproporcjonalnych ataków jest treść art. 23 lit. g Regulaminu haskiego z 1907 roku³⁰⁵. Nieskodyfikowana zasada proporcjonalności została określona jako podjęcie akcji wojskowej, której negatywne efekty w sposób oczywisty przewyższają uzyskane korzyści wojskowe. Powyższy test był stosowany *in casu*, ale raport potwierdza, że szacunek korzyści mógł mieć wymiar generalny i dotyczyć zakresu strategicznego całości kampanii, np. relacja w stosunku do

to the surrounding area, including the adjacent prayer hall". Human Rights Council, *Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic*, A/HRC/36/55, para. 57.

303 „In this regard, the Commission notes that even though bombs designed to inflict low collateral damage were used, the United States targeting team lacked an understanding of the actual target, including that it was part of a mosque where worshippers gathered to pray every Thursday”. *Ibidem*, para. 61.

304 Department of Defense, *Conduct of The Persian Gulf War: Final Report to Congress*, Waszyngton 1992.

305 „While the prohibition contained in Article 23(g) generally refers to intentional destruction or injury, it also precludes collateral damage of civilian objects or injury to noncombatant civilians that is clearly disproportionate to the military advantage gained in the attack of military objectives, as discussed below”. *Ibidem*, s. 697.

osiągnięcia podstawowego celu działań zbrojnych, jakim było wyzwolenie Kuwejtu spod irackiej okupacji³⁰⁶. Stosowanie aktywnych środków ostrożności oprócz wymogu bezpośredniej identyfikacji celu obejmowało także szacunki niebezpieczeństwa zaistniałego względem własnych załóg lotniczych. W kontekście tzw. obiektów podwójnego zastosowania raport wskazuje, że budowa dróg, portów lotniczych oraz linii kolejowych była finansowana przez Kongres Stanów Zjednoczonych do celów obronnych i miała w istocie wymierny udział w umożliwieniu sprawnego przerzucenia wojsk USA na Bliski Wschód – według tej samej analogii uznawano za legalne cele podobny typ infrastruktury w Iraku. Raport Kongresu USA uznaje, że fakt wykorzystania sieci drogowej i energetycznej do celów wojskowych i cywilnych umożliwia klasyfikację danego celu/obiektu jako wojskowy, jeżeli jego zniszczenie bądź uszkodzenie przynosi określoną korzyść wojskową. Raport podnosił rozliczne uchybienia obowiązków wynikające z konieczności podjęcia pasywnych środków ostrożności przez stronę iracką, polegające m.in. na rozmyślnym rozmieszczeniu celów wojskowych w pobliżu dóbr kultury bądź szkół oraz szpitali³⁰⁷. Pomimo powyższego amerykańscy planiści zdecydowali się na odstępianie od atakowania tych obiektów, wskazując wyraźnie, że ich zniszczenie byłoby uzasadnione w świetle praktyki państw.

W przedmiocie PD I raport wskazał, że art. 48 i 49 PD I determinują zwrot „atak” jako element operacji wojskowych o charakterze zarówno ofensywnym, jak i defensywnym, podnosząc, że obowiązek stosowania środków ostrożności i ograniczenia strat wśród ludności cywilnej rozdziela się w równym zakresie pomiędzy atakującego i broniącego (*minimizing collateral damage and injury is a responsibility shared by attacker and defender*)³⁰⁸. Artykuł 51 ust. 8 PD I został uznany za element zwyczajowego prawa międzynarodowego, z kolei w kontekście art. 52 ust. 3 PD I przyjęto, że wprowadzenie domniemania cywilnego przeznaczenia pewnych typów obiektów – jak miejsca kultu religijnego oraz szkoły – wprowadza nieuzasadniony i nieakceptowany w świetle praktyki państw standard przerzucenia ciężaru ustalenia prawidłowego charakteru obiektu ze strony broniącej (posiadającej rzeczywistą kontrolę nad charakterem celu) na atakującą, która nie posiada relewantnych wiadomości, ograniczając legalność akcji strony wykonującej atak oraz wręcz zachęcając stronę przeciwną do podjęcia kroków o charakterze sprzecznym z obowiązkami dotyczącymi pasywnych środków ostrożności³⁰⁹.

Obszerna część przedłożonego Kongresowi sprawozdania odnosiła się do zagadnienia aktu kapitulacji w *ius in bello*. Raport ponadto stwierdził, że działanie

306 „«Military advantage» is not restricted to tactical gains, but is linked to the full context of a war strategy, in this instance, the execution of the Coalition war plan for liberation of Kuwait”. *Ibidem*, s. 699.

307 *Ibidem*, s. 702.

308 *Ibidem*, s. 700.

309 *Ibidem*, s. 703.

irackich czołgów podczas bitwy pod Ras Al-Khafji polegające na odwróceniu wież czołgowych nie jest aktem kapitulacji³¹⁰. Uzasadniał także kroki podjęte względem irackich jednostek wycofujących się z Kuwejt, wskazując, że amerykańskie lotnictwo wystosowało ostrzeżenie przed atakiem (co nie było obowiązkiem wynikającym z przepisów prawa międzynarodowego), aby iracki personel opuszczał pojazdy kołowe znajdujące się na drodze Kuwejt–Basra. Ostateczną konkluzją w tej mierze było stwierdzenie, że irackie jednostki zbrojne miały podczas ataku na tzw. autostradę śmierci status oddziałów wycofujących się, a nie kapitulujących³¹¹.

Innym przykładem prawidłowego postępowania jest zachowanie starożytnych zabytków znajdujących się w Ur Chaldejskim, w ramach których strona iracka dokonała rozmyślnego rozmieszczenia dwóch samolotów myśliwskich z dala od pasów startowych – dowództwo kolacji zdecydowało o zaniechaniu ataku na powyższą instalację³¹². Należy jednak zwrócić uwagę na kontekstowość warunków ataku powietrznego – z pewnością decydującym czynnikiem w tej mierze było przekonanie o braku potrzeby osłabienia irackiego lotnictwa w stopniu wymagającym dokonania ataku na rozmieszczone wojskowe statki powietrzne, szczególnie w warunkach dominacji powietrznej.

C. B. Shotwell zwrócił uwagę, że kampania powietrzna w 1991 roku potwierdziła wytworzenie się nowej zasady o charakterze zwyczajowym w postaci tzw. reguły ekonomii użycia siły wojskowej, sprowadzającej się do koncentracji wysiłku wojennego na atakowaniu celów, które wyłącznie wpływają na zdolność przeciwnika do podjęcia walki zbrojnej³¹³.

310 „As that battle began, Iraqi tanks entered Ras Al-Khafji with their turrets reversed, turning their guns forward only at the moment action began between Iraqi and Coalition forces. While there was some media speculation that this was an act of perfidy, it was not; a reversed turret is not a recognized indication of surrender per se”. *Ibidem*, s. 709.

311 *Ibidem*, s. 772.

312 R. O’Keefe, *Protection of Cultural Property under International Criminal Law*, „Melbourne Journal of International Law” 2010, vol. 11, s. 354.

313 C. B. Shotwell, *Economy and Humanity...*, s. 16.

Rozdział IX

Bezzałogowość i autonomia w wojnie powietrznej

1. Bezzałogowość w wojnie powietrznej

1.1. Uwagi ogólne

Warto podnieść, że pojawienie się bezzałogowości w wojnie powietrznej nie wiąże się tylko i wyłącznie z datą 3 listopada 2002 r., w którym to dniu dron typu Predator zaatakował w Jemenie terrorystów odpowiedzialnych na zamach na USS „Cole”¹. W istocie już w 1812 roku podczas okupacji Moskwy przez Francuzów wojska rosyjskie planowały wykonanie ataku na miejsce postoju cesarza Francuzów poprzez wykorzystanie bezzałogowego balonu wypełnionego ładunkami wybuchowymi². Także w nauce prawa międzynarodowego przewidywano już na początku XX wieku pierwsze ewentualne rozwiązania prawne dotyczące pojawienia się technologii bezzałogowej. W 1911 roku P. Fauchille wskazał na istnienie kategorii bezzałogowych aerostatów, a na ich potencjał wojskowy zwracał uwagę J. M. Spaight.

O bezzałogowości pojmowanej jako brak fizycznej obecności ludzkiego operatora na pokładzie platformy można mówić już od okresu międzywojennego, gdy rozpoczęto prace nad badaniami różnego rodzaju pojazdów zdalnie sterowanych, zdolnych do wykonywania określonych zadań taktycznych³. W ramach tych działań operator sprawował kontrolę nad urządzeniem za pomocą rozwijanego kabla łączącego pojazd z prostym narzędziem sterującym, odpowiedzialnym za podstawowe ruchy urządzenia. W wymiarze lotniczym pierwsze próby związane z samolotami nieposiadającymi fizycznego pilota na pokładzie rozpoczęły się

1 C. S. Rinehart, *Drones and Targeted Killing in the Middle East and Africa: An Appraisal of American Counterterrorism Policies*, Londyn 2016, s. 1.

2 P. Fauchille, H. Bonfils, *Traité de Droit International Public*, Paryż 1921, s. 599–600.

3 V. Prisacariu, *The History and the Evolution of UAVs from the Beginning till the 70s*, „Journal of Defense Resources Management” 2017, vol. 8.

w okresie przedwojennego rozwoju technologii radiowej⁴. Po II wojnie światowej rozwój technologii telewizyjnej umożliwił samodzielne kontrolowanie bezzałogowego statku powietrznego na dalszą odległość, a także zwiększył możliwości samej platformy. Podczas wojny w Wietnamie amerykańskie siły powietrzne korzystały z modelu Firebee – Lightning Bug, łącznie wykonując blisko 3400 różnych zadań o charakterze zwiadowczym⁵. W 1995 roku na wyposażenie amerykańskich sił powietrznych został przyjęty dron typu RQ-1 Predator, który w tym samym okresie wykonał pierwsze misje zwiadowcze nad Bośnią w związku z realizacją mandatu ONZ przez NATO w tym regionie, a w 2001 roku doszło do wyposażenia platformy w pociski typu powietrze – ziemia Hellfire. Rozwojową wersją systemu typu Predator jest pojazd Reaper, posiadający większe zdolności taktyczne, oraz dron Global Hawk, szeroko wykorzystywany jako pojazd rozpoznawczy. Rozwój technicznych możliwości dronów, poprzez zwiększenie zasięgu, udźwigu oraz poprawy urządzeń celowniczo-rozpoznawczych, sprawił, że współcześnie bezzałogowce stanowią nieodzowny element operacji powietrznej, w pierwszej kolejności jako narzędzie misji typu ISR (*Intelligence Surveillance and Reconnaissance* – wywiad, wykrywanie, rozpoznanie)⁶.

W tej mierze należy jednak odróżnić bezzałogowe statki powietrzne od latających rakiet i pocisków (takich jak np. niemiecka bomba latająca typu Fritz X czy też rakiety samosterujące typu Tomahawk oraz innego rodzaju inteligentne uzbrojenie)⁷. Zgodnie bowiem z przyjmowanymi definicjami bezzałogowy pojazd latający ma mieć zdolność do bycia powtórnie wykorzystanym (*can be expendable or recoverable*)⁸. Wyłącza to spod zakresu bezzałogowych powyższe typy uzbrojenia – bezzałogowość może więc być rozumiana *sensu largo* i *sensu stricto*. Przez bezzałogowe *sensu largo* należy uznać wszystkie platformy/pojazdy niemające fizycznego operatora na pokładzie. Bezzałogowość *sensu stricto* ogranicza się do pojazdów przeznaczonych do zniszczenia bądź jakiegokolwiek innego zużycia będącego istotą działania tego urządzenia⁹.

W literaturze anglosaskiej definicja bezzałogowego statku latającego (*Unmanned Aerial Vehicle* – UAV) określa statek powietrzny poruszający się bez fizycznej obecności operatora ludzkiego na jego pokładzie, posiadający niezbędną aparaturę do jego sterowania oraz dysponujący możliwościami przenoszenia różnego

4 P. Polkowski, *Bezzałogowe statki powietrzne*, „Rocznik Bezpieczeństwa Międzynarodowego” 2016, vol. 10, s. 238.

5 J. F. Keane, S. S. Carr, *A Brief History of Early Unmanned Aircraft*, „John Hopkins Apl Technical Digest” 2013, vol. 32, s. 568.

6 C. De Cock, *Operation Unified Protector and the Protection of Civilians in Libya*, M. N. Schmitt, L. Arimatsu (red.), „Yearbook of International Humanitarian Law” 2011, vol. 14, s. 226.

7 R. P. Schwig, *Unnamed Aerial Vehicles – Revolutionary Tools in War and Peace*, USAWC Strategy Research Project, s. 5.

8 *Dictionary of Military and Associated Terms*, US Department of Defense 2005.

9 C. Wills, *Unmanned Combat Air Systems in Future Warfare: Gaining Control of the Air*, ebook 2016.

rodzaju środków uzbrojenia oraz rozpoznania¹⁰. Dokumenty standaryzacyjne NATO określają bezzałogowy statek powietrzny jako „statek powietrzny o własnym napędzie (...) latający niezależnie lub pilotowany zdalnie”¹¹. Amerykańska agencja żeglugi powietrznej (*Federal Aviation Administration*) wskazuje na bezzałogowość w ujęciu funkcjonalnym – poprzez brak możliwości wykonania czynności kontrolnych na pokładzie statku powietrznego¹². Zwraca uwagę, iż polski ustawodawca w relewantnych dokumentach z zakresu prawa lotniczego wykorzystuje sformułowanie „bezzałogowy statek powietrzny” jako legalną definicję obiektów latających posiadających własny napęd, w związku z tym występuje różnica semantyczna pomiędzy zwrotami „pojazd” i „statek powietrzny”¹³. W dokumentach dotyczących międzynarodowego lotnictwa cywilnego używa się także sformułowania *Remotely Piloted Aircraft* (RPA), czyli zdalnie sterowany statek powietrzny. Definicja ta zwraca z kolei uwagę na kwestię zakresu ludzkiej kontroli nad statkiem powietrznym i wypukla fakt, że są one bezzałogowe, ale jednocześnie ciągle sterowane za pośrednictwem różnego rodzaju środków łączności na odległość¹⁴. Rozwinięciem powyższej definicji jest także sformułowanie *Unmanned Aircraft System* (systemy bezzałogowych pojazdów latających), oznaczające oprócz bezzałogowej platformy także wszelkiego rodzaju komponenty, które są niezbędne oprócz samego statku powietrznego do eksploatacji pojazdu, w tym personel zajmujący się obsługą naziemną¹⁵.

10 „An Unmanned Aircraft (sometimes abbreviated to UA) is defined as an aircraft that does not carry a human operator, is operated remotely using varying levels of automated functions, is normally recoverable, and can carry a lethal or non-lethal payload”. UK JDN 2/11, *UK Approach to Unmanned Aircraft Systems*, s. 202.

11 „Pojazd bezzałogowy, który może być sterowany z pewnej odległości dzięki wykorzystaniu środków łączności. Zwykle projektowany jako urządzenie powracające”. AAP-6 (2005), *Słownik Terminów i Definicji NATO*, *NATO Glossary of Terms and Definitions*, http://akacja.wzks.uj.edu.pl/~schaedag/materialy/unesco/slownik_terminow_i_definicji_NATO.html (dostęp: 5.01.2021).

12 „Unmanned aircraft means an aircraft operated without the possibility of direct human intervention from within or on the aircraft”. 14 CFR (Code of Federal Regulations) § 107.3.

13 Art. 126 ustawy z 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (Dz.U. z 2020 r. poz. 1970 ze zm.).

14 Office of General Counsel, Department of Defense, *Law of War Manual*, 6.5.8, s. 351; Glossary, *Unmanned Aircraft Systems* (UAS), ICAO Circular 328-AN/190; M. Gregorski, *Regulacje dotyczące bezzałogowych statków powietrznych w prawie Unii Europejskiej w kontekście międzynarodowym*, „Studia Europejskie” 2017, vol. 2, s. 138.

15 „System składający się z bezzałogowego statku powietrznego, systemu wsparcia oraz całości wyposażenia i personelu niezbędnego do kierowania bezzałogowym statkiem powietrznym”. AAP-6(2017), *Słownik Terminów i Definicji NATO*, *NATO Glossary of Terms and Definitions*, s. 464, <https://wcniik.wp.mil.pl/u/AAP6PL.pdf> (dostęp: 5.01.2021). „A set of configurable elements consisting of a remotely-piloted aircraft, its associated remote pilot station(s), the required command and control links and any other system elements as may be required, at any point during flight operation”. Glossary, *Unmanned Aircraft Systems* (UAS), ICAO Circular 328-AN/190.

Jako statki powietrzne, bezzałogowe statki powietrzne podlegają temu samemu podziałowi jak konwencjonalne załogowe statki powietrzne na cywilne i państwowe statki powietrzne, gdzie decydującym elementem klasyfikacji jest ich przeznaczenie¹⁶. W międzynarodowym prawie cywilnym – jak wspomniano wcześniej – nie występuje definicja wojskowego statku powietrznego, która jest ustalona na podstawie prawa zwyczajowego obowiązującego w kontekście prawa wojny powietrznej¹⁷. W związku z tym bezzałogowy statek powietrzny będzie posiadał status wojskowego statku powietrznego, o ile spełnia wymagania określone w ramach reguł wywodzących się z treści Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku, a uzupełnionych przez zapisy tzw. instrukcji z San Remo dotyczących prawa wojny morskiej z 1994 roku oraz instrukcji harwardzkiej¹⁸. Ten ostatni dokument uznaje za statki powietrzne wszelkie pojazdy załogowe bądź bezzałogowe, co w konkluzji oznacza, że bezzałogowe wojskowe statki powietrzne mogą być środkiem walki w rozumieniu prawa wojny powietrznej¹⁹. W istocie w literaturze najczęściej kontrowersji budzi kwestia kontrolowania bądź też programowania przez właściwe osoby, tj. podlegające dyscyplinie wojskowej. Dotyczy to w szczególności przypadków nadzorowania uzbrojonych dronów przez operatorów agencji wywiadowczych (np. amerykańskiej CIA), którzy nie wypełniają statusu członkostwa w siłach zbrojnych, umundurowania oraz podlegania dyscyplinie wojskowej²⁰. Pojawia się także kwestia noszenia munduru przez personel sił zbrojnych obsługujący bezzałogowe statki powietrzne – I. Henderson i B. Cavanagh wskazują, że w przypadku międzynarodowego konfliktu zbrojnego istnieje obowiązek noszenia ubiorów przez członków sił zbrojnych²¹. Wynika on z konieczności noszenia mundurów w wypadku oddzielenia się załogi od wojskowego statku powietrznego. Nie ma jednakże żadnej praktyki w tej mierze w kontekście konfliktu zbrojnego o charakterze niemiedzynarodowym²².

16 A. Lazarski, *Legal Implications of the Uninhabited Combat Aerial Vehicle*, „Aerospace Power Journal” 2002, vol. XVI, s. 78–79.

17 W. H. Boothby, *The Law of the Targeting*, Oxford 2012, s. 336.

18 I. Henderson, B. Cavanagh, *Unmanned Aerial Vehicles: Do They Pose Legal Challenges?*, [w:] H. Nasu, R. McLaughlin (red.), *New Technologies and the Law of Armed Conflict*, Haga 2014, s. 197; W. H. Boothby, *How Far Will the Law Allow Unmanned Targeting to Go?*, [w:] D. Saxon (red.), *International Humanitarian Law and the Changing Technology of War*, Leiden 2013, s. 48.

19 „Based on assumption that in aerial warfare aircraft executing an attack is generally as such regarded as «means» of warfare, it is concluded that under international law UAVs are considered as a «mean» of warfare, as actually any instrument capable of attack may represent it”. P. Ochmannova, *Unmanned Aerial Vehicles and Law of Armed Conflict, Implications*, „Czech Yearbook of International Law” 2011, vol. 2, s. 148.

20 D. Glazier, *The Drone: It's in the Way That You Use It*, [w:] K. Fisk, J. Ramos (red.), *Preventive Force: Drones, Targeted Killings and the Transformation of Contemporary Warfare*, Nowy Jork 2016, s. 162.

21 I. Henderson, B. Cavanagh, *Unmanned Aerial Vehicles...*, s. 199.

22 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge 2013, s. 318.

Wojskowe statki powietrzne mogą mieć różne przeznaczenie, ale bez wątpienia największym wyzwaniem z perspektywy prawnej jest kwestia wykorzystania tych UAV, które posiadają zdolność atakowania określonych celów bądź obiektów, znanych jako bojowy bezzałogowy statek powietrzny (*Unmanned Combat Aerial Vehicle* – UCAV)²³. Innym sformułowaniem zaproponowanym przez fundację Inicjatywa na rzecz Międzynarodowego Prawa Karnego i Praw Człowieka w Europie Środkowej i Wschodniej jest zwrot SBBPL, czyli systemy bojowych bezzałogowych pojazdów latających. Celem tej definicji jest podkreślenie, iż bezzałogowe pojazdy latające działają w ramach systemów załogowych oraz zawężenie zakresu zastosowania definicji do urządzeń, które mogą zostać wykorzystane przez siły zbrojne²⁴.

1.2. Bezzałogowość i prawo wojny powietrznej

Bezzałogowość nie jest traktowana jako poważne wyzwanie dla międzynarodowego prawa humanitarne²⁵. Wynika to z faktu, że bezzałogowy statek powietrzny jest w istocie jedynie platformą przenoszenia pocisków, stąd determinacja legalności jego użycia w konkretnych warunkach bojowych będzie uzależniona od rodzaju środków wykorzystywanych przez UCAV bądź też sposobu ich wykorzystania²⁶. Ponadto bezzałogowe statki powietrzne operują wciąż w obrębie

23 „An unmanned combat aerial vehicle consists of an advanced remote/robotic armament system equipped with electronic sensors and munitions of war. These systems used in identification missions in order to identify war and military zones and monitor the battlefield”. R. Mousazadeh, A. Basiri, M. Babaei, A. Tavakoli Tabasi, *Analyzing the Legal Dimensions of Unmanned Combat Aerial Vehicle in the International Law*, „Journal of Politics and Law” 2016, vol. 9, s. 1.

24 Zob. K. Kowalczevska, J. Kowalewski, *Systemy dronów bojowych: analiza problemów i odpowiedź społeczeństwa obywatelskiego*, Warszawa 2015, s. 7–8.

25 W. H. Boothby, *The Law of the Targeting*, Oxford 2012, s. 281; T. D. Gill, J. Van Haaster, M. Roor-da, *Some Legal and Operation Considerations Regarding Remote Warfare: Drones and Cyber Warfare Revisited*, [w:] J. Ohlin (red.), *Research Handbook on Remote Warfare*, Northampton 2017, s. 316.

26 „Therefore, it appears drones comply with the various weapon laws, however, when a drone is acting as a «weapons platform», the ordinance carried by the drone is still governed by other specific areas of weapons law”. V. Sehwat, *Legal Status of Drones under LOAC and International Law*, „Penn State Journal of Law and International Affairs” 2017, vol. 5, s. 184. „Drones are advanced weapons platforms, hence, the lawfulness of the system also depends on the equipped weapon. That is, the legal status of UCAVs upends if an unlawful weapon is employed”. H. D. Jang, *The Lawfulness and Case for Combat Drones in the Fight against Terrorism*, „National Security Law Journal” 2013, vol. 2, s. 10. Zob. także W. Bieńkowski, *Bezzałogowe aparaty latające na polu walki – nowe wyzwanie dla prawa wojennego czy powtórka z historii?*, „Międzynarodowe Prawo Humanitarne” 2013, t. IV, s. 127–168.

systemów załogowych i nie dysponują autonomią w ramach tzw. funkcji krytycznych (pojęcie zostanie rozwinięte poniżej). Jediną różnicą w odniesieniu do załogowych statków powietrznych jest brak obecności operatora na pokładzie, ale kontrola odbywa się w sposób zdalny. Warto pamiętać, że w erze pocisków typu *fire-and-forget* wiele funkcji konwencjonalnych statków powietrznych jest silnie zautomatyzowanych, pomimo posiadania załogi na pokładzie²⁷. Stąd też działania bezzałogowych statków powietrznych (w przeciwieństwie do systemów autonomicznych) są w ocenie prawnej niezwykle zbliżone do sytuacji prawnej załogowego statku powietrznego²⁸. Patrząc przez pryzmat art. 35, 51–52 i 57 PD I i na legalność rozmieszczenia oraz użycia uzbrojonych dronów, nie jest to *per se* ani środek powodujący nadmierne obrażenia bądź zbędne cierpienia, ani mogący razić bez rozróżnienia bądź także zagrażający środowisku naturalnemu²⁹. Bezzałogowość często przedstawiana jest przez niektórych autorów jako zaleta w kontekście stosowania tzw. aktywnych środków ostrożności³⁰. Wynika to z możliwości pozostawiania danego bezzałogowego statku powietrznego dłużej nad celem, a także braku oddziaływania czynników zewnętrznych (stresu) względem samego operatora, jak również dysponowania wsparciem licznych sensorów czy też występowania wyłącznie amunicji precyzyjnego rażenia³¹. Co interesujące, w konsekwencji

27 T. Zieliński, *Użycie uzbrojonych bezzałogowych statków powietrznych w kontekście prawa międzynarodowego*, „Zeszyty Naukowe” 2017, vol. 3, s. 210.

28 „In summary, UAVs as such do not pose problems with respect to a legal assessment under international law that are different from other uses. This is partially due – in contradistinction to autonomous weapon systems, where these decisions are made through machine code – to the decision over whether and how to attack remaining with an individual or a group of individuals. The legal assessment differs in cases in which a UAV is used as a platform for weaponry that contravenes the rules just laid out, such as certain biological, chemical or nuclear weapons”. M. Wagner, *Unmanned Aerial Vehicles*, [w:] F. Lachenmann, R. Wolfrum (red.), *The Law of Armed Conflict and the Use of Force: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford 2017, para. 21, s. 1284.

29 Inny pogląd przedstawia W. Qureshi, który uważa, że bazowanie przez operatorów UCAV na niezwyryfikowanych danych przekazywanych, a także informacjach przesyłanych automatycznie podważa legalność dronów z perspektywy braku możliwości zachowania zasady rozróżniania; W. Qureshi, *The Legality and Conduct of Drone Attacks*, „Notre Dame Journal of International and Comparative Law” 2017, vol. 7, s. 104. Ale zob. „Evidently, there is no basis for arguing that UCAV technology that is currently in use is inherently of a ‘nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering’ or that the ‘dictates of public conscience’ militate against the use of UCAVs”. M. Hagger, T. McCormack, *Regulating the Use of Unmanned Combat Vehicles: Are General Principles of International Humanitarian Law Sufficient?*, „JLIS Special Edition: The Law of Unmanned Vehicles” 2011–2012, vol. 21(2), s. 13. M. J. Deegan, *Unmanned Aerial Vehicles: Legitimate Weapon Systems or Unlawful Angels of Death?*, „Pace International Law Review” 2014, vol. 26, s. 227.

30 Zob. J. D. Herbach, *Into the Caves of Steel: Precaution, Cognition and Robotic Weapon Systems under the International Law of Armed Conflict*, „Amsterdam Law Forum” 2012, vol. 3, s. 1–20.

31 „According to the U.S. Air Force, one of the more salient features of these cutting-edge aircraft is the Multi-Spectral Targeting System («MTS-B»), which integrates an infrared

operacje prowadzone z użyciem bezzałogowych statków powietrznych będą oceniane w odmiennym, potencjalnie wyższym standardzie staranności, z uwagi na brak negatywnych elementów towarzyszących lotom załogowym (np. kwestia ochrony własnej załogi, która wywołała wiele wątpliwości przy implementacji tzw. zasady 15 000 stóp przez lotnictwo NATO w 1999 roku)³². F. Rosen wskazuje w tej mierze na głęboką przemianę paradygmatu wynikającego z treści art. 57 PD I, poprzez modyfikację trzech elementów zasady ostrożności w postaci: 1) względów strategicznych (rozumianych jako czas i możliwość dokonania analizy w dynamicznym środowisku walki), 2) względów osobowych (ryzyko dla załogi), 3) względów materialnych (koszt bezzałogowego statku powietrznego w relacji do konwencjonalnego statku powietrznego)³³. Niektórzy eksperci z kolei wskazują, że z operacyjnego punktu widzenia bezzałogowce mogą zwiększać możliwości prowadzenia operacji bojowych, przez co narażać ludność cywilną na niebezpieczeństwo³⁴. Innym zagadnieniem jest obserwowane pogłębianie się dystansu pomiędzy operatorem a celem. Argumenty powyższe wydają się jednak nieprzekonujące o tyle, że odległość pomiędzy walczącymi w warunkach wojny powietrznej była zawsze znaczna i już od blisko 70 lat jest determinowana zasięgiem radarów bądź sensorów przewyższających wielokrotnie zdolności identyfikacji wizualnej.

Instrukcja harwardzka z 2009 roku wskazywała, że bezzałogowe statki powietrzne mieszczą się w kategorii statków powietrznych z tą różnicą, że nie posiadają ludzkiego operatora na pokładzie. Zwrócono uwagę, że o ile bezzałogowy statek powietrzny może być cywilny, państwowy oraz wojskowy, o tyle bojowy bezzałogowy statek powietrzny może być tylko i wyłącznie wojskowym statkiem powietrznym (zgodnie z zasadą, że tylko takie statki powietrzne mogą brać udział

sensor, a color/monochrome video camera, an image-intensified video camera, a laser designator, and a laser illuminator to maximize precision". H. D. Jang, *The Lawfulness...*, s. 12. „This can serve to improve military commanders' situational awareness and target identification, allow for a more robust assessment of potential collateral damage, widen the range of precautionary measures in advance of an attack and permit more precise targeting, with the real potential of lowering the risk of civilian casualties". The United Nations Office for Disarmament Affairs, *Study on Armed Unmanned Aerial Vehicles Prepared on the Recommendation of the Advisory Board on Disarmament Matters*, United Nations 2015, s. 37.

32 A. Kasher, A. Plaw, *Distinguishing Drones: An Exchange*, [w:] B. J. Strawser (red.), *Killing by Remote Control: The Ethics of an Unmanned Military*, Oxford 2013, s. 56–57.

33 F. Rosen, *Extremely Stealthy and Incredibly Close: Drones, Control and Legal Responsibility*, „Journal of Conflict and Security Law” 2014, vol. 19, s. 127–128.

34 N. Weizmann, *Remotely Piloted Aircraft and International Law*, [w:] M. Aaronson, A. Johnson (red.), *Hitting the Target? How New Capabilities are Shaping International Intervention*, Londyn 2013, <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/2013/remotely-piloted-aircraft-ihl-weizmann.pdf> (dostęp: 4.01.2021), s. 36; F. Megret, *The Humanitarian Problem with Drones*, „Utah Law Review” 2013, vol. 5, s. 1301.

w działaniach zbrojnych). Reguła nr 39 podkreślała, że w działaniach bezzałogowców obowiązują ogólne zasady prowadzenia walki zbrojnej, w tym także dotyczące środków ostrożności. Instrukcja podkreśla korzyści wynikające ze specyfikacji dronów, jednocześnie wskazując, że w pewnych okolicznościach zalecane może być wykorzystanie również wsparcia lotnictwa konwencjonalnego³⁵. W efekcie instrukcja potwierdza brak znaczących różnic w reżimie prawnym odnoszącym się do załogowego i bezzałogowego lotnictwa bojowego.

Znacznie więcej wątpliwości wywołują metody wykorzystania bezzałogowych pojazdów latających, zwłaszcza w odniesieniu do konfliktów o charakterze międzynarodowym bądź poza strefą aktywnych działań zbrojnych (*active hostilities*). W tej mierze pojawiają się wątpliwości dotyczące wzajemnej relacji międzynarodowego prawa humanitarnego oraz standardów ochrony praw człowieka, a także wynikające z zasad *ius ad bellum*³⁶. Synonimem operacji dronów u progu XXI wieku jest zjawisko tzw. selektywnej eliminacji (*targeted killing*), jako działania polegającego na zabiciu danej osoby poprzez użycie siły śmiertelnej, czasem traktowanego jako „pozasądowe zabójstwo”, obejmujące zagadnienie z zakresu założeń prawnych tzw. wojny z terrorem w kontekście *ius ad bellum* oraz stosowania standardów praw człowieka³⁷. Jednakże zjawisko to nie jest wyłącznie inherentnie powiązane z działaniami lotnictwa bezzałogowego, a zwłaszcza z jego charakterystyką – nie zaprzeczając przy tym, że bezzałogowce są do realizacji tych misji wykorzystywane najczęściej.

1.3. Status cywilnych operatorów bezzałogowych wojskowych statków powietrznych

Z perspektywy definicji wojskowego statku powietrznego wiele zastrzeżeń budzi fakt obsługi bezzałogowych pojazdów latających przez osoby niebędące częścią sił zbrojnych danego państwa. W kontekście konfliktów o charakterze międzynarodowym konsekwencją powyższego jest utrata prawa wojskowego statku powietrznego do wykonywania uprawnień należących do walczących (ponieważ zostaje utracony niezbędny, czwarty przymiot definicji wojskowego statku powietrznego)

35 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR...*, s. 156–157.

36 Zob. więcej M. Piątkowski, *Analiza porównawcza regulacji prawnych w zakresie SBBPL w kontekście międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka*, [w:] K. Kowalczevska, K. Kowalewski (red.), *Systemy dronów bojowych: analiza problemów i odpowiedź społeczeństwa obywatelskiego*, Warszawa 2015.

37 Zob. więcej H. Duffy, *The 'War on Terror' and the Framework of International Law*, Cambridge 2015, s. 387–440; K. Benson, 'Kill'em and Sort it Out Later: Signature Drone Strikes and International Humanitarian Law', *Global Business and Development Law Journal* 2014, vol. 27.

i w konsekwencji brak możliwości powoływania się na status walczącego³⁸. Jednocześnie osoby takie mogą stać się legalnym celem wojskowym w świetle art. 51 ust. 3 PD I, a w przypadku konfliktów o charakterze międzynarodowym mogą być traktowane jako bezpośrednio biorący udział w działaniach zbrojnych (jak wskazuje J. Chojnacki, dotyczy to także operatorów misji ISR, których działania pozostają w bezpośrednim związku z operacjami bojowymi)³⁹. Jednakże jak słusznie zauważył M. N. Schmitt, w kwestii konfliktów zbrojnych o charakterze międzynarodowym, gdzie nie występuje kategoria kombatanów, problem ten zostaje spłycony do możliwości bycia przedmiotem ataku zbrojnego w świetle wspólnego art. 3 dla Konwencji genewskiej z 1949 roku⁴⁰. Ponadto jak wskazują M. W. Lewis i E. Crawford, o ile usunięcie znaków wojskowych z powierzchni bezzałogowego wojskowego statku powietrznego jest naruszeniem zasady odróżniania (i potencjalnie zachowaniem o charakterze perfidnym), o tyle fakt braku umundurowania operatorów dronów jest w istocie irrelevantny dla ich sytuacji prawnej⁴¹.

Bardziej specyficzna może być sytuacja personelu cywilnego operującego w warunkach międzynarodowego konfliktu zbrojnego, który został zintegrowany z siłami zbrojnymi strony walczącej bądź towarzyszy im. Artykuł 4 ust. A pkt 2 ppkt 4 III Konwencji genewskiej z 1949 roku wskazuje, że status jeńca wojennego może przysługiwać także osobom cywilnym, które nie są członkami sił zbrojnych, wskazując m.in. na cywilnych członków załóg wojskowych statków powietrznych. Zgodnie z powyższym definicja wojskowego statku powietrznego jest utrzymana, o ile osoba jest podporządkowana dyscyplinie wojskowej, co nie oznacza, że musi być członkiem sił zbrojnych⁴².

38 „If the respective national and military identifications are applied, the human criteria becomes problematic. Per definitionem there is no crew subject to regular armed forces disciplines. Therefore the requirements of (iii) commanded by and (iv) controlled or pre-programmed by a member of the armed forces is of even more importance. At this point one realises that one cannot generalise, but has to assess the status of UCAVs in cases of doubt on a case-by-case analysis”. C. Lufl, *Modern Technologies and Targeting under International Humanitarian Law*, „IFHV Working Paper” 2013, vol. 3, s. 24. Komentarz do instrukcji harwardzkiej z 2009 roku nie określa, czy obowiązek oznakowania wojskowego statku powietrznego obowiązuje także w warunkach międzynarodowego konfliktu zbrojnego.

39 J. Chojnacki, *Status operatorów bezzałogowych statków powietrznych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*, „Zeszyty Naukowe Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy” 2017, vol. 22, s. 143; podobnie M. Lewis, *Drones and the Boundaries of the Battlefield*, „Texas International Law Journal” 2011, vol. 47, s. 294.

40 M. N. Schmitt, *Unmanned Combat Aircraft System and International Humanitarian Law: Simplifying the Oft Benighted Debate*, „Boston University International Law Journal” 2012, vol. 30, s. 617–618.

41 M. W. Lewis, E. Crawford, *Drones and Distinction: How IHL Encouraged the Rise of Drones*, „Georgetown Journal of International Law” 2013, vol. 44, s. 1161.

42 M. N. Schmitt, *Air Law and Military Operations*, [w:] T. Gill, D. Fleck (red.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford 2010, s. 342.

2. Autonomia i przyszła wojna powietrzna

2.1. Uwagi wstępne

Jak wskazano wcześniej, bezzałogowość wojskowych statków powietrznych typu Predator oraz Reaper dotyczy zasadniczo braku fizycznego operatora na pokładzie statku powietrznego, natomiast nie oznacza, że platformy te nie posiadają kontrolera. W istocie powyższe statki funkcjonują w oparciu o załogowe systemy, jako część mechanizmu, w ramach którego z definicji mieści się nie tylko sama platforma, ale także jej urządzenia nadzorcze i osoba zarządzająca działaniami pojazdu, a w kontekście urządzeń bojowych – podejmująca decyzję o ataku. Jednakże pewne określone funkcje urządzenia mogą być realizowane i wykonywane poza kontrolą ludzką. W celu podniesienia wydajności i efektywności systemów załogowych już na przełomie XX i XXI wieku pojawiły się środki walki, w ramach których czynnik związany z interwencją operatora był ograniczony zasadniczo jedynie do decyzji o rozmieszczeniu (bądź uruchomieniu) danej broni. Pierwszym przykładem powyższych urządzeń były miny morskie, których szerokie wykorzystanie podczas wojny japońsko-rosyjskiej w 1905 roku było powodem objęcia kwestii ich stosowania programem drugiej konferencji pokojowej w Hadze w 1907 roku. Mimo że miny morskie nie posiadały żadnego specjalnego mechanizmu decyzyjnego i konstrukcyjnie opierają się wyłącznie na oddziaływaniu elektromagnetycznym, to brak jakiegokolwiek kontroli walczących nad zapłonem broni był przedmiotem kontrowersji⁴³. W efekcie tzw. miny automatyczne zostały poddane reżimowi prawnemu w ramach VIII Konwencji haskiej z 1907 roku, w ramach którego zakazywano wykorzystywania innych min niż te, które mogą zostać zdezaktywowane po upływie godziny od czasu utraty nad nimi kontroli bądź po zerwaniu uwięzi. To właśnie czynnik braku możliwości oddziaływania na proces uruchomienia urządzeń oraz obawa i możliwości rażenia żeglugi cywilnej bądź neutralnej były podstawą do przyjęcia zakazu rozmieszczania niekontrolowanych min⁴⁴. Podobnym reżimem prawnym objęto też torpedy, które nie dokonywały rozbrojenia po chybieniu celu. Warto zwrócić uwagę, że w okresie II wojny światowej niemiecka *Kriegsmarine* otrzymała na

43 M. Piątkowski, *Fully Autonomous Weapons Systems and the Principles of International Humanitarian Law*, The International Conference of PhD Students and Young Researches, Conference Papers, Wilno 2017, s. 300–301.

44 „Accordingly, naval mines, in particular mines that do not become harmless within a short period after control over them is lost, may not be used in circumstances where control over them is lost and they therefore pose an indiscriminate threat to all shipping. This prohibition reflects the requirement for military operations to be conducted only against military objectives”. D. Lettes, *Naval Mines: Legal Considerations in Armed Conflict and Peacetime*, „International Review of the Red Cross” 2016, vol. 98, s. 558.

wyposażenie torpedy akustyczne typu GNAT, które kierując się odgłosem śrub, samodzielnie naprowadzały się na sygnał dźwiękowy. Torpeda ta nie dokonywała żadnego rozróżnienia pomiędzy celami (wielokrotnie często niszczyła okręt matczyński), natomiast korzystała ze skomplikowanego automatu pozwalającego na samodzielną korektę kursu⁴⁵.

Dwie uwagi dotyczące min oraz torped są niezbędne. Po pierwsze, powyższe uzbrojenie (w okresie przyjęcia VIII Konwencji haskiej z 1907 roku) nie miało charakteru autonomicznego, lecz zautomatyzowany. Pomiedzy powyższymi konceptami istnieje fundamentalna różnica, gdyż autonomia jest definiowana jako swoboda decyzyjna wyrażająca się poprzez zdolność do funkcjonowania w otwartym środowisku i reakcji na niezaprogramowane uprzednio czynniki zewnętrzne⁴⁶. Ponadto wydaje się, że pełen zakres autonomii powoduje także zgodę na możliwość podejmowania nieprzewidywalnych decyzji. Jej przeciwieństwem jest automatyzacja, jako zjawisko działania w zamkniętym, zaprogramowanym środowisku z ograniczoną liczbą zmiennych⁴⁷. Drugą okolicznością jest fakt sygnalizowany przez doktrynę międzynarodową dotyczący wykluczenia spod rozważań odnoszących się do autonomicznych systemów broni środków, które mają charakter jednorazowy, tj. wszelkiego rodzaju min, rakiet, głowic bądź torped⁴⁸. Należy zwrócić uwagę, że wyłączenie to może być trudne do akceptacji z perspektywy praktycznej – wiele zaawansowanych pocisków precyzyjnego rażenia reprezentuje cechy daleko idącej autonomii o stopniu wyższym niż podstawowe jej poziomy. Jednakże ostateczną decyzję o wystrzeleniu pocisku w dalszym ciągu podejmuje w pierwszej kolejności człowiek, a sama broń, mimo że bezzałogowa i dysponująca szerokimi funkcjami autonomicznymi, operuje wciąż w załogowym systemie⁴⁹.

Szczególony charakter wojny morskiej, w ramach której występuje silna dehumanizacja celów oraz dominacja sił powietrznych jako wiodącego rodzaju sił zbrojnych po II wojnie światowej, sprawiły, że właśnie ten rodzaj sił zbrojnych w sposób szczególny potrzebował urządzeń pozwalających na błyskawiczną reakcję związaną z pojawieniem się broni rakietowej dalekiego zasięgu. W związku z tym nastąpiło rozwinięcie wszelkiego rodzaju systemów obrony okrętu przed atakiem (*Close-In Weapons System* – CIWS). Przykładem jest tu jedno z najbardziej znanych urządzeń o charakterze autonomicznym, jakim jest system Aegis montowany na okrętach *US Navy* od lat 70. XX wieku (część specjalistów podnosi, że układ ten jest jedynie zaawansowanym urządzeniem o charakterze zautomatyzowanym, M. N. Schmitt i J. Thurner z kolei zakwalifikowali go jako przykład

45 M. Llewellyn-Jones, *The Royal Navy and Anti-Submarine Warfare 1917–49*, Oxon 2006, s. 25–26.

46 B. Kastan, *Autonomous Weapons Systems: A Coming Legal „Singularity”*, „Journal of Law, Technology and Policy” 2013, vol. 1, s. 51.

47 M. Wagner, *Autonomy in the Battlespace*, [w:] D. Saxon (red.), *International...*, s. 104–105.

48 Zob. P. J. Springer, *Military Robots and Drones: A Reference Handbook*, ebook 2013.

49 P. Scharre, *Army of None: Autonomous Weapons and the Future of War*, Nowy Jork 2018.

kategorii broni półautonomicznej, nadzorowanej)⁵⁰. Aegis działa w kilku trybach, jednym z nich jest m.in. tzw. *casualty mode*, w ramach którego wykonywane są funkcje rozpoznania zagrożenia i wykonania w pełni autonomicznego manewru obronnego bez udziału czynnika ludzkiego⁵¹. W 1988 roku system był zaangażowany w incydent z udziałem krążownika USS „Vincennes”, który pomyłkowo potraktował irański samolot pasażerski Airbus A300 za ślad radarowy irańskiego F-14 Tomcat.

Autonomiczność jest najczęściej spotykana w kontekście systemów obrony okrętu bądź pojazdu. Wymogi współczesnego pola walki wymagają natychmiastowej reakcji przed nieprzyjacielskim atakiem, który przekracza ludzkie zdolności – zadanie zwiększenia „przeżywalności” pojazdów w erze pocisków inteligentnych może być w tej mierze wykonane tylko i wyłącznie przez sensory i system pozwalający reagować na zagrożenia o charakterze zewnętrznym⁵². W wojnie powietrznej dwa projekty powinny docelowo być obserwowane z największą starannością przez koła naukowe. Pierwszym jest projekt autonomicznego statku powietrznego XB-47, znajdujący się w fazie operacyjnych testów, w ramach których m.in. przeprowadził w trybie autonomicznym tankowanie w powietrzu i lądowanie na pokładzie lotniskowca. Drugim jest koncept BAE Taranis, który wykazuje podobną charakterystykę. Obydwa statki powietrzne są uznawane za przyszłość rozwoju lotnictwa, a samolot piątej generacji, jakim jest Boeing F-35, za ostatni samolot z operatorem na pokładzie. Nie ma jednak informacji, że obydwa projekty posiadają zdolności do samodzielnego dobierania i atakowania celów⁵³.

2.2. Definicja autonomiczności

Warto podnieść, że z punktu widzenia terminologicznego sformułowanie „system autonomiczny” czy też „bezzałogowy system autonomiczny” może być przedmiotem definicyjnych nieporozumień⁵⁴. Jak już wspomniano na wstępie,

50 B. Kastan, *Autonomous Weapons Systems...*, s. 47; M. N. Schmitt, J. Thurner, „*Out of the Loop*”: *Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict*, „*Harvard Security Law Journal*” 2013, vol. 4, s. 236.

51 R. Crotoft, *War Torts: Accountability for Autonomous Weapons*, „*University of Pennsylvania Law Review*” 2016, vol. 164, s. 1367.

52 J. M. Beard, *Autonomous Weapons and Human Responsibilities*, „*Georgetown Journal of International Law*” 2014, vol. 45, s. 631.

53 Zob. więcej P. Scharre, *Army of None...*

54 „Second, given that a machine or system in totality cannot be autonomous in a literal sense, the term «autonomous system» is used with the unstated assumption that not all parts or functions of the system exhibit autonomous-like behaviour. This creates scope for ambiguity, as any or all of potentially millions of system functions could exhibit autonomous-like behaviours”. Multinational Capability Development Campaign (MCDC) 2013-2014 Focus Area, *Role of Autonomous Systems in Gaining Operational Access*, Policy Guidance Autonomy in Defence Systems, Norfolk 2014, s. 9.

system jako pewien zespół elementów ma w kontekście bezzałogowości odniesienie względem całości komponentów wchodzących w jego skład – obejmując obok platformy także operatorów bądź kontrolerów. Odniesienie powyższego schematu względem systemów autonomicznych może być problematyczne i w istocie nawiązuje do idealnej autonomii, która jest na chwilę obecną założeniem teoretycznym. Wydaje się w takim kształcie bardziej zasadne nawiązanie do pojęcia autonomicznego statku powietrznego jako platformy, lecz nie systemu.

Jak zauważono wcześniej, pojęcie autonomii nie ma charakteru jednolitego i przyjęto definiować jej zróżnicowane poziomy. Wynika to z możliwych konfiguracji, w ramach których jedynie część zadań systemu może być delegowana operatorowi ludzkiemu i *vice versa*. Jednym z najbardziej znanych podziałów w tej mierze jest *Autonomy Levels for Unmanned Systems (ALFUS) Framework*, w ramach którego wyodrębnia się poziom zdalnego sterowania (*remote controlled* – którego działanie jest w całości uzależnione od operatora), semi-autonomiczny (*semi-autonomous* – w którym dochodzi do delegowania funkcji pomiędzy operatorem a urządzeniem) oraz całkowicie autonomiczny (*fully-autonomous* – gdzie inicjatywa jest oddana w całości urządzeniu)⁵⁵. Alternatywny schemat został oparty w kontekście wzajemnej relacji maszyny (robota) i człowieka (tzw. HRI – *Human Robot Interference*). Traktowany jako *human in the loop* (system autonomiczny oczekuje zatwierdzenia przez operatora), *human on the loop* (operator dysponuje prawem weta działań systemu) oraz *human out of the loop* (operator nie ma żadnego wpływu na działanie urządzenia) obejmuje spojrzenie na różne stopnie nadzoru ludzkiego nad poszczególnymi funkcjami systemu⁵⁶. Podział ten jest także z tego względu przedmiotem krytyki i część ekspertów z zakresu robotyki postuluje, aby posługiwać się raczej pojęciem funkcji autonomicznych, z uwagi na stałą obecność czynnika ludzkiego, przynajmniej na poziomie produkcji bądź programowania systemu. W 2012 roku Departament Obrony USA rekomendował odejście od systematyki wskazanej w ALFUS z uwagi na „zbyt ni nacisk na urządzenie zamiast na współpracę pomiędzy operatorem a urządzeniem, pozwalającej na osiągnięcie zakładanych celów, a także próbę podziału na różne poziomy inteligencji”⁵⁷. Wydaje się, że u podłoża powyższej krytyki leży przekonanie o nieusuwalności ludzkiego elementu w najbliższej przyszłości, nawet w przypadku najbardziej zaawansowanych platform uzbrojenia o charakterze autonomicznym.

55 *Autonomy Levels for Unmanned Systems (ALFUS) Framework Volume I: Terminology Version 2.0*, s. 22–23, https://www.nist.gov/system/files/documents/el/isd/ks/NISTSP_1011-1-2-0.pdf (dostęp: 5.01.2021).

56 P. Scharre, *Autonomous Weapons and Operational Risk Ethical Autonomy*, Project February 2016, Center for a New American Security 2016, s. 9.

57 *Final Report of the Defense Science Board (DSB) Task Force on the Role of Autonomy in Department of Defense (DoD) Systems*, Waszyngton 2011, s. 4.

2.3. Idealna autonomiczność w wojnie powietrznej

Z punktu widzenia technicznego warto jednakże zwrócić uwagę na możliwość powstania nowej kategorii autonomii, jaką jest pojawienie się tzw. poziomu idealnej autonomiczności, która w istocie będzie sytuacją, gdzie autonomiczne urządzenie będzie w stanie skonstruować bez czynnika ludzkiego następne urządzenie autonomiczne. Z punktu widzenia czysto teoretycznego możliwość taka jak najbardziej mieści się w definicji autonomiczności, która zakłada swobodę intelektualną i poznawczą, osiągając pewne cechy antropologiczne⁵⁸. W kontekście prawnym oznacza to konieczność podjęcia rozważań w zakresie potencjalnej zdolności prawnej urządzeń obdarzonych zaawansowaną sztuczną inteligencją. W aspekcie militarnym będzie to prowadziło do pojawienia się, obok konwencjonalnych kombatantów, zupełnie nowych platform zdolnych do prowadzenia całego wachlarza działań, poczynając od przemieszczania, poruszania się, rozpoznania, a skończywszy na atakowaniu pozostałych dóbr, osób czy też platform. Jak słusznie wskazała J. M. Petman, platformy autonomiczne będące jedynie rozwinięciem funkcji wykonywanych przez konwencjonalnych kombatantów nie stanowią znaczącego wyzwania dla *ius in bello* z uwagi na element bezpośredniej kontroli. Jednakże w momencie, w którym staną się one równorzędnym podmiotem w zakresie zdolności na polu bitwy, aktualnie obowiązujące reguły *ius in bello* przestają w tej mierze być adekwatnym rozwiązaniem⁵⁹.

Potencjalną przeszkodą we wprowadzeniu platform idealnie autonomicznych jest norma zabraniająca stosowania w warunkach bojowych środków oraz metod, których oddziaływanie nie może być ograniczone do celów wojskowych. Warto zwrócić w tej mierze uwagę na rozróżnienie w treści art. 51 ust. 4 pkt a i b PD I, gdzie wskazano na zakaz stosowania podczas ataków środków, które nie mogą być kontrolowane bądź też których efekty nie mogą być ograniczone do celów wojskowych. *Prima facie* wydaje się, że powyższe rozważania nie mogą dotyczyć platform autonomicznych, które podobnie jak bezzałogowe statki powietrzne będą z pewnością posługiwać się jedynie amunicją precyzyjnego rażenia⁶⁰. Jednakże należy zwrócić uwagę, że w przypadku platform idealnie autonomicznych decyzje

58 „Again, the fact that the AWS is not a responsible agent for purposes of criminal law is irrelevant to determining whether the AWS should be viewed and interpreted with the combatant's stance. Moral agency for purposes of determining rights and responsibilities is one thing; treating the AWS as an enemy combatant is quite another”. M. Ohlin, *The Combatant's Stance: Autonomous Weapons on the Battlefield*, „International Law Studies” 2016, vol. 92, s. 20.

59 J. M. Petman, *Autonomous Weapons Systems and International Humanitarian Law: 'Out of the Loop?'*, Helsinki 2017, s. 17.

60 „So, for example, an autonomous attack system might be procured to undertake the sort of bombardment missions traditionally undertaken using manned platforms”. B. Boothby, *How Will Weapons Review Address the Challenges Posed by New Technologies*, „Military Law and the Law of War Review” 2013, vol. 52, no. 1, s. 43.

o eliminacji celów są pozostawione w całości sztucznej inteligencji urządzenia, których powzięcie nie jest skreślone koniecznością zatwierdzenia przez ludzkiego operatora. Skutkiem powyższego jest zgoda na możliwość podjęcia nieprzewidywalnej decyzji, której „efekty mogą nie być kontrolowane”⁶¹. W istocie *ratio* art. 51 ust. 4 pkt a i b PD I w ujęciu historycznym obejmowało rozmieszczenie przez kombatanta broni docelowo prymitywnej (np. pociski V-2), ślepej (niemiecka „Gruba Berta” wykorzystywana podczas I wojny światowej) czy też niekontrolowanej w czasie i przestrzeni (broń biologiczna bądź chemiczna). Zwłaszcza ostatni element wydaje się szczególnie relewantny w kontekście platform idealnie autonomicznych, które ze swej definicji nie mogą podlegać mechanizmowi zewnętrznego nadzoru. W istocie pozycja takiej platformy staje się bardziej zbliżona do kombatanta będącego adresatem przepisu niż przedmiotem (metodą bądź też środkiem) będącym treścią unormowania⁶². Na tle powyższym uwypukla się możliwa rewolucja w definiowaniu podmiotowości prawnej, jakiej może towarzyszyć rozwinięcie głębokiej sztucznej inteligencji, jak również nieadekwatność obowiązujących norm prawnych⁶³. Z powyższym argumentem nie zgadzają się jednakże M. Waxman i K. Anderson, twierdząc, że nielegalność *per se* uzbrojenia musi wynikać „z założeń jego funkcjonowania”, co uniemożliwia objęcie dyspozycją tej normy LAWS (*Lethal Autonomous Weapons Systems*), a ponadto „niekontrolowalność” nie dotyczy efektów działania urządzeń autonomicznych⁶⁴.

Drugą przeszkodą dla funkcjonowania platform w pełni autonomicznych jest definicja wojskowego statku powietrznego, która zakłada obecność (art. 13 Hańskich reguł wojny powietrznej) bądź przynajmniej kontrolowanie/nadzorowanie/programowanie przez załogę podporządkowaną dyscyplinie wojskowej (reguła 1(x) instrukcji harwardzkiej z 2009 roku). Powyższe reguły w dalszym ciągu uznają za niezbędną obecność osoby dokonującej programowania bezzałogowego

61 „Use of such a weapon is clearly unacceptable. There is an expectation that the effects of weapons are sufficiently controlled and limited in space and time”. *Meaningful Human Control*, Presentation by Maya Brehm, Researcher, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights (ADH), to the informal meeting of experts on lethal autonomous weapons systems of the Convention on Certain Conventional Weapons (CCW), Geneva, 14 April 2015.

62 G. E. Marchant *et al.*, *The International Governance of Autonomous Military Robots*, „Science and Technology Law Review” 2011, vol. XII, s. 284.

63 „Thus, even if an autonomous weapon system is capable of making more accurate decisions about targeting and engagement and other crucial matters, its decisions still cannot be morally evaluated, making the international law of war beside the point”. R. Elias, *Facing the Brave New World of Killer Robots: Adapting the Development of Autonomous Weapons Systems into the Framework of International Law of War*, „Indonesian Journal of International and Comparative Law” 2016, vol. 3, s. 118.

64 „Although some might view an autonomous weapon system as «uncontrollable», its effects are not uncontrollable within the meaning of the legal provision”. K. Anderson, D. Reisner, M. Waxman, *Adapting the Law of Armed Conflict to Autonomous Weapon Systems*, „International Law Studies” 2014, vol. 90, s. 399–401.

statku powietrznego o charakterze autonomicznym, by statek ten posiadał status wojskowego statku powietrznego. Konsekwencją wyeliminowania powyższej przesłanki jest brak możliwości udziału platform o charakterze idealnie autonomicznym w wojnie powietrznej oraz wykonywania uprawnień charakterystycznych dla walczących⁶⁵. Brak tego elementu jest tym samym wyzwaniem *per se* dla prawa wojny powietrznej i zakresu jego obowiązywania. Uwagi dotyczące platform idealnie autonomicznych można także adresować względem systemów o najwyższym stopniu autonomii, gdzie rzeczywista rola ludzkiego operatora jest zmarginalizowana jedynie do rozmieszczenia broni, natomiast w dalszej perspektywie nie ma on możliwości żadnego oddziaływania na urządzenia.

2.4. Legalność zabójczej autonomii

Obecnie bardziej prawdopodobne jest funkcjonowanie autonomii w ramach tzw. bojowych systemów autonomicznych (LAWS), które w przeciwieństwie do idealnych platform autonomicznych zakładają pewien stopień ludzkiej kontroli w zakresie produkcji, projektowania bądź rozmieszczenia. Istotną działanią powyższych urządzeń jest „samodzielne identyfikowanie i atakowanie celów w ramach dostępnej autonomii”⁶⁶. Definicja Szwajcarii określa LAWS jako „systemy uzbrojenia, zdolne do wykonywania zadań objętych międzynarodowym prawem humanitarnym, w ramach których dochodzi do zastąpienia człowieka w ramach cyklu targetingu”⁶⁷. Stany Zjednoczone z kolei kwestionują potrzebę jakiegokolwiek definiowania LAWS, także w ramach prac grupy roboczej, promując terminy wykorzystywane na gruncie własnej dyrektywy nr 3000.09⁶⁸. W kontekście tego ostatniego państwa zwrócono uwagę, że to „nie broń ma obowiązek dokonywania rozróżnienia czy też szacowania w ramach zasady proporcjonalności, lecz człowiek”⁶⁹. Wydaje się jednak, że powyższe stwierdzenie może się zdezaktualizować w kontekście przejęcia przez autonomię funkcji użytkownika broni. Z niepokojem w tej mierze należy przyjąć efekty dyskusji mającej miejsce w kwietniu 2018

65 Na powyższą kwestię zwrócił uwagę w przypadku systemów o charakterze lądowym D. Aker-son, *The Illegality of Offensive Lethal Autonomy*, [w:] D. Saxon (red.), *International...*, s. 89.

66 Odrębną definicję proponuje Departament Obrony USA, który uznaje AWS (*Autonomous Weapons Systems*) za system broni, który raz aktywowany może wybrać i atakować cele bez dalszego udziału operatora ludzkiego. Pojęcie to obejmuje także nadzorowane urządzenia, których zadania mogą być anulowane. Department of Defense, Directive 3000.09, *Autonomy in Weapons Systems*, 2012, s. 13–14. Zwrot LAR (*Lethal Autonomous Robotics*) został wykorzystany przez Specjalnego Sprawozdawcę ONZ, który tym terminem określił „urządzenia zdolne do samodzielnego doboru i eliminacji celu bez ludzkiej interwencji”. *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions*, Christof Heyns, 26 April 2013, A/HRC/23/47, s. 38.

67 CCW/GGE.1/2017/WP.9, para. 29.

68 CCW/GGE.1/2017/WP.7, para. 6.

69 CCW/GGE.1/2017/WP.6, para. 11.

roku, gdzie zdecydowano się wyłączyć spod dyskusji zagadnienie maszyn, które mogą dysponować samoświadomością i potencjałem uczenia⁷⁰.

Należy zwrócić uwagę, że w przeciwieństwie do bezzałogowych statków powietrznych bezzałogowość samej platformy nie jest uznawana za wyzwanie z perspektywy *ius in bello* z uwagi na wykonywanie operacji w ramach załogowego systemu, w którym wyłączny czynnik decyzyjny jest sprawowany przez człowieka. W przypadku bojowych systemów autonomicznych należy zwrócić uwagę, że będą one składać się z platformy, która może przejąć większość bądź docelowo też wszystkie zadania realizowane w ramach systemu przez ludzkiego operatora. Może to wywoływać pewne komplikacje definicyjne, jednakże z perspektywy art. 36 PD I stanowiącego o obowiązku przeprowadzenia oceny prawnej na każdym etapie nowych broni, środków lub metod prowadzenia walki wydaje się, że w każdej konfiguracji LAWS będą podlegać przeglądowi prawnemu, zarówno jako broń, jak i środek prowadzenia walki. Z drugiej jednakże strony jak wskazał N. E. Sharkey, państwa będą dążyć do ominięcia warunków określonych na gruncie art. 36 PD I poprzez wykazanie, że platforma autonomiczna nie jest uzbrojona, będąc jednocześnie całkowicie przygotowana do uzbrojenia w dalszej perspektywie⁷¹. Ponadto co zaznaczył D. Coupland, jeżeli traktować LAWS jako metodę prowadzenia działań wojennych, nie jest jednoznaczne, czy państwa mają obowiązek ustalać legalność nowej metody prowadzenia działań wojennych (z uwagi na brak zarejestrowanej praktyki państw w tej mierze)⁷².

W kontekście wojny powietrznej należy zwrócić uwagę na istotność delegowania zadań z uwagi na tzw. funkcje krytyczne oraz pozostałe. Pojęciem tym posłużył się MKCK, wyodrębniając w sposób szczególny kwestię autonomiczności danych systemów broni w ramach zadań, które docelowo są związane z identyfikacją, doborem oraz decyzją o podjęciu ataku⁷³. Wyodrębnienie to wydaje się rozsądne,

70 „Was felt that issues such as lethality, ‘stop button’, whether LAWS currently exist or not as well as the extent to which self-learning should be a characteristic could be left aside for a later discussion; agreement on each and every characteristic was not essential at the outset and the Group could proceed in a step-by-step manner when characterising the systems under consideration”. Chair’s summary of the discussion on Agenda item 6 (a) 9 and 10 April 2018 Agenda item 6 (b) 11 April 2018 and 12 April 2018 Agenda item 6 (c) 12 April 2018 Agenda item 6 (d) 13 April 2018.

71 N. E. Sharkey, *The Evitability of Autonomous Robot Warfare*, „International Review of the Red Cross” 2012, vol. 94, s. 797.

72 D. Coupland, *Legal Review of New Technology Weapons*, [w:] H. Nasu, R. McLaughlin (red.), *New...*, s. 48.

73 „Any weapon system with autonomy in its critical functions – that is, a weapon system that can select (search for, detect, identify, track or select) and attack (use force against, neutralize, damage or destroy) targets without human intervention”. ICRC, *Views of the ICRC on autonomous weapon Systems*, paper submitted to the Convention on Certain Conventional Weapons Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS), 11 April 2016, *Report of the ICRC Expert Meeting on ‘Autonomous weapon systems: technical, military, legal and humanitarian aspects’*, 26-28 March 2014, Geneva.

gdyż w gruncie rzeczy delegacja zadań bezpośrednio związanych z podjęciem decyzji o ataku wykonywanym przez sztuczną inteligencję, zamiast ludzkiego operatora (jak w przypadku klasycznych bezzałogowych statków powietrznych), jest najistotniejszą różnicą w stosunku do konwencjonalnych broni⁷⁴.

Reguła nr 9 instrukcji harwardzkiej podkreśliła konieczność stosowania w warunkach wojny powietrznej prawnego przeglądu broni określonego na gruncie art. 36 PD I. Sformułowanie „system broni” w świetle komentarza do instrukcji wskazuje, że przez to pojęcie rozumiany jest ogół elementów wchodzących w skład broni – np. platforma i urządzenia do jej sterowania – podnosząc, że w istocie system broni jest środkiem w rozumieniu przepisów międzynarodowego prawa humanitarnego (reguła nr 1(t))⁷⁵. Jednakże praktyczne stosowanie przepisu napotyka na istotne trudności wynikające z niesprecyzowanego charakteru obowiązku (niemającego charakteru normy samowykonalnej), jak również trudności związane z dekodowaniem rzeczywistej praktyki państw w realizacji powyższego obowiązku, z uwagi na względy tajemnicy państwowej i bezpieczeństwa narodowego⁷⁶. Ponadto art. 36 PD I nakłada obowiązek jedynie przeprowadzenia rewizji danej broni, środka bądź metody pod kątem prawnym, nie determinując dalszych konsekwencji badania. Ujmując zbiorczo, art. 36 PD I wymaga analizy pod względem norm prawa traktatowego i zwyczajowego o charakterze zakazującym (np. Protokół genewski z 1925 roku dotyczący broni chemicznej), a także ogólnych zasad ograniczających użycie pewnych typów broni, środków bądź metod wynikających z przepisów PD I bądź reguł prawa zwyczajowego na nim opartych⁷⁷.

Pierwszy element oceny wydaje się nie sprawiać większych trudności badawczo-praktycznych, a przewidywana specyfikacja działań LAWS w wersji powietrznej, polegająca w istocie na byciu platformą przenoszącą pociski precyzyjnego rażenia, jest charakterystyczna dla konwencjonalnych załogowych statków powietrznych. W związku z tym ocena legalności w tej mierze nie będzie dotyczyła platformy, lecz środków przez nią wykorzystywanych. Druga przesłanka wydaje się bardziej złożona, gdyż dotyczy każdej nowej broni, metody bądź środka, które nie zostały zdyskwalifikowane z uwagi na zakazy wynikające z traktatów zabraniających *per se*. Trzy normy odgrywają tu główną rolę: zakaz czynienia nadmiernych obrażeń

74 R. Geiss, *The International Law-Dimensions of Autonomous Weapons Systems*, „Study Friedrich Ebert Stiftung” 2015, s. 6, <http://library.fes.de/pdf-files/id/ipa/11673.pdf> (dostęp: 5.01.2021).

75 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR...*, s. 31.

76 M. Sassòli, *Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to be Clarified*, „International Law Studies” 2014, vol. 90, s. 322.

77 ICRC, *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977*, Genewa 2006, s. 11–16.

i zbędnych cierpień, zakaz wykorzystywania broni mogących razić bez rozróżnienia oraz zakaz czynienia rozległych szkód w środowisku naturalnym.

Jak wspomniano we wcześniejszych rozdziałach, przesłanka zakazu czynienia nadmiernych obrażeń i zbędnych cierpień jest niezwykle trudna do uchwycenia i zmierzenia, zwłaszcza w świetle trudności wyartykułowanych przez MTS na gruncie opinii doradczej dotyczącej broni atomowej z 1996 roku. Jeszcze większym utrudnieniem jest odniesienie się do charakterystyki posiadanej przez LAWS, gdzie źródło wszelkich wątpliwości nie leży w samej broni, lecz kontroli nad nią⁷⁸. W tym zakresie bardziej zasadne jest odniesienie się do określonej na gruncie art. 35 ust. 2 PD I metody prowadzenia walki powodującej zbędne cierpienia. Zgadzając się z T. Chengetą, trzeba podnieść, że użytkownikiem uzbrojenia znajdującego się na platformie będzie w przypadku LAWS nie ludzki operator, lecz sztuczna inteligencja⁷⁹. Stąd też zakaz czynienia zbędnych cierpień ma wymiar bardziej skoncentrowany na sposobie użycia broni, która może być legalna w sposób „wykraczający ponad legalny przedmiot prowadzenia działań wojennych”, jakim jest „wyłącznie osłabienie sił zbrojnych przeciwnika”⁸⁰. Rozważania te w istocie prowadzą do pochylenia się nad możliwością rozpoznania przez sztuczną inteligencję znacznie większego kontekstu niż sam dobór celu i wykonanie ataku (a także nad formą jego przeprowadzenia), który uniemożliwia uczynienie z legalnego narzędzia metody, wykraczającą poza przesłankę wymienioną w art. 35 ust. 2 PD I. Jest to zupełnie nowa perspektywa w dyskusji nad treścią przesłanki nieczynienia zbędnych cierpień, która zasadniczo była odnoszona jedynie do kwestii stosowania pewnych typów uzbrojenia – broni atomowej, biologicznej bądź zapalającej. Koncentracja dyskursu nauki prawa międzynarodowego wyłącznie na aspektach środka i rzeczywista rola platformy jako nosiciela pocisków pomija możliwość użycia legalnego środka w nielegalny sposób przez użytkownika platformy, którym nie będzie człowiek⁸¹. Zaskakujące mogą być w tej

78 J. M. Beard, *Autonomous Weapons...*, s. 638.

79 T. Chengeta, *Are Autonomous Weapon Systems the Subject of Article 36 of Additional Protocol I to the Geneva Conventions?*, „University of California Davis Journal of International Law and Policy” 2016–17, vol. 23, s. 89.

80 W. H. Boothby, *Dehumanization: Is there a Legal Problem under Article 36?*, [w:] W. Heintschel von Heinegg, R. Frau, T. Singer (red.), *Dehumanization of Warfare: Legal Implications of New Technologies*, Cham 2018, s. 35–36.

81 „Rather, this Comment argues, it is the munitions that are attached to the platform – as well as how those munitions are utilized – that will determine the type and amount of suffering that an attack inflicts”. B. Thomas, *Autonomous Weapon Systems: The Anatomy of Autonomy and the Legality of Lethality*, „Houston Journal of International Law” 2015, vol. 37, s. 253. „Such a warhead would unnecessarily complicate medical treatment and would consequently be unlawful. This rule only presents a problem for an autonomous system if the specific warheads or weapons installed on the system would violate the rule. The fact that the system autonomously decides to engage a target does not itself affect or violate the prohibition on unnecessary suffering or superfluous injury”. J. S. Thurnher, *The*

mierze twierdzenia B. Kastana, że w kontekście wykorzystania LAWS „przesłanka humanitaryzmu budzi najmniej wątpliwości”⁸². O ile użycie samej zdecydowanie przeważającej siły w celu eliminacji środka (jak wskazane wcześniej w kontekście zasady proporcjonalności użycie ciężkiej artylerii do zabicia jednego kombatan-ta) nie ma charakteru czynienia nadmiernych obrażeń i zbędnych cierpień, o tyle np. wykorzystanie broni strzeleckiej w celu okaleczenia przeciwnika w stopniu większym niż jest to niezbędne, aby go wyeliminować z dalszej walki, jest zabro-nione⁸³. Taki charakter znacząco zwiększa wymogi stawiane przed środowiskiem sztucznej inteligencji. Poza tym tworzy określone problemy natury operacyjnej – przesłanka nieczynienia nadmiernych obrażeń i zbędnych cierpień jest adre-sowana zasadniczo w stosunku do kombatan-tów, a więc legalnych celów wojsko-wych⁸⁴. Z drugiej jednakże strony należy zwrócić uwagę, że w warunkach wojny powietrznej ewentualne wykorzystanie legalnego uzbrojenia (co należy podkre-slić) w sposób mogący powodować naruszenie dyspozycji art. 35 ust. 2 PD I jest mało prawdopodobne, z uwagi na znaczną i przeważającą siłę broni precyzyjnego rażenia oraz bomb o znacznej sile.

Drugim elementem budzącym wątpliwości w kontekście platform autono-micznych jest kwestia zasady rozróżniania i zdolności do jej respektowania przez uzbrojenie dysponujące sztuczną inteligencją. Należy zwrócić uwagę, że zdolność poznawcza sensorów platformy może być w tej mierze zróżnicowana. Istnieją już obecnie kategorie pocisków artyleryjskich, które mają zdolność namierzania tzw. śladu termicznego pojazdów opancerzonych (np. Excalibur czy SMArt). Wyróż-nić w tej mierze należy rozpoznawanie obiektów o charakterze prostym i złożo-nym. W przypadku celów, które z natury mają charakter wojskowy, sytuacja ta wydaje się technicznie możliwa do realizacji, biorąc pod uwagę technologie sto-

Law that Applies to Autonomous Weapons Systems, „ASIL Insight” 2013, vol. 17. „Perhaps this is because autonomy is unlikely to present unnecessary suffering and superfluous injury issues since the rule addresses a weapon system’s effect on the targeted individual, not the manner of engagement (autonomous). Nevertheless, an autonomous system could be used as a platform for a weapon that would violate the prohibition, such as a bomb containing fragments that are designed to be difficult to locate during the treatment of wounded combatants”. M. N. Schmitt, *Autonomous Weapon Systems and International Humanitarian Law: A Reply to the Critics*, „Harvard National Security Journal Features” 2013, vol. 2, s. 9.

82 „Of course, they may not be used in a way to cause unnecessary suffering. For instance, they may not be equipped with fragmentation weapons whose fragments are not detectable by x-ray. Absent some addition like impermissible fragmentation weapons, however, the principle of humanity, ironically, may be the least problematic LOAC principle for AWSs”. B. Kas-tan, *Autonomous Weapons Systems...*, s. 62.

83 S. Harris, *Autonomous Weapons and International Humanitarian Law or Killer Robots are Here: Get Used to It*, „Temple International and Comparative Law Journal” 2016, vol. 30, s. 83.

84 E. Barak, *Deadly Metal Rain: The Legality of Flechette Weapons in International Law: A Re-appraisal Following Israel’s Use of Flechettes in the Gaza Strip (2001–2009)*, Leiden 2011, s. 136.

sowane w przypadku pocisków precyzyjnego rażenia⁸⁵. Istotne komplikacje występują w warunkach konfliktów asymetrycznych, zwłaszcza w sytuacji konieczności rozróżniania cywilów od osób bezpośrednio uczestniczących w działaniach zbrojnych. Fundamentalne trudności w tej mierze wykluczają więc możliwości działania ofensywnych LAWS w obszarach zurbanizowanych, gdzie liczba zmienionych, jakie muszą zostać przyjęte, przeanalizowane i ocenione przez system, tworzy niezwykle wysoki standard programistyczny oraz kognitywny⁸⁶. Dodatkowo poważną trudnością jest klasyfikacja celów wojskowych niemających czysto klasycznego charakteru, jak np. instalacji podwójnego zastosowania⁸⁷.

Jeszcze trudniejsze do rozpoznania w ramach sztucznej inteligencji wydaje się uwzględnienie niezwykle subiektywnego szacowania odbywającego się w ramach tzw. zasady proporcjonalności⁸⁸. Wymagałoby to osiągnięcia kontekstowego rozumienia pola walki przez sztuczną inteligencję⁸⁹. Jednakże część specjalistów podnosi, że już obecnie w ramach tzw. *collateral damage assessments* (CDA) podczas konwencjonalnych działań zbrojnych wykorzystuje się różnorakie algorytmy, co sugeruje pewnego rodzaju automatyzm w kontekście obliczenia potencjalnych strat wśród ludności cywilnej⁹⁰. M. Sassòli uważa, że trudniejszym wymogiem dla sztucznej inteligencji będzie nie tylko określenie zakresu nadmiernych strat wśród ludności cywilnej, ale także prawidłowe oznaczenie wartości korzyści wojskowej⁹¹. Podobne stanowisko wyraża J. S. Thurnher⁹².

Wiele komentarzy podkreśla, że LAWS z perspektywy art. 57 PD I i tzw. aktywnych środków ostrożności mogą być niezwykle przydatne do realizacji zadań, które niosą zbyt duże zagrożenie względem załogowych systemów broni.

85 „The ability of an autonomous weapon system to comply with the above rules will depend on its recognition technology and the environment in which it is used. Certain objects (tanks or combat aircraft) will consistently meet the definition of a military objective”. Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, *Autonomous Weapon Systems under International Law*, Genewa 2014, s. 14.

86 B. Thomas, *Autonomous Weapons Systems...*, s. 263.

87 M. Wagner, *Autonomy...*, s. 112.

88 T. Chengeta, *Measuring Autonomous Weapon Systems against International Humanitarian Law Rules*, „Journal of Law and Cyber Warfare” 2016, vol. 5, s. 119–120.

89 „The ability of an autonomous weapon system to apply force proportionately will ultimately depend on the armaments with which it is equipped, as well as the capabilities allowed by its programming and design. Because proportionality is concerned with preventing excessive collateral damage, a factor which itself depends greatly on context, human judgment is likely to be an irreplaceable requirement, at least until technology develops immensely”. B. Thomas, *Autonomous Weapons Systems...*, s. 269.

90 Zob. *Joint Targeting Cycle and Collateral Damage Estimation Methodology* (CDM), https://www.aclu.org/files/dronefoia/dod/drone_dod_ACLU_DRONES_JOINT_STAFF_SLI-DES_1-47.pdf (dostęp: 4.01.2021); M. N. Schmitt, J. Thurner, „Out of the Loop”..., s. 254.

91 M. Sassòli, *Autonomous Weapons...*, s. 331 i n.

92 J. S. Thurnher, *Examining Autonomous Weapons Systems from a Law of Armed Conflict Perspective*, [w:] H. Nasu, R. McLaughlin (red.), *New...*, s. 221–222.

Przykładowo w wydarzeniach związanych z kampanią NATO w Serbii, w ramach której niebezpieczeństwo ze strony serbskich zestawów przeciwlotniczych uniemożliwiało operowanie na niskich wysokościach, obecność latających LAWS pozwoliłaby wyeliminować czynnik związany z ochroną własnego personelu latającego. M. Sassòli uważa ponadto, że jeżeli w ramach takich zadań zwiększony zostałby poziom ochrony ludności cywilnej, a LAWS operuje w tej mierze lepiej niż załogowy statek powietrzny, to strona konfliktu zbrojnego miałaby obowiązek użyć go⁹³. Komentarz do instrukcji harwardzkiej z 2008 roku stanowił, że autonomiczne statki powietrzne mają uprawnienia do wykonywania praw charakterystycznych dla wojskowych statków powietrznych, pod warunkiem zachowania przez nie powyższego statusu. Komentarz definiował autonomiczność jako zdolność bezzałogowego statku powietrznego do podejmowania decyzji o ataku na podstawie czujników oraz wewnętrznych danych. Wymogiem w tej mierze było, aby system ten był w stanie przestrzegać zasady rozróżniania zarówno w kontekście materialnym, jak i osobowym⁹⁴.

Warto jednakże pamiętać, że w niektórych środowiskach nie występują wątpliwości związane z treścią art. 35 i art. 51 ust. 4 i 5 PD I⁹⁵. Przykładem powyższego są np. warunki wojny morskiej. System Aegis docelowo reaguje jedynie na zagrożenia związane z atakiem rakietowym, a więc celem jego aktywności jest cel zdehumanizowany o charakterze oczywiście wojskowym. Podobne okoliczności mogą wystąpić w warunkach wojny powietrznej, zwłaszcza jeżeli celem ataku jest inna bezzałogowa platforma. T. Hattan wskazuje, że odpowiednie programowanie LAWS może pozwolić im także na dokonywanie prostego rozróżnienia, wskazując przykład platformy autonomicznej, która operując w przestrzeni powietrznej, będzie w stanie rozpoznawać tylko i wyłącznie nieprzyjacielskie statki powietrzne o charakterze wojskowym, z wyłączeniem samolotów pasażerskich⁹⁶.

93 M. Sassòli, *Autonomous Weapons...*, s. 320.

94 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR...*, s. 106.

95 Niektórzy autorzy twierdzą, że warunki, w ramach których dochodzi do wyłącznego rozmieszczania celów o charakterze wojskowym, właściwie niewystępują w praktyce; zob. J. Foy, *Autonomous Weapons Systems: Taking the Human out of International Humanitarian Law*, „Dalhousie Journal of Legal Studies” 2014, vol. 23, s. 57. „The civilian objects that could, on the ocean, be mistaken for an incoming missile are limited (but do occur, as the case of the USS Vincennes illustrates, see below). To be sure, if for example an autonomous drone is only programmed to fire at tanks, then the scope for mistakenly targeting civilian objects is significantly reduced (albeit not eliminated, for it may be impossible for a robot to tell apart for example a tank that was a museum exhibit, or a tank that had been abandoned in a civilian area). The range of circumstances in which targeting only weapons systems could sufficiently avoid the risk of mistaken targeting may, however, be limited”. J. Petman, *Autonomous Weapons Systems...*, s. 31.

96 T. Hattan, *Lethal Autonomous Robots: Are They Legal under International Human Rights and Humanitarian Law?*, „Nebraska Law Review” 2014, vol. 93, s. 1048.

W konsekwencji część problematycznych aspektów wykorzystania LAWS może być rozwiązana poprzez stworzenie dyrektyw i wytycznych wyraźnie ograniczających zakres działania urządzeń z autonomią w zakresie tzw. funkcji krytycznych⁹⁷.

2.5. Kapitulowanie przed autonomicznym bezzałogowym wojskowym statkiem powietrznym

Refleksem zasady rozróżniania jest m.in. uznawanie statusu osób *hors de combat*, a także kwestia obowiązku uznania kapitulacji (*recognition of surrender*). Zgodnie z art. 41 PD I nie można czynić przedmiotem ataku osoby wyłączonej z walki z powodu choroby, ran, niepełnosprawności, osoby już zatrzymanej bądź tej, która w sposób kategoryczny wyraża wolę poddania się. W kontekście wojny powietrznej warto zwrócić uwagę, że na podstawie art. 62 Haskich reguł wojny powietrznej, we wszelkich kwestiach nieuregulowanych dokonano odesłania do przepisów obowiązujących w wojnie lądowej. W tym samym zakresie normowano kwestię kapitulacji. Zasadniczo praktyka kapitulacji w wojnie powietrznej miała zawsze wymiar problematyczny, z uwagi na obiektywne trudności związane z formą przedstawienia jej w sposób zrozumiały i jednoznaczny dla walczącego. Obniżenie pułapu bądź wypuszczenie podwozia może być w niektórych okolicznościach traktowane jako fortel wojenny⁹⁸. Stąd też jak zauważyła Instrukcja harwardzka z 2009 roku, o ile ogólne reguły pozostają jak najbardziej w mocy w warunkach wojny powietrznej (m.in. obowiązek uznania kapitulacji, jeżeli ma ona charakter jednoznaczny), o tyle szczegółowa praktyka w tej mierze nie została wypracowana. W świetle komentarza do instrukcji manifestacją zamiaru poddania się jest w pierwszej kolejności posłużenie się otwartymi kanałami komunikacyjnymi. W nawiązaniu do zasady określonej w art. 41 PD I wprowadzono regułę art. 15(b). Rozwijając ją, eksperci wskazali na kilka ważnych szczegółów odnoszących się do warunków prowadzenia bojowych operacji lotniczych. Po pierwsze, w zakresie wyraźnego zamiaru kapitulacji wskazano, że w wielu wypadkach załoga wojskowego statku powietrznego dokonującego ataku za pośrednictwem broni dalekiego zasięgu nie jest w stanie rozpoznać intencji poddania się atakowanego celu (np. zgrupowania kombatanów) – wówczas zamiar powinien być wskazany w sposób, który może być odebrany przez statek powietrzny⁹⁹. Wskazywano w tej mierze na możliwość wywieszenia białej flagi bądź odrzucenia broni i wykonania gestu poddania się. Po drugie, w walce

97 M. N. Schmitt, *Autonomous Weapons Systems...*, s. 13–14.

98 Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR...*, s. 21.

99 *Ibidem*, s. 101.

powietrznej istnieje trudność w determinacji statusu osoby niezdolnej do prowadzenia walki zbrojnej, gdyż wojskowy statek powietrzny jest celem ataku wojskowego z natury, dopóki nie zaistnieją wyraźnie przesłanki, które ujawniają, że przedmiot ataku stał się *hors de combat*¹⁰⁰.

Wątpliwości jednakże ujawniały określone stany faktyczne związane z faktem niezdolności wojskowego statku powietrznego do przyjęcia aktu kapitulacji i zatrzymania walczących – zwłaszcza w sytuacji, w której własne siły lądowe nie były zdolne do przejścia osób poddających się. Istniało w ten sposób niebezpieczeństwo, że w istocie akt taki może mieć charakter wiarołomnego i w rezultacie nie mieć charakteru relewantnego dla walczącego. Ochrona względem kombatanatów niezdolnych bądź niemających zamiaru prowadzenia walki zbrojeniowej wymagała ponadto, aby dana osoba nie podjęła próby ucieczki. Dodatkowo brak zamiaru prowadzenia działań wojennych nie może być utożsamiany z brakiem możliwości efektywnej obrony przed atakiem lotniczym – tylko wyraźny zamiar kapitulacji może być podstawą do domagania się uznania takiego aktu za wiążący w świetle prawa międzynarodowego¹⁰¹.

Powyższe uwarunkowania wydają się jeszcze bardziej złożone niż w warunkach wojny lądowej. R. Sparrow słusznie wykazał zasadniczy brak zdolności sztucznej inteligencji zarządzającej platformą autonomiczną do rozpoznania i uznania aktu poddania się¹⁰². Wymagania rozpoznawania silnie kontekstowej sytuacji, konieczność rozróżniania symulacji i rzeczywistego zamiaru tworzą niezwykle wysokie wymagania¹⁰³. Jedną z propozycji – aczkolwiek w ocenie autora nierealistyczną – jest próba ograniczenia środowiska operacyjnego LAWS, w ramach których może napotkać wyłącznie cele zdehumanizowane¹⁰⁴. Jako przykładowe wymieniono w tej mierze uwarunkowania rządzące wojną powietrzną¹⁰⁵. Jednakże należy zwrócić uwagę, że we współczesnej wojnie powietrznej z uwagi na różnorakie możliwości transmisji danych istnieją większe niż kiedyś możliwości notyfikowania zamiaru kapitulacji.

100 *Ibidem*, s. 102.

101 *Ibidem*, s. 103.

102 Podobny pogląd zob. T. Chengeta, *Measuring...*, s. 133 i n.

103 „The possibility of perfidious indications of surrender means that not only must robots be capable of recognizing the conventional indicators of surrender but they also must be capable of distinguishing between real and feigned intentions. There are circumstances in which it is legitimate to attack enemy forces who are acting in a way that would ordinarily clearly indicate a desire to surrender – when it is reasonable to conclude that, in fact, their intent is perfidious. However, the task of assessing whether a signaled intention is likely to be perfidious or not is significantly more difficult than the task of recognizing the signal in the first place”. R. Sparrow, *Twenty Seconds to Comply: Autonomous Weapons Systems and the Recognition of Surrender*, „International Law Studies” 2015, vol. 91, s. 708.

104 *Ibidem*, s. 713.

105 *Ibidem*, s. 717.

2.6. Rozwiązanie traktatowe w przedmiocie LAWS

Obecnie nie ma żadnego traktatu regulującego sposób użycia LAWS, co wydaje się dość niebezpieczne z perspektywy pozytywistycznej. W 2014 roku w ramach nieformalnych prac odbywających się na forum Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki z 1980 roku rozpoczęto dyskusję nad przyszłym uregulowaniem statusu autonomicznych urządzeń bojowych. Punktem początkowym dyskusji był raport Specjalnego Sprawozdawcy ONZ z 2013 roku, który wezwał państwa członkowskie do rozważenia możliwości wprowadzenia czasowego moratorium w zakresie rozwoju uzbrojenia autonomicznego, do czasu przyjęcia rozwiązania o charakterze traktatowym regulującego problem LAWS¹⁰⁶. Podobne głosy zaczęły wyrażać organizacje pozarządowe, które w 2013 roku zawiązały tzw. Koalicję Przeciwko Zabójczym Robotom (*Campaign to Stop Killer Robots*). W latach 2013–2016 odbyła się seria spotkań eksperckich, które doprowadziły na piątej konferencji przeglądowej Konwencji CCW do powołania grupy ekspertów rządowych z mandatem zbadaania kwestii technicznych i prawnych wiążących się z możliwością wyposażenia sił zbrojnych państw członkowskich w LAWS¹⁰⁷.

W dniach 13–17 listopada 2017 roku odbyło się pierwsze spotkanie grupy ekspertów rządowych powołanych w ramach piątej konferencji przeglądowej Konwencji CCW. MKCK podkreślił konieczność „pracy państw stron Konwencji CCW nad ograniczeniami w zakresie autonomii systemów bojowych”¹⁰⁸. Szwajcaria zwróciła uwagę, że przy obecnym stadium rozwoju technologii i robotyki nie jest możliwe, aby LAWS uzyskały zdolność do przestrzegania reguł *ius in bello* bez ludzkiego czynnika w procesie targetingu¹⁰⁹.

W kwietniu 2018 roku dalsza dyskusja została oparta na czterech punktach: 1) charakteryzacja LAWS na potrzeby wspólnej dyskusji w ramach formatu Konwencji CCW; 2) zakres ludzkiej ingerencji w proces projektowania, wyposażania, rozmieszczania oraz celowania LAWS; 3) przedstawienie aktualnych osiągnięć

106 UN Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions*, 9 April 2013, A/HRC/23/47.

107 M. Piątkowski, *Postulat zakazu rozpowszechniania autonomicznych systemów bojowych w konfliktach zbrojnych – perspektywa międzynarodowego prawa humanitarnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2017, nr 1, s. 72–73.

108 Convention on Certain Conventional Weapons (CCW) Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems, 13–17 November 2017, Geneva, *Statement of the International Committee of the Red Cross (ICRC)*.

109 „Accordingly, given the current state of robotics and artificial intelligence, it is difficult today to conceive of an autonomous weapon system that would be capable of reliably operating in full compliance with all the obligations arising from existing IHL without any human control in the use of force, notably in the targeting cycle”. A „compliance-based” approach to Autonomous Weapon Systems Working Paper submitted by Switzerland, CCW/GGE.1/2017/WP.9

w technologii LAWS. Tajemniczym punktem obrad był pkt 4, który stanowił „o rozważeniu możliwości przyjęcia rozwiązań związanych z zagrożeniami humanitarnymi oraz naruszeniami bezpieczeństwa w obrębie nowych technologii w ramach mandatu Konwencji CCW”¹¹⁰. Od 2017 roku zauważalny jest trend w pracach komisji zmierzający w istocie do wypracowania rozwiązania o charakterze politycznym, w ramach którego podkreślono by wagę istniejącej już siatki międzynarodowego prawa humanitarnego względem LAWS. W istocie sugeruje to wyraźny brak woli politycznej wśród uczestników Konwencji CCW, aby uregulować materię platform autonomicznych w formie prawa pozytywnego.

Zjednoczone Królestwo wskazało, że „przepisy *ius in bello* zawsze będą wymagać bazowej formy kontroli” oraz „będą lepiej funkcjonować w przedmiocie regulacji LAWS niż ewentualny zakaz ich wykorzystania o charakterze przedwczesnym”¹¹¹. Państwo to również podniosło, że „na chwilę obecną nie istnieją praktyczne przykłady LAWS – a jedynie silnie zautomatyzowanych broni”¹¹². Szwajcaria postulowała, aby wprowadzić w formie rekomendacji praktyczne wskazówki pozwalające dokonać oceny ludzkiego wpływu na technologię LAWS na poziomie narodowym¹¹³. Za politycznym rozwiązaniem w przedmiocie LAWS optowały RFN, Francja i Włochy¹¹⁴.

110 CCW/GGE.1/2018/1.

111 „The UK believes that, whatever the environmental complexity that the system operates within, a minimum level of human control is always required to fulfil the principles of International Humanitarian Law (IHL). The technology will continue to change rapidly, but this minimum level of control will not; therefore the UK believes understanding this is the key to advancing the LAWS debate”. *UK Statement for discussion on the human element in the use of lethal force and aspects of human-machine interaction in the development, deployment and use of emerging technologies in the area of Lethal Autonomous Weapons Systems*, Meeting of the Group of Government Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems, Wednesday 11 April 2018. „IHL is a more agile metric for assessing all emerging lethal capabilities on a case-by-case basis than the pre-emptive instrument of a ban. Trying to impose a legal prohibition without understanding what is being regulated will lead to such an instrument becoming redundant, requiring revision, and risks causing unintended consequences on civilian developments”. *UK Statement for the General Exchange of Views*, Meeting of the Group of Government Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems, Monday 9 April 2018.

112 *UK Statement for discussion on characterisation of the systems under consideration*, Meeting of the Group of Government Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems, Tuesday 10 April 2018.

113 [https://www.unog.ch/80256EDD006B8954/\(httpAssets\)/37E72F1F348D2A84C1258272005837F9/\\$file/2018_LAWS6b_Switzerland.pdf](https://www.unog.ch/80256EDD006B8954/(httpAssets)/37E72F1F348D2A84C1258272005837F9/$file/2018_LAWS6b_Switzerland.pdf) (dostęp: 5.01.2021).

114 „There is no need to modify or adapt IHL with regard to autonomous weapon systems. In this respect we refer to our comprehensive submission on legal aspects of autonomous weapon systems submitted to the 2014 CCW Expert Meeting on LAWS”. *Statement delivered by Germany on Security Dimension and Options*, Meeting of the Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems Geneva, 9 to 13 April 2018; *Statement by France and Germany*; CCW Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems Geneva, 9–13 April 2018; *Statement by Ambassador Gianfranco Incarnato Permanent Representative of Italy to the Conference on Disarmament General exchange of views*.

Jednocześnie RFN wskazało, że „ostateczna decyzja o śmierci bądź życiu jednostki zawsze musi być dokonana przez człowieka”¹¹⁵. Podobne oświadczenie złożyła także UE¹¹⁶. Z kolei Holandia dostrzegała zagrożenie wynikające z możliwości dalszego rozwoju idealnych platform autonomicznych, ale sprzeciwia się ewentualnemu moratorium w tej mierze, uznając zakaz za „kłopotliwy” w realizacji¹¹⁷. Państwo popierało koncept znaczącej ludzkiej kontroli, lecz bez przyjęcia regulacji o charakterze traktatowym w tej mierze¹¹⁸. Federacja Rosyjska, uznając adekwatność bieżącej regulacji, wskazała na potrzebę uwzględnienia interesów państw w rozwoju LAWS¹¹⁹. Australia dostrzegając, że rozmieszczenie LAWS na polu bitwy jest wyzwaniem dla przepisów *ius in bello*, wskazała jednocześnie na zakaz ich wykorzystania jako „przedwczesny”¹²⁰. Stany Zjednoczone podkreśliły „potencjał LAWS do przestrzegania podstawowych zasad międzynarodowego prawa humanitarnego”, także uznając za zasadne stworzenie kodeksu „dobrych praktyk”¹²¹. Odminną wizję LAWS przedstawiły Chiny, które jako pierwsze państwo zwróciły uwagę na możliwość osiągnięcia przez platformy bojowe „autonomii przekraczającej ludzkie wyobrażenie, włączając w to podejmowanie nieprzewidywalnych decyzji w otwartym środowisku”¹²². Podniesiono także konieczność przyjęcia definicji LAWS, a ponadto wskazano, że rozwiązania natury politycznej wykonywane na poziomie narodowym są obciążone oczywistą słabością¹²³. Pozostałe państwa z Afryki, Bliskiego Wschodu i Ameryki Południowej podnoszą potrzebę przyjęcia

115 *Statement delivered by Germany on Working Definition of LAWS/„Definition of Systems under Consideration”.*

116 “Without prejudice to its outcome, the work in the GGE could pave the way for identifying possible ways forward. EU Member States have tabled proposals in this regard. We are looking forward to further elaborating on appropriate policy options”, EU Statement Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS) Group of Governmental Experts Convention on Certain Conventional Weapons, 9–13 April 2018.

117 „The Netherlands outright rejects the development and subsequent deployment of such fully autonomous weapon systems, but does currently not support a moratorium on the development of fully autonomous weapon systems”. CCW/GGE.1/2017/WP.2.

118 „The concept of meaningful human control does not require immediate new or additional legislation, as the concept should be regarded as a standard deriving from existing legislation and practices (such as the targeting process)”. CCW/GGE.1/2017/WP.2.

119 „The Russian Federation believes that the GGE could conduct a thorough review of existing provisions of international law, including international humanitarian law and human rights law that could potentially be applied to LAWS, and express its opinion as to the adequacy of such provisions to address the existing concerns”. CCW/GGE.1/2017/WP.8.

120 Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems, 13–17 November 2017, *Australian Statement – General Exchange of Views*.

121 Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems, 13–17 November, 2016 *United States Opening Statement*.

122 „Meaning that through interaction with the environment the device can learn autonomously, expand its functions and capabilities in a way exceeding human expectations”. CCW/GGE.1/2018/WP.7.

123 CCW/GGE.1/2018/WP.7, para. 5.

„prawnie obowiązującego rozwiązania”¹²⁴. Na konieczność przyjęcia prawnie obowiązującego rozwiązania zwróciły uwagę także organizacje pozarządowe¹²⁵. MKCK podniósł, że „maszyna nigdy nie będzie w stanie stosować międzynarodowego prawa humanitarnego, a odpowiedzialność za decyzje związane z użyciem siły nie może być przypisywana maszynie, komputerowi bądź sztucznej inteligencji”¹²⁶.

Obok powyższych rozważań ujawnia się też powoływanie się na klauzulę Martensa jako elementu „moralnej oceny społeczności międzynarodowej na zjawisko LAWS”¹²⁷. Zdaniem delegacji szwajcarskiej brak unormowania traktatowego nie uchyla oceny zobowiązań państwa w świetle preambuły do Konwencji haskiej z 1899 roku¹²⁸. Przedstawiciel RP przy Konwencji CCW z kolei wskazał, że „klauzula jest moralnym drogowskazem” ustanawiającym linię graniczną w dyskusji nad zakresem autonomii w systemach bojowych¹²⁹. MKCK również przyznał, że istnieją wątpliwości co do wartości normatywnej preambuły jako „oświadczenia o charakterze politycznym”¹³⁰.

124 „This week, we again observed a large majority of States, including my own, express the strong desire to pursue a legally binding instrument stipulating prohibitions and regulations on LAWS. This should clearly be listed as the first opti”. *Statement by Ambassador Farukh Amil Permanent Representative of Pakistan*, first Session of the CCW Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems, 9–13 April 2018; CCW/GGE.1/2018/WP.1.

125 „The negotiation and adoption of a legally binding instrument that preemptively prohibits weapons lacking such control is a logical and effective way to achieve that goal”. *Human Rights Watch Statement on Meaningful Human Control in Lethal Autonomous Weapons Systems*, Delivered by Bonnie Docherty Human Rights Watch, 11 April 2018, Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems.

126 Convention on Certain Conventional Weapons (CCW) Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems, 9–13 April 2018, *Geneva Statement of the International Committee of the Red Cross (ICRC)*.

127 N. Davison, *A legal perspective: Autonomous weapon systems under international humanitarian law*, UNODA Occasional Papers No. 30, s. 8–9; AI and Lethal Autonomous Weapons Systems Remarks delivered at the meeting of the Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems, Geneva, 13 November 2017. N. Mickevičiūtė, *Lessons from the Past for Weapons of the Future*, „International Comparative Jurisprudence” 2016, vol. 2, s. 103.

128 „Accordingly, not everything that is not explicitly prohibited can be said to be legal if it would run counter the principles put forward in the Martens clause”. Informal meeting of experts on lethal autonomous weapons systems (LAWS) Geneva, 11–15 April 2016, *Towards a „compliance-based” approach to LAWS Informal Working Paper* submitted by Switzerland, 30 March 2016, para. 21.

129 „In the review process states should consider the weapon in the light of the Martens Clause and examine whether the weapon, means or method of warfare is of nature that contravenes the principle of humanity or the dictates of public conscience. This principle provides moral guidance to our discussion on setting limits on autonomy in weapon systems”. CCW/GGE.1/2018/WP.3.

130 „There is debate over whether the Martens Clause constitutes a legally-binding yardstick against which the lawfulness of a weapon must be measured, or rather an ethical guideline”. CCW/GGE.1/2018/WP.5, para. 9.

2.7. „Znacząca ludzka kontrola”

Dużą popularność, zwłaszcza wśród organizacji pozarządowych, zdobyło sformułowanie „znacząca ludzka kontrola” (*meaningful human control*), które ma być celowo przyjętym założeniem ograniczającym możliwość rozmieszczania platform autonomicznych na polu walki. Autorstwo pojęcia należy przypisywać specjalistom zrzeszonym w ramach tzw. Międzynarodowego Komitetu na Rzecz Kontroli Robotów (*International Committee for Robots Arms Control*). N. E. Sharkey wskazał na akceptowalne i niedopuszczalne poziomy ludzkiej kontroli nad działaniem platformy autonomicznej, uznając, że jedynie sytuacja, w której operator posiada 1) pełną świadomość dotyczącą celu i możliwość reakcji na wypadek zmiany parametrów prawnych, 2) możliwości efektywnego wpływu oraz czas w zakresie podjęcia decyzji, 3) ma zagwarantowaną możliwość wstrzymania akcji platformy na każdym etapie operacji¹³¹. CNAS (*Center for New American Studies*) twierdzi, że informacje dotyczące celu mającego być przedmiotem ataku powinny być na tyle dokładne, aby dać pełen obraz pod ocenę jego legalności, a rola operatora nie może polegać na „prostym zatwierdzeniu dyspozycji maszyny”¹³². Raporty organizacji pozarządowych wskazywały, że w najbliższej przyszłości urządzenia autonomiczne mogą dokonywać nieprzewidywalnych wyborów, operując w ramach otwartych środowisk. Podniesiono także niski poziom zaufania pomiędzy platformą a operatorem wynikający z ułomności technicznych. Organizacja *Article 36.org* wskazała na potrzebę zwiększenia przejrzystości oraz konieczność posiadania szerokiej wiedzy na temat działania technologii¹³³. Szczególnie ważne w kontekście znaczącej ludzkiej kontroli jest posiadanie informacji odnośnie do ograniczeń działania platformy w zakresie środowiska operacyjnego oraz innych limitacji urządzenia, które powinno powiadomić użytkownika o niemożności realizacji pewnych zadań – jest to szczególnie podnoszone przez MKCK¹³⁴. Wspólną cechą wszystkich idei jest ogólne przeświadczenie, że sprowadzenie ludzkiego operatora do roli

131 ICRAC (International Committee for Robot Arms Control), *Guidelines for the human control of weapons systems*, Authored by N. E. Sharkey, s. 4.

132 „1. Human operators are making informed, conscious decisions about the use of weapons. 2. Human operators have sufficient information to ensure the lawfulness of the action they are taking, given what they know about the target, the weapon, and the context for action. 3. The weapon is designed and tested, and human operators are properly trained, to ensure effective control over the use of the weapon”. M. Horowitz, P. Scharre, *Meaningful Human Control in Weapons Systems: A Primer*, Center for New American Studies 2015, s. 14.

133 Background paper to comments prepared by Richard Moyes, Managing Partner, Article 36, for the Convention on Certain Conventional Weapons (CCW) Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS) Geneva, *Key elements of meaningful human control*, 11–15 April 2016.

134 Convention on Certain Conventional Weapons (CCW) Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems, 9–13 April 2018, Geneva, *Statement of the International Committee of the Red Cross (ICRC)*.

pasywnego operatora, dysponującego prawem ograniczonego w czasie weta jest nieakceptowalne¹³⁵. Sztuczna inteligencja nigdy nie będzie w stanie pojąć znaczenia aktu użycia przemocy zbrojnej¹³⁶. Człowiek ma wciąż pozostawać jako decydent w zakresie funkcji związanych z atakowaniem innych celów, a autonomiczne systemy powinny w tej mierze ułatwiać mu podjęcie decyzji¹³⁷.

Istnieją jednakże głosy, które sugerują, aby do inicjatywy znaczącej ludzkiej kontroli podchodzić z pewną rezerwą. K. Anderson i M. Waxman podnoszą, że pojęcie to ma charakter celowej nieścisłości i dokładne wypracowanie standardu w tej mierze może być znacząco utrudnione. Ponadto zdaniem autorów może opierać się na niezrozumieniu istoty przesłanki humanitaryzmu, której wymiarem nie jest utrzymywanie ludzkiej kontroli w każdej fazie działań zbrojnych, lecz ogólne prowadzenie operacji bojowych z elementarnymi względami wobec przeciwnika¹³⁸. Trudno także określić rolę koncepcji znaczącej ludzkiej kontroli w ramach przepisów międzynarodowego prawa humanitarnego – K. Neslage uważa, że jest to sformułowanie niemające oparcia w siatce normatywnej *ius in bello*, więc jest zupełną nowością normatywną¹³⁹. Z drugiej strony R. Crootoft uważa brak dookreślenia powyższego konceptu za zaletę, przy jednocześnie istniejących uwarunkowaniach, które wyraźnie obrazują, jaki wymiar kontroli jest uznawany za niedostateczny (jak wskazali w swej pracy P. Schaare i M. Horowitz oraz N. E. Sharkey)¹⁴⁰.

Należy zwrócić uwagę, że w warunkach współczesnej wojny powietrznej kontrola nad uzbrojeniem załogowego statku powietrznego ma charakter kilkufazowy oraz realizowany na różnych szczeblach. W pierwszej kolejności następuje decyzja o wyborze danego środka, w ramach ogólnego planu operacyjnego (tzw. OPLAN). W. Marud w tej mierze posługuje się terminem „targeting wojskowy”, jako dobór obiektów działań i czynności w zależności od wymagań

135 F. Santoni De Sio, J. van den Hoven, *Meaningful Human Control over Autonomous Systems: A Philosophical Account*, *Frontiers in Robotics and AI* 2018, s. 4, <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/frobt.2018.00015/full> (dostęp: 4.01.2021); G. Lucas, *Legal and Ethical Precepts Governing Emerging Military Technologies: Research and Use*, „Utah Law Review” 2013, vol. 5, s. 1279.

136 P. Asaro, *Ius nascendi. Robotic Weapons and the Martens Clause*, [w:] R. Calo, A. M. Froomkin, I. Kerr (red.), *Robot Law*, Northampton 2016, s. 385.

137 T. Chengeta, *Defining the Emerging Notion of ‘Meaningful Human Control’ in Autonomous Weapon Systems (AWS)*, „International Law and Politics” 2016, vol. 49, s. 44.

138 K. Anderson, M. Waxman, *Debaiting Autonomous Weapon Systems, Their Ethics and Their Regulation under International Law*, [w:] R. Brownsword, E. Scotford, K. Yeung (red.), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, Oxford 2017, s. 1113–1114.

139 K. Neslage, *Does „Meaningful Human Control” Have Potential for the Regulation of Autonomous Weapon Systems?*, „University of Miami National Law Security and Armed Conflict Law Review” 2015–2016, vol. VI, s. 171.

140 R. Crootoft, *A Meaningful Floor for „Meaningful Human Control”*, „Temple International and Comparative Law Journal” 2017, vol. 30, s. 62–63.

zgłaszanych przez dowódców oraz podległe im siły. Bardziej szczegółowy wymiar w tej mierze ma tzw. *targeting* lotniczy, czyli skonkretyzowanie dobrych działań względem sił powietrznych¹⁴¹. Oprócz kontroli sprawowanej na poziomie strategicznym pojawia się również ocena taktyczna w postaci klasyfikacji charakteru celu, środków rażenia, a także obejmująca rozważania natury prawnej. Trzecim poziomem jest decyzja o przyjęciu bądź odrzuceniu planu¹⁴². Z poziomu taktycznego następuje przejście do fazy bezpośredniego wykonania, w ramach której załoga przygotowuje broń poprzez jej odpowiednie zaprogramowanie (w ramach urządzeń pokładowych). Ostatnią fazą kontroli jest decyzja operatora o jego wystrzeleniu oraz możliwość powstrzymania pocisku przed trafieniem w cel poprzez jego dezaktywację. Aktualnie wiele środków precyzyjnego rażenia prezentuje różne modele kierowania (półautomatyczne bądź automatyczne) oraz samonaprowadzania. W ramach samonaprowadzania podczerwonego bądź samonaprowadzania radiolokacyjnego zasadniczo pocisk podąża za śladem termicznym bądź radarowym. W przeciwieństwie do kierowania optoelektronicznego załoga nie ma już kontroli nad dobozem celu, poza ewentualną autodestrukcją pocisku. W niektórych wypadkach broń może być naprowadzona poprzez dane astronawigacyjne bądź laserowo w ramach kontroli naziemnej¹⁴³. W konsekwencji należy zwrócić uwagę, że współcześnie wciąż zdecydowana większość decyzji o charakterze krytycznym jest uzależniona od działania operatora. Ma to zastosowanie także względem pilotów bezzałogowych statków powietrznych. Wprowadzenie na wyposażenie sił powietrznych autonomicznych platform jest przełomem w tej mierze, gdyż wprowadza autonomiczność jako przyczynę sprawczą procesu *targetingu*, a nie jest (jak do tej pory) jedynie częścią wykonawczą (autonomia, ale po podjęciu decyzji o zatwierdzeniu celu i wystrzeleniu pocisku). M. Rooda uważa, że LAWS powinny stanowić podobne ogniwo w procesie *targetingu* jak pociski precyzyjnego rażenia (tj. powinny być objęte rygorami wynikającymi z procedur na poziomie strategicznym i taktycznym)¹⁴⁴.

Jak zostało wskazane wcześniej, autonomia przynajmniej częściowo już funkcjonuje w ramach różnego rodzaju systemów obrony pojazdów, obiektów bądź okrętów. Przykładami bardzo zaawansowanych funkcji są działania podejmowane w ramach tzw. sytuacji ratunkowych, podczas których naczelnym zadaniem komponentów autonomicznej obrony jest przetrwanie obiektu. Na tej

141 W. Marud, *Ewolucja teorii targetingu lotniczego*, Warszawa 2015, s. 17–18.

142 Allied Joint Publication-3.9, *Allied Joint Doctrine for Joint Targeting*, Edition A Version 1/2016, s. 2–2.

143 *Kierunku Rozwoju Lotniczych Środków Rażenia*, Akademia Obrony Narodowej, praca zbiorowa, Warszawa 2016, s. 24–26.

144 M. Rooda, *NATO's Targeting Process: Ensuring Human Control Over and Lawful Use of 'Autonomous' Weapons*, University of Amsterdam, „Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper” 2015, s. 165–166.

podstawie system Aegis podejmuje decyzję o ataku wszelkich celów morskich i powietrznych stanowiących zagrożenie dla funkcjonowania okrętu wojennego, a bateria Patriot może samodzielnie odpowiadać ogniem na wypadek zerwania łączności z centrum dowodzenia (co jest traktowane jako wynik działań przeciwnika). W efekcie błędu w 2003 roku doszło do zestrzelenia samolotu koalicji podczas II wojny w Zatoce Perskiej. Wadliwe działania systemu Aegis (incydent z 1988 roku) oraz baterii Patriot są wykorzystywane jako przykład braku zdolności sztucznej inteligencji do pojmowania kontekstu prowadzonych działań zbrojnych¹⁴⁵.

2.8. Lekcje z historii prawa wojny powietrznej co do przyszłych regulacji w dziedzinie LAWS. Postulaty *de lege ferenda*

*Jedna lekcja z historii jest pewna – pozostawienie przedmiotu regulacji nowych technologii wojskowych prawu zwyczajowemu jest wadliwym rozwiązaniem o potencjalnych znacznych efektach ubocznych*¹⁴⁶.

W 1928 roku M. W. Royse wskazał, że państwa decydowały się na zakazanie danego typu uzbrojenia z trzech powodów: 1) przestarzałości, 2) równości w skutkach zakazu dla wszystkich państw, 3) braku fundamentalnego znaczenia danej broni dla państw¹⁴⁷. Historia międzynarodowego prawa humanitarnego zasadniczo przyznała amerykańskiemu autorowi rację. Rzadkim przykładem wyjątku w tej mierze było przyjęcie na forum Konwencji CCW proaktywnego zakazu wykorzystania oślepiającej broni laserowej (IV Protokół), który osiągnął swój skutek w postaci wstrzymania rozwoju technologii laserowej o przeznaczeniu bojowym¹⁴⁸. W kontekście dyskusji prowadzonej na forum grupy ekspertów rządowych wydaje się, że nie istnieje wola państw szczególnie zaangażowanych przyjęcia rozwiązania wyraźnie wiążącego w postaci nowego

145 „The time pressure will result in operators falling foul of all four of the downsides of automatic reasoning described above: neglects ambiguity and suppresses doubt, infers and invents causes and intentions, is biased to believe and confirm, focuses on existing evidence and ignores absent evidence. An example of the errors caused by fast veto came in the 2004 war with Iraq when the U.S. Army's Patriot missile system engaged in fratricide, shooting down a British Tornado and an American F/A-18, killing three pilots”. N. E. Sharkey, *Towards a Principle for the Human Supervisory Control of Robot Weapons*, „Politica and Società” 2014, no. 2, s. 12.

146 J. Hood, *The Equilibrium of Violence: Accountability in the Age of Autonomous Weapons Systems*, „International Law and Management Review” 2015, vol. 11, s. 35.

147 M. W. Royse, *Aerial Bombardment and the International Regulation*, Nowy Jork 1928, s. 141.

148 M. N. Schmitt, *Future War and the Principle of Discrimination*, „Israel Yearbook on Human Rights” 1998, vol. 28, s. 53.

traktatu międzynarodowego. Z pewnością główną przyczyną w tej mierze jest wielki potencjał technologii autonomicznej, która powiązana z istnieniem bezzałogowych platform pozwala z perspektywy wojskowej na pojawienie się zupełnie nowych i nieznanych uprzednio rozwiązań strategiczno-taktycznych¹⁴⁹. Z tych samych względów w 1907 roku na drugiej konferencji pokojowej w Hadze nie zdecydowano się przedłużyć moratorium dotyczącego wykorzystania balonów w roli nosicieli bomb. Z kolei próba zdelegalizowania użycia samolotu do celów militarnych podjęta w latach 1932–1934 podczas konferencji rozbrojeniowej w Genewie okazała się fiaskiem¹⁵⁰. Technologia LAWS będzie też rozwijana przez państwa posiadające najsilniejsze zaplecze technologiczne, w konsekwencji ewentualny zakaz służyłby regionom, w którym nie występują dostateczne potencjały technologiczne. Nieprzekonujące jest też odwołanie się do klauzuli Martensa jako narzędzia limitacyjnego. Pomijając wątpliwości związane z jej treścią normatywną, należy wskazać, że również na powyższą klauzulę powoływano się w okresie przedwojennym, jako próbie wprowadzenia ograniczeń w kontekście bombardowań powietrznych. Działanie to, jak powszechnie wiadomo, nie wpłynęło w żaden sposób na stanowisko społeczności międzynarodowej.

Poważną rolę w określeniu granic przyszłych LAWS odgrywa art. 36 PD I, jednakże jego charakter jest silnie kontekstowy. Jak wspomniano wcześniej, wynik badania prawnego nie musi jednocześnie oznaczać zdelegalizowania uzbrojenia danego typu *per se*. Ponadto jak zauważono, wiele państw wyraźnie sygnalizuje, że część z istniejących systemów obrony pojazdów bądź okrętów nie ma charakteru autonomicznego, lecz zautomatyzowany, a ludzka kontrola nad tymi urządzeniami objawia się poprzez ich rozmieszczenie. Wynik badania może być zróżnicowany i np. pewien typ uzbrojenia może być dopuszczony w ramach działań w silnie zamkniętych środowiskach¹⁵¹. Jednakże jak wskazał W. H. Boothby, przegląd prawny nie obejmuje tylko i wyłącznie broni przenoszonej przez pojazd autonomiczny, ale także analizę platformy *per se*. Powyższe rozwiązanie wydaje się wyważone i w istocie zmierzające do uchwycenia istoty zagadnienia¹⁵². Jak wskazała O. Ulgen, pewne państwa (Zjednoczone Królestwo) w swych dokumentach dokonywały rozdzielenia obydwu członów LAWS, co w efekcie może prowadzić do objęcia reżimem tylko i wyłącznie samych środków, bez uwzględnia kwestii legalności platformy¹⁵³. Taki zaskakujący wniosek

149 P. B. Postma, *Regulating Lethal Autonomous Robots in Unconventional Warfare*, „University of St. Thomas Law Journal” 2014, vol. 11, s. 318.

150 E. P. Warner, *Aerial Armament and Disarmament*, „Foreign Affairs” 1925, vol. 4, s. 624–636.

151 V. Kanwar, *Post-Human Humanitarian Law: The Law of War in the Age of Robotics Weapons*, „Harvard National Security Journal” 2011, vol. 2, s. 624–625.

152 W. H. Boothby, *How Far...*, s. 47.

153 O. Ulgen, *Human Dignity in an Age of Autonomous Weapons: Are We in Danger of Losing an „Elementary Consideration of Humanity”?*, European Society of International Law (ESIL)

zawiera tzw. wspólna propozycja holendersko-szwajcarska złożona na forum Konwencji CCW w listopadzie 2017 roku¹⁵⁴. Analiza sporządzana przez SIPRI wskazała, że w kontekście urządzeń autonomicznych zasadne jest wykonywanie testów broni jak najczęściej w ramach docelowego środowiska oddziaływania i powinny być one wykonywane jak najbardziej szeroko, z uwzględnieniem przepisów międzynarodowego prawa humanitarnego, zgodności autonomicznego trybu otwarcia ognia z podstawowymi zasadami *ius in bello* oraz oceną technicznej interakcji pomiędzy użytkownikiem a systemem (w szczególności w zakresie możliwościami sprawowania pełnej i świadomej kontroli oraz znajomością ograniczeń operacyjnych)¹⁵⁵. Ocena ta w kontekście LAWS może mieć jednakże charakter dynamiczny – biorąc pod uwagę zdolność urządzenia do samoadaptacji, może się okazać, że pierwotny przegląd dezaktualizuje się na przestrzeni czasu¹⁵⁶. Jest to istotna słabość mechanizmów kontrolnych opartych na art. 36 PD I.

W związku z tym z pewnym niepokojem należy obserwować proponowany przez delegację szwajcarską w 2017 roku tzw. *compliance based-approach*, który zakłada przedłożenie deklaracji natury politycznej, wzywającej państwa do prowadzenia przeglądów prawnych przyszłych urządzeń o charakterze autonomicznym, poprzez konkretyzację postanowień międzynarodowego prawa humanitarnego mającego zastosowanie w ramach narodowych testów broni autonomicznych, a także wypracowania zestawu tzw. dobrych praktyk¹⁵⁷. Wszelkie tego typu działania mają w istocie na celu uniknięcie przyjęcia jakichkolwiek jednoznacznie wiążących instrumentów prawnych w tej mierze. Istnieje jednakże grupa państw, która postuluje, aby zakazać całkowicie wykorzystania autonomicznych urządzeń bojowych¹⁵⁸. Także wiele delegacji na forum Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które

2016 Annual Conference (Riga), s. 9 i n.; O. Uglen, *Definition and Regulation of LAWS*, Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects Geneva, 9–13 April 2018, para. 46–52.

154 „While most of the main weapon systems of any military platform rely on the targeting and launching elements of the platform's (integrated or other) systems, most or perhaps all platforms may be outfitted with any variety of weapons and concomitant systems and such weapon systems may be replaced as needed by other weapon systems on the same platform”. CCW/GGE.1/2017/WP.5, para. 26–29.

155 V. Boulanin, *Implementing Article 36 Weapon Reviews in the Light of Increasing Autonomy in Weapons Systems*, „SIPRI Insights on Peace and Security” 2015, vol. 1, s. 14–15.

156 International Panel on the Regulation of Autonomous Weapons (IPRAW), *Focus on the Machine-Relation in the Laws*, Report. No. 3/2018, s. 10.

157 CCW/GGE.1/2017/WP.9, para. 30–37.

158 Spotyka się to z krytyką doktryny. Zob. G. Noone, D. Noone, *The Debate over Autonomous Weapons Systems*, „Case Western Journal of International Law” 2015, vol. 47, s. 30.

mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki z 1980 roku podniosło konieczność utrzymania w pewnej formie ludzkiej kontroli nad decyzją o podjęciu ataku i wykorzystaniu siły zbrojnej. Pomimo że z pewnością prace grupy ekspertów rządowych nie doprowadzą do przyjęcia rekomendacji w zakresie rozwiązania traktatowego, to z perspektywy pracy warto podjąć próbę stworzenia postulatu *de lege ferenda* o następującej treści:

Projekt zakazu: Ust. 1. zabronione jest rozmieszczanie uzbrojonych urządzeń, broni bądź systemów broni, które stosują przemoc przeciwko celom osobowym, bez świadomej decyzji ludzkiego operatora. Ust. 2. Ograniczenie to nie obejmuje urządzeń, broni bądź systemów broni, które nie mogą być użyte ponownie (np. rakiet czy pocisków).

Definicja o powyższej treści mogłaby się znaleźć jako jeden z punktów nowego VI Protokołu do Konwencji CCW. W przeważającej mierze opierałaby się na definicjach obowiązujących na gruncie reżimu min przeciwpiechotnych (Konwencji ottawskiej oraz II Protokołu do Konwencji CCW). Należy zwrócić uwagę, że przedmiotem definicji są „urządzenia, bronie bądź systemy broni”, tj. najszerze ujęcie wszelkich możliwych konfiguracji występowania LAWS, obejmujące zarówno same platformy, jak i uzbrojenie będące jej częścią. W ust. 2 spod zakazu byłaby wyłączona amunicja jednorazowego użytku, względem której ludzka kontrola odbywa się w ramach szerszego cyklu. Sformułowanie „stosuje przemoc” ma wymiar szerszy od sformułowań „użycie siły” bądź też „atak”, gdyż obejmuje także środki o charakterze nieśmiertelnościowym. Zakaz obejmowałby tylko i wyłącznie użycie przemocy względem celów osobowych – w przypadku tzw. dóbr materialnych (np. czołgów czy wojskowych statków powietrznych) rozwiązanie miałoby identyczny wymiar jak *per analogiam* stosowanie Deklaracji petersburskiej z 1868 roku w wojnie powietrznej wobec innych obiektów powietrznych bądź też II Protokołu do Konwencji CCW względem min przeciwpojazdowych. „Świadoma decyzja ludzkiego operatora” wskazuje na konieczność podjęcia przez jednostkę decyzji (a nie zatwierdzenia), która byłaby oparta na przesłankach znaczącej ludzkiej kontroli, czyli pełnej kontekstowości dobranej celu i takiego doboru informacji, który pozwoli operatorowi na ocenę legalności ataku. Definicja nie obejmuje niebojowych aktywności o charakterze autonomicznym, zwłaszcza dotyczących zbierania danych, rozpoznania czy też misji ratunkowo-poszukiwawczych, jako niebudzących specjalnych wątpliwości w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego¹⁵⁹.

Propozycje zdefiniowania LAWS również mają umocowanie w ramach reżimu min lądowych określonego na gruncie Konwencji o zakazie użycia,

159 W. H. Boothby, *How Far...*, s. 50.

składowania, produkcji i przekazywania min przeciwpiechotnych oraz o ich zniszczeniu z 1997 roku (tzw. Konwencję ottawską)¹⁶⁰. M. Gubrud w oparciu o obowiązującą definicję min lądowych zdefiniował LAWS jako „zabójczy system broni aktywowany w wyniku wykrycia celu bądź też uwarunkowania, a nie działania ludzkiego operatora”¹⁶¹. LAWS uznaje w tym kontekście, podobnie jak miny, za urządzenia dysponujące zbyt niskim poziomem przewidywalności¹⁶².

160 J. Lewis, *The Case for Regulating Fully Autonomous Weapons*, „The Yale Law Journal” 2015, vol. 124, s. 1319 i n.

161 M. Gubrud, *The Ottawa Definition of Landmines as a Start to Defining LAWS*, Submitted to the Convention on Conventional Weapons Group of Governmental Experts Meeting on Lethal Autonomous Weapons Systems.

162 T. Chengeta, *Defining...*, s. 9.

Zakończenie

Hersch Lauterpacht określił normy *ius in bello* jako „zanikający punkt prawa międzynarodowego” (*the vanishing point of international law*)¹. Parafrazując słowa brytyjskiego uczonego, należy wskazać, że prawo wojny powietrznej zbyt długo było zanikającym punktem międzynarodowego prawa humanitarnego. Znamienny w tej mierze jest brak do dnia dzisiejszego traktatu międzynarodowego, który w sposób kompleksowy określałby wszystkie aspekty prowadzenia działań powietrznych. Zmusza to badaczy i praktyków do analizowania praktyki walczących, będącej w istocie zapisem historycznym, opartej na refleksie Haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku. Z opóźnieniem w stosunku do zmian zachodzących w samej technologii i doktrynie prowadzenia działań powietrznych dochodziło także w zakresie ewolucji myśli prawniczej, próbującej ująć zjawisko wojny powietrznej w ramy prawa międzynarodowego.

Zrozumienie pełnej treści normatywnej zwrotu „prawo wojny powietrznej” wymagało znacznego poszerzenia perspektywy badawczej opartej o analizę dokumentacji i zjawisk pozornie historycznych. Nieodzowne było sięgnięcie do prac przygotowawczych pierwszej i drugiej konferencji pokojowej w Hadze w 1899 i 1907 roku. Pojawienie się balonów i sterowców jako pierwszych narzędzi wojny powietrznej ujawniło brak woli społeczności międzynarodowej, by dokonywać przedwczesnej limitacji potencjalnie niebezpiecznych środków walki. Rozwój technologii oraz dostrzeżenie jej militarnych zalet spowodował szybkie odejście od idei zakazu do potrzeby regulacji. Odpowiedzią w tej mierze był pomysł francusko-rosyjski z 1907 roku, który dokonał aktualizacji przepisów Regulaminu haskiego z 1899 roku. Poprawka rozszerzyła zakres zakazu bombardowań miejscowości i obiektów niebronionych o działania powietrzne. Szczegółowa analiza *travaux préparatoires* ujawnia trudny do zrozumienia rozdzźwięk merytoryczny pomiędzy pracami różnych zespołów eksperckich w zakresie reżimu bombardowań

1 H. Lauterpacht, *The Problem of the Revision of the Law of War*, „The British Yearbook of International Law” 1952, vol. 29, s. 382.

lądowych i morskich. Pomimo *prima facie* istotnego podobieństwa pomiędzy działaniami wykonywanymi przez lotnictwo a marynarką wojenną zdecydowano się dokonać unormowania zjawiska ataków powietrznych na cele lądowe w ramach przepisów Regulaminu haskiego z 1907 roku o prawach i zwyczajach obowiązujących w wojnie lądowej. Pominięto przy tym elementarną okoliczność, związaną z brakiem możliwości zajęcia bądź okupacji danego obszaru przez lotnictwo, uznając przy tym prawo okrętów wojennych do niszczenia konkretnych dóbr w obrębie obszarów niebronionych. Dokonany zapis, utrwalony błędną recepcją sądów arbitrażowych w latach 20. XX wieku, doprowadził stan prawa bombardowań powietrznych do całkowitego chaosu interpretacyjnego. Błąd ten miał katastrofalne konsekwencje humanitarne – stara zasada bombardowań artyleryjskich zezwalała bowiem na ostrzeliwanie całego obszaru bronionego. Autor dokonał przeglądu opinii wyrażanych przez prawników okresu dwudziestolecia międzywojennego, usiłujących nadać przepisom z 1907 roku akceptowalną treść dla walczących. Badacze prawa słusznie podnosili elementarne wątpliwości towarzyszące sformułowaniu „miejscowość niebroniona”.

I wojna światowa ujawniła potrzebę uregulowania wojny powietrznej, jednocześnie budując pierwsze zasady o charakterze zwyczajowym, w postaci statusu załogantów, kwestii nielegalności ostrzeliwania ewakuujących się osób z samolotów, wykorzystywania amunicji zapalającej czy też oznaczeń wojskowych statków powietrznych. Wysiłek podjęty przez komisję jurystów z 1923 roku należy uznać za wręcz epokową i z perspektywy blisko 100 lat jedyną próbę stworzenia kodeksu prawa wojny powietrznej. Pomimo pewnych wad merytorycznych czy też nieścisłości interpretacyjnych, eksperci zaproponowali wprowadzenie pojęć „cel wojskowy” oraz „szacowanie niebezpieczeństw wynikających dla ludności cywilnej”, które to sformułowania pojawiły się w języku traktatowym dopiero w ramach PD I. Pomimo aprobującego przyjęcia przez doktrynę prawa międzynarodowego wielce skomplikowane wydaje się uznanie reguł z 1923 roku za wiążące w świetle *ius in bello*. Panuje w tej mierze swoisty paradoks, ujawniający poważny rozdźwięk pomiędzy intencjami, deklaracjami a rzeczywistością pola walki. Co istotne, państwa akceptowały i sygnalizowały możliwość związania się Haskimi regułami wojny powietrznej. Ponadto brak ratyfikacji nie był przeszkodą dla pośredniej implementacji tych przepisów do instrukcji i wytycznych wojskowych niemal wszystkich najbardziej zaangażowanych państw posiadających rozbudowane siły powietrzne². Społeczność międzynarodowa zgadzała się z kierunkiem rozwiązań zaproponowanych na gruncie dokumentu z 1923 roku, wyrażając to w jednoznacznej deklaracji Zgromadzenia Ligi Narodów 30 września 1938 roku. Należy jednak zwrócić uwagę, że konflikty włosko-etiopski, hiszpański oraz japońsko-chiński jeszcze przed wybuchem II wojny światowej podważały treść postanowień z 1923 roku. W okresie samej II wojny światowej najpóźniej od 31 maja 1942 roku wszyst-

2 *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, para. 73.

kie strony konfliktu zdecydowały się przyjąć praktykę bombardowań saturacyjnych, uzasadniając je częściowo doktryną represaliów o charakterze *sensu largo*. Praktyka państw, połączona także z określonym nastawieniem stron walczących w drugiej fazie konfliktu zbrojnego, doprowadziła do destrukcji przepisów Regulaminu haskiego z 1907 roku w odniesieniu do wojny powietrznej (art. 25), a także podważyła zwyczajowy charakter Haskich reguł wojny powietrznej (przy założeniu, że posiadały taki charakter). Wydaje się, że nie można przy tym stwierdzić, że działania te uformowały nowy zwyczaj (w kuriozalnym wymiarze dopuszczający atakowanie ludności cywilnej), jednakże przy tym powodując, że do początków lat 70. XX wieku wojna powietrzna odbywała się w warunkach próżni prawnej. Potwierdza to dwuznaczny charakter orzecznictwa MTW i następnych trybunałów norymberskich. Warto zwrócić uwagę, że walczący niemal aż do lat 70. XX wieku mogli się powoływać na podręczniki prawa wojny powstałe w XIX wieku i usprawiedliwiać saturacyjne ataki na miejscowości ich bronionym charakterem.

Pewnym przełomem w tej mierze były refleksje wynikające z przebiegu kampanii powietrznej „Linebacker I” i „Linebacker II” nad Wietnamem Północnym. Po raz pierwszy od czasów II wojny światowej precyzyjna kampania powietrzna realizowana przeciwko celom wojskowym doprowadziła do osiągnięcia szybkiego sukcesu militarno-politycznego, potwierdzając (powtarzaną przez obserwatorów) tezę o konieczności pozostawienia poza nawiasem działań wojennych ludności cywilnej. Dobór środków ostrożności, precyzyjnych metod i środków podczas tego konfliktu pozwolił społeczności międzynarodowej na podjęcie na forum konferencji dyplomatycznej w latach 1974–1977 wysiłku, który skutkowało przyjęciem przepisów Protokołu dodatkowego I z 1977 roku. Przepisy IV działu PD I w sposób jednoznaczny delegalizują praktykę bombardowań bez rozróżnienia, wprowadzając ideę konserwacji energii wojennej na niszczeniu oraz zwalczaniu celów i obiektów wyłącznie o charakterze wojskowym. Definicja tych celów została stypizowana w ramach art. 52 ust. 2 PD I, który adekwatnie do przemian cywilizacyjnych zezwala na zachowanie elastyczności w doborze celów, wprowadzając przy tym dość wyraźne granice ograniczające dowolność klasyfikacji celów. Uwzględniając konieczność dostrzeżenia okoliczności natury militarnej, zdecydowano się na przyjęcie zapisów umożliwiających walczącym przeprowadzenie ataków mogących powodować straty wśród ludności cywilnej, o ile są one uzasadnione wyraźną, konkretną i bezpośrednią korzyścią wojskową. Wiele ze sformułowań języka PD I budzi wątpliwości czy też jest przedmiotem rozmaitych interpretacji. Nie zmienia to jednakże przeświadczenia o ogólnej adekwatności regulacji z 1977 roku do warunków współczesnej wojny powietrznej w odniesieniu do lotnictwa odrzutowego bądź bezzałogowego. Subiektywizm wpisany w treść niektórych zasad i reguł (proporcjonalności oraz obowiązków stosowania tzw. aktywnych środków ostrożności) jest z jednej strony przedmiotem krytyki doktryny, z drugiej zaś jednak jedynym rozsądnym kierunkiem wykładni praw i obowiązków walczących. Zaskakiwać może przy tym fakt, że pomimo blisko

100-lecia wojny powietrznej obecność zagadnień związanych z użyciem lotnictwa w konflikcie zbrojnym zasadniczo nie była przedmiotem rozstrzygnięć sądów międzynarodowych i krajowych. Jedynym organem quasi-sądowym, który rozpatrywał prawne aspekty działań powietrznych w konflikcie zbrojnym, jest do dnia dzisiejszego specjalny komitet MTKJ powołany do rozpoznania skarg na postępowanie sił powietrznych NATO podczas operacji w Serbii w 1999 roku. Dorobek MTKJ ujawnia z kolei, że orzecznictwo międzynarodowe ma trudność z oddzielaniem różnego rodzaju typów bombardowań, zwłaszcza przy użyciu docelowo niezakazanych, nieprecyzyjnych środków prowadzenia działań wojennych. Przy tym, pomimo powszechnego obecnie użycia precyzyjnych pocisków lotniczych, należy podnieść brak wyraźnego obowiązku nabywania, gromadzenia, a także wykorzystywania amunicji precyzyjnego rażenia. Nakazu takiego nie można się doszukiwać w treści art. 57 PD I, który jedynie wskazuje na dochowanie należytej staranności w działaniach zbrojnych, w obrębie praktycznie możliwych i dostępnych zasobów. Jednakże posiadanie powyższego wyposażenia może wpływać na autonomię operacyjną, umożliwiając przeprowadzenie zadań w rejonach tzw. podwyższonego ryzyka.

Należy podnieść, że zjawisko wojny powietrznej jest w istocie utożsamiane wyłącznie z bombardowaniami lotniczymi. Jest to z pewnością najbardziej kontrowersyjny aspekt prowadzenia działań wojennych, lecz nie jedyny. Tylko wojskowe statki powietrzne są uprawnione do realizacji praw walczących. Wymagało to poświęcenia części pracy na zagadnienia statusu oznakowania wojskowych statków powietrznych. Pomimo technicznego charakteru reguł rządzących oznaczeniami ich znaczenie ma wymiar fundamentalny w świetle definicji wojskowej statku powietrznego. Innym przykładem w tej mierze jest kwestia załogantów opuszczających pokład statku powietrznego w sytuacji awaryjnej bądź też dostających się do niewoli nieprzyjacielskiej. Wymagało to dokonania analizy historycznej. Bezzałogowość, a także konflikty o charakterze niepaństwowym tworzą nowe wyzwania dla tych elementów wojny powietrznej. Wskazywanie na normy prawa pozytywnego w tej mierze jest niemożliwe, bowiem Protokół dodatkowy I dokonał jedynie częściowej kodyfikacji prawa wojny powietrznej z 1923 roku. Odmienne należy również spojrzeć na zagadnienia forteli wojennych, wiarołomstwa i stosowania kamuflażu przez siły powietrzne, gdzie występują istotne różnice pomiędzy reżimami wojny morskiej i lądowej. Charakterystyka statku powietrznego – jako platformy przenoszącej uzbrojenie – wymagała także analizy reguł rządzących uzbrojeniem, w szczególności zasad wynikających z treści art. 35 i 36 PD I. Odrębny rozdział został poświęcony wybranym elementom uzbrojenia lotniczego w postaci broni zapalającej, uznawanej za najbardziej destrukcyjny oręż wyposażenia statków powietrznych. Zakres pracy nie pozwalał ująć w ramach analizy zagadnień związanych z użyciem: broni kasetowej, amunicji ze zubożonym uranem, uzbrojenia termobarycznego oraz bomb beczkowych (wykorzystywanych szeroko w ramach konfliktu syryjskiego).

Obecnie wojna powietrzna przechodzi w fazę poważnego przełomu technologicznego. O ile bezzałogowość nie tworzy zbyt wielu wyzwań dla przepisów *ius in bello*, o tyle jej nowy wymiar w postaci autonomiczności ma charakter zupełnie rewolucyjny. Kluczowym aspektem dyskusji w tych ramach jest zakres kontroli sztucznej inteligencji nad systemami uzbrojenia. Przekroczenie pułapu znaczącej kontroli powoduje konieczność rozważenia, czy w istocie w dalszym ciągu autonomiczne urządzenie bojowe jest jedynie platformą przenoszenia uzbrojenia, czy też już użytkownikiem sterującym jego uruchomienie. Osiągnięcie tego punktu, jak również aspekt tzw. idealnej autonomiczności tworzą nowe zagadnienia. Jednym z nich jest definicja wojskowego statku powietrznego, która wymaga łącznika kontroli pomiędzy statkiem a załogą. Warto podkreślić, że wiele z idei i pomysłów związanych z regulacją autonomicznych systemów broni przedkładanych na forum Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki z 1980 roku, przypomina próby regulacji wojny powietrznej podejmowanej na gruncie konferencji dyplomatycznej w latach 1899 i 1907. Pomysł moratorium Specjalnego Sprawozdawcy ONZ z 2013 roku jest w istocie nawiązaniem do Deklaracji z 1899 i 1907 roku, które miały czasowo zabraniać bombardowań powietrznych. Ujawnia to zaskakującą okoliczność. W istocie społeczność międzynarodowa i doktryna prawa międzynarodowego znajdują się w odniesieniu do autonomicznych systemów bojowych w tym samym punkcie, co blisko 100 lat temu. Ówczesna bierność państw oraz krótkowzroczność uczestników dyskursu międzynarodowego doprowadziła częściowo do załamania się rządów *ius in bello* w latach 1939–1945. Przyczyn należy tu upatrywać w zaniechaniu przyjęcia rozwiązania o charakterze traktatowym. Autor wyraża nadzieję, że nie powtórzą się w tym względzie doświadczenia z okresu II wojny światowej, gdy podobny brak aktywności miał drastyczne skutki w postaci bombardowań lotniczych. Jednak jeżeli w odniesieniu do autonomicznych platform o charakterze bojowym nie zostaną przyjęte żadne rozwiązania w formie prawa pozytywnego (polegające na ich zakazie bądź ograniczeniu ich użycia), to należy pamiętać o całej siatce normatywnej międzynarodowego prawa humanitarnego, która ma zastosowanie na zasadach ogólnych względem każdego środka i każdej metody prowadzenia walki zbrojnej. Nawet w najbardziej zamkniętych środowiskach walki zasady i reguły międzynarodowego prawa humanitarnego, a także szczegółowe normy prawa wojny powietrznej mogą być trudne do pogodzenia z charakterystyką autonomicznych platform bojowych, zwłaszcza tych o znaczącym poziomie autonomii operacyjnej.

Samo prawo wojny powietrznej tworzyło się w ogniu pola walki, często w warunkach zupełnej próżni prawnej, zmuszającej prawników w różnych okresach historii do poszukiwania rozwiązań normatywnych, pozwalających z jednej strony na posługiwanie się przez państwa tym wyjątkowo użytecznym narzędziem wojennym (jakim jest lotnictwo wojskowe), z drugiej strony ograniczających

zakres dopuszczalnego szkodenia nieprzyjacielowi. Poważną wadą normatywną przeszłych prób regulacji zjawiska wojny powietrznej było bazowanie na wnioskowaniu *per analogiam*, które nie uwzględniało wyjątkowego charakteru działań lotniczych względem innych wymiarów prowadzenia działań zbrojnych. Dotyczyło to zwłaszcza kontrowersyjnego zjawiska bombardowań powietrznych. Stopniowo, poprzez swoją specyfikę, reżim regulujący wojnę powietrzną nabył równorzędny status względem zasad i reguł rządzących wojną lądową oraz morską. Posiada ten status pomimo braku kompleksowego rozwiązania traktatowego. Czy umowa międzynarodowa odnosząca się do aktywności lotnictwa wojskowego podczas konfliktu zbrojnego jest w związku z tym niezbędna? Pomijając aspekt bardzo małego prawdopodobieństwa pojawienia się jakiegokolwiek woli ze strony państw w tej mierze, wydaje się, że konstrukcja prawa wojny powietrznej, choć niezwykle złożona, opierająca się na powiązaniu norm prawa pozytywnego i zwyczajowego, połączona ogólnymi regułami i zasadami międzynarodowego prawa humanitarnego jest w stanie adekwatnie odpowiadać na wyzwania współczesnego pola walki. Wiele fundamentalnych reguł prawa wojny powietrznej ma swoje źródło w okresie poprzedzającym wybuch I wojny światowej i zachowuje wciąż swoją aktualność, pomimo zmieniającej się technologii i techniki. Jedynym wyjątkiem w tej mierze wydają się zagadnienia związane z autonomicznością, ale trzeba podnieść, że są one wyzwaniem w każdej płaszczyźnie prowadzenia działań zbrojnych.

Bibliografia

Artykuły w czasopismach naukowych

- Aaron M. R., Nauta D. R. D., *Operational Challenges of the Law on Air Warfare. The Example of Operation Unified Protector*, „Military Law and Law of War Review” 2013, vol. 52.
- Abramovitch Y., *The Maxim ‘Cujus Est Solum Ejus Usque Ad Coelum’ as Applied in Aviation*, „McGill Law Journal” 1962, vol. 4, no. 8.
- Abresch W., *A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya*, „The European Journal of International Law” 2005, vol. 15.
- Abtahi H., *The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict: The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, „Harvard Human Rights Journal” 2001, vol. 1.
- Adler G., *Targets in War: Legal Considerations*, „Houston Law Review” 1970, vol. 8.
- Akerson D., *Applying Jus in Bello Proportionality in Drone Warfare*, „Oregon Review of International Law” 2014, vol. 16.
- Aldrich G. H., *Prospects for United States Ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions*, „American Journal of International Law” 1991, vol. 45.
- Almond H., *Comments on Hugh Lynch’s Paper: Strategic Imperatives: Economic Warfare at Sea*, „International Law Studies” 1993, vol. 65.
- Alston P., *The CIA and Targeted Killings Beyond Borders*, „Harvard National Security Journal” 2011, vol. 2.
- Ammi H., *Big Ocean Navy in a Little Ocean War*, „Air University Quarterly Review” 1953, vol. 4.
- Anderson K., Reisner D., Waxman M., *Adapting the Law of Armed Conflict to Autonomous Weapon Systems*, „International Law Studies” 2014, vol. 90.
- Arai-Takahashi Y., *The Principle of Humanity under International Humanitarian Law in the ‘Is/Ought’ Dichotomy*, „Japanese Yearbook of International Law” 2011, vol. 54.
- Arimitsu L., Choudhury M., *The Legal Classification of the Armed Conflicts in Syria, Yemen and Libya*, „International Law PP” 2014, vol. 1.
- Balendra N. T., *Defining Armed Conflict*, „Cardozo Law Review” 2008, vol. 29.

- Balguy-Gallois A., *The Protection of Journalists and News Media Personnel in Armed Conflict*, „International Review of the Red Cross” 2004, vol. 86, no. 853.
- Barber P., *SCUDS, Shelters and Retreating Soldiers: The Law of Aerial Bombardment in The Gulf War*, „Alberta Law Review” 1993, vol. 31.
- Bardos G. N., *Balkan History, Madeleine’s War, and NATO’s Kosovo*, „Journal of North American Society for Serbian Studies” 2001, vol. 15.
- Barley M. P., *Contributing to its Own Defeat: The Luftwaffe and the Battle of Britain*, „Defence Studies” 2006, vol. 4.
- Barnes A., Waters C., *The Arctic Environment and International Humanitarian Law*, „The Canadian Yearbook of International Law” 2011, vol. 49.
- Barrett N., *Holding Individual Leaders Responsible for Violation of Customary International Law: The U.S. Bombardment of Cambodia and Laos*, „Columbia Human Rights Law Review” 2000–2001, vol. 32.
- Barros A., *Strategic Bombing and Restraint in ‘Total War’, 1915–1918*, „The Historical Journal” 2009, vol. 52.
- Bartels R., *Dealing with the Principle of Proportionality in Armed Conflict in Retrospect: The Application of the Principle in International Criminal Trials*, „Israel Law Review” 2013, vol. 46(2).
- Baxter R., *The Law of War*, „Naval War College Review” 1957, vol. 10.
- Beard J. M., *Autonomous Weapons and Human Responsibilities*, „Georgetown Journal of International Law” 2014, vol. 45.
- Bedau H. A., *Genocide in Vietnam*, „Boston University Law Review” 1973, vol. 53.
- Bellal A., Ciacca G., Casey-Maslen S., *International Law and Armed Non-state Actors in Afghanistan*, „International Review of the Red Cross” 2011, vol. 93.
- Bellamy A. J., *Massacres and Morality Mass Atrocities in an Age of Civilian Immunity*, Oxford 2012.
- Benevenuti P., *The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*, „European Journal of International Law” 2001, vol. 12.
- Berchoff R., *L’aviation et les lois de la guerre*, „Revue Générale de Droit Aérien” 1932, vol. 1.
- Bederman D. J., *Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law*, „Duke Journal of Comparative and International Law” 2010, vol. 21.
- Bejesky R., *Detering Ius in Bello Violations of Superiors as a Foundation for Military Justice Reform*, „Wayne Law Review” 2014, vol. 60.
- Bellinger J. B., Haynes W. J., *A US government response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross” 2007, vol. 89.
- Belt S., *Missiles over Kosovo: Emergence, Lex Lata, of Customary Norm Requiring the Use of Precision Munitions in Urban Areas*, „Naval Law Review” 2000, vol. 47.
- Bennett G. H., *The 1942 Laconia Order: The Murder of Shipwrecked Survivors and Allied Pursuit of Justice 1945–1946*, „Law, Crime and History” 2011, vol. 1.
- Benson K., *„Kill’em and Sort it Out Later”: Signature Drone Strikes and International Humanitarian Law*, „Global Business and Development Law Journal” 2014, vol. 27.
- Berezowski C., *Le développement progressif du droit aérien*, „Recueil Des Cours” 1969, t. 128.

- Bialke J. P., *Al-Qaeda and Taliban Unlawful Combatant Detainees, Unlawful Belligerency and the International Laws of Armed Conflict*, „Air Force Law Review” 2004, vol. 55.
- Bialke J., *United Nations Peace Operations: Applicable Norm and the Application of Law of Armed Conflict*, „Air Force Law Review” 2001, vol. 50.
- Bieńkowski W., *Bezzałogowe aparaty latające na polu walki – nowe wyzwanie dla prawa wojennego czy powtórka z historii?*, „Międzynarodowe Prawo Humanitarne” 2013, t. IV.
- Blank L., *Defining the Battlefield in Contemporary Conflict and Counterterrorism: Understanding the Parameters of the Zone of Combat*, „Georgia Journal of International and Comparative Law” 2010, vol. 39.
- Blank L., *International Law and Cyber Threats from Non-State Actors*, „International Law Studies” 2013, vol. 89.
- Blank L., Guiora A., *Teaching an Old Dog New Tricks: Operationalizing the Law of Armed Conflict in New Warfare*, „Harvard National Security Journal” 2010, vol. 25, s. 57.
- Blank L. R., Farley B. R., *Identifying the Start of Conflict: Conflict Recognition, Operational Realities and Accountability in the Post-9/11 World*, „Michigan Journal of International Law” 2014, vol. 36.
- Blix H., *Area Bombardment: Rules and Reasons*, „The British Yearbook of International Law” 1978, vol. XLIX.
- Blum G., *On a Differential Law of War*, „Harvard International Law Journal” 2011, vol. 52.
- Borchard E., *War, Neutrality and Non-Belligerency*, „American Journal of International Law” 1941, vol. 618.
- Bothe M., *The Protection of the Civilian Population and NATO Bombing on Yugoslavia: Comments on a Report to the Prosecutor of the ICTY*, „European Journal of International Law” 2001, vol. 12.
- Boulain V., *Implementing Article 36 Weapon Reviews in the Light of Increasing Autonomy in Weapons Systems*, „SIPRI Insights on Peace and Security” 2015, vol. 1.
- Bourbonniere M., Haec L., *Military Aircraft and International Law: Chicago Opus 3*, „Journal of Air Law and Commerce” 2001, vol. 66.
- Bouttruche T., *Credible Fact-Finding and Allegations of International Humanitarian Law Violations: Challenges in Theory and Practice*, „Journal of Conflict and Security Law” 2011, vol. 16.
- Bouvier A., *Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel: Presentation and Analysis*, „International Review of the Red Cross” 1995, vol. 309.
- Boxx S. E., *Observations on the Air War in Syria*, „Air and Space Power Journal” 2013, March–April.
- Boyne W. J., *Linebacker II*, „Air Force Magazine” 1997, vol. 11.
- Bring O., *International Humanitarian Law after Kosovo: Is lex lata Sufficient?*, „Nordic Journal of International Law” 2002, vol. 71.
- Bristol M. C., *The Laws of War and Belligerent Reprisals against Enemy Civilian Populations*, „Air Force Law Review” 1979, vol. 21.
- Brown B., *The Proportionality Principle in the Humanitarian Law of Warfare: Recent Efforts at Codification*, „Cornell International Law Journal” 1976, vol. 10.
- Bruderlein C., *Introduction*, „Texas Journal of International Law” 2011–2012, vol. 47.
- Bucholc M., *Tendencje rozwoju współczesnych środków walki w kontekście minimalizacji strat ubocznych – wybrane zagadnienia z zakresu teorii*, „Międzynarodowe Prawo Humanitarne” 2013, vol. 5.

- Buckley O. M., *Unregulated Armed Conflict: Non-State Armed Groups, International Humanitarian Law, and Violence in Western Sahara*, „North Carolina Journal of International and Comparative Regulation” 2011–2012, vol. 47.
- Bugnion F., *The International Committee of the Red Cross and the Development of International Humanitarian Law*, „Chicago Journal of International Law” 2004, vol. 5.
- Callan M., Henry C., *Baptized by Fire: Protocol III's Imperfect Ban on Incendiary Weapons against Civilians in Times of War*, „Boston University Public Law” 2015, vol. 24.
- Cameron P. J., *The Limitations on Methods and Means of Warfare*, „Australian Yearbook of International Law” 1980, vol. 9.
- Canestaro E., *Legal and Policy Constraints on the Conduct of Aerial Precision Warfare*, „Vanderbilt Journal of Transnational Law” 2004, vol. 37.
- Cantrell C. L., *Humanitarian Law in Armed Conflict: The Third Diplomatic Conference*, „Marquette Law Review” 1977, vol. 61.
- Carnahan B. M., *The Law of Air Bombardment in Its Historical Context*, „The Air Force Law Review” 1975, vol. 17.
- Carvin S., *Caught in the Cold: International Humanitarian Law and Prisoners of War during the Cold War*, „Journal of Conflict and Security Law” 2006, vol. 11.
- Cassese A., *The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law*, „Pacific Basin Law Journal” 1984, vol. 55.
- Cassese A., *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, „European Journal of International Law” 2000, vol. 11.
- Cellier A., *Bombing in the World War*, „Popular Aviation” 1934, vol. 14.
- Chandrasekaran N., *The Continuing Relevance of Customary International Law in the Development of International Humanitarian Law*, „Sri Lanka Journal of International Law” 2009, vol. 55.
- Cheng B., *The Right to Fly*, „The Grotius Society: Problems of Public and Private International Law” 1956, vol. 42.
- Chengeta T., *Defining the Emerging Notion of 'Meaningful Human Control' in Autonomous Weapon Systems (AWS)*, „International Law and Politics” 2016, vol. 49.
- Cherif Bassiouni M., *The New Wars and the Crisis of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non-State Actors*, „The Journal of Criminal Law and Criminology” 2008, vol. 98.
- Chojancki J., *Status operatorów bezzałogowych statków powietrznych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*, „Zeszyty Naukowe Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy” 2017, vol. 22.
- Chum C. K. S., *Aerospace Power in the Twenty-First Century: A Basic Primer*, Alabama 2001.
- Clark R. S., *Methods of Warfare that Cause Unnecessary Suffering or are Inherently Indiscriminate: A Memorial Tribute to Howard Berman*, „California Western International Law Journal” 1998, vol. 28.
- Clarke B., *Proportionality in Armed Conflict: A Principle in Need of Clarification*, „International Humanitarian Legal Studies” 2012, vol. 3.
- Clarke R., *The Club-K Anti-Ship Missile System: A Case Study in Perfidy and its Repression*, „Human Rights Brief” 2012, vol. 20.

- Clodfelter M., *The Limits of Airpower or the Limits of Strategy: The Air Wars in Vietnam and Their Legacies*, „Joint Force Quarterly” 2015, vol. 78.
- Clunet E., *De l'emploi abusif des aérostats de guerre par les Allemands*, „Journal du droit international” 1916.
- Cock De C., *Legal Implications Surrounding Operation „Jhherent Resolve” in Iraq and Syria*, „Israel Yearbook on Human Rights” 2017, vol. 47.
- Cock De C., *Operation Unified Protector and the Protection of Civilians in Libya*, M. N. Schmitt, L. Arimatsu (red.), „Yearbook of International Humanitarian Law” 2011, vol. 14.
- Cohen A., *Rules and Standards in the Application of International Humanitarian Law*, „Israel Law Review” 2008, vol. 41.
- Colby E., *Aerial Law and War Targets*, „American Journal of International Law” 1925, vol. 19.
- Cooper J. C., *National Status of Aircraft*, „Journal of Air Law and Commerce” 1950, vol. 17/292.
- Cooper J., *The International Air Navigation Conference, Paris 1910*, „Journal of Air Law and Commerce” 1952, vol. 127.
- Corn G. S., *Regulating Hostilities in Non-International Armed Conflicts: Thoughts on Bridging the Divide between the Tadi Aspiration and Conflict Realities*, „International Law Studies” 2015, vol. 91.
- Corn G. S., *Targeting, Command Judgment, and a Proposed Quantum of Information Component*, „Brooklyn Law Review” 2011–2012, vol. 77.
- Corn G. S., Corn G. P., *The Law of Operational Targeting: Viewing the LOAC through an Operational Lens*, „Texas International Law Journal” 2012, vol. 47.
- Correll J. T., *Arc Light*, „Air Force Magazine” 2009, vol. 1.
- Correll T., *How the Luftwaffe Lost the Battle of Britain*, „Air Force Magazine” 2008, vol. 91.
- Coughlin T., *The Future of Robotic Weaponry and the Law of Armed Conflict: Irreconcilable Differences?*, „UCL Jurisprudence Review” 2011, vol. 17.
- Coupland R., *The Effects of Weapons: Defining Superfluous Injury and Unnecessary Suffering*, „Medicine and Global Survival” 1996, vol. 3.
- Crawford E., *Blurring the Lines between International and Non-International Armed Conflicts – The Evolution of Customary International Law Applicable in Internal Armed Conflicts*, „Australian International Law Journal” 2008, vol. 15.
- Crawford E., *The Modern Relevance of the Martens Clause*, „Legal Studies Research Papers” No. 11/27.
- Crawford E., *Virtual Battlegrounds: Direct Participation in Cyber Warfare*, „IS Journal of Law and Policy for the Information Society” 2013, vol. 9.
- Crootof R., *A Meaningful Floor for „Meaningful Human Control”*, „Temple International and Comparative Law Journal” 2017, vol. 30.
- Crootof R., *War Torts: Accountability for Autonomous Weapons*, „University of Pennsylvania Law Review” 2016, vol. 164.
- D'Amato A., *Legal and Moral Dimensions of Churchill`s Failure to Warn*, „Cardozo Law Review” 1998, vol. 20.
- D'Amato A., Gould H. L., Woods L. D., *War Crimes and Vietnam: The „Nuremberg Defense” and the Military Service Resister*, „California Law Review” 1969, vol. 57.

- Dahl A., Sandbu M., *The Threshold of Armed Conflict*, „Military Law and Law of War Review” 2006, vol. 45.
- Darcy S., *The Evolution of the Law of Belligerent Reprisals*, „Military Law Review” 2003, vol. 175.
- David S., *Israel’s Policy of Targeted Killing*, „Ethics and International Affairs” 2003, vol. 17.
- Deegan M. J., *Unmanned Aerial Vehicles: Legitimate Weapon Systems or Unlawful Angels of Death?*, „Pace International Law Review” 2014, vol. 26.
- Dershowitz A., *The Case against the Goldstone Report: A Study in Evidentiary Bias*, „Harvard Law School” 2010, vol. 99.
- DeSaussure A. L., *The Role of the Law of Armed Conflict During the Persian Gulf War: An Overview*, „The Air Force Law Review” 1994, vol. 37.
- DeSaussure H., *The Laws of Air Warfare: Are There Any?*, „International Law Lawyer” 1971, vol. 5.
- DeSon J., *Automating the Right Stuff? The Hidden Ramifications of Ensuring Autonomous Aerial Weapon Systems Comply with International Humanitarian Law*, „Air Force Law Review” 2015, vol. 72.
- Dinstein Y., *Air and Missile Warfare under International Humanitarian Law*, „Military Law and the Law of War Review” 2013, vol. 52.
- Dinstein Y., *Legitimate Military Objectives under the Current Jus in Bello*, „International Law Studies” 2002, vol. 78.
- Dinstein Y., *The ICRC Customary International Humanitarian Law Study*, „International Law Studies” 2006, vol. 82.
- Dinstein Y., *The Thirteenth Waldemar A. Solf Lecture in International Law*, „Military Law Review” 2000, vol. 166.
- Donahue B., *Attacks of Foreign Civil Aircraft Trespassing in National Airspace*, „Air Force Law Review” 1989, vol. 30.
- Dormann K., Colassis L., *International Humanitarian Law in the Iraq Conflict*, „German Yearbook of International Law” 2004, vol. 47.
- Doswald-Beck L., *Implementation of International Humanitarian Law in Future Wars*, „International Law Studies” 1998, vol. 71.
- Downey W. G., *Revision of the Rules of Warfare*, „American Society of International Law Proceedings” 1949, vol. 43.
- Droege C., *The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situation of Armed Conflict*, „Israel Law Review” 2007, vol. 40.
- Dudney R. S., *Douhet*, „Air Force Magazine” 2011, no. 4.
- Dunbar N., *The Legal Regulation of Modern Warfare*, „Transactions of Grotius Society” 1954, vol. 40.
- Dunlap C. J., *Law of War Manuals and Warfighting: A Perspective*, „Texas Journal of International Law” 2011–2012, vol. 47.
- Durr O., *Humanitarian Law of Armed Conflict: Problems of Applicability*, „Journal of Peace Research” 1987, vol. 24.
- Eagleton C., *The Form and Function of the Declaration of War*, „American Journal of International Law” 1938, vol. 32.
- Edmunds S., *Aerial Domain and the Law of Nations*, „St. Louis Law Review” 1922–1923, vol. 8.
- Egeland K., *Lethal Autonomous Weapon Systems under International Humanitarian Law*, „Nordic Journal of International Law” 2016, vol. 85.

- Elias R., *Facing the Brave New World of Killer Robots: Adapting the Development of Autonomous Weapons Systems into the Framework of International Law of War*, „Indonesian Journal of International and Comparative Law” 2016, vol. 3.
- Ellis W. E., *Aerial – Land and Aerial – Maritime Warfare*, „The American Journal of International Law” 1914, vol. 8, no. 2.
- Else R., *Proportionality in the Law of Armed Conflict: The Proper Unit of Analysis for Military Operations*, „University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy” 2010, vol. 5.
- Epps V., *Civilian Casualties in Modern Warfare: The Death of the Collateral Damage Rules*, „Georgia Journal of International and Comparative Law” 2012–2013, vol. 41.
- Estreicher S., *Privileging Asymmetric Warfare?: Defender Duties under International Humanitarian Law*, „Chicago Journal of International Law” 2010, vol. 11.
- Falk R. A., *The Shimoda Case: A Legal Appraisal of the Atomic Attacks upon Hiroshima and Nagasaki*, „The American Journal of International Law” 1965, vol. 59.
- Farer T., *Humanitarian Law and Armed Conflicts: Towards the Definition of International Armed Conflict*, „Columbia Law Review” 1971, vol. 37.
- Farrant J., Ford C. M., *Autonomous Weapons and Weapon Reviews: The UK Second International Weapon Review Forum*, „International Law Studies” 2017, vol. 93.
- Fauchille P., *La bombardement aérien*, „Revue Générale de Droit International Public” 1917, vol. 24.
- Fauchille P., *Le domaine aérien et le régime juridique des aérostats*, „Revue Générale de Droit International Public” 1901.
- Fenrick W. J., *Applying IHL Targeting Rules to Practical Solutions: Proportionality and Military Objectives*, „Windsor Yearbook of Access to Justice” 2009, vol. 27.
- Fenrick W. J., *Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense*, „Duke Journal of International and Comparative Law” 1997, vol. 7.
- Fenrick W. J., *Comments on Sally V. and W. Thomas Mallison’s Paper: The Naval Practices of Belligerents in World War II: Legal Criteria and Developments*, „International Law Studies” 1993, vol. 65.
- Fenrick W. J., *Regulating Lethal Autonomous Robots in Unconventional Warfare*, „European Journal of International Law” 2001, vol. 12.
- Fenrick W. J., *Some Legal (and a few Ethical) Dimensions of the Collateral Damage Resulting from NATO’s Kosovo Campaign*, „European Journal of International Law” 2001, vol. 12.
- Fenrick W. J., *The Conventional Weapons Convention: A Modest but Useful Treaty*, „International Review of the Red Cross” 1990, vol. 279.
- Fenrick W. J., *The Law Applicable in Targeting and Proportionality after Operation Allied Force: A View from the Outside*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2000, vol. 3.
- Fenrick W. J., *The Prosecution of War Criminals in Canada*, „Dalhousie Law Journal” 1989–1990, vol. 12.
- Ferencz B., *War Crimes and the Vietnam War*, „American University Law Review” 1968, vol. 17.
- Fleck D., *Humanitarian Protection in Non-International Armed Conflicts: The New Research Project of the International Institute of Humanitarian Law*, „Israel Yearbook on Human Rights” 2000, vol. 30.

- Fleck D., *International Humanitarian Law after September 11: Challenges and the Need to Respond*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2003, vol. 6.
- Fleck D., *Strategic Bombing and the Definition of Military Objectives*, „Israel Yearbook on Human Rights” 1997, vol. 27.
- Fleck D., *The Legal Status of Personnel Involved in United Nations Peace Operations*, „International Review of the Red Cross” 2013, vol. 95.
- Fleiner-Gerster T., *New Developments in Humanitarian Law: A Challenge to the Concept of Sovereignty*, „International Law and Comparative Law Quarterly” 1985, vol. 34.
- Foy J., *Autonomous Weapons Systems: Taking the Human out of International Humanitarian Law*, „Dalhousie Journal of Legal Studies” 2014, vol. 23.
- Fratcher W., *The New Law of Land Warfare*, „Missouri Law Review” 1957, vol. 22.
- Frulli M., *Fact-Finding or Paving the Road to Criminal Justice?: Some Reflections on United Nations Commissions of Inquiry*, „International Criminal Justice” 2012, vol. 10.
- Gaeta P., *The Armed Conflict in Chechnya before the Russian Constitutional Court*, „European Journal of International Law” 1996, vol. 7.
- Garner J. W., *International Regulation of Air Warfare*, „Air Law Review” 1932, vol. 2.
- Garner J. W., *Proposed Rules for the Regulation of Aerial Warfare*, „American Journal of International Law” 1924, vol. 18.
- Garner J. W., *The Outlook for the Law of War and of Neutrality*, „The Grotius Society: Papers Read Before the Society in the Year 1936” 1936, vol. 22.
- Garraway C., *Fact Finding and States in Emergency*, „ILSA Journal of International and Comparative Law” 2016, vol. 22.
- Garraway C., *The International Humanitarian Fact-Finding Commission*, „Commonwealth Law Bulletin” 2008, vol. 34.
- Gazzini T., *NATO Coercive Military Activities in the Yugoslav Crisis (1992–1999)*, „European Journal of International Law” 2001, vol. 12.
- Gehring R. W., *Loss of Civilian Protections under the Fourth Geneva Convention and Protocol I*, „Military Law and Law Review” 1980, vol. 19.
- Gibb S., *The Applicability of the Laws of Land Warfare to U.S. Army Aviation*, „Military Law Review” 1976, vol. 73.
- Geiss R., *The Principle of Proportionality: ‘Force Protection’ As a Military Advantage*, „Israel Law Review” 2012, vol. 45.
- Gill T. D., *Some Thoughts on the Relationship between International Humanitarian Law and International Human Rights Law: A Plea for Mutual Respect and a Common-Sense Approach*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2013, vol. 16.
- Gleditsch N. P., Wallenstein P., Eriksson M., Sollenberg M., Strand H., *Armed Conflict 1946–2001: A New Dataset*, „Journal of Peace Research” 2002, vol. 39.
- Glennon M., *How International Law Die*, „Georgetown Law Journal” 2005, vol. 93.
- Głogowska-Balcerzak A., Piątkowski M., *Problematyka żywych tarcz w kontekście asymetrycznych konfliktów zbrojnych*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2015, vol. 3.
- Goda P. J., *The Protection of Civilians from Bombardment by Aircraft: The Ineffectiveness of the International Law of War*, „Military Law Review” 1993, vol. 33.

- Goldie L. F. E., *Maritime War Zones and Exclusion Zones*, „International Law Studies” 1991, vol. 64.
- Gomez J. G., *The Law of Air Warfare*, „International Review of the Red Cross” 1998, no. 323.
- Gosnell H. A., *The Hague Rules of Aerial Warfare*, „American Law Review” 1928, vol. 62.
- Grafton Wilson G., *Grotius: Law of War and Peace*, „American Journal of International Law” 1941, vol. 35.
- Graham J., *Non-Combatant Immunity and the Gulf Conflict*, „Virginia Journal of International Law” 1991, vol. 31.
- Green L. C., *The Role of Law in Establishing Norms of International Behaviour*, „Israel Yearbook on Human Rights” 1987, vol. XVII.
- Greenwood C., *International Humanitarian Law in Context: A New International Legal Order*, „Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law” 2016, vol. 8.
- Greenwood C., *Protection of Peacekeepers: The Legal Regime*, „Duke Journal of Comparative and International Law” 1996, vol. 7.
- Greenwood C., *The Concept of War in Modern International Law*, „International and Comparative Law Quarterly” 1987, vol. 36.
- Greer M., *Redefining Perfidy*, „Georgetown Journal of International Law” 2015, vol. 47.
- Gregorski M., *Regulacje dotyczące bezzałogowych statków powietrznych w prawie Unii Europejskiej w kontekście międzynarodowym*, „Studia Europejskie” 2017, vol. 2.
- Gross O., *The New Way of War: Is There a Duty to Use Drones?*, „Florida Law Review” 2016, vol. 67.
- Guillory M., *Civilizing the Force: Is the United States Crossing the Rubicon?*, „The Air Force Law Review” 2001, vol. 51.
- Guiora A., *Determining a Legitimate Target: The Dilemma of the Decision-Makers*, „Texas Journal of International Law” 2011–2012, vol. 47.
- Hagger M., McCormack T., *Regulating the Use of Unmanned Combat Vehicles: Are General Principles of International Humanitarian Law Sufficient?*, „JLIS Special Edition: The Law of Unmanned Vehicles” 2011–2012, vol. 21(2).
- Halpern M., *Protecting Vulnerable Environments in Armed Conflict: Deficiencies in International Humanitarian Law*, „Stanford Journal of International Law” 2015, vol. 51.
- Hammond D., *Autonomous Weapons and the Problem of State Accountability*, „Chicago Journal of International Law” 2015, vol. 15.
- Hampton M. H., *Eagle in the Field of Blackbirds: U.S. Military Lessons Learned and Applied in Bosnia and Kosovo*, „AICGS German Issues” 2001, vol. 26.
- Hanke H. M., *The 1923 Hague Rules of Air Warfare: A Contribution to the Development of International Law Protecting Civilians from Air Attack*, „International Review of the Red Cross” 1993, vol. 292.
- Hansen M. A., *Preventing the Emasculation of Warfare: Halting the Expansion of Human Rights Law into Armed Conflict*, „Military Law Review” 2007, vol. 194.
- Haque A. A., *Off Target: Selection, Precaution, and Proportionality in the DoD Manual*, „International Law Studies” 2016, vol. 92.
- Harris S., *Autonomous Weapons and International Humanitarian Law or Killer Robots are Here: Get Used to It*, „Temple International and Comparative Law Journal” 2016, vol. 30.

- Hashey P., *White Phosphorus Munitions: International Controversy in Modern Military Conflict*, „New England Journal of International and Comparative Law” 2011, vol. 17.
- Hattan T., *Lethal Autonomous Robots: Are They Legal under International Human Rights and Humanitarian Law?*, „Nebraska Law Review” 2014, vol. 93.
- Haulman D. L., *The U.S. Air Force in the Air War over Serbia 1999*, „Air Power” 2015, Summer.
- Heinselman R. E., *Aerial Warfare*, „The Canadian Law Times” 1913, vol. 33.
- Heintschel von Heinegg W., *The Development of the Law of Naval Warfare from the Nineteenth to the Twenty-First Century – Some Select Issues*, T. D. Gill (red.), „Yearbook of International Humanitarian Law” 2014, vol. 17.
- Henckaerts J.-M., *Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict*, „International Review of The Red Cross” 2005, vol. 857.
- Henderson I., *Civilian Intelligence Agencies and the Use of Armed Drones*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2010, vol. 13.
- Henderson I., *International Law Concerning the Status and Marking of Remotely Piloted Aircraft*, „Denver Journal of International Law and Policy” 2011, vol. 39.
- Henderson I., den Dulk J., Lewis A., *Emerging Technology and Perfidy in Armed Conflict*, „International Law Studies” 2015, vol. 91.
- Hendrickson R. C., *Crossing the Rubicon*, „NATO Review” 2005, no. 3.
- Henry E., *The Sukhoi Su-24 Incident Between Russia and Turkey*, „Russia Law Journal” 2016, vol. 4.
- Herbach J. D., *Into the Caves of Steel: Precaution, Cognition and Robotics Weapon Systems under the International Law of Armed Conflict*, „Amsterdam Law Forum” 2012, vol. 3.
- Herik van der L. J., *An Inquiry into the Role of Commissions of Inquiry in International Law: Navigating the Tensions between Fact-Finding and Application of International Law*, „Chinese Journal of International Law” 2014, vol. 13.
- Hershey A., *The International Law of Aerial Space*, „The American Journal of International Law” 1912, vol. 6.
- Heuser B., *Ordinances and Articles of War before the Lieber Code, 866–1863: The Long Pre-History of International Humanitarian Law*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2018, vol. 21.
- Hill J. T., *Ius in Bello Futura Ignotus: The United States, The International Criminal Court, and the Uncertain Future of the Law of Armed Conflict*, „Military Law Review” 2015, vol. 223.
- Hill N., *Was There an Ultimatum before Pearl Harbor?*, „American Journal of International Law” 1948, vol. 42.
- Hogue L., *Identifying Customary International Law of War in Protocol I: A Proposed Restatement*, „Loyola International and Comparative Law Journal” 1991, vol. 13.
- Hohn U., *The Bomber’s Baedeker Target Book for Strategic Bombing in the Economic Warfare against German Towns 1943–45*, „Geo-Journal” 1994, vol. 34.
- Hojjer O., *Les bombardements aériens*, „Revue de Droit Aérien” 1932, vol. 1.
- Homburg R., *Les règles de la guerre aérienne*, „Revue Juridique Internationale de la Locomotion Aériennes” 1922, vol. 6.
- Hood J., *The Equilibrium of Violence: Accountability in the Age of Autonomous Weapons Systems*, „International Law and Management Review” 2015, vol. 11.

- Hood W. D., *Humanitarian Intervention in Syria: Is Crisis Response and Limited Contingency Operations the Solution?*, „Military Law Review” 2015, vol. 223.
- Hoon De R., *Navigating the Legal Horizon: Lawyering the MH17 Disasters*, „Utrecht Journal of International and European Law” 2017, vol. 84.
- Huffman W., *Margin of Error: Potential Pitfalls of the Ruling in the Prosecutor v. Ante Gotovina*, „Military Law Review” 2012, vol. 211.
- Ibanga M., *Concept of Armed Conflict in Public International Law: Some Reflections*, „Sri Lanka Journal of International Law” 2002, vol. 14.
- Intoccia G., *American Bombing of Libya: An International Legal Analysis*, „Case Western Reserve Journal of International Law” 1987, vol. 19.
- Ishwara Bhat P., *Protection of Cultural Property under International Humanitarian Law: Some Emerging Trends*, „Israel Yearbook of International Humanitarian Law” 2001, vol. 27.
- Jacobsson M., *Modern Weaponry and Warfare: The Application of Article 36 of Additional Protocol I by Governments*, „International Law Studies” 2006, vol. 82.
- Jang H. D., *The Lawfulness and Case for Combat Drones in the Fight against Terrorism*, „National Security Law Journal” 2013, vol. 2.
- Janikowski W., *Zasada podwójnego skutku, zasada moralnej symetrii i kwestia legalizacji eutanazji*, „Analiza i Egzystencja” 2013, t. 22.
- Jankowska-Sabat M., *Wzmocniona ochrona dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego – propozycja listy polskich obiektów*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2013, nr 3508.
- Jasiński S., *Wojna powietrzna*, „Przegląd Lotniczy” 1929, nr 3.
- Jaworski E., *„Military Necessity” and „Civilian Immunity”: Where is the Balance?*, „Chinese Journal of International Law” 2003, vol. 175.
- Jessup P. C., *Should International Law Recognize an Intermediate Status between Peace and War?*, „The American Journal of International Law” 1954, vol. 1.
- Jevglevskaia N., *Weapons Review Obligation under Customary International Law*, „International Law Studies” 2018, vol. 94.
- Jonas D. S., Sanders T. N., *The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods*, „Vanderbilt Journal of Transnational Law” 2010, vol. 42.
- Jourdain M., *Air Raid Reprisals and Starvation by Blockade*, „International Journal of Ethics” 1918, vol. 28.
- Kalshoven F., *Arms, Armaments and International Law*, „Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law” 1985, vol. 191.
- Kalshoven F., *The International Humanitarian Fact-Finding Commission: A Sleeping Beauty?*, „Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften” 2002, vol. 4.
- Kalshoven F., *Wartime Use of Weapons: Legal History, 1868 to 1934*, „Collected Courses of the Hague Academy of International Law” 1985, vol. 191.
- Kammerhoffer J., *Gaps, The Nuclear Weapons Advisory Opinion and the Structure of International Legal Argument between Theory and Practice*, „British Yearbook of International Law” 2009, vol. 80.
- Kamps C. T., *The JCS 94-Target List: A Vietnam Myth That Still Distorts Military Thought*, „Aerospace Power Journal Spring” Spring 2001.

- Kanwar V., *Post-Human Humanitarian Law: The Law of War in the Age of Robotics Weapons*, „Harvard National Security Journal” 2011, vol. 2.
- Kastan B., *Autonomous Weapons Systems: A Coming Legal „Singularity”*, „Journal of Law, Technology and Policy” 2013, vol. 1.
- Keane J. F., Carr S. S., *A Brief History of Early Unmanned Aircraft*, „John Hopkins APL Technical Digest” 2013, vol. 32.
- Kelly J., *A Legal Analysis of the Changes in War*, „Military Law Review” 1961, vol. 13.
- Kilcup J., *Proportionality in Customary International Law: An Argument against Aspirational Laws of War*, „Chicago Journal of International Law” 2016, vol. 17.
- Kirby M. W., *Operational Research in War and Peace: The British Experience from the 1930s to 1970*, Londyn 2003.
- Kirgis F. L., *Custom on a Sliding Scale*, „American Journal of International Law” 1987, vol. 81.
- Kleffner J. K., *The Applicability of International Humanitarian Law to Organized Armed Groups*, „International Review of the Red Cross” 2011, vol. 93.
- Kodar E., *Applying the Law of Armed Conflict to Cyber Attacks: From the Martens Clause to Additional Protocol I*, „ENDC Proceedings” 2012, vol. 15.
- Koessler M., *International Law on Use of Enemy Uniforms as a Stratagem and the Acquittal in the Skorzeny Case*, „Missouri Law Review” 1959, vol. 24.
- Kolb R., *Review Essay: Military Objectives in International Law*, „Leiden Journal of International Law” 2015, vol. 28.
- Kopański T., PZL.23 Karaś, „Polskie Skrzydła” 2013, nr 17.
- Koutroulis V., *The Application of International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situation of Prolonged Occupation: Only a Matter of Time?*, „International Review of the Red Cross” 2012, vol. 94.
- Kritsiotis D., *The Tremors of Tadić*, „Israel Law Review” 2010, vol. 43.
- Kroell J., *Les pratiques de guerre aérienne dans le conflit italo-éthiopien*, „Revue Générale de Droit Aérien” 1936, avril-juin.
- Kuhn A., *The Beginnings of an Aerial Law*, „American Journal of International Law” 1910, vol. 4.
- Kunz J. L., *The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for their Revision*, „American Journal of International Law” 1951, vol. 45.
- Kunz J., *The Laws of War*, „The American Journal of International Law” 1956, vol. 50.
- Kwakwa E., *Belligerent Reprisals in the Law of Armed Conflict*, „Stanford Journal of International Law” 1990, vol. 27.
- Lauterpacht H., *The Problem of the Revision of the Law of War*, „The British Yearbook of International Law” 1952, vol. 29.
- Lazarski A., *Legal Implications of the Uninhabited Combat Aerial Vehicle*, „Aerospace Power Journal” 2002, vol. XVI.
- Lepper S., *The Legal Status of Military Personnel in United Nations Peace Operations: One Delegate’s Analysis*, „Houston Journal of International Law” 1996, vol. 18.
- Leroy H. S., *Limitation of Air Warfare*, „Air Law Review” 1941, vol. 12.
- Letts D., *Beyond Hague VIII: Other Legal Limits on Naval Mine Warfare*, „International Law Studies” 2014, vol. 90.

- Letts D., *Naval Mines: Legal Considerations in Armed Conflict and Peacetime*, „International Review of the Red Cross” 2016, vol. 98.
- Levie A., *Means and Methods of Combat at Sea*, „International Law Studies” 1998, vol. 70.
- Levie C., *Civilian Sanctuaries: An Impractical Proposal*, „International Law Studies” 1956, vol. 70.
- Levie C., *Maltreatment of Prisoners of War in Vietnam*, „International Law Studies” 1998, vol. 70.
- Levie H., *The Status of Belligerent Personnel „Splashed” and Rescued by a Neutral in the Persian Gulf Area*, „International Law Studies” 1990, vol. 70.
- Levie H. S., *Combat Restraints*, „Naval War College Review” 1977.
- Lewis J., *The Case for Regulating Fully Autonomous Weapons*, „The Yale Law Journal” 2015, vol. 124.
- Lewis M., *Drones and the Boundaries of the Battlefield*, „Texas International Law Journal” 2011, vol. 47.
- Lewis M., *The Law of Aerial Bombardment in the 1991 Gulf War*, „The American Journal of International Law” 2003, vol. 97.
- Lewis M. W., Crawford E., *Drones and Distinction: How IHL Encouraged the Rise of Drones*, „Georgetown Journal of International Law” 2013, vol. 44.
- Liebllich E., *Quasi-Hostile Acts: The Limits on Forcible Disruption Operations under International Law*, „Boston University International Law Journal” 2014, vol. 32.
- Liivoja R., McCormack T., *Law in the Virtual Battlespace: The Tallinn Manual and the Jus in Bello*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2012, vol. 15.
- Linton S., *Rediscovering the War Crimes Trials in Hong Kong, 1946–48*, „Melbourne Journal of International Law” 2012, vol. 13.
- Lippman M., *Aerial Attacks on Civilians and the Humanitarian Law of War: Technology and Terror from World War I to Afghanistan*, „California Western International Law Journal” 2002, vol. 33.
- Lis E., *Zasada dobrej wiary w prawie międzynarodowym*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, vol. XXV.
- Lissitzyn O., *The Treatment of Aerial Intruders in Recent Practice and International Law*, „American Journal of International Law” 1953, vol. 47.
- Littell S., *The Fifth Annual Ernst C. Stiefel Symposium: 1945–1995: Critical Perspectives on the Nuremberg Trials and State Accountability*, „New York School Journal of Human Rights” 1995, vol. XII.
- Lucas G., *Legal and Ethical Precepts Governing Emerging Military Technologies: Research and Use*, „Utah Law Review” 2013, vol. 5.
- Luf C., *Modern Technologies and Targeting under International Humanitarian Law*, „IFHV Working Paper” 2013, vol. 3.
- Madden M., *Of Wolves and Sheep: A Purposive Analysis of Perfidy Prohibitions in International Humanitarian Law*, „Journal of Conflict and Security Law” 2012, vol. 17.
- Mallison S. V., Mallison W. T., *Naval Targeting: Lawful Objects of Attack*, „International Law Studies” 1991, vol. 64.
- Mallison W. T., *Claims Concerning Lawful Weapon of Belligerent Attack*, „International Law Studies” 1966, vol. 58.
- Mallison W. T. (red.), *Studies in the Law of Naval Warfare: Submarines in General and Limited Wars*, „International Law Studies” 1966, vol. 58.

- Malviya R. A., *International Humanitarian Law Concerning Employment of Means and Methods of Combat: Problems and Prospects*, „Israel Yearbook of Human and Refugee Law” 2005, vol. 5.
- Małecki M., *Usprawiedliwiający błąd do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w świetle nowelizacji art. 28 § 1 k.k.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, vol. 3.
- Manisty H., *Aerial Warfare and the Laws of War*, „Transactions Grotius Society” 1921, vol. 33.
- Marchant G. E. et al., *The International Governance of Autonomous Military Robots*, „Science and Technology Law Review” 2011, vol. XII.
- Maresca L., Mitchell E., *The Human Costs and Legal Consequences of Nuclear Weapons under International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross” 2015, vol. 97.
- Markham C. J., Schmitt M. N., *Precision Air Warfare and the Law of Armed Conflict*, „International Law Studies” 2013, vol. 89.
- Marszałkiewicz J., *Rozwój doktryn powietrznych w okresie zimnej wojny*, „Rocznik Bezpieczeństwa Międzynarodowego” 2011/2012.
- Massa A.-S., *NATO's Intervention in Kosovo and the Decision of the Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Not to Investigate: An Abusive Exercise of Prosecutorial Discretion*, „Berkeley Journal of International Law” 2006, vol. 610.
- McClelland J., *The Review of Weapons in Accordance with Article 36 of Additional Protocol I*, „International Review of the Red Cross” 2003, vol. 85.
- McCormack T., *A Non Liquet on Nuclear Weapons – The ICJ Avoid the Application of General Principles of International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross” 1997, vol. 316.
- McCredie J., *The April 14, 1986 Bombing of Libya: Act of Self-Defense or Reprisal?*, „Case Western Reserve Journal of International Law” 1987, vol. 19.
- McDonnel T. M., *Cluster Bombs over Kosovo: A Violation of International Law?*, „Arizona Law Review” 2002, vol. 44.
- Megret F., *The Humanitarian Problem with Drones*, „Utah Law Review” 2013, vol. 5.
- Mehring S., *The Judgment of the German Bundesverfassungsgericht concerning Reparations for the Victims of the Varvarin Bombing*, „International Criminal Law Review” 2015, vol. 15.
- Meier M., *Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS): Conducting a Comprehensive Weapons Review*, „Temple International and Comparative Law Journal” 2014, vol. 30.
- Menon P. K., *Legal Limits on the Use of Nuclear Weapons in Armed Conflicts*, „Military Law and Law of War Review” 1979, vol. 18.
- Meron T., *Shakespeare's Henry the Fifth and the Law of War*, „The American Journal of International Law” 1992, vol. 86.
- Meron T., *The Humanization of Humanitarian Law*, „American Journal of International Law” 2000, vol. 95.
- Meron T., *The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience*, „American Journal of International Law” 2000, vol. 94.
- Meron T., *To what Extent is Protocol I Customary International Law?*, „International Law Studies” 2003, vol. 78.
- Meyer A., *La protection par le droit des gens de la population civile contre les attaques aériennes*, „Revue Droit Aérienne” 1939.

- Meyer J. M., *Tearing Down the Facade: A Critical Look at the Current Law on Targeting the Will of the Enemy and Air Force Doctrine*, „Air Force Law Review” 2001, vol. 51.
- Meyrowitz H., *Le bombardement stratégique d'après le protocole additionnel I aux Conventions de Genève*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht” 1981, vol. 41.
- Michalak W., *Przewaga w powietrzu i z powietrza*, „Zeszyty Naukowe AON” 2013, nr 3(92).
- Michalak W., *Wpływ teorii Douheta na rolę lotnictwa w walce zbrojnej*, „Zeszyty Naukowe Akademii Sztuki Wojennej” 2014, nr 97.
- Mickevičiūtė N., *Lessons from the Past for Weapons of the Future*, „International Comparative Jurisprudence” 2016, vol. 2.
- Milanovic M., *The End of Application of International Humanitarian Law*, „The International Review of the Red Cross” 2014, vol. 96.
- Mitchell A. D., *Does One Illegality Merit Another? The Law of Belligerent Reprisals in International Law*, „Military Law Review” 2001, vol. 170.
- Mousazadeh R., Basiri A., Babaei M., Tavakoli Tabasi A., *Analyzing the Legal Dimensions of Unmanned Combat Aerial Vehicle in the International Law*, „Journal of Politics and Law” 2016, vol. 9.
- Murphy J. F., *Some Legal (and a Few Ethical) Dimensions of the Collateral Damage Resulting from NATO's Kosovo Campaign*, „Israel Yearbook on Human Rights” 2001, vol. 31.
- Mushkat R., *Jus in bello Revisited*, „Comparative and International Law Journal Studies Affairs” 1998, vol. 21.
- Naert F., *The European Court of Human Rights' Al-Jedda and Al-Skeini Judgments: an Introduction and Some Reflections*, „Military Law and the Law of War Review” 2011, vol. 50.
- Nameradac T., *Operation Enduring Freedom: Potential Air Power Questions for Congress*, Waszyngton 2001.
- Naqib Ishan Jan M., Naseeb Ansari A., *The Care of Wounded and Sick and the Protection of Medical Personnel in Time of Armed Conflicts*, „Israel Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law” 2011, vol. 11.
- Neslage K., *Does „Meaningful Human Control” Have Potential for the Regulation of Autonomous Weapon Systems?*, „University of Miami National Law Security and Armed Conflict Law Review” 2015–2016, vol. VI.
- Newton M., *Back to the Future: Reflections on the Advent of Autonomous Weapons Systems*, „Case Western Reserve Journal of International Law” 2015, vol. 47.
- Nicholson S., *Aerial Bombardment of undefended Towns*, „The Law Student's Helper” 1915, vol. 5.
- Noone G., Noone D., *The Debate over Autonomous Weapons Systems*, „Case Western Journal of International Law” 2015, vol. 47.
- Nurick L., *The Distinction between Combatant and Noncombatant in the Law of War*, „The American Journal of International Law” 1945, vol. 39.
- O'Brien W., *Some Problem of the Law of War in Limited Nuclear Warfare*, „Military Law Review” 1961, vol. 14.
- O'Connell M. E., *Defining Armed Conflict*, „Journal of Conflict and Security Law” 2009, vol. 13.
- O'Connell M. E., *The Choice of Law against Terrorism*, „Scholarly Works Paper” 2010, vol. 749.

- O'Donoghue A., *Splendid Isolation: International Humanitarian Law, Legal Theory and the International Legal Order*, M. N. Schmitt (red.), „Yearbook of International Humanitarian Law” 2011, vol. 14.
- Ochmannova P., *Unmanned Aerial Vehicles and Law of Armed Conflict, Implications*, „Czech Yearbook of International Law” 2011, vol. 2.
- Odermat J., *Between Law and Reality: 'New Wars' and Internationalised Armed Conflict*, „Amsterdam Law Forum” 2013, vol. 5.
- Ogren K., *Humanitarian Law in the Articles of War decreed in 1621 by King Gustavus II Adolphus of Sweden*, „International Review of the Red Cross” 1996, vol. 313.
- Ohlin J. D., *Targeting and the Concept of Intent*, „Michigan Journal of International Law” 2013, vol. 35.
- Ohlin M., *The Combatant's Stance: Autonomous Weapons on the Battlefield*, „International Law Studies” 2016, vol. 92.
- Omissi D. E., *Air Power and Colonial Control: The Royal Air Force 1919–1939*, Manchester 1990.
- Parks W. H., *Air War and the Law of War*, „Air Force Law Review” 1990, vol. 32.
- Parks W. H., *Lessons from the 1986 Libya Airstrike*, „New England Law Review” 2002, vol. 36.
- Parks W. H., *Linebacker and the Law of War*, „Air University Review” 1983, vol. 1–2.
- Parks W. H., *Part IX of the ICRC „Direct Participation in Hostilities” Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect*, „New York University Journal of International Law and Policy” 2009, vol. 42.
- Parks W. H., *Special Forces' Wear of Non-Standard Uniform*, „Chicago Journal of International Law” 2003, vol. 4, no. 2.
- Parks W. H., *The 1977 Protocols to the Geneva Convention of 1949*, „International Law Studies” 1995, vol. 68.
- Parks W. H., *The Law of War Adviser*, „JAG Journal” 1980, vol. 31, s. 3.
- Parks W. H., *The Protection of Civilians from Air Warfare*, „Israel Yearbook of Human Rights” 1997.
- Parks W. H., *The Rolling Thunder and the Law of War*, „Air University Review” 1982, vol. 33.
- Parramore W., *The Combined Bomber Offensive Destruction of Germany's Refined-Fuels Industry*, „Air Space and Power Journal” 2012, no. 4/5.
- Partan D. G., *Legal Aspects of the Vietnam Conflict*, „Boston University Law Review” 1966, vol. 46.
- Paust J., *The Importance of Customary International Law during Armed Conflict*, „ILSA Journal of International and Comparative Law” 2006, vol. 12.
- Paust J. J., *The Nuclear Decision in World War II – Truman's Ending and Avoidance of War*, „International Lawyer” 1974, vol. 160.
- Pejic J., *The Protective Scope of Common Article 3: More than Meets the Eye*, „International Review of the Red Cross” 2011, vol. 93, no. 881.
- Petman J. M., *Autonomous Weapons Systems and International Humanitarian Law: 'Out of the Loop?'*, Helsinki 2017.
- Pfanner T., *Military Uniforms and the Law of War*, „International Review of the Red Cross” 2004, vol. 862.
- Phillimore G., *Bombardments*, „Grotius Society” 1915.

- Phillips C. P., *Air Warfare and Law: An Analysis of the Legal Doctrines, Practices and Policies*, „Georgetown Washington Law Review” 1952, vol. 21.
- Philips G. R., *Rules of Engagement*, „The Army Lawyer” 1993, vol. 4.
- Piątkowski M., *Analiza amerykańskiego ataku rakietowego z dnia 7 kwietnia 2017 roku z perspektywy materialnego zakresu stosowania międzynarodowego prawa humanitarnego – konflikt zbrojny czy incydent?*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2017, nr 3.
- Piątkowski M., *Międzynarodowe prawo humanitarne wobec zastosowania broni zapalającej w konflikcie zbrojnym*, „Bezpieczeństwo, Teoria i Praktyka” 2017, vol. 2.
- Piątkowski M., *O wartości normatywnej Deklaracji petersburskiej z 1868 roku*, „Międzynarodowe Prawo Humanitarne” 2018, vol. IX.
- Piątkowski M., *Postulat zakazu rozpowszechniania autonomicznych systemów bojowych w konfliktach zbrojnych – perspektywa międzynarodowego prawa humanitarnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2017, nr 1.
- Piątkowski M., *Sprawa Gen. Ante Gotoviny i zasada 200 metrów w świetle ius in bello*, „Międzynarodowe Prawo Humanitarne” 2014, t. V.
- Piątkowski M., *The Definition of the Armed Conflict*, „Polish Political Science Yearbook” 2017, vol. 46.
- Piątkowski M., *The Markings of Military Aircraft under the Law of Aerial Warfare*, „The Military Law and the Law of War Review” 2020, vol. 58.
- Piątkowski M., *The Rendulic Rule and the Law of Aerial Warfare*, „Polish Review of International and European Law” 2013, vol. 2.
- Piątkowski M., *Wieluń – 1 IX 1939 r. Bombardowanie miasta a międzynarodowe prawo konfliktów zbrojnych*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2013, vol. 2.
- Piątkowski M., *Zestrzelenie rosyjskiego samolotu wojskowego a międzynarodowe prawo konfliktów zbrojnych*, „Biuletyn Analiz Centrum Inicjatyw Międzynarodowych” 2016, nr 8.
- Pillet C., *La guerre actuelle et le droit des gens*, „Revue Générale de Droit International Public” 1916, vol. 2.
- Polkowski P., *Bezzałogowe statki powietrzne*, „Rocznik Bezpieczeństwa Narodowego” 2016, vol. 10.
- Prisacariu V., *The History and the Evolution of UAVs from the Beginning till the 70s*, „Journal of Defense Resources Management” 2017, vol. 8.
- Pritchard J., Zaide S. M. (red.), *International Military Tribunal for the Far East, judgment of 12 November 1948*, „Tokyo War Crimes Trial” 1981, vol. 22.
- Puckett C., *In this Era of „Smart Weapons,” Is a State under an International Legal Obligation to Use Precision-Guided Technology in Armed Conflict?*, „Emory International Law Review” 2004, vol. 18.
- Quéguiner J.-F., *Precautions under the Law Governing the Conduct of Hostilities*, „International Review of the Red Cross” 2006, vol. 88.
- Quindry F. E., *Aerial Bombardment of Civilian and Military Objectives*, „The Journal of Air Law” 1931, vol. 2.
- Qureshi W., *The Legality and Conduct of Drone Attacks*, „Notre Dame Journal of International and Comparative Law” 2017, vol. 7.
- Rabkin J., *Proportionality in Perspective: Historical Light on the Law of Armed Conflict*, „San Diego Journal of International Law” 2014–2015, vol. 16.

- Ratner S., *The War on Terrorism and International Humanitarian Law*, „Michigan State Journal of International Law” 2006, vol. 19.
- Rauch E., *Attack Restraints, Target Limitations and Prohibitions or Restriction of Use of Certain Conventional Weapons*, „Military Law and Law of War Review” 1979, vol. 15.
- Reinhold H., *Target Lists: A 1923 Idea with Application for the Future*, „Tulsa Journal Comparative and International Law” 2002, vol. 10.
- Reisch E., *L'Aviation de represailles*, „Revue Générale de Droit Aérien” 1934.
- Reynolds J., *Collateral Damage on the 21st Century Battlefield: Enemy Exploitation the Law of Armed Conflict, and the Struggle for a Moral High Ground*, „Air Force Law Review” 2005, vol. 56.
- Ris M., *Treaty Interpretation and IC Recourse to Travaux Préparatoires: Towards a Proposed Amendment of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, „Boston College International and Comparative Law Review” 1991, vol. 14.
- Roberts A., *The Laws of War in the 1990–1991 Gulf Conflict*, „International Security” 1994, vol. 18.
- Roberts A., *The Laws of War: Problems of Implementation in Contemporary Armed Conflict*, „Duke Comparative Journal of International Law” 1995, vol. 6.
- Robertson H., *U.S. Policy on Targeting Enemy Merchant Shipping: Bridging the Gap between Conventional Law and State Practice*, „International Law Studies” 1993, vol. 65.
- Robertson H. B., *The Principle of the Military Objective in the Law of Armed Conflict*, „International Law Studies” 1998, vol. 72.
- Robertson H. B., *The Status of Civil Aircraft in Armed Conflict*, „Israel Yearbook on Human Rights” 1997.
- Robinson I., Nohle E., *Proportionality and Precautions in Attack: The Reverberating Effects of Using Explosive Weapons in Populated Areas*, „International Review of the Red Cross” 2016, vol. 98.
- Robinson J. J., *Surprise Attack: Crime at Pearl Harbor and Now (Part II)*, „American Bar Association Journal” 1960, vol. 46.
- Rodgers W. L., *The Laws of War Concerning Aviation and Radio*, „American Journal of International Law” 1923, vol. 17.
- Rogers A. P. V., *Direct Participation in Hostilities: Some Personal Reflections*, „Military Law and the Law of War Review” 2009, vol. 48.
- Rogers A. P. V., *Zero-casualty Warfare*, „International Review of the Red Cross” 2000, vol. 837.
- Rogers A. P. V., MacLeod I. J., *The Use of White Phosphorus and the Law of War*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2007, vol. 10.
- Rolland L., *Dans le conflit 1914 et le droit des gens*, „Revue Générale Droit International Public” 1916.
- Rolland L., *Les pratiques de la guerre aérienne: dans le conflit de 1914 et le droit des gens*, „Revue Générale de Droit International Public” 1916, vol. 23.
- Roman W., *Ewakuacja i internowanie wojsk polskich we Wrześniu 1939 roku*, „Piotrkowskie Zeszyty Historyczne” 2004, t. 6.
- Rona G., *Is there a Way Out of the Non-International Detention Dilemma*, „International Law Studies” 2015, vol. 91.
- Roorda M., *NATO's Targeting Process: Ensuring Human Control over and Lawful Use of 'Autonomous' Weapons*, University of Amsterdam, „Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper” 2015.

- Roscini M., *Targeting and Contemporary Aerial Bombardment*, „International and Comparative Law Quarterly” 2005, vol. 54.
- Rosen F., *Extremely Stealthy and Incredibly Close: Drones, Control and Legal Responsibility*, „Journal of Conflict and Security Law” 2014, vol. 19.
- Rosenblad E., *Area Bombing and International Law*, „Military Law and Law of War Review” 1976, vol. 15.
- Rotocki Z., *Operations de l'Aviation Allemande en Pologne en 1939 a la Lumiere du Droit International*, „Polish Yearbook of International Law” 1970, vol. 231.
- Rotocki Z., *Polish Directives of 1939 Concerning Aerial Bombardment in the Light of International Rules of Air Warfare*, „Polish Yearbook of International Law” 1970, vol. 3.
- Rudeill D., *Precision War and Responsibility: Transformational Military Technology and the Duty of Care under the Laws of War*, „The Yale Journal of International Law” 2007, vol. 32.
- Rumpf H., *Is a Definition of War Necessary?*, „Boston University Law Review” 1938, vol. 18.
- Ruys T., *The XM25 Individual Airburst Weapon System: A 'Game Changer' for the (Law on the) Battlefield? Revisiting the Legality of Explosive Projectiles under The Law of Armed Conflict*, „Israel Law Review” 2012, vol. 45.
- Sabel R., *Chivalry in the Air? Article 42 of the 1977 Protocol I to the Geneva Conventions*, „International Law Studies” 2000, vol. 75.
- Sack A. N., *ABC – Atomic, Biological, Chemical Warfare in International Law*, „Lawyers Guild Review” 1950, vol. 10.
- Sahni K. J., *The Legality of Invisibility Technology in Modern Warfare*, „Georgetown Law Journal” 2015, vol. 105.
- Sally Nam S., *War on the Korean Peninsula? Application of Jus in Bello in the Cheonan and Yeonpyeong Island Attacks*, „University Of Pennsylvania East Asia Law Review” 2013, vol. 45.
- Sand P. H., Freitas de Sousa J., Pratt G., *An Historical Survey of International Air Law before the Second World War*, „McGill Law Journal” 1960, vol. 1(7).
- Sandoz Y., *Commentary*, „International Law Studies” 2003, vol. 78.
- Sandoz Y., *International Humanitarian Law in the Twenty-First Century*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2003, vol. 6.
- Sassòli M., *Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to be Clarified*, „International Law Studies” 2014, vol. 90.
- Sassòli M., Olson L. M., *The Relationship between International Humanitarian and Human Rights Law Where It Matters: Admissible Killing and Internment of Fighters in Non-international Armed Conflicts*, „International Review of the Red Cross” 2008, vol. 90.
- Schaap A. J., *Cyber Warfare Operations: Development and Use under International Law*, „Air Force Law Review” 2009, vol. 64.
- Schindler D., *International Humanitarian Law: Its Remarkable Development and Its Persistent Violation*, „Journal of the History of International Law” 2003, vol. 5.
- Schindler D., Toman J., *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions, and Other Documents*, Dordrecht 1988.
- Schmitt M. N., *Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law*, „Air Force Law Review” 2008, vol. 62.

- Schmitt M. N., *Autonomous Weapon Systems and International Humanitarian Law: A Reply to the Critics*, „Harvard National Security Journal Features” 2013, vol. 2.
- Schmitt M. N., *Drone Attacks under the Ius Ad Bellum and Ius in Bello: Clearing the „Fog of Law”*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2011.
- Schmitt M. N., *Effects-based Operations and the Law of Aerial Warfare*, „Washington University Global Studies Law Review” 2006, vol. 5.
- Schmitt M. N., *Green War: An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict*, „Yale Journal of International Law” 1997, vol. 22.
- Schmitt M. N., *Humanitarian Law and Environment*, „Denver Journal of International Law and Policy” 2000, vol. 28.
- Schmitt M. N., *Precision Attack and International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross” 2005, vol. 859.
- Schmitt M. N., *Targeting and International Humanitarian Law in Afghanistan*, „International Law Studies” 2009, vol. 85.
- Schmitt M. N., *The Conduct of Hostilities during Operation Iraqi Freedom: an International Humanitarian Law Assessment*, T. McCormack (red.), „Yearbook of International Humanitarian Law” 2003, vol. 6.
- Schmitt M. N., *The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, „Harvard National Security Journal” 2010, vol. 1.
- Schmitt M. N., *The Principle of Discrimination in 21st Century Warfare*, „Yale Human Rights and Development Journal” 1999, vol. 2.
- Schmitt M. N., *Unmanned Combat Aircraft System and International Humanitarian Law: Simplifying the Oft Benighted Debate*, „Boston University International Law Journal” 2012, vol. 30.
- Schmitt M. N., Thurner J., „Out of the Loop”: *Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict*, „Harvard Security Law Journal” 2013, vol. 4.
- Schmitt M. N., Watts S., *The Decline of International Humanitarian Law Opinio Iuris and the Law of Cyber Warfare*, „Texas International Law Journal” 2015, vol. 50.
- Schwarzenberger G., *Das Luftkriegsrecht und der Trend zum Totalen Krieg*, „German Yearbook of International Law” 1959, vol. 8.
- Schwarzenberger G., *From the Law of War to the Law of Armed Conflict*, „Journal of Public Law Emory Law School” 1968, vol. 17.
- Schwarzenberger G., *Jus Pacis ac Belli?*, „American Journal of International Law” 1943, vol. 460.
- Schwarzenberger G., *The Law of Air Warfare and the Trend Towards Total War*, „Malaya Law Review” 1959, vol. 120.
- Sehrawat V., *Legal Status of Drones under LOAC and International Law*, „Penn State Journal of Law and International Affairs” 2017, vol. 5.
- Sharkey N. E., *The Evitability of Autonomous Robot Warfare*, „International Review of the Red Cross” 2012, vol. 94.
- Sharp W. G., *Revoking an Aggressor’s License to Kill Military Forces Serving the United Nations: Making Deterrence Personal*, „Maryland Journal of International Law” 1998, vol. 22.
- Sherman G. E., *Ius Gentium and International Law*, „The American Journal of International Law” 1918, vol. 12, no. 1.

- Shotwell C. B., *Economy and Humanity in the Use of Force: a Look at the Aerial Rules of Engagement in the 1991 Gulf War*, „United States Air Force Academy Journal of Legal Studies” 1993, vol. 15.
- Sivakumaran S., *Exclusion Zones in the Law of Armed Conflict At Sea: Evolution in Law and Practice*, „International Law Studies” 2016, vol. 92.
- Sławiński M., *Zjawisko collateral damage w działaniach lotnictwa*, „Zeszyty Naukowe Akademii Podlaskiej w Siedlcach” 2010, z. 86.
- Smith M., *Bearing Silent Witness: A Grandfathers Secret Attestation to German War Crimes in Occupied France*, „Florida Journal of International Law” 2013, vol. 25.
- Solf W. A., *Protection of Civilians against the Effects of Hostilities under Customary International Law and under Protocol I*, „American University International Law Review” 1986, vol. 1.
- Solf W. A., Grandison W. G., *International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflict*, „The Journal of International Law and Economics” 1975, vol. 10.
- Spaight J. M., *Air Bombardment*, „The British Yearbook of International Law” 1923–1924.
- Spaight J. M., *Non-Combatants and Air Attack*, „Air Law Review” 1938, vol. 372.
- Spaight J. M., *The Doctrine of Air-Force Necessity*, „British Yearbook of International Law” 1925, vol. 1.
- Sparrow R., *Twenty Seconds to Comply: Autonomous Weapons Systems and the Recognition of Surrender*, „International Law Studies” 2015, vol. 91.
- Stacey C. P., *Review Article: The Bombing of Germany, 1939–1945*, „International Journal” 1962, vol. 17.
- Stein T., *Coalition Warfare and Differing Legal Obligations of Coalition Members under International Humanitarian Law*, „International Law Studies” 2003, vol. 78.
- Stein T., *No-Fly-Zones*, „Israel Yearbook on Human Rights” 1999, vol. 27.
- St-Fleur Y., *Aerial Belligerency within a Humanitarian Rhetoric: Exploring the Theorizing of the Law of War/Terrorizing of Civilians’ Rights Nexus*, „Chinese Journal of International Law” 2009, vol. 8, no. 2.
- Sumansadasa W. A. D. J., *Principle of Proportionality: The Criticized Compromising Formula of International Humanitarian Law*, „Israel Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law” 2010, vol. 21.
- Szarek A., *Nieważność zastrzeżeń do traktatów – kilka uwag w związku z zakończeniem prac Komisji Prawa Międzynarodowego nad zagadnieniami zastrzeżeń do traktatów*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2012, vol. 10.
- Szpak A., *O wykładni międzynarodowego prawa traktatowego i zwyczajowego (z uwzględnieniem międzynarodowego prawa humanitarnego)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2008, z. 1.
- Tanaka Y., Falk R., *The Atomic Bombing, the Tokyo War Crimes Tribunal and the Shimoda Case: Lessons for Anti-Nuclear Legal Movements*, „The Asia – Pacific Law Journal” 2009, vol. 7/44.
- Tarnogórski R., *Oznaczenie polskich samolotów wojskowych w świetle prawa międzynarodowego*, „Sprawy Międzynarodowe” 2012, vol. 3.
- Terry C., *The Vietnam War in Perspective: Lessons Learned in the Law of War as Applied in Subsequent Conflict*, „Naval Law Review” 2007, vol. 54.

- Tessier J., *Shake and Bake: Dual-Use Chemicals, Contexts, and the Illegality of American White Phosphorus Attacks in Iraq*, „Pierce Law Review” 2007, vol. 6.
- Theisen E. E., *Ground-Aided Precision Strike. Heavy Bomber Activity in Operation Enduring Freedom*, „Air War College Maxwell Paper” 2003, no. 31.
- Thomas B., *Autonomous Weapons Systems: The Anatomy and the Legality of Lethality*, „Houston Journal of International Law” 2015, vol. 37.
- Thomson G., *Aerial Attack and Bombardment*, „Juridical Review” 1936, vol. 48.
- Ticehurst R., *The Martens Clause and the Law of Armed Conflict*, „International Review of the Red Cross” 1997, vol. 317.
- Tirpak J. A., *Deliberate Force*, „Air Force Magazine” 1997, October.
- Tirpak J. A., *Enduring Freedom*, „Air Force Magazine” 2002, February.
- Toscano C. P., „*Friend of Humans*”: *An Argument for Developing Autonomous Weapons Systems*, „National Security Law and Policy Journal” 2015, vol. 8.
- Trevithick J., *USAF Fought ISIS with the Wrong Bombs and Tactics for Months*, „The Warzone” 31 May 2017
- Turner L. L., *Civilians at the Tip of the Spear*, „The Air Force Law Review” 2001, vol. 51.
- Turns D., *At the „Vanishing Point” of International Humanitarian Law: Methods and Means of Warfare in Non-international Armed Conflicts*, „German Yearbook of International Law” 2002, vol. 45.
- Turns D., *Weapons in the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, „Journal of Conflict and Security Law” 2006, vol. 11.
- Tuskiewicz O., *Rozważania nad doktryną Douheta*, „Przegląd Lotniczy” 1938, nr 1.
- Vaisseau Yvon C. de, *La Guerre Aérienne*, „Revue Juridique Internationale de la Locomotion Aérienne” 1924, vol. 244.
- Verwey W. D., *Bombing of the North After Tonkin and Pleiku: Reprisals?*, „Revue Beige de Droit International” 1969, vol. 5.
- Vincente J., *Back to the Future: Aerial Warfare in Libya*, „JANUS.NET, e-journal of International Relations” 2013, vol. 4.
- Vité S., *Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations*, „International Review of the Red Cross” 2009, vol. 91.
- Voon T., *Pointing the Finger: Civilian Casualties of NATO Bombing in the Kosovo Conflict*, „American University International Law Review” 2001, vol. 4.
- Vorhees R. E., *Compensating Terrorists for Torture: An Anomalous Outcome under International Humanitarian Law*, „The Air Force Law Review” 2016, vol. 75.
- Warren C., *Belligerent Aircraft, Neutral Trade and Unpreparedness*, „American Journal of International Law” 1935, vol. 29.
- Watkin K., *Targeting „Islamic State” Oil Facilities*, „International Law Studies” 2014, vol. 90.
- Watts S., *Reciprocity and the Law of War*, „Harvard International Law Journal” 2009, vol. 50.
- Waxman M., *Siegecraft and Surrender: The Law and Strategy of Cities as Targets*, „Virginia Journal of International Law” 1999, vol. 39.
- Wayne Gehring R., *Protection of Civilian Infrastructures*, „Law and Contemporary Problems” 1978, vol. 42.

- Wexler L., *International Humanitarian Law Transparency*, „Journal of Transnational Law and Policy” 2013, vol. 23.
- Wherry W. M., *Aerial Bombardment in International Law*, „New York Law Review” 1940, vol. 74.
- Wherry W., *Aerial Warfare in International Law*, „Contemporary Law Pamphlets” 1939, vol. 21.
- Whitcomb Williams P., *Legitimate Targets in Aerial Bombardment*, „American Journal of International Law” 1929, vol. 23.
- Whittemore L., *Proportionality Decision Making in Targeting: Heuristics, Cognitive Biases and the Law*, „Harvard National Security Journal” 2016, vol. 577.
- Widłak T., *Klauzula Martensa na tle pojęcia „ludzkość” w prawie międzynarodowym*, „Międzynarodowe Prawo Humanitarne” 2012, t. II.
- Wiebe V., *Footprints of Death: Cluster Bombs as Indiscriminate Weapons under International Humanitarian Law*, „Michigan Journal of International Law” 2000, vol. 22.
- Williams R. F., *Developments in Aerial Law*, „University of Pennsylvania Law Review” 1926, vol. 139.
- Windfield P. H., *Aircraft Attacks*, „The Law Magazine and Review” 1915, vol. 257.
- Wippman D., *Kosovo and the Limits of International Law*, „Fordham International Law Journal” 2001, vol. 25.
- Wolk H. S., *Decision at Casablanca*, „Air Force Magazine” 2003, vol. 86.
- Wright Q., *Changes in the Conception of War*, „American Journal of International Law” 1924, vol. 18.
- Wright Q., *Legal Aspects of the U-2 Incident*, „The American Journal of International Law” 1960, vol. 54.
- Wyman R. H., *The First Rules of Air Warfare*, „Air University Review” 1984, no. 1.
- Zieliński T., *Użycie uzbrojonych bezzałogowych statków powietrznych w kontekście prawa międzynarodowego*, „Zeszyty Naukowe” 2017, vol. 3.
- Zimmermann A., *Abiding by and Enforcing International Humanitarian Law in Asymmetric Warfare: The Case of „Operation Cast Lead”*, „Polish Yearbook of International Law” 2011, vol. 31.

Pozycje zwarte

- Abbatiello J., *Anti-Submarine Warfare in World War I: British Naval Aviation and the Defeat of U-Boats*, Oxon 2006.
- Abbenhuis M., *The Art of Staying Neutral: The Netherlands in the First World War, 1914–1918*, Amsterdam 2006.
- Acollas E., *Le droit de la guerre*, Paryż 1888.
- Amersfoort H., Klinkert W. (red.), *Small Powers in the Age of Total War, 1900–1940*, Leiden 2011.
- Anderson J. D., *A History of Aerodynamics: And Its Impact on Flying Machines*, Cambridge 1997.
- Anghie A., Sturgess G. (red.), *Legal Visions of the 21st Century: Essays in Honour of Judge Christopher Weeramantry*, Haga 1998.

- Arajavi N., *The Changing Nature of Customary International Law: Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals*, Nowy Jork 2014.
- Asamoah O., *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, Haga 1996.
- Ash E., *Sir Fredrick Sykes and the Air Revolution 1912–1918*, Londyn 1999.
- Askin K. D., *War Crimes against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals*, Haga 1997.
- Averch H., *The Rhetoric of War: Language, Argument and Policy During the Vietnam War*, Lanham 2002.
- Badel E., *Les Bombardements de Nancy. Ville Ouverte 1914–1918. Églises and monuments meurtris, les victimes, les dégâts*, Nancy 1919.
- Barak E., *Deadly Metal Rain: The Legality of Flechette Weapons in International Law: A Reappraisal Following Israel's Use of Flechettes in the Gaza Strip (2001–2009)*, Leiden 2011.
- Barcik J., Srogosz T., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2017.
- Barclay T., *Law and Usage of War: A Practical Handbook on the Law and Usage of Land and Naval Warfare and Prize*, Londyn 1914.
- Barela S. J. (red.), *Legitimacy and Drones: Investigating the Legality, Morality and Efficacy of UCAVs*, Burlington 2015.
- Bartecchi C. E., *The Bach Mai Hospital Project*, Bennington 2013.
- Bartsch R., *International Aviation Law: A Practical Guide*, Oxon 2016.
- Barua P. P., *The Military Effectiveness of Post-Colonial States*, Leiden 2013.
- Battersby P., Siracusa J. M., Ripiloski S., *Crime Wars: The Global Intersection of Crime, Political Violence, and International Law*, Santa Barbara 2011.
- Beale M. O., *Bombs over Bosnia: The Role of Airpower in Bosnia-Herzegovina*, Alabama 1996.
- Beevor A., *The Battle for Spain: The Spanish Civil War 1936–1939*, Londyn 2006.
- Beigbeder Y., *Judging War Criminals: The Politics of International Justice*, Londyn 1999.
- Benda-Beckman Von B., *A German Catastrophe?: German Historians and the Allied Bombing*, Amsterdam 2010.
- Bentham J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Kitcher 2000.
- Best G., *Churchill and War*, Londyn 2005.
- Biddle T. D., *Rhetoric and Reality in Air Warfare, The Evolution of British and American Ideas about Strategic Bombing, 1914–1945*, Princeton 2002.
- Bierzanek R., Symonides J., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1998.
- Black J., *The World at War, 1914–1945*, Londyn 2019.
- Bluntschli J., *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten als Rechtsbuch dargestellt*, Nordlingen 1872.
- Bluntschli J., Lardy C., Octave R., *Le Droit International Codifié*, Paryż 1895.
- Boczek B., *International Law: A Dictionary*, Lanham 2005.
- Bodansky D., *Non liquet and the Incompleteness of International Law*, [w:] L. Boisson De Chazournes, P. Sands (red.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge 1999.
- Boivin A., *The Legal Regime Applicable to Targeting Military Objectives in the Context of Contemporary Warfare*, University Center for International Humanitarian Law, Research Paper Series 2006.

- Bond J., *The Rules of Riot: Internal Conflict and the Law of War*, Princeton 1974.
- Bonflis H., Fauchille P., *Manuel de droit international public*, Paryż 1914.
- Boog H., *The Strategic Air War in Europe and Air Defence of the Reich, 1943–1944*, Oxford 2015.
- Booth K. (red.), *The Kosovo Tragedy: The Human Rights Dimensions*, Oxon 2001.
- Boothby W. H., *Conflict Law: The Influence of New Weapons Technology, Human Rights and Emerging Actors*, Haga 2014.
- Boothby W. H., *The Law of the Targeting*, Oxford 2012.
- Boothby W. H., *Weapons and the Law of Armed Conflict*, Oxford 2009.
- Borch F. L., *Targeting after Kosovo – How the Law Changed for Strike Planners*, Naval War College 2003.
- Bordwell P., *The Law of War between Belligerents: A History and Commentary*, Chicago 1908.
- Bowett D. W., *Self-Defense in International Law*, New Jersey 2009.
- Bowman M., *Bomber Command: Reflection of War*, Barnsley 2011.
- Bowyer C., *Air War over Europe: 1939–1945*, Barnsley 1981.
- Boyne W. J., *The Influence of Air Power upon History*, Barnsley 2005.
- Brauer J., Tuyll van H., *Castles, Battles and Bombs. How Economics Explains Military History*, Chicago 2009.
- Breitegger A., *Cluster Munitions and International Law: Disarmament with a Human Face?*, Oxon 2012.
- Brittain V., *One Voice: Pacifist Writings from the Second World War*, Nowy Jork 2005.
- Brownlie I., *International Law and the Use of Force by States*, Oxford 1963.
- Brownsword R., Scotford E., Yeung K., *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, Oxford 2017.
- Buckley J., *Air Power in the Age of Total War*, Londyn 1999.
- Burleigh M., *Small Wars, Far Away Places: The Genesis of the Modern World 1945–1965*, Londyn 2013.
- Busch M., *Bismarck in the Franco-German War 1870–1871*, Nowy Jork 1879.
- Bynkershoek van C., *Quaestiones Iuris Publici: A Treatise on the Law of War*, New Jersey.
- Calvo C., *Le Droit International Théorique et Pratique: précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, Paryż 1896.
- Casey-Maslen S. (red.), *Weapons under International Human Rights Law*, Cambridge 2014.
- Cashman G., Robinson L., *An Introduction to the Causes of War: Patterns of Interstate Conflict from World War I to Iraq*, Plymouth 2007.
- Cassese A., *Means of Warfare: The Traditional and the New Law*, [w:] A. Cassese (red.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Neapol 1979.
- Cassese A., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford 2009.
- Cassese A. (red.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Neapol 1979.
- Castle I., *London 1917–18: The Bomber Blitz*, Oxford 2010.
- Castrén E., *Ilmasota – kansainvälisoikeudellinen tutkimus*, Helsinki 1938.
- Cherif Bassiouni M., *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge 2011.
- Cherif Bassiouni M., *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Leiden 2013.

- Cibichowski Z., *Międzynarodowe prawo wojenne z uwzględnieniem przesilenia bałkańskiego*, Lwów 1914.
- Cicero M. T., *Cicero De Officiis*, Boston 1887.
- Clapham A., Gaeta P. (red.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford 2014.
- Clapham A., Gaeta P., Sassòli M., *The 1949 Geneva Commentary*, Oxford 2016.
- Classen A., *Dogfight: The Battle of Britain*, Auckland 2012.
- Clodfelter M., *The Limits of Air Power: The American Bombing of North Vietnam*, Lincoln 2000.
- Clodfelter M., *Warfare and Armed Conflicts: A Statistical Encyclopedia of Casualty and Other Figures, 1492–2015*, Jefferson 2017.
- Comité International de la Croix-Rouge, *La Protection Des Populations Civiles Contre Les Bombardements*, Genewa 1930.
- Conde H. V., *A Handbook of International Human Rights Terminology*, Lincoln 2004.
- Connolly M., *Reaching for the Stars: A New History of Bomber Command in the World War II*, Londyn 2001.
- Conway-Lanz S., *Collateral Damage, Americans, Noncombatant Immunity and Atrocity after World War II*, Oxon 2006.
- Cooper T., Bishop F., *Iranian F-14 Tomcat Units in Combat*, Oxford 2004.
- Cordesman A. H., *The Lessons and Non-Lessons of the Air and Missile Campaign in Kosovo*, Westport 2001.
- Corn G. S., VanLandingham R. E., Reeves S. R., *U.S. Military Operations: Law, Policy and Practice*, Oxford 2016.
- Corten O., Klein P., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford 2011.
- Corum J. S., *Airpower Thought in Continental Europe*, [w:] P. S. Meilinger (red.), *The Paths of Heaven. The Evolution of Airpower Theory*, The School of Advanced Airpower Studies, Maxwell Air Force Base Alabama 1997.
- Crawford E., *Identifying the Enemy Civilian Participation in Armed Conflict*, Oxford 2015.
- Crawford E., Pert A., *International Humanitarian Law*, Cambridge 2015.
- Creasy E., *First Platform of International Law*, Londyn 1876.
- Croly H., *Roads to Peace: A Handbook to the Washington Conference*, Nowy Jork 1921.
- Cullen A., *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge 2010.
- Cumings B., *The Korean War: A History*, Nowy Jork 2010.
- Czapliński W., Wyrozumska A., *Prawo międzynarodowe publiczne: zagadnienia systemowe*, Warszawa 2014.
- Czubiński A., *Historia drugiej wojny światowej*, Warszawa 2004.
- Danilenko G. M., *Law-Making in the International Community*, Dordrecht 1993.
- Darcy S., *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law*, Cambridge 2014.
- Davis G., *The Elements of International Law*, Londyn 1900.
- Davis G. B., *The Elements of International Law, with an Account of its Origin Sources and Historical Development*, Nowy Jork 1908.

- Davis P. K., *Effect-Based Operations: A Grand Challenge for the Analytical Community*, Santa Monica 2001.
- Deane H., *The Korean War 1945–1953*, San Francisco 1999.
- Degan V., *Sources of International Law*, Haga 1997.
- Dekker Den G., *The Law of Arms Control: International Supervision and Enforcement*, Dordrecht 2001.
- Dekker I. F., Post H. (red.), *The Gulf War of 1980–1988: The Iran-Iraq War in International Legal Perspective*, Haga 1992.
- Delissen A., Tanja G. J., *Humanitarian Law of Armed Conflict Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Leiden 1991.
- Deptula D., *Effect-Based Operations: Change in the Nature of Warfare*, Arlington 2001.
- Detter de Lupis Frankopan I., *The Law of War*, Cambridge 1987.
- Dill J., *Applying the Principle of Proportionality in Combat Operations, Policy Briefing*, Oxford 2010.
- Dill J., *Legitimate Targets? Social Construction, International Law and US Bombing*, Cambridge 2015.
- Dinniss H. H., *Cyber Warfare and the Laws of War*, Cambridge 2012.
- Dinstein Y., *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge 2014.
- Dinstein Y., *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge 2016.
- Dinstein Y. (red.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht 1989.
- Doenitz K., *10 lat i 20 dni. Wspomnienia 1939–1945*, Gdańsk 2004.
- Doria J., Gasser H.-P., Cherif Bassiouni M. (red.), *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blischenko*, Leiden 2009.
- Dorn A. (red.), *Air Power in UN Operations: Wings for Peace*, Farnham 2014.
- Douglas Keeney L., *The Pointblank Directive: Three Generals and the Untold Story of the Daring Plan That Saved D-Day*, Oxford 2012.
- Douhet G., *Panowanie w powietrzu*, Rzym 1921.
- Douhet G., *The Command of the Air: Translated by Dino Ferrari*, Waszyngton 1988.
- Drew D. M., *Rolling Thunder 1965: Anatomy of Failure*, Maxwell 1998.
- Driver H., *The Birth of Military Aviation, Britain 1903–1914*, Suffolk 1997.
- Eden L., *Whole World of Fire: Organization, Knowledge and Nuclear Weapons Devastation*, Nowy Jork 2004.
- Edwards H. S. , *The Germans in France. Notes on the Method and Conduct of the Invasion. The Relation between Invaders and Invaded and the Modern Usages of War*, Londyn 1874.
- Edwards P. M., *Combat Operations of the Korean War: Ground, Air, Sea, Special and Covert*, Jefferson 2010.
- Endicott J., *The USAF in Korea Campaigns, Units and Stations 1950–1953*, Waszyngton 2011.
- Engdahl O., *Protection of Personnel in Peace Operations: The Role of the ‘Safety Convention’ against the Background of General International Law*, Leiden 2007.
- Eriksson M., *Defining Rape: Emerging Obligations for States under International Law?*, Leiden 2011.
- Escudero Espinoza J. F., *Self-Determination and Humanitarian Secession in International Law of a Globalized World*, Cham 2017.

- Evangelista M., Tannenwald N. (red.), *Do the Geneva Conventions Matter?* Oxford 2017.
- Falk R. (red.), *The Vietnam War and International Law*, Vol. 2, Princeton 1968.
- Falkowski Z., Marcinko M. (red.), *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych*, Warszawa 2014.
- Fassebender B., Peters A., *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford 2012.
- Fauchille P., Bonfils H., *Traité de Droit International Public*, Paryż 1921.
- Feuchtwanger E., Mason R. A. (red.), *Air Power in the Next Generation*, Londyn 1979.
- Finlan A., *Contemporary Military Culture and Strategic Studies: US and UK Armed Forces in the 21 st Century*, Nowy Jork 2013.
- Finney R. T., *History of the Air Corps Tactical School 1920–1940*, Waszyngton 1992.
- Fiore P., *Nouveau Droit International Public, Suivant les Besoins de la civilisation moderne*, Paryż 1885.
- Fisk K., Ramos J. (red.), *Preventive Force: Drones, Targeted Killings and the Transformation of Contemporary Warfare*, Nowy Jork 2016.
- Fiszler M., *Lotnictwo w osiągnięciu celów strategicznych operacji militarnych*, Warszawa 2011.
- Fleck D., *The Protection of the Environment in Armed Conflict: Legal Obligations in the Absence of Specific Rules*, Leiden 2014.
- Fletcher G. P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford 2000.
- Focarelli C., *International Law as Social Construct: The Struggle for Global Justice*, Oxford 2012.
- Forczyk R., *Bf 110 vs Lancaster: 1942–1945*, Oxford 2013.
- Foremann J., *Fighter Command Air Combat Claims 1939–1945*, Walton on Thames 2003.
- Frankowska M., *Prawo traktatów*, Warszawa 2007.
- Freiherr von Neuman L., *Grundriss des heutigen europäischen Völkerrechts*, Wien 1887.
- French J., *Complete Despatches of Lord French 1914–1916*, Londyn 2012.
- Furmata M., *War Crimes Tribunal and Transitional Justice: The Tokyo Trial and the Nuremberg Legacy*, Oxon 2008, ebook.
- Futrell R. F., *The United States Air Force in Korea 1950–1953*, Waszyngton 1983.
- Galland A., *The First and the Last: The Rise and Fall of the German Fighter Forces, 1938–1954*, Nowy Jork 1954.
- Gardam J., *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge 2004.
- Gat A., *A History of Military Thought from the Enlightenment to the Cold War*, Oxford 2001.
- Geiss R., Zimmermann A., Haumer S., *Humanizing the Laws of War: The Red Cross and the Development of International Humanitarian Law*, Cambridge 2017.
- Gentile G. P., *How Effective is Strategic Bombing?: Lessons Learned from World War II to Kosovo*, Nowy Jork 2001.
- Gibbons W. C., *The U.S. Government and the Vietnam War: Executive and Legislative Roles and Relationships, Part II 1961–1964*, Princeton 1986.
- Giemulla E., Weber L., *International and EU Aviation Law: Selected Issues*, Alphen aan den Rijn 2011.
- Gilbert M., *Churchill and Bombing Policy*, Washington 2005.
- Gillespie A., *A History of the Laws of War: The Customs and Laws of War with Regards to Civilians in Times of Conflict*, Oxford 2011.
- Ginsburgs G., Kudriavtsev V., *The Nuremberg Trial and International Law*, Leiden 1990.

- Gitzmaurice M., Elias O., *Contemporary Issues in the Law of Treaties*, Utrecht 2005.
- Glennon M., *Limits of Law: Prerogatives of Power: Interventionism after Kosovo*, Nowy Jork 2001.
- Goldblat J., *Arms Control: The New Guide to Negotiations and Agreements*, Londyn 2002.
- Goldstein E., *Wars and Peace Treaties 1816–1991*, Nowy Jork 1992.
- Graig D. W., *The Underlying Principles of International Humanitarian Law*, „Australian Yearbook of Interanational Law” 1980, vol. 46.
- Grayling A. C., *Among the Dead Cities: Is the Targeting of Civilians in War Ever Justified*, Londyn 2006.
- Grayling A. C., *War: An Enquiry*, Londyn 2017.
- Green L. C., *Essays on the Modern Law of War*, Nowy Jork 1985.
- Green L. C., *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester 1993.
- Greenberg K., Dratel J., *The Torture Papers the Road to Abu Ghraib*, Cambridge 2005.
- Greffenius S., *The Logic of Conflict: Marking War and Peace in the Middle East*, Nowy Jork 1993.
- Gregory R. H., *Clean Bombs and Dirty Wars: Air Power in Kosovo an Libya*, Nebraska 2015.
- Grewe W. G., *The Epochs of International Law*, Nowy Jork 2000.
- Grimhedem J., Ring R., *Human Rights Law: From Dissemination to Application: Essays In Honour of Goran Melander*, Leiden 2006.
- Grosscup B., *Strategic Terror: The Politics and Ethics of Aerial Bombardment*, Cumbria 2006.
- Grotius H., *His Three Books Treating of the Rights of War and Peace*, Londyn 1682.
- Grotius H., *The Rights of War and Peace*, Vol. III, Londyn 1814.
- Grove E., *German Capitol Ships and Raiders in World War II. Volume 1: From Graf Spee to Bismarck 1939–1941*, Oxon 2002.
- Grzebyk P., *Cele osobowe i rzeczowe w konfliktach zbrojnych w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 2018.
- Guelle J., *Précis des Lois de la Guerre sur Terre; Commentaire Pratique à l'usage Des Officiers de l'Armée Active, de la Réserve et de la Territoriale*, Paryż 1884.
- Haanappel P. P. C., *The Law and Policy of Air Space and Outer Space: A Comparative Approach*, Haga 2003.
- Hall W. E., *A Treatise on International Law*, Oxford 1904.
- Halleck H. W., *Elements of International Law and Laws of War*, Filadelfia 1866.
- Halleck W., *International Law or Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War*, San Francisco 1861.
- Halsey F. W., *The Literal Digest History of the World War: Compiled from Original and Contemporary Sources: American, British, French, German and Others, The United States Enters the War Western Front December 1916 – March 1918*, Nowy Jork 1920.
- Hamilton R., Herwig H., *World Wars: Definition and Causes*, [w:] R. Hamilton, H. Herwig, *The Origins of World War I*, Cambridge 2003.
- Hammond W. M., *Public Affairs: The Military and the Media, 1968–1973*, Waszyngton 1996.
- Hampson F., *Means and Methods of Warfare in the conflict in the Gulf*, [w:] P. Rowe (red.), *Gulf War in International and English Law*, Nowy Jork 2005.
- Hanke H. M. *Luftkrieg und Zivilbevölkerung*, Frankfurt n. Menem 1992.
- Hannikainen L., Hanski R., Rosas A. (red.), *Implementing Humanitarian Law Applicable in Armed Conflict: The Case of Finland*, Dordrecht 1992.

- Hansen R., *Fire and Fury: The Allied Bombing of Germany*, Londyn 2008.
- Hargreaves R., *Blitzkrieg Unleashed: The German Invasion of Poland, 1939*, Mechanicsburg 2008.
- Harris A., *Bomber Offensive*, Barnsley 2005.
- Harris W., *The Linebacker Campaigns: An Analysis, A Research Report*, Alabama 1997.
- Harvey A. D., *Collision of Empires: Britain in Three World War, 1793–1945*, Londyn 1992.
- Harvey C., Summers J., White N. D. (red.), *Contemporary Challenges to The Laws of War: Essays in Honour of Professor Peter Rowe*, Cambridge 2014.
- Hastings M., *Bomber Command: The Myths and Realities of the Strategic Bombing Offensive, 1939–1945*, Nowy Jork 1977.
- Hastings M., *Retribution: The Battle for Japan, 1944–45*, Nowy Jork 2007.
- Havel B. F., Sanchez G. S., *The Principles and Practice of International Aviation Law*, Cambridge 2014.
- Hazelnite H., *The Law of the Air; Three Lectures Delivered in the University of London at the Request of the Faculty of Laws*, Londyn 1911.
- Heintschel von Heinegg W., Epping V. (red.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges: Symposium in Honor of Knut Ipsen*, Berlin 2007.
- Heller K., *The Use and Abuse of Analogy in IHL*, [w:] J. Ohlin (red.), *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights*, Cambridge 2016.
- Henckaerts J.-M., Doswald-Beck L., *Customary International Humanitarian Law: Volume 1, Rules*, Cambridge 2005.
- Henderson C. (red.), *Commission of Inquiry: Problems and Prospects*, Oxford 2017.
- Henderson I., *The Contemporary Law of Targeting*, Leiden 2009.
- Henderson I., *The Firebombing of Tokyo and Other Japanese Cities*, [w:] Y. Tanaka, T. McCormack, G. Simpson, *Beyond Victor's Justice: The Tokyo War Crimes Trial Revisited*, Leiden 2011.
- Henriksen A., *International Law*, Oxford 2017.
- Henry-Couïannier A., *Légitimité de la Guerre Aérienne. Opinions recueillies par André Henry-Couïannier*, Paryż 1925.
- Hensel H. (red.), *The Legitimate Use of Military Force: The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict*, Aldershot 2008.
- Hershey A. S., *The Essentials of International Law and Organization*, Chicago 1927.
- Herz M. F., *The Prestige Press and the Christmas Bombing, 1972: Images and Reality in Vietnam*, Waszyngton 1980.
- Hickey J. E., *Precision-Guided Munitions and Human Suffering in War*, Nowy Jork 2016.
- Highman D. S., *One Hundred Years of Air Power and Aviation*, Nowy Jork 2003.
- Higham R., Parillo M., *The Influence of Airpower upon History: Statesmanship, Diplomacy and Foreign Policy since 1903*, Lexington 2013.
- Hippler T., *Bombing the People: Giulio Douhet and the Foundations of Air-Power Strategy, 1884–1939*, Cambridge 2013.
- Holcomb F., *The Order of Battle of the Ukrainian Armed Forces: A Key Component in European Security*, Waszyngton 2016.
- Holland T. E., *A Supplement to Letters to The Times upon War and Neutrality*, Londyn 1916.
- Holland T. E., *Letters to „The Times” upon War and Neutrality (1881–1909)*, Londyn 1909.
- Holland T. E., *The Law of War on Land*, Londyn 1908.

- Holland T. E., *The Laws of War on Land (Written and Unwritten)*, Oxford 1908.
- Hoof van G. J. H., *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer 1983.
- Hooghe E., *Droit Aérien*, Paryż 1914.
- Horst F. (red.), *Festschrift für Dieter Fleck, Crisis Management and Humanitarian Protection*, Berlin 2004.
- Hosmer S. T., *Why the Iraqi Resistance to the Coalition Invasion was so Weak*, Santa Monica 2007.
- Howard M., *The Franco-Prussian War: The German Invasion of France 1870–1871*, Padstow 2003, ebook.
- Howland D., *International Law and Japanese Sovereignty: The Emerging Global Order in the 19th Century*, Nowy Jork 2016.
- Hull W., *The Two Hague Conferences and Their Contribution to International Law*, Boston 1908.
- Hulme K., *War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold*, Leiden 2004.
- Hutchinson Lee J. (red.), *B-17 Memories from Memphis Belle to Victory*, Bloomington 2014.
- Hutter S., *Starvation as a Weapon – Domestic Policies of Deliberate Starvation as a Means to an End under International Law*, Leiden 2015.
- Hyde A., *The First Blitz*, Barnsley 2012.
- Hyde C. C., *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, Boston 1922.
- Jachec-Neale A., *The Concept of Military Objectives in International Law and Targeting Practice*, Oxon 2015.
- Jackson G. R., *Linebacker II: An Examination of Strategic Use of Airpower*, Alabama 1989.
- Jamieson P. D., *Lucrative Targets: The U.S. Air Force in the Kuwaiti Theater of Operations*, Waszyngton 2001.
- Janaby M., *The Legal Regime Applicable to Private Military and Security Company Personnel in Armed Conflicts*, Zurych 2016.
- Jessup P. C., *A Modern Law of Nations – An Introduction*, Nowy Jork 1949.
- Jha U. C., *International Humanitarian Law: The Laws of War*, New Delhi 2011.
- Jinks D., Maogoto J., Solomon S. (red.), *Applying International Humanitarian Law in Judicial and Quasi-Judicial Bodies: International and Domestic Approach*, Haga 2014.
- Joel T., *The Dresden Firebombing: Memory and the Politics of Commemorating Destruction*, Nowy Jork 2013.
- Johnson D. H. N., *Rights in Air Space*, Manchester 1965.
- Jones D., *Art of War Papers, Perception of Airpower and Implications of the Leavenworth Schools: Intewar Student Papers*, Fort Leavenworth 2014.
- Jones N., *The Beginnings of Strategic Air Power: A History of the British Bomber Force 1923–1939*, Oxon 1987.
- Jordan D. A., *China's Trial by Fire: The Shanghai War of 1932*, Ann Arbor 2001.
- Jordan D., Kiras J., Lonsdale D., Speller I., Tuck C., Walton C. D., *Understanding Modern Warfare*, Cambridge 2016.
- Kaczorowska-Ireland A., *Public International Law*, Oxon 2015.
- Kaikobad K. H., Bohlander M. (red.), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice: Essays in Honour of Colin Warbrick*, Leiden 2009.
- Kalshoven F., *Reflections on the Law of War: Collected Essays*, Leiden 2007.

- Kalshoven F., *The History of International Humanitarian Law Treaty-Making*, [w:] R. Liivoja, T. McCormack (red.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, Oxon 2016.
- Kałduński M., *Zasada dobrej wiary w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2017.
- Kamenov T., *The Origin of State and Entity Responsibility for Violations of International Humanitarian Law in Armed Conflict*, Dordrecht 1989.
- Kaplan B. J., Carlson M., Cruz L. (red.), *Boundaries and Their Meanings in the History of the Netherlands*, Leiden 2009.
- Kaplan Gubert B., Sawyer M., Fannin C. M., *Distinguished African-Americans in Aviation and Space Science*, Londyn 2002.
- Karau M., *The Naval Flank of the Western Front: The Development and Operations of the German Marine Korps Flandern 1914–1918*, Barnsley 2003.
- Kaufmann J. E., Kaufmann H. W., *The Forts and Fortifications of Europe 1815–1945: The Neutral States: The Netherlands, Belgium and Switzerland*, Barnsley 2014.
- Kaul J., Jha A., *Shifting Horizons of Public International Law: A South Asian Perspective*, New Delhi 2018.
- Kean A., *Essays in Air Law*, Haga 1982.
- Keaney T. A., Cohen E., *Gulf War Air Power Survey Summary Report*, Waszyngton 1993.
- Keiichiro K., *The Tokyo Trials: The Unheard Defense*, Tokio 1995.
- Kelsen H., *The Principles of International Law*, New Jersey 2003.
- Kent J., *Commentary on International Law*, Toronto 1878.
- Kerrigan H., *Historic Documents of 2018*, Thousand Oaks 2018.
- Klinkert W., *Defending Neutrality: The Netherlands Prepares for War, 1900–1925*, Leiden 2013.
- Klüber J.-L., *Droit Des Gens Moderne de l'Europe*, Stuttgart 1819.
- Knapp A., Baldoli C., *Forgotten Blitzes. France and Italy under Allied Air Attack, 1940–1945*, Londyn 2012.
- Kochavi A., *Confronting Captivity: Britain and the United States and Their POWs in Nazi Germany*, Londyn 2005.
- Kocher M. A., Pepinsky T. B., Kalyvas S. N., *Aerial Bombing and Counterinsurgency in the Vietnam War*, „American Journal of Political Science” 2011, vol. 55.
- Kolb R., *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, Cheltenham 2014.
- Kolb R., *Good Faith in International Law*, Oxford 2017.
- Kolb R., Hyde A., *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford 2008.
- Kolinsky M., *Law, Order and Riots in Mandatory Palestine, 1928–1935*, Londyn 1993.
- Komorowski K. (red.), *Boje Polskie 1939–1945. Przewodnik Encyklopedyczny*, Warszawa 2009.
- Kosiarz E., *Bitwy morskie*, Warszawa 1998.
- Kowalczevska K., Kowalewski J., *Systemy dronów bojowych: analiza problemów i odpowiedź społeczeństwa obywatelskiego*, Warszawa 2015.
- Kroell J., *Traité de droit international public aérien: L'Aéronautique en temps de guerre*, Vol. II, Paryż 1936.
- Krupiy T., *A Toolbox of the Application of the Rules of Targeting*, Cambridge 2016.
- Kujawa H., *Księga Lotników Polskich. Poległych Zmarłych i Zaginionych w latach 1939–1945, Tom. I – Polegli w Kampanii Wrześniowej, Pomordowani w ZSRR i w innych okolicznościach podczas okupacji*, Warszawa 1989.

- Kwakwa E., *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, Dordrecht 1992.
- Kyvig D. E., *Reagan and the World*, Nowy Jork 1990.
- Lachenmann F., Wolfrum R., *The Law of Armed Conflict and the Use of Force: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford 2017.
- Lackey D., *Moral Principles and Nuclear Weapons*, New Jersey 1984.
- Lambeth B. S., *Air Power against Terror: America's Conduct of Operation Enduring Freedom*, Santa Monica 2005.
- Lambeth B. S., *NATO's Air War for Kosovo: A Strategic and Operational Assessment*, Santa Monica 2001.
- Lambeth B. S., *The Transformation of American Air Power*, Nowy Jork 2000.
- Lapradelle De A., *Aerial Warfare and International Law*, „Scribner's Magazine” 1915.
- Lapradelle De A., *De L'Origine De La Maxime Cujus Solum, Ejus Coelum*, „Revue Générale de Droit Aérien” 1932.
- Larsen K., Cooper G., Nystuen G. (red.), *Searching for a Principle of Humanity in International Humanitarian Law*, Cambridge 2013.
- Larsen P. B., Sweeney J. C., Gillick J., *Aviation Law: Cases, Laws and Related Sources: Second Edition*, Leiden 2012.
- Laurie P., *Beneath the City Streets: A Private Enquiry into Government Preparations for National Emergency*, Londyn 1992.
- Lauterpacht H., *Some Observations on the Prohibition of 'Non Liquet' and the Completeness of the Law*, [w:] E. Lauterpacht (red.), *International Law: Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht, Vol. 2: The Law of Peace*, Cambridge 1975.
- Lauterpacht H., *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge 1982.
- Lauterpacht H., *The Function of Law in the International Community*, New Jersey 2000.
- Lawrence T. J., *The Principles of International Law*, Boston 1900.
- Lee S., Lee H. E., *The Making of International Law in Korea: From Colony to Asian Power*, Leiden 2016.
- Lee O., Robertson T. A., *„Moral Order” and the Criminal Law: Reform Efforts in the United States and West Germany*, Haga 1973.
- Lefebvre J., *Le droit des gens moderne dans la guerre continentale*, Paryż 1886.
- Leparad B. D., *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge 2010.
- Letts D., *Beyond Hague VIII: Other Legal Limits on Naval Mine Warfare*, „International Law Studies” 2014, vol. 90.
- Levine A., *The Strategic Bombing of Germany, 1940–1945*, Westport 1992.
- Lewis M., *The Law of Aerial Bombardment in the 1991 Gulf War*, „The American Journal of International Law” 2003, vol. 97.
- Liivoja R., McCormack T. (red.), *Routledge Handbook on the Law of Armed Conflict*, Nowy Jork 2005.
- Liszt von F., *Das Völkerrecht*, Berlin 1898.
- Llewellyn-Jones M., *The Royal Navy and Anti-Submarine Warfare 1917–49*, Oxon 2006.
- Lombardi F., *The Swiss Air Power: Wherefrom? Whereto?*, Zurich 2007.

- Longuet F., *Le Droit Actuel de la Guerre Terrestre, Son Application Dans les Conflits les Plus Récents*, Montpellier 1900.
- Louka E., *Nuclear Weapons, Justice and the Law*, Northampton 2011.
- Lovell D. (red.), *Investigating Operational Incidents in a Military Context: Law, Justice, Politics*, Leiden 2015.
- Lubell N., *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford 2010.
- Lucas C. J.-M., *La Conférence Internationale de Bruxelles sur Les Lois et Coutumes de la Guerre*, Paryż 1874.
- Lyall F., Larsen B., *Space Law. A Treatise*, Nowy York 2009.
- Lycklama à Nijeholt J. F., *Air Sovereignty*, Paryż 1910.
- MacDonald C. A., *Korea: The War before Vietnam*, Londyn 1999.
- MacDonald R., Johnston D. (red.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Dordrecht 1989.
- MacKenzie Bacon J., *The Dominion of the Air: The Story of Aerial Navigation*, Londyn 1902.
- Macomber R. N., *Honor Bound*, Sarasota 1911.
- Makarczyk J. (red.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, Dordrecht 1984.
- Manning W., *Commentaries on the Law of Nations*, Londyn 1839.
- Martens F., *Les Lois et Coutumes de la Guerre Sur Terre d'après le Droit International Moderne et la Codification de la Conférence de la Haye de 1899*, Paryż 1903.
- Martens F., Samwer C., Hopf J., *Actes de la Conférence réunie à Bruxelles, du 27 juillet au 27 août 1874, pour régler les lois et coutumes de la guerre*, Getynga 1879.
- Martin F., Schnably S., Wilson R., Simon J., Tushnet M., *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge 2006.
- Marud W., *Ewolucja teorii targetingu lotniczego*, Warszawa 2015.
- Matar K. I., Thabit R. W., *Lockerbie and Libya: A Study in International Relations*, Jefferson 2004.
- Matsui Y., *The Historical Significance of the Shimoda Case Judgment, in View of the Evolution of International Humanitarian Law*, Tokio 2013.
- Mattelart A., *The Invention of Communication*, Minneapolis 1998.
- Matthee M., Toebe B., Brus M. (red.), *Armed Conflict and International Law: In Search of the Human Face: Liber Amicorum in Memory of Avril McDonald*, Haga 2013.
- Mattox J. M., *Saint Augustine and the Theory of Just War*, Nowy York 2006.
- McCoubrey H., *International Humanitarian Law. The Regulation of Armed Conflict*, Aldershot 1990.
- McDougal M. S., Feliciano F. P., *The International Law of War: Transnational Coercion and World Public Order*, New Haven 1994.
- McNabb J. B., *A Military History of the Modern Middle East*, Santa Barbara 2017.
- Mehring S., *First Do No Harm: Medical Ethics in International Humanitarian Law*, Leiden 2013.
- Meilinger P. S., *Airwar: Theory and Practice*, Oxon 2003.
- Melzer N., *Targeted Killing in International Law*, Oxford 2013.
- Merignhac A., Martens F., *Les Lois et Coutumes de la Guerre Sur Terre d'après le Droit International Moderne et la Codification de la Conférence de la Haye de 1899*, Paryż 1903.
- Mets D. R., *The Air Campaign. John Warder and the Classical Airpower Theorists*, Alabama 1999.
- Meyer A., *Das Neutralitätsrecht im Luftkriege*, Berlin 1931.

- Meyer A., *Volkerrechtlicher Schutz der friedlichen Personen und Sachen gegen Luftangriffe*, Berlin 1935.
- Michael S. B., *The Persian Gulf War: An Air Staff Chronology of Desert Shield and Desert Storm*, Waszyngton 1994.
- Mikesh R., *Japan's World War II Balloon Bomb Attacks on North America*, Waszyngton 1973.
- Miller K. F., *Deny Flight and Deliberate Force: An Effective Use of Airpower*, Fort Leavenworth 1997.
- Millet-Devalle A.-S. (red.), *Guerre aérienne et droit international humanitaire*, Paryż 2015.
- Mitchell W., *Our Air Forces. The Base of National Defence*, Waszyngton 1921.
- Miwa Y., *Japan's Economic Planning and Mobilization in Wartime, 1930s–1940s*, Cambridge 2015.
- Moore J. B., *International Law and Some Current Illusions and Other Essays*, Chicago 1924.
- More C., *The Road to Dunkirk: The British Expeditionary Force and the Battle of the Ypres-Comines Canal, 1940*, Barnsley 2013.
- Morgan J. H., *The War Book of the German General Staff*, Nowy Jork 1915.
- Morin P., *Les lois relatives à la guerre selon le droit des gens modernes*, Paryż 1872.
- Morrow J. H., *The Great War in the Air Military Aviation from 1909 to 1921*, Tusacaloosa 1993.
- Moyne Le V., *Le Droit Futur de la Guerre Aérienne*, Nancy 1913.
- Mueller A., *The Relationship between Economic, Social and Cultural Rights and International Humanitarian Law: An Analysis of Health Related Issues in Non-international Armed Conflicts*, Leiden 2013.
- Mueller K. P., *Denying Flight Strategic Options for Employing No-Fly Zones*, Waszyngton 2013.
- Mueller K. P., *Precision and Purpose. Airpower in the Libyan Civil War*, Waszyngton 2015.
- Murphy J. D., *Military Aircraft, Origins to 1918: An Illustrated History of Their Impact*, Santa Barbara 2005.
- Murphy S. D., Kidane W., Snider T. R., *Litigating War: Mass Civil Injury and the Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, Oxford 2013.
- Murphy S., *Humanitarian Intervention – The United Nations in an Evolving World Order*, Filadelfia 1996.
- Murray D., *Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflict*, Oxford 2016.
- Murray W., Millet A. R., *A War To Be Won: Fighting the Second World War*, Harvard 2009.
- Nalty B. C., *Winged Shield, Winged Sword 1950–1997: A History of the United States Air Forces*, Honolulu 1997.
- Nasu H., McLaughlin R., *New Technologies and the Law of Armed Conflict*, Haga 2014.
- Neer R. M., *Napalm: An American Biography*, Londyn 2013, ebook.
- Neff S. C., *War and the Law of Nations: A General History*, Cambridge 2005.
- Neufeld J., Watson G. (red.), *Coalition Air Warfare in the Korean War 1950–1953*, Andrews 2002.
- Nolan C. (red.), *Ethics and Statecraft: The Moral Dimension of International Affairs*, Santa Barbara 2015.
- Nolte G. (red.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford 2013.
- Nys E., *Le Droit International; Les Principes, Les Théories, Les Faits*, Bruksela 1906.
- Nystuen G., *A New Treaty Banning Cluster Munitions: The Interplay between Disarmament Diplomacy and Humanitarian Requirements, Security: A Multidisciplinary Normative Approach*, Leiden 2009.
- O'Brien P., *British and American Naval Power: Politics and Policy, 1900–1936*, Westport 1988.

- O'Brien W. V., *The Law of War, Command Responsibility and Vietnam*, „Georgetown Law Journal” 1971, vol. 60.
- O'Connell J. F., *The Effectiveness of Airpower in the 20th Century: Part Two (1939–1945)*, Lincoln 2002.
- O'Connell M. E., *What is War?: An Investigation in the Wake of 9/11*, Leiden 2012.
- O'Keefe R., *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge 2006.
- Oberleitner G., *Human Rights in Armed Conflict*, Cambridge 2015.
- Odello M., Piotrowicz R., *International Military Missions and International Law*, Haga 2011.
- Ohlin J. (red.), *Research Handbook on Remote Warfare*, Northampton 2017.
- Ohlin J. D., Govern K., Finkelstein C. (red.), *Cyberwar: Law and Ethics for Virtual Conflict*, Oxford 2015.
- Olsen J. A., *A History of Air Warfare*, Waszyngton 2010.
- Oppenheim L., *International Law: A Treatise*, Londyn 1920.
- Oppenheim L., Lauterpacht H., *International Law: A Treatise*, Londyn 1952.
- Oset A., *Lotnicy września 1939 roku: 212 Eskadra Bombowa*, Dłutów 2009.
- Otto R., *Targeted Killings and International Law: With Special Regard to Human Rights and International Humanitarian Law*, Heidelberg 2012.
- Owen R. (red.), *Deliberate Force: A Case Study in Effective Air Campaigning: Final Report of the Air University Balkans Air Campaign Study*, Maxwell 2000.
- Pal R., *International Military Tribunal for the Far East, Dissident Judgment of Justice Pal*, Tokio 1999.
- Pape R. A., *Bombing to Win: Air Power and Coercion in War*, Nowy Jork 1996.
- Patterson I., *Guernica and Total War*, Cambridge 2007.
- Pauwelyn J., *Conflict on Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge 2003.
- Pawlak J., *Brygada pościgowa – Alarm!*, Warszawa 1977.
- Pearce Higgins A., *The Binding Force of International Law*, Cambridge 1910.
- Pearce Higgins A., *The Hague Peace Conferences and Other International Conferences Concerning the Laws and Usages of War: Text of Conventions with Commentaries*, Cambridge 1909.
- Peters A., Koehlin L., Forster T., Zinkernagel G., *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge 2009.
- Petman J., *Autonomous Weapons Systems and International Humanitarian Law: 'Out of the Loop?'*, Helsinki 2017.
- Phan T., *An Analysis of Linebacker II Air Campaign: The Exceptional Application of US Air Coercion Strategy*, San Antonio 2002.
- Phillipson C., *The International Law and Custom... of Ancient Greece and Rome*, Londyn 1911.
- Phillipson C., *Wheaton's Elements of International Law*, Nowy Jork 1916.
- Philpott I. M., *The Royal Air Force 1930 to 1939: An Encyclopedia of the Inter-War Years, Volume II, Rearmament 1930 to 1939*, Barnsley 2008.
- Piątkowski M., *A Brief History of the Law of Aerial Warfare*, Beau Bassin 2017.
- Piątkowski M., *Status pilotów i załogi wojskowego statku powietrznego w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego i konfliktu zbrojnego na Donbasie – kasus Nadii Sawczenko*, [w:] T. Lachowski, V. Mazurenko (red.), *Ukraina po Rewolucji Godności: Prawa człowieka – tożsamość narodowa*, Łódź–Olsztyn 2017.

- Piątkowski M., *Strefy zakazu lotów w świetle międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych oraz międzynarodowego prawa lotniczego*, [w:] K. Załęski, N. Saletra, K. Kowalska (red.), *Wybrane aspekty bezpieczeństwa w transporcie*, Dęblin 2015.
- Piątkowski M., *Użycie amunicji precyzyjnego rażenia w świetle prawa konfliktów zbrojnych*, [w:] A. Wetoszka, B. Greda, A. Truskowski (red.), *Taktyka i dowodzenie w lotnictwie wojskowym*, Dęblin 2015.
- Piątkowski M., *Zasada zero „casualty warfare” oraz „standard 200 metrów” stworzony przez Międzynarodowy Trybunał Karny ds. b. Jugosławii w sprawie Gotovina w świetle dawnych i współczesnych zasad wojny powietrznej*, [w:] K. Lankosz, G. Sobol (red.), *Wybrane problemy współczesnego prawa międzynarodowego*, Kraków 2013.
- Pictet J. S., *Commentary: I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Genewa 1952.
- Pictet J. S., *Commentary, IV Geneva Convention: Relative to the Protection of Civilian Person in Time of War*, Genewa 1958.
- Pictet J. S., *The Geneva Conventions of 12 August 1949 Commentary I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in Fields*, Genewa 1952.
- Piet Honig J., *The Legal Status of Aircraft*, Dordrecht 1956.
- Pillet A.-L., *Le Droit de la Guerre, Premier Partie – Les Hostilites, Conferences Faites aux Officiers de la garnison de Grenoble*, Paryż 1892.
- Pocar F., Pedrazzi M., Frulli M., *War Crimes and the Conduct of Hostilities: Challenges to Adjudication and Investigation*, Northampton 2013.
- Podins K., Stinsissen J., Maybaum M. (red.), *5th International Conference on Cyber Conflict*, Tallinn 2013.
- Porretto G., Vité S., *The Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law to International Organisations*, University Center for International Humanitarian Law, Genewa 2006.
- Preston D., *A Higher Form of Killing: Six Weeks in World War I that Forever Changed the Nature of Warfare*, Londyn 2015.
- Primoratz I. (red.), *Terror from the Sky: The Bombing of German Cities in World War II*, Oxford 2010.
- Provost R., *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge 2004.
- Pufendorf von S., *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo 1682*, Nowy Jork 1964.
- Raby K., *Bombardment of Land Targets Military Necessity and Proportionality Interpellated*, Charlottesville 1964.
- Radziwill Y., *Cyber-Attacks and the Exploitable Imperfections of International Law*, Leiden 2015.
- Raleigh W., *The History of the War in the Air 1914–1918: The Illustrated Edition*, Barnsley 2014.
- Rauch E., *The Protocol Additional to the Geneva Conventions for the Protection of Victims of International Armed Conflicts and the United Nations Convention on the Law of the Sea: Repercussions on the Law of Naval Warfare*, Berlin 1984.
- Rauter T., *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, Cham 2017.
- Redding T., *Bombing Germany: The Final Phase: The Destruction of Pforzheim and the Closing Months of Bomber Command's War*, Barnsley 2015.
- Richemond-Barak D., *Underground Warfare*, Oxford 2018.

- Rieu-Clarke A., *International Law and Sustainable Development*, Londyn 2005.
- Rinehart C. S., *Drones and Targeted Killing in the Middle East and Africa: An Appraisal of American Counterterrorism Policies*, Londyn 2016.
- Risley J., *The Law of War*, Londyn 1897.
- Rogers A. P. V., *Law on the Battlefield*, Manchester 1965, 2006.
- Rogers A. P. V., *The Principle of Proportionality*, [w:] H. Hensel (red.), *The Legitimate Use of Military Force the Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict*, Aldershot 1988.
- Romer J., *Killing in a Gray Area between Humanitarian Law and Human Rights: How Can the National Police of Colombia Overcome the Uncertainty of which Branch of International Law to Apply?*, Nowy Jork 2010.
- Ronzitti N. (red.), *The Law of Naval Warfare. A Collection of Agreements and Documents with Commentaries*, Haga 1988.
- Ronzitti N., Venturini G. (red.), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues (Essential Air and Space Law)*, Utrecht 2006.
- Roscini M., *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford 2014.
- Ross S. H., *Strategic Bombing by the United States in World War II: The Myths and the Facts*, Jefferson 2003.
- Rothe D., Mullins C., *State Crime: Current Perspectives*, Londyn 2011.
- Rousseau J., *The Social Contract: Or Principles of Political Right*, Londyn 1762.
- Royse M. W., *Aerial Bombardment and the International Regulation*, Nowy Jork 1928.
- Russell H., *The Use of Force and Article 2 of the ECHR in Light of European Conflicts*, Oregon 2017.
- Saganek P., *Unilateral Acts of States in Public International Law*, Leiden 2016.
- Salt B., *Pride of Eagles: A History of the Rhodesian Air Force*, Durban 2000.
- Samford C., Zifcak S. (red.), *Rethinking International Law and Justice*, Burlington 2015.
- Sandiford R., *Diritto Aeronautico di Guerra*, Rzym 1937.
- Sandoz Y., Swinarski C., Zimmermann B., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Genewa 1987.
- Sarkin J., *Colonial Genocide and Repeatriations Claims in the 21st Century: The Socio-Legal Context of Claims under International Law by the Herere against Germany for Genocide in Namibia 1904–1908*, Londyn 2009.
- Saunders A., *Arrival of Eagles: Luftwaffe Landings in Britain 1939–1945*, Londyn 2014.
- Saxon D. (red.), *International Humanitarian Law and the Changing Technology of War*, Leiden 2013.
- Schaffer R., *Wings of Judgment: American Bombing in World War II*, Oxford 1985.
- Scharf M. P., *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*, Cambridge 2013.
- Scharre P., *Army of None: Autonomous Weapons and the Future of War*, Nowy Jork 2018.
- Scharre P., *Autonomous Weapons and Operational Risk Ethical Autonomy*, Project February 2016, Center for a New American Security.
- Schayegh C., Arsan A. (red.), *The Routledge Handbook of the History of the Middle East Mandates*, Nowy Jork 2015.
- Schmitt M. N., *Air Law and Military Operations*, [w:] D. Fleck, T. Gill (red.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford 2015.

- Schmitt M. N. (red.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge 2013.
- Schmitt M. N., Pejic J. (red.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultiness, Essays in Honor of Yoram Dinstein*, Leiden 2007.
- Schwarzenberger G., *A Manual of International Law*, Londyn 1969.
- Schwarzenberger G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londyn 1968.
- Schweigman D., *The Authority of the Security Council Under Chapter VII of the UN Charter: Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, Dordrecht 2001.
- Scott J. B., *Instruction to the American Delegates to the Hague Peace Conferences and Their Official Reports*, Chicago 1916.
- Scott J. B., *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907, Accompanied by Tables of Signatures, Ratifications and Adhesions of the Various Powers, and Texts of Reservations*, Oxford 1915.
- Scott J. B., *The Hague Peace Conferences of 1899 of 1907*, vol. 2, Baltimore 1909.
- Scott J. B., *The Proceedings of the Hague Peace Conferences; Translation of the Official Texts. Conference of 1899*, Haga 1907.
- Scott J. B., *The Proceedings of the Hague Peace Conferences; Translation of the Official Texts. The Conference of 1907. Volume II. Meetings of the Second, Third and Fourth Commissions*, Nowy Jork 1921.
- Selden M., *A Forgotten Holocaust: US Bombing Strategy, the Destruction of Japanese Cities and the American Way of War from World War II to Iraq*, „The Asia-Pacific Journal” 2007, vol. 5.
- Shaw M., *International Law*, Cambridge 2006.
- Sheffield G., Till G. (red.), *The Challenges of High Command: The British Experience*, Hampshire 2003.
- Sheldon A., *Political and Legal Remedies For War*, Londyn 1880.
- Shimko K. L., *The Iraq Wars and America's Military Revolution*, Cambridge 2010.
- Shiner P., Williams A. (red.), *The Iraq War and International Law*, Oxford 2008.
- Sikorski W., *Przyszła wojna*, Kraków 2010.
- Simpson A., *Air Raids on South-West Essex in the Great War: Looking for Zeppelins at Leyton*, Barnsley 2015.
- Simpson G., *The Nature of International Law*, Aldershot 2001.
- Sivakumaran S., *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford 2012.
- Slogett D., *A Century of Air Power: The Changing Face of Warfare 1912–2012*, Barnsley 2013.
- Sloggett D., *Drone Warfare: The Development of Unmanned Aerial Conflict*, Barnsley 2014.
- Small M., Singer J. D., *Resort to Arms: International and Civil Wars, 1816–1980*, Beverly Hills 1977.
- Sochor E., *The Politics of International Aviation*, Hampshire 1991.
- Solf W. A., *A Response to Telford Taylor's Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy*, „Akron Law Review” 1972, vol. 5.
- Sokolski H. D., *Getting MAD: Nuclear Mutual Assured Destruction: It's Origins And Practice*, Strategic Studies Institute 2004.
- Spaight J. M., *Air Power and War Rights*, Londyn 1924, 1947.

- Spaight J. M., *Aircraft in War*, Londyn 1914.
- Spaight J. M., *Bombing Vindicated*, Londyn 1944.
- Spaight J. M., *War Rights on Land*, Londyn 1911.
- Spetzler E., *Luftkrieg und Menschlichkeit*, Getynga 1956.
- Spingola D., *The Ruling Elite*, Bloomington 2014.
- Stachula A., *Obrona powietrzna Polski 1918–1939*, Jelenia Góra 2009.
- Stadlmeier S., *International Commercial Aviation: From Foreign Policy to Trade in Services*, Paryż 1998.
- Stahn C., Easterday J. S., Iverson J. (red.), *Ius Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*, Oxford 2014.
- Stahn C., Iverson J., Easterday J. S. (red.), *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace*, Oxford 2017.
- Stilla E., *Die Luftwaffe im Kampf um die Luftherrschaft*, Bonn 2005.
- Stille M., *Malaya and Singapore 1941–42: The fall of Britain's empire in the East*, Oxford 2016.
- Stockton C. H., *Outlines of International Law*, Londyn 1914.
- Strawser B. J. (red.), *Killing by Remote Control: The Ethics of an Unmanned Military*, Oxford 2013.
- Sweeting C. G., *United States Army Aviators' Equipment, 1917–1945*, Jefferson 2015.
- Sylvan D., Majeski S., *U.S. Foreign Policy in Perspective: Clients, Enemies and Empire*, Nowy Jork 2009.
- Szpak A., *Bezpośredni udział w działaniach zbrojnych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*, Toruń 2013.
- Takayashi S., *International Law, Applied to the Russo-Japanese War, With the Decisions of the Japanese Prize Courts*, Nowy Jork 1908.
- Tams A., *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge 2005.
- Tanaka Y., *The Atomic Bombing, the Tokyo Tribunal and the Shimoda Case: Lessons for Anti-Nuclear Legal Movements*, Leiden 2011.
- Tanaka Y., McCormack T., Simpson G., *Beyond Victor's Justice: The Tokyo War Crimes Trial Revisted*, Leiden 2011.
- Tanaka Y., Young M. B. (red.), *Bombing Civilians: A Twentieth-Century History*, Londyn 2009.
- Taylor P. M., *War and the Media: Propaganda and Persuasion in the Gulf War*, Manchester 1992.
- Taylor T., *Final Report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crimes Trials under Control Council Law No. 10*, Waszyngton 1949.
- Taylor T., *Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy*, Nowy Jork 1971.
- Teixeira L. D., *Linebacker II: A Strategic and Tactical Case Study*, Alabama 1990.
- Terraine J., *The Right of the Line: The Role of the RAF in the World War Two*, Barnsley 2010.
- The Max Planck Encyclopedia of Public International Law. The Law of Armed Conflict and the Use of Force*, Oxford 2017.
- Thomas G. J., Ketley B., *Luftwaffe KG 200: The German Air Force's Most Secret Unit of World War II*, Mechanicsburg 2015.
- Thompson W., Nalty B., *Within Limits the U.S. Air Force and the Korean War*, Waszyngton 1996.
- Thorburn G., *Bomber Command 1939–1940: The War before the War*, Barnsley 2013.
- Tissandier G., *Souvenirs et récits d'un aérostier militaire de l'armée de La Loire 1870–1871*, Paryż 1891.
- Tiway A., *Attrition in Air Warfare: Relationship with Doctrine, Strategy and Technology*, New Delhi 2000.
- Tomuschat C., *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford 2014.

- Towle P., Kosuge M., Kibata Y., *Japanese Prisoners of War*, Nowy Jork 2000.
- Truxal S., *Economic and Environmental Regulation of International Aviation: From International to Global Governance*, Londyn 2017.
- Tucker R. W., *The Law of War*, New Jersey 2006.
- Tucker R. W., *The Law of War and Neutrality at Sea*, Waszyngton 1957.
- Tucker S., *The Great War, 1914–1918*, Londyn 1998.
- Tucker S., *World War I: Encyclopedia*, t. I, Santa Barbara 2015.
- Tussabduerm G., *Souvenirs Et Recits dun Aerostier Militaire De'l Armee de La Loire 1870–1871*, Paryż 1891.
- Underwood J. S., *The Wings of Democracy: The Influence of Air Power on the Roosevelt Administration 1933–1941*, Austin 1991.
- Uziel D., *Arming the Luftwaffe the German Aviation Industry in World War II*, Jefferson 2012.
- Vajda F. A., Dancey P., *German Aircraft Industry and Production, 1933–1945*, Yorkshire 1998.
- Vattel de E., *Law of the Nations*, Filadelfia 1852.
- Vattel de E., *The Law of Nations*, Londyn 1797.
- Vattel de E., *The Law of Nations, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Philadelphia 1844.
- Vego M. N., *Joint Operational Warfare: Theory and Practice*, Newport 2009.
- Vieillard-Baron J., *Les Prisonniers De Guerre*, Paryż 1902.
- Villiger M. E., *Customary International Law and Treaties: A Study of their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1996 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht 1997.
- Vourkoutiotis V., *Prisoners of War and the German High Command: The British and American Experience*, Nowy Jork 2003.
- Walkeman R. T., *The Science of Bombing: Operational Research in RAF Bomber Command*, Toronto 2009.
- Walker T. A., *The Science of International Law*, Boston 1893.
- Wallace G., *Life and Death in Captivity*, Londyn 2015.
- Walne G., *AFP 110-31: International Law – The Conduct of Armed Conflict and Air Operations and the Linebacker Bombing Campaigns of the Vietnam War*, Alexandria 1987.
- Walzer M., *Wojny sprawiedliwe i niesprawiedliwe. Rozważania natury moralnej z uwzględnieniem przykładów historycznych*, Warszawa 2010.
- Wani K., *Neutrality in International Law: From the Sixteenth Century to 1945*, Nowy Jork 2017.
- Watkin K., *Fighting at the Legal Boundaries: Controlling the Use of Force in Contemporary Conflict*, Oxford 2016.
- Waxman M. C., *International Law and the Politics of Urban Air Operations*, Santa Monica 2000.
- Weatherall T., *Ius Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge 2015.
- Wei S., *The Application of Rules Protecting Combatants and Civilians Against the Effects of the Employment of Certain Means and Methods of Warfare*, [w:] F. Kalshoven, Y. Sandoz (red.), *Implementation of International Humanitarian Law: Research Papers by Participants in the 1986 Session of the Center for Studies and Research in International Law and International Relations of the Hague Academy of International Law*, Londyn 1989.

- Weller M. (red.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford 2015.
- Weller M. (red.), *The Use of Force in International Law*, Oxford 2015.
- Wentz L. K., *Lessons from Bosnia: The IFOR Experience*, DoD Command and Control Research Program, Waszyngton 1997.
- Werner J., Huynhm L. D. (red.), *The Vietnam War: Vietnamese and American Perspective*, Oxon 2015.
- Westlake J., *International Law*, Londyn 1904.
- Westlake J., *International Law. Part II, War*, Cambridge 1907.
- Wetzel D., *A Duel of Giants: Bismarck, Napoleon III, and the Origins of the Franco-Prussian War*, Madison 2001.
- White J. (red.), *Contemporary Moral Problems: War, Terrorism and Torture*, Boston 2012.
- White N. D., Henderson C. (red.), *Research Handbook on International Conflict and Security Law*, Northampton 2013.
- Wiest A., *The Western Front 1917–1918: The History of World War I: From Vimy Ridge to Amiens and the Armistice*, Londyn 2011.
- Wieviorka O., *Normandy: The Landings to the Liberation of Paris*, Londyn 2008.
- Wildman R., *Institutes of International Law, Vol II: War*, Filadelfia 1849.
- Williams G. K., *Biplanes and Bombsights British Bombing in World War I*, Maxell Air Force Base 1999.
- Williams K. H., *Le May on Vietnam*, Waszyngton 2017.
- Wilmshurst E. (red.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford 2012.
- Wilson P. H., *Was the Thirty Years War a 'Total War'?*, Liverpool 2012.
- Winton H., Mets D. (red.), *The Challenge of Change Military Institutions and New Realities, 1918–1941*, Lincoln 2000.
- Wise S. F., *Canadian Airmen and the First World War: The Official History of the Royal Canadian Air Force*, Toronto 1980.
- Witt A. F., *War from the Top: German and British Decision-Making during World War II*, Indiana 1990.
- Wolfke K., *Custom in Present International Law*, Wrocław 1964.
- Woodhouse H., *Textbook of Aerial Laws and Regulations for Aerial Navigation, International, National and Municipal, Civil and Military*, Nowy Jork 1920.
- Wróbel J. (red.), *Wieluń był pierwszy. Bombardowania lotnicze miast regionu łódzkiego we wrześniu 1939 r.*, Łódź 2009.
- Wróblewski J., *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988.
- Wyngaert van den C., *International Criminal Law: A Collection of International and European Instruments: Third Revised Edition*, Leiden 2005.
- Wyrozumska A., Barcz J., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2013.
- Yasuaki O. (red.), *A Normative Approach to War, Peace, War and Justice in Hugo Grotius*, Oxford 1993.
- Yee S., Morin J.-Y. (red.), *Multiculturalism and International Law*, Leiden 2009.
- Yenne B., *B-52 Stratofortress: The Complete History of the World's Longest Serving and Best Known Bomber*, Minneapolis 2018.
- Young T., *Maritime Exclusion Zones: A Tool for the Operational Commander*, Newport 1992.
- Zabecki D. T., *Germany at War 400 Years of Military History*, Santa Barbara 2014.
- Zamir N., *Classification of Conflicts in International Humanitarian Law: The Legal Impact of Foreign Intervention in Civil Wars*, Northampton 2017.

Orzeczenia

- Abakarova v. Rosja*, wyrok z 15 października 2015 roku, sygn. akt 16664/07.
- Al-Skeini v. Zjednoczone Królestwo*, wyrok z 7 lipca 2011 roku, sygn. akt 55721/07.
- Bankovic v. Belgia i inni*, decyzja o niedopuszczalności skargi z 12 grudnia 2001 roku, sygn. akt 52207/99.
- Eskmukhambetov v. Rosja*, wyrok z 29 marca 2011 roku, sygn. akt 23445/03.
- Hassan v. Zjednoczone Królestwo*, wyrok z 16 września 2014 roku, sygn. akt 29750/09.
- Ilhan v. Turcja*, wyrok z 27 czerwca 2000 roku, sygn. akt 22277/93.
- Isayeva v. Rosja*, wyrok z 24 lutego 2005 roku, sygn. akt 57950/00.
- Jaloud v. Holandii*, wyrok z 20 listopada 2014 roku, sygn. akt 47708/08.
- Korbley v. Węgry*, wyrok z 19 września 2008 roku, sygn. akt 9174/02.
- Loizidou v. Turcja*, wyrok z 23 marca 1995 roku, sygn. akt 15318/89.
- Makaratzis v. Grecja*, wyrok z 20 grudnia 2004 roku, sygn. akt 50385/99.
- Nachova i inni v. Bułgaria*, wyrok z 6 lipca 2005 roku, sygn. akt 43577/98 43579/98.
- Asylum case (Colombia v. Peru)*, Judgment, 20 November 1950, I.C.J. Reports 1950.
- ATPC, Case of Santo Domingo Massacre v. Colombia*, wyrok z 30 listopada 2012 roku.
- The Essen Lynching Case, Trial of Erich Heyer and Six Others*, British Military Court for the Trial of War Criminals, Essen, 18–19 and 21–22 December 1945.
- Inter-American Commission on Human Rights, CDH/3398: *Abella v. Argentina (Tablada Case)*, CDH 3398, November 18, 1997.
- Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985.
- Fisheries case*, Judgment, 18 December 1951, I.C.J. Reports 1951.
- Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012.
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996.
- Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986.
- The Minquiers and Ecrelzos case*, Judgment, 17 November 1953, I.C.J. Reports 1953.
- North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969.
- Prosecutor v. Ante Gotovina et al.*, Trial Chamber Judgement, 15 April 2011, IT-06-90-T.
- Prosecutor v. Delalic*, Judgement, 20 February 2001, IT-96-21-A.
- Prosecutor v. Dragomir Milošević*, Trial Chamber Judgement, 12 December 2007, IT-98-29/1-T.
- Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, IT-94-1-AR72.
- Prosecutor v. Milan Martić*, Judgement, 12 June 2007, IT-95-11-T.
- Prosecutor v. Prlic et al.*, Trial Chamber Judgement, 29 May 2013, IT-04-74-T.
- Prosecutor v. Tihomir Baskic*, Judgement, 3 March 2000, IT-95-14-T.
- Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, Judgement, 14 January 2000, IT-95-16-T.

Reservations to the Convention of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951.

Staty Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej, *Sprawa Lotus*, wyrok z 7 września 1927 roku, Seria A, nr 10.

Trail of Lieutenant General Harukeu Isayama and Seven Others, United States Military Commission, Shanghai, 1–25 July 1945.

Trial of Lieutenant-General Shigeru Sawada and Three Others, United States Military Commission, Shanghai 27 February 1946–15 April 1946.

Trial of The Major War Criminals, The International Military Tribunal, Nuremberg 14 November 1945–1 October 1946, Vol. 1 Judgement.

Trials of War Criminals, The Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Vol. IV, „The Einsatzgruppen Case”, „The RuSHA Case”, Nuremberg October 1946–April 1949.

Trial of War Criminals under the Nuremberg Military Tribunal Volume IX ‘The Hostage Case’ ‘The High Command Case’ United Nations War Crimes Commission, Waszyngton 1950.

International Military Tribunal for the Far East, judgment of 12 November 1948, [w:] J. Pritchard, S. M. Zaide (red.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 22, Nowy Jork 1981.

International Military Tribunal for the Far East, *Dissentient Judgment of Justice Pal*.

Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission.

Reports of International Arbitral Awards, Recueil Des Sentences Arbitrales, Eritrea-Ethiopia Claims Commission.

Raporty

Cinquième Congrès international de législation aérienne du Comité juridique international de l’aviation, Praga 1922.

Department of Defense, *Conduct of The Persian Gulf War: Final Report to Congress*, Waszyngton 1992.

Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

Human Right Council, *Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*, A/HRC/12/48.

Human Rights Council, *Report of the detailed findings of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1*, A/HRC/29/CRP.4.

Human Rights Council, *Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic*, A/HRC/36/55.

Human Rights Council, *Report of the International Commission of Inquiry on Libya*, A/HRC/18/68.

Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge 2013.

- Report of the International Law Commission to the General Assembly, *Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available*, „Yearbook of the International Law Commission” 1950, vol. II.
- Resolution Establishing A Commission of Jurist To Consider Amendment of the Laws of War*, Conference on the Limitation of Armament, Washington, November 12, 1921–February 6, 1922. U.S. Government Printing Office, 1922.

Akty prawne

- Konwencje z 12 sierpnia 1949 r. o: (I) polepszaniu losu rannych i chorych w armiach w polu będących; (II) polepszaniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu; (III) traktowaniu jeńców wojennych; (IV) ochronie osób cywilnych podczas wojny (Dz.U. z 1956 r. Nr 38, poz. 171).
- Konwencja dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej (IV konwencja haska) z regulaminem, Haga, 18 października 1907 r. (Dz.U. z 1927 r. Nr 21, poz. 161).
- Konwencja o bombardowaniu przez morskie siły zbrojne w czasie wojny (IX konwencja haska), Haga, 18 października 1907 r. (Dz.U. z 1936 r. Nr 6, poz. 66).
- Konwencja o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki, wraz z załącznikami, sporządzona w Genewie 10 października 1980 r. (Dz.U. z 1984 r. Nr 23, poz. 104 ze zm.).
- Protokół dodatkowy I dla Konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych, sporządzony w Genewie 8 czerwca 1977 r. (Dz.U. z 1992 r. Nr 41, poz. 175).
- Protokół dodatkowy II dla Konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych, sporządzony w Genewie 8 czerwca 1977 r. (Dz.U. z 1992 r. Nr 41, poz. 175, zał.).
- Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, sporządzony w Rzymie 17 lipca 1998 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708 ze zm.).

Dokumenty organizacji i stowarzyszeń naukowych

- 33rd International Law Assosiation Report Confererence of 1924.*
- 36th International Law Assosiation Report Conference of 1930.*
- 40th International Law Assosiation Report Conference of 1938.*
- Annuaire de l’Institut de Droit International*, vol. XXIV.

Annuaire de l'Institut de Droit International, vol. XXIII.

Annuaire de l'Institut de Droit international, vol. XXI.

Annuaire de l'Institut de Droit international, vol. IV.

Annuaire de l'Institut de Droit International, vol. V.

Annuaire de l'Institut de Droit International, vol. XV.

Annuaire de l'Institut de Droit International, vol. XIX.

Annuaire de l'Institut de Droit international, vol. XXI.