

Agnieszka Szpak ■

TEST OGÓLNEJ KONTROLI DLA UMIĘDZYNARODOWIENIA KONFLIKTU ZBROJNEGO ORAZ OKREŚLENIA STATUSU OFIAR W ORZECZNICTWIE MIĘDZYNARODOWEGO TRYBUNAŁU KARNEGO DS. ZBRODNI W B. JUGOSŁAWII

1. Powołanie Trybunału i jego jurysdykcja

Międzynarodowy Trybunał Karny ds. Zbrodni w b. Jugosławii (MTKJ) został powołany do życia rezolucją Rady Bezpieczeństwa nr 827 (1993)¹. Odnosnie MTKJ zamiar powołania Trybunału został wyrażony już w rezolucji nr 808 (1993)². MTKJ został powołany dla osiągnięcia bardzo ważnych prawnych i politycznych celów: ukarania sprawców poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego popełnionych w byłej Jugosławii od 1991 r.; zapobieżenia kolejnym zbrodniom; usprawnienia procesu osiągania pokoju oraz służenia jako test na potrzeby przyszłego, stałego międzynarodowego trybunału karnego³.

¹ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 827 (1993) jest dostępna na stronie internetowej: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/28/IMG/N9330628.pdf?OpenElement>.

² Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 808 (1993) jest dostępna na stronie internetowej: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/098/21/IMG/N9309821.pdf?OpenElement>.

³ I. Josipović, *Implementing legislation for the application of the law on the international criminal tribunal for the former Yugoslavia and criteria for its evaluation*, „The Yearbook of International Humanitarian Law” 1998, nr 1, ss. 35-36.

Zgodnie ze Statutem MTKJ z 25 maja 1993 r. Trybunał ma prawo sądenia osób odpowiedzialnych za poważne naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego popełnione na terytorium byłej Jugosławii od 1991 r. Następnie artykuły 2-5 wyliczają zbrodnie podlegające jurysdykcji Trybunału. Art. 2 dotyczy ciężkich naruszeń Konwencji genewskich z 1949 r. i stanowi on, że Trybunał ma prawo do sądenia osób, „które popełniły lub wydały rozkaz popełnienia ciężkich naruszeń Konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., a mianowicie następujących czynów skierowanych przeciwko osobom lub dobrom chronionym na podstawie przepisów Konwencji genewskich:

- a. umyślne zabójstwo;
- b. torturowanie lub nieludzkie traktowanie, włączając w to doświadczenia biologiczne;
- c. umyślne sprawianie wielkich cierpień albo ciężkie uszkodzenie ciała lub zdrowia;
- d. niszczenie i przywłaszczanie majątku nie usprawiedliwione koniecznością wojskową i dokonywane na wielką skalę w sposób niedozwolony i samowolny;
- e. zmuszanie jeńca wojennego lub osoby cywilnej do służby w siłach zbrojnych mocarstwa nieprzyjacielskiego;
- f. umyślne pozbawianie jeńca wojennego lub osoby cywilnej prawa do tego, by byli sądzeni w sposób słuszny i bezstronny;
- g. branie osób cywilnych jako zakładników.

Art. 3 dotyczący naruszeń praw i zwyczajów wojennych wymienia następujące czyny (nie jest to katalog enumeratywny): używanie broni zatrutej lub innej broni mogącej zadawać zbyteczne cierpienia; umyślne niszczenie miast, miejscowości lub wsi, albo ich pustoszenie nie uzasadnione koniecznością wojenną; atakowanie lub bombardowanie, w jakikolwiek sposób, bezbronnych miast, wsi, domów mieszkalnych lub budowli; zajmowanie, niszczenie lub umyślne uszkodzanie instytucji kościelnych, dobroczynnych i wychowawczych, artystycznych i naukowych, pomników historycznych i dzieł sztuki oraz nauki; grabież własności publicznej lub prywatnej.

Art. 4 penalizuje ludobójstwo oraz znowę w celu jego popełnienia, bezpośrednie i publiczne podżeganie do jego popełnienia, usiłowanie oraz współudział w ludobójstwie. Samo ludobójstwo zostało zdefiniowane identycznie jak w Konwencji o zapobieganiu i karaniu ludobójstwa z 1948 r. Ludobójstwem jest zatem którykolwiek z następujących czynów, dokonany w zamiarze zniszczenia w całości lub części grup narodowych, etnicznych, rasowych lub religijnych, jako takich:

- a) zabójstwo członków grupy;

- b) spowodowanie poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy;
- c) rozmyślne stworzenie dla członków grupy warunków życia, obliczonych na spowodowanie ich całkowitego lub częściowego zniszczenia fizycznego;
- d) stosowanie środków, które mają na celu wstrzymanie urodzin w obrębie grupy;
- e) przymusowe przekazywanie dzieci członków grupy do innej grupy.

Wreszcie art. 5 dotyczący zbrodni przeciwko ludzkości wylicza następujące zbrodnie, jeżeli zostały one popełnione przeciwko jakiejkolwiek ludności cywilnej podczas konfliktu zbrojnego, niezależnie od tego, czy konflikt miał charakter międzynarodowy czy wewnętrzny:

- a. zabójstwo;
- b. eksterminacja;
- c. niewolnictwo;
- d. deportacja;
- e. uwięzienie;
- f. torturowanie;
- g. zgwałcenie;
- h. prześladowanie z powodów politycznych, rasowych i religijnych;
- i. inne czyny nieludzkie⁴.

2. Test ogólnej kontroli w wybranych orzeczeniach MTKJ

2.1. Sprawa *Tadicia* i sprawa militarnych i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui (MTS)

W sprawie *Tadicia* Trybunał badał poszczególne postanowienia Statutu MTKJ i źródła międzynarodowego prawa zwyczajowego, aby stwierdzić, czy działania oskarżonego naruszyły te postanowienia⁵. Izba Orzekająca MTKJ potwierdziła, że art. 2 Statutu dotyczący ciężkich naruszeń Konwencji genewskich odzwierciedla prawo zwyczajowe i znajduje zastosowanie

⁴ Statut MTKJ jest dostępny [w:] M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów* (uzupełnienie i redakcja M. Gąska E. Mikos-Skuzza), Warszawa 2003, s. 522-530.

⁵ Orzeczenie jest dostępne na stronie internetowej MTKJ: <http://www.icty.org/> (dostęp: 01.03.11). W dalszej części artykułu powołując się na kolejne orzeczenia autora korzystała z tej strony internetowej. *Prokurator przeciwko D. Tadicowi, Izba Orzekająca 1997, § 576.*

w omawianej sprawie *Tadicia*⁶. Izba uznała więc, że Konwencje genewskie są źródłem międzynarodowego prawa zwyczajowego (odzwierciedlają to prawo), a ich zastosowanie nie narusza zasady *nullum crimen sine lege*. Zastosowanie art. 2 Statutu jest jednak ograniczone do zbrodni przeciwko osobom chronionym lub chronionej własności. W omawianej sprawie każda z ofiar zarzucanych zbrodni była osobą cywilną ujętą w trakcie konfliktu zbrojnego w Bośni i Hercegowinie. Ich status prawny był regulowany przez art. 4 IV Konwencji genewskiej o ochronie ludności cywilnej w czasie wojny. Przepis ten definiuje osoby cywilne znajdujące się pod ochroną Konwencji („osoby chronione”) jako: „Osoby, które kiedykolwiek i w jakikolwiek sposób znalazły się w razie konfliktu lub okupacji we władzy jednej ze Stron w konflikcie lub Mocarstwa okupacyjnego, których nie są obywatelami”. Kluczową jest odpowiedź na pytanie, czy ofiary przez cały istotny czas (maj-lipiec 1992 r.) znajdowały się w rękach strony konfliktu lub mocarstwa okupacyjnego, których nie były obywatelami. W sformułowaniu art. 4 IV Konwencji genewskiej zawarte są trzy wymogi. Pierwsze dwa obejmują konieczność znajdowania się ofiar „we władzy” „strony konfliktu lub Mocarstwa okupacyjnego”. Po trzecie, osoba cywilna nie może być obywatelem strony konfliktu lub Mocarstwa okupacyjnego, we władzy których się znajduje⁷.

Analizując poszczególne wymogi, Trybunał odwołał się do *Komentarza MKCK do IV Konwencji genewskiej*, który zawiera szeroką definicję terminu „we władzy”. Nie oznacza on tylko znajdowania się bezpośrednio w rękach wroga, na takiej zasadzie jak więzień w zakładzie karnym. Sam fakt przebywania na terytorium strony konfliktu lub na terytorium okupowanym wskazuje na podleganie takiej władzy. Innymi słowy, termin „we władzy” niekoniecznie musi być rozumiany w sensie dosłownym – fizycznego pozostawania „we władzy”. Oznacza to jedynie, że dana osoba znajduje się na terytorium kontrolowanym przez jedną ze stron konfliktu zbrojnego; tę, której obywatelstwa nie posiada⁸.

Jeśli chodzi o wymóg nieposiadania obywatelstwa strony, we władzy której ofiary się znajdowały, to Trybunał stwierdził, że Republika Serbska i jej siły zbrojne były – przynajmniej od dnia 19 maja 1992 r. (dnia wycofania się wojsk Federalnej Republiki Jugosławii) – oddziałami odrębnymi od Federalnej Republiki Jugosławii (Serbii i Czarnogóry) i jej sił zbrojnych. Jednak stosownie do prawa zwyczajowego, również działania osób, grup lub organizacji mogą być przypisane państwu, pod warunkiem, że działają one jako *de facto* organy tego państwa⁹. Nie jest to jedyny możliwy przypadek przypisania działań państwu. Należy

⁶ *Ibidem*, § 577.

⁷ *Ibidem*, § 578.

⁸ *Ibidem*, § 579.

⁹ *Ibidem*, § 584.

w tym miejscu przypomnieć regułę atrybucji zawartą w art. 5 projektu KPM Konwencji o odpowiedzialności państw za czyny międzynarodowo bezprawne, zgodnie z którym państwo odpowiada za działania osób i instytucji, które mimo że nie są organami państwa, to jednak wykonują elementy władzy państwowej pod warunkiem, że działają w wykonaniu tej kompetencji w momencie dokonania aktu niedozwolonego oraz z art. 8, stosownie do którego państwo jest także odpowiedzialne za działania osób lub grup osób kierowanych lub kontrolowanych przez to państwo. W opinii Trybunału jugosłowiańskiego, po dniu 19 maja 1992 r. siły zbrojne Republiki Serbskiej nie mogły być jednak uważane za *de facto* organy Federalnej Republiki Jugosławii, ponieważ wojska tej ostatniej wycofały się z Bośni i Hercegowiny, a tym samym ich kontrola ustała. Izba Orzekająca uznała, że ofiary zarzucanych oskarżonemu zbrodni (tj. bośniaccy Muzułmanie) posiadały obywatelstwo strony konfliktu, w której władzy się znajdowały (tj. bośniackich Serbów). Dlatego też, każda z ofiar korzystała tylko z ochrony wspólnego dla czterech Konwencji genewskich art. 3 mającego zastosowanie do wszystkich rodzajów konfliktów zbrojnych, a nie ochrony przepisów zabraniających popełniania ciężkich naruszeń Konwencji genewskich z art. 2 Statutu¹⁰. Konsekwencją tego wniosku jest stwierdzenie, że skoro art. 2 Statutu stosuje się tylko do czynów popełnionych przeciwko osobom chronionym w znaczeniu Konwencji genewskiej i skoro żadna z ofiar-osób cywilnych nie była we władzy strony konfliktu, której obywatelstwa nie miała, oskarżony musi zostać uznany niewinnym zarzutów, które opierają się na tym artykule¹¹.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że zagadnienie przypisania działań państwu było poruszane przez MTS w orzeczeniu w sprawie *militarnych i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui* z 1986 r. Podczas gdy sprawa *Nikaragui* dotyczyła odpowiedzialności państwa za naruszenie *inter alia* międzynarodowego prawa humanitarnego, to sprawa *Tadicia* ma inny wymiar – dotyczy odpowiedzialności jednostki za naruszenie prawa humanitarnego. W sprawie *Nikaragui* MTS stwierdził, że udział USA, nawet jeśli dominujący bądź decydujący w finansowaniu, organizowaniu, szkoleniu, materialnym wspieraniu i wyposażaniu *contras*, wybór ich militarnych bądź paramilitarnych celów oraz planowanie całości ich operacji jest nadal sam w sobie niewystarczający do uznania działań *contras* za przypisywalne USA; tym samym, USA nie ponoszą odpowiedzialności za działania *contras*. Wszystkie formy, jakie przybrało amerykańskie uczestnictwo w działaniach w Nikaragui bez dalszych dowodów nie oznaczają, że USA kierowały lub popełniały czyny naruszające prawa człowieka bądź międzynarodowe prawo

¹⁰ *Ibidem*, § 607.

¹¹ *Ibidem*, § 608.

humanitarne. Aby można było te działania przypisać USA, a tym samym pociągnąć je do odpowiedzialności, należałoby udowodnić, że USA sprawowały „efektywną kontrolę” (*effective control*) nad militarnymi i paramilitarnymi działaniami, w czasie których doszło do naruszenia prawa¹². Jednakże, fakty sprawy w przypadku Nikaragui były różne od tych w omawianej sprawie *Tadicia*¹³.

Sędzia G. McDonald w swojej opinii odrębnej do orzeczenia w sprawie *Tadicia* nie zgodziła się z wnioskiem MTKJ o niemożności zastosowania art. 2 Statutu MTKJ. W jej opinii konflikt zbrojny miał charakter międzynarodowy, a Izba Orzekająca MTKJ błędnie zastosowała test efektywnej kontroli z orzeczenia MTS w sprawie *Nikaragui*, który wymaga zastosowania wspomnianego testu tylko w przypadku, gdy nie jest możliwe spełnienie tzw. warunku związku funkcjonariusza państwowego z państwem (*agency relationship*), który powoduje, że państwo ponosi odpowiedzialność za zachowanie takiego funkcjonariusza. W sprawie *Tadicia* – zdaniem sędzi McDonald – warunek związku funkcjonariusza państwowego z państwem został spełniony, gdyż siły serbskie działały na rzecz Federalnej Republiki Jugosławii¹⁴. Izba Orzekająca nie powinna była w ogóle stosować testu z orzeczenia MTS, przede wszystkim z powodu zupełnie różnego stanu faktycznego (odpowiedzialność państwa a określenie charakteru konfliktu zbrojnego).

Najważniejsze zarzuty odnośnie do wyroku Izby Orzekającej w sprawie *Tadicia* wysunęła Prokuratura. Jako pierwszy zarzut Prokuratura podniosła, że ustalenie przez Izbę Orzekającą, że ofiary nie były „osobami chronionymi” stosownie do art. 2 Statutu MTKJ było błędne. Zdaniem Prokuratury, kryteria z art. 2 zostały spełnione, a w konsekwencji Izba Orzekająca wydała błędne orzeczenie, opierając się tylko na teście efektywnej kontroli znanym z orzeczenia MTS w sprawie *militarnych i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui* w celu ustalenia zastosowalności przepisów Konwencji genewskich dotyczących ciężkich naruszeń. W opinii Prokuratury, Izba Orzekająca powinna była zastosować przepisy Konwencji genewskich i istotne zasady międzynarodowego prawa humanitarne w oparciu o test „widocznego powiązania” (*demonstrable link*), a nie efektywnej kontroli¹⁵. Test „widocznego powiązania” wydaje się mniej rygorystyczny niż efektywnej kontroli i wymaga wykazania istnienia faktycznego związku między sprawcą a stroną konfliktu zbrojnego. Nie jest konieczna np. wyraźna auto-

¹² Orzeczenie MTS w sprawie *militarnej i paramilitarnej działalności w i przeciwko Nikaragui* (Nikaragua przeciwko USA) 1986, § 115.

¹³ Prokurator przeciwko D. Tadićowi, Izba Orzekająca 1997, § 585-587.

¹⁴ Prokurator przeciwko D. Tadićowi, Izba Orzekająca 1997, opinia odrębna A. McDonald (*The Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) effectively controlled VRS*).

¹⁵ Prokurator przeciwko D. Tadićowi, Izba Apelacyjna 1999, § 68-69.

ryzacja dla sił nieregularnych, w skład których wchodzi sprawca od strony w konflikcie¹⁶, choć byłby to najbardziej oczywisty dowód takiego powiązania. Jednak sytuacje tego typu bardzo rzadko zdarzają się w praktyce. O powiązaniu faktycznym świadczyć może materialna i/ lub militarna pomoc od strony w konflikcie. Stanowi to swoistą autoryzację dorozumianą (*implicite*).

Izba Apelacyjna MTKJ stwierdziła w wyroku z dnia 15 lipca 1999 r., że dla zastosowania art. 2 Statutu konieczne jest spełnienie następujących warunków: musiał istnieć międzynarodowy konflikt zbrojny a osoby, przeciwko którym zostały popełnione ciężkie naruszenia, były osobami chronionymi¹⁷. Nie ulega wątpliwości, że konflikt zbrojny ma międzynarodowy charakter, jeśli zachodzi między dwoma lub więcej państwami. Konflikt wewnętrzny trwający na terytorium jednego państwa może się przekształcić w konflikt zbrojny międzynarodowy, jeśli inne państwo podejmie zbrojną interwencję w tym konflikcie lub jeśli uczestnicy wewnętrznego konfliktu zbrojnego działają w imieniu tego innego państwa¹⁸. Izba Apelacyjna potwierdziła ustalenia Izby Orzekającej w zakresie charakteru konfliktu zbrojnego przed dniem 19 maja 1992 r., a więc potwierdziła jego międzynarodowy charakter. Niejasne było natomiast, czy po tej dacie konflikt nadal miał charakter międzynarodowy, czy stał się niemiędzynarodowy. Kwestia ta dotyczy odpowiedzi na pytanie, czy siły bośniackich Serbów, w rękach których znajdowały się ofiary, bośniaccy Muzułmanie, działały *de iure* lub *de facto* jako organy obcego państwa, Federalnej Republiki Jugosławii doprowadzając w ten sposób do trwania konfliktu zbrojnego, który nadal miał charakter międzynarodowy (ze względu na udział obcego państwa)¹⁹.

Izba Apelacyjna musiała określić kryteria prawne dla ustalenia, że w konflikcie zbrojnym o charakterze niemiędzynarodowym siły zbrojne mogą być uważane za działające w imieniu obcego państwa, a tym samym kryteria zmieniające charakter konfliktu zbrojnego w międzynarodowy. Innymi słowy, Trybunał musiał określić warunki, zgodnie z którymi takie siły można zrównać z organami państwa innego niż to, na terytorium którego siły te się znajdują i prowadzą działania²⁰. Punktem wyjścia dla tych ustaleń były warunki kombatanckie (kryteria legalnego kombatanta) z III Konwencji genewskiej o traktowaniu jeńców wojennych z 1949 r. Zgodnie z III Konwencją genewską, milicje lub grupy paramilitarne mogą być uznane za kombatantów (po ujęciu jeńców wojennych), jeśli stanowią część sił zbrojnych strony w konflikcie (art. 4A(1)) lub należą do strony

¹⁶ Tak: *Komentarz MKCK do III Konwencji genewskiej*, s. 57.

¹⁷ *Prokurator przeciwko D. Tadiciowi, Izba Apelacyjna 1999*, § 86.

¹⁸ *Ibidem*, § 84.

¹⁹ *Ibidem*, § 87.

²⁰ *Ibidem*, § 91.

w konflikcie i spełniają cztery wyraźnie wymienione warunki (art. 4A(2)). Warunki te obejmują: osobę odpowiedzialną za swych podwładnych; stały i dający się z daleka rozpoznać znak rozpoznawczy; jawne noszenie broni oraz przestrzeganie w swych działaniach praw i zwyczajów wojny²¹. Jednym z następstw przepisu art. 4 III Konwencji genewskiej jest fakt, że jeśli w konflikcie zbrojnym siły paramilitarne należą do państwa innego niż to, przeciwko któremu walczą, to konflikt ma charakter międzynarodowy i znajduje zastosowanie reżim „ciężkich naruszeń” Konwencji genewskich²².

Izba Apelacyjna w sprawie *Tadicia* zauważyła, że aby siły nieregularne kwalifikowały się jako kombatancki, prawo międzynarodowe wymaga sprawowania kontroli nad nimi przez stronę międzynarodowego konfliktu zbrojnego oraz zależności i podporządkowania tych sił w stosunku do tej strony konfliktu. Te elementy składałyby się na kryterium przynależności do strony w konflikcie²³. Ten wniosek wpisuje się w logikę międzynarodowego prawa humanitarnego, które – jak słusznie stwierdziła Izba Apelacyjna – nie opiera się na formalistycznych postulatach, lecz jest raczej realistycznym zbiorem praw opartym na zasadzie efektywności. Prawo humanitarne nakłada odpowiedzialność nie tylko na osoby formalnie (oficjalnie) dzierżące władzę, lecz także na takie, które dzierżą ją *de facto* lub sprawują kontrolę nad sprawcami poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego. Stąd też, w sprawach takich jak *sprawa Tadicia*, aby powstała odpowiedzialność międzynarodowa osoby fizycznej potrzebny jest pewien stopień kontroli strony w konflikcie nad sprawcami²⁴. Międzynarodowe prawo humanitarne nie zawiera żadnych specyficznych kryteriów ustalenia, kiedy grupa osób może być uważana za znajdującą się pod kontrolą państwa. Należy się więc odwołać do prawa międzynarodowego w ogólności²⁵. Można wskazać w tym miejscu przede wszystkim orzeczenie MTS w *sprawie militarnych i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui*.

W orzeczeniu tym został przyjęty wysoki stopień kontroli. W tej sprawie MTS opowiedział się za regułą, że generalna sytuacja zależności i wspierania nie stanowi wystarczającego warunku przypisania zachowania państwu. Podnosi się często, że sprawa przed MTS dotyczyła odpowiedzialności międzynarodowej państwa, a nie – jak w *sprawie Tadicia* – indywidualnej odpowiedzialności karnej²⁶. Jednak zdaniem Izby Apelacyjnej, nie chodzi w tym przypadku

²¹ *Ibidem*, § 92.

²² *Ibidem*, § 92.

²³ *Prokurator przeciwko D. Tadicowi*, Izba Apelacyjna 1999, § 94.

²⁴ *Ibidem*, § 96.

²⁵ *Ibidem*, § 98.

²⁶ *Ibidem*, §100-101.

o rozróżnienie dwóch rodzajów odpowiedzialności. W sprawie *Tadicia* istotna jest wstępna kwestia warunków, których spełnienie jest konieczne dla uznania w prawie międzynarodowym jednostki za organ *de facto* państwa. W niektórych przypadkach w zależności od kontekstu sprawy (badanie odpowiedzialności międzynarodowej państwa lub osoby fizycznej) spełnienie tych warunków, czyli przypisanie państwu działań jednostek będących jego organami *de facto* (działań obejmujących naruszenie prawa międzynarodowego) spowoduje międzynarodową odpowiedzialność państwa, a w innych nada konfliktowi zbrojnemu międzynarodowy charakter²⁷.

Prawo międzynarodowe czyni państwo odpowiedzialnym za czyny naruszające to prawo popełnione po pierwsze, przez osoby fizyczne mające status organów tego państwa (nawet jeśli organ działa *ultra vires*); po drugie, przez jednostki, które tworzą zorganizowane grupy znajdujące się pod kontrolą tego państwa. Takie jest stanowisko prawa międzynarodowego bez względu na to, czy państwo wydało konkretne instrukcje takim jednostkom²⁸. Można dodać, że poza wskazaną przez Izbę Apelacyjną kwestią kryteriów umiędzynarodowienia konfliktu zbrojnego, różny stan faktyczny w sprawach *Tadicia* i *militarnych i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui* wyrażał się również we wspomnianych dwóch rodzajach odpowiedzialności – międzynarodowej państwa i karnej osoby fizycznej.

Izba Apelacyjna MTKJ stwierdziła, że normy prawa międzynarodowego nie zawsze wymagają tego samego stopnia kontroli ze strony państwa nad uzbrojonymi grupami lub osobami prywatnymi w celu określenia, czy osoba nie będąca funkcjonariuszem państwowym może być uważana za organ *de facto* tego państwa. Konieczny zakres kontroli państwa jest zróżnicowany. Dla ustalenia, czy pojedyncza osoba prywatna lub niezorganizowana militarnie grupa działała jako organ *de facto* państwa przy podejmowaniu danego czynu, konieczne jest stwierdzenie, że konkretne instrukcje skierowane do tej osoby lub grupy, a dotyczące popełnienia danego czynu, zostały wydane. Alternatywnie należy wykazać, że bezprawny czyn został publicznie uznany lub zaakceptowany *ex post facto* przez państwo. Natomiast kontrola państwa nad podporządkowanymi siłami zbrojnymi, milicją lub oddziałami paramilitarnymi może mieć ogólny charakter, lecz musi oznaczać coś więcej niż zwykłe dostarczanie pomocy finansowej, wyposażenia wojskowego lub szkolenia. Wymóg ten nie obejmuje jednak wydawania konkretnych rozkazów przez to państwo lub kierowania przez nie każdą poszczególną operacją. Prawo międzynarodowe nie zawiera wymogu, aby władze państwowe planowały wszystkie operacje oddziałów im podległych, wybierały cele wojskowe lub też

²⁷ *Ibidem*, §104.

²⁸ *Ibidem*, §123.

wydawały instrukcje dotyczące prowadzenia operacji wojskowych i popełniania zarzucanych naruszeń prawa humanitarnego. Kontrola wymagana przez prawo międzynarodowe może być wystarczająca, kiedy państwo (lub w przypadku konfliktu zbrojnego – strona konfliktu) odgrywa rolę w organizowaniu, koordynowaniu lub planowaniu działań zbrojnych²⁹. Należy także zauważyć, że zgodnie z art. 11 projektu KPM Konwencji o zasadach odpowiedzialności państw za czyny międzynarodowo bezprawne, odpowiedzialność państwa powstaje również, gdy państwo to uznaje dane działanie za swoje. Nawet, jeśli działań tych pierwotnie nie można przypisać państwu to poprzez fakt uznania ich za swoje państwo ponosi za nie odpowiedzialność. Dotyczy to bardzo często działań osób prywatnych³⁰.

W konkluzji orzeczenia w *sprawie Tadicia*, Izba Apelacyjna MTKJ uznała, że stopień kontroli nad zorganizowanymi podporządkowanymi siłami zbrojnymi, milicją lub oddziałami paramilitarnymi wymagany przez prawo międzynarodowe (w tym przypadku kontroli Federalnej Republiki Jugosławii nad siłami zbrojnymi bośniackich Serbów) dla uznania konfliktu zbrojnego za międzynarodowy można określić jako „ogólną kontrolę” (*overall control*). Taka „ogólna kontrola” obejmuje coś więcej niż tylko finansowanie i wyposażanie takich sił. Konieczny jest również udział państwa w planowaniu i nadzorowaniu operacji wojskowych. Natomiast prawo międzynarodowe nie wymaga, aby taka kontrola obejmowała wydawanie konkretnych rozkazów lub instrukcji dotyczących operacji wojskowych, bez względu na to, czy takie operacje naruszałoby międzynarodowe prawo humanitarne. Podkreślam, że instrukcje takie są wymagane w odniesieniu do działań pojedynczych osób lub niezorganizowanych grup.

W *sprawie Tadicia* test ogólnej kontroli został spełniony. W okresie czasu istotnym dla tej sprawy tj. 1992 r. siły zbrojne Republiki Serbskiej należy uznać za działające pod ogólną kontrolą i w imieniu Federalnej Republiki Jugosławii. Dlatego też, po dacie 19 maja 1992 r. konflikt zbrojny w Bośni i Hercegowinie pomiędzy bośniackimi Serbami walczącymi w imieniu Federalnej Republiki Jugosławii a władzami centralnymi Bośni i Hercegowiny musi zostać uznany za międzynarodowy³¹. Armia jugosłowiańska nie tylko zapewniała wsparcie finansowe, logistyczne i inne, lecz także brała udział w kierowaniu, koordynowaniu i nadzorowaniu działań i operacji Armii Republiki Serbskiej³².

²⁹ *Ibidem*, § 137.

³⁰ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge 2002, s. 121.

³¹ *Prokurator przeciwko D. Tadiciowi*, Izba Apelacyjna 1999, § 145, 147 i 162.

³² *Ibidem*, § 156.

2.2. Stanowisko wybranych przedstawicieli doktryny

W poglądach przedstawicieli doktryny można zauważyć krytykę przyjęcia testu ogólnej kontroli. Według części tych przedstawicieli (m. in. E. la Haye, K. Felde, G. K. McDonald, A. Tieger, M. Wladimiroff) Izba Apelacyjna MTKJ mogła określić konflikt w Bośni i Hercegowinie jako międzynarodowy, biorąc pod uwagę orzeczenie MTS w *sprawie militarnych i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui* oraz obszerny materiał dowodowy bez wdawania się w zbędne weryfikowanie orzeczenia MTS, które to orzeczenie nie miało żadnego bądź małe znaczenie dla *sprawy Tadicia*, głównie z powodu odmiennego stanu faktycznego. W ten sposób MTKJ mógł uniknąć szkodliwego i niepotrzebnego podważania wniosków z orzeczenia głównego organu sądowniczego społeczności międzynarodowej, czyli MTS³³. Wspomniany obszerny materiał dowodowy pozwalał dojść do następujących wniosków: zmiana nazwy sił zbrojnych z Jugosławiańskiej Armii Ludowej na Armia Republiki Serbskiej nie zmieniła rzeczywistej sytuacji, zgodnie z którą nadal duża liczba serbskich sił zbrojnych pozostała w Bośni i Hercegowinie; wyraźne było udzielanie wsparcia finansowego, logistycznego i innego przez Federalną Republikę Jugosławii, jak również obowiązywały identyczne rangi i struktura w armii Federalnej Republiki Jugosławii i Armii Republiki Serbskiej; Federalna Republika Jugosławii kierowała i nadzorowała operacje Armii Republiki Serbskiej, w rezultacie operacje te odzwierciedlały strategię i taktykę przyjętą przez Federalną Republikę Jugosławii³⁴.

M. P. Scharf wskazuje na zasadnicze różnice między *sprawą militarnych i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui* a *sprawą Tadicia*. Członkowie *contras* nie byli obywatelami amerykańskimi ani członkami sił zbrojnych armii amerykańskiej; USA nie stworzyły *contras*, nawet jeśli ich liczba wzrosła pod wpływem amerykańskiej pomocy; nie było prób aneksji Nikaragui przez USA. Prze-

³³ A. Klip, G. Sluiter (red.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. Volume II. The International Criminal Tribunal Rwanda 1994-1999*, Antwerpia – Oxford – Nowy Jork 2001, s. 874. Zob. nadto: E. la Haye, *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, Cambridge 2008, s. 321. Zob. także: K. Felde, G. K. McDonald, A. Tieger, M. Wladimiroff, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, „The American University International Law Review” nr 13 (1997-1998), s. 1441-1468; M. Scharf, V. Epps, *The International Trial of the Century? A “Cross-Fire” Exchange on the First Case Before the Yugoslavia War Crimes Tribunal*, „The Cornell International Law Journal” nr 29 (1996), s. 635-664; M. R. von Sternberg, *Yugoslavian War Crimes and the Search for a New Humanitarian Order: The Case of Dusko Tadic*, „The St. John’s Journal of Legal Commentary” nr 12 (1996-1997), s. 351-384; A. Tieger, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, „The American University International Law Review” nr 13 (1997-1998).

³⁴ *Prokurator przeciwko D. Tadicowi*, Izba Apelacyjna 1999, § 151 i 155.

ciwnie, siły bośniackich Serbów zostały powołane do życia przez Federalną Republikę Jugosławii i były dowodzone przez byłych członków Jugosłowiańskiej Armii Narodowej; ci ostatni nadal otrzymywali wynagrodzenie z Belgradu. Ponadto, siły bośniackich Serbów realizowały cel Federalnej Republiki Jugosławii stosując taktykę i strategię przyjętą przez armię jugosłowiańską przed datą 19 maja 1992 r. Celem tym było przyłączenie części Bośni do Federalnej Republiki Jugosławii³⁵.

T. Meron stwierdza, że orzeczenia w *sprawie Tadicia* i *Nikaragui* są tak różne i dotyczą tak różnych stanów faktycznych, że MTKJ nie powinien być w ogóle stosować standardu efektywnej kontroli z orzeczenia MTS. Błędem było samo odwołanie się do tego testu. T. Meron dodaje, że w *sprawie Tadicia* nie chodziło o odpowiedzialność państwa. Zidentyfikowanie obcego państwa interweniującego w konflikcie było konieczne tylko dla określenia międzynarodowego charakteru tego konfliktu. Dlatego też, problem i błąd MTKJ zarazem polegał nie na błędnej interpretacji orzeczenia w *sprawie Nikaragui*, lecz na samym odwołaniu się do niego³⁶. Opinię T. Merona należy uznać za słuszną, przede wszystkim z powodu różnego stanu faktycznego obu spraw. W konsekwencji MTKJ w ogóle nie musiał się odwoływać do orzeczenia MTS, aby dojść do wniosków, do których doszedł. Końcowy wniosek MTKJ jest słuszny, jednakże droga do niego nie do końca poprawna.

W. Czapliński również odniósł się do tego orzeczenia krytycznie. Zaproponował on, że wystarczyłoby uznanie, że upływ czasu między wydarzeniami będącymi przedmiotem oceny przez oba sądy, a także między obydwoma orzeczeniami był wystarczający, by uznać, że prawo międzynarodowe uległo zmianom i że test przyjęty przez sędziów MTS nie odpowiada współczesnemu stanowi prawa międzynarodowego³⁷.

M. Sassoli i L. Olsen z kolei obawiają się, że w rezultacie takiej rozbieżności w orzeczeniach MTS i MTKJ powstaną podwójne standardy prawne, co uznają za niekorzystne. Jednakże należy zaznaczyć, że w gruncie rzeczy obie sprawy dotyczyły innych sytuacji faktycznych, a więc trudno uznawać, że standardy mające zastosowanie powinny być takie same. Ponadto, jak wskazuje M. Boot, sam

³⁵ M. P. Scharf, *Trial and Error: An Assessment of the First Judgment of the Yugoslavia War Crimes Tribunal*, „The New York University Journal of International Law and Politics” nr 30 (1997-1998), s. 198.

³⁶ Podano za: D. B. Tyner, *Internationalization of War Crimes Prosecutions: Correcting the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia's Folly in Tadic*, „The Florida Journal of International Law” nr 18 (2006), s. 870 i 872.

³⁷ W. Czapliński, *Multiplikacja sądów międzynarodowych – szansa czy zagrożenie dla jedności prawa międzynarodowego* [w:] red. J. Kolasa, A. Kozłowski, *Rozwój prawa międzynarodowego – jedność czy fragmentacja? Konferencja Katedr Prawa Międzynarodowego, Karpacz, 10-12 maja 2006*, Wrocław 2007, s. 116.

Statut MTS nie uznaje precedensu, a więc nie ma powodu, aby orzeczenia, które nie wiążą samego MTS miały wiązać inne trybunały³⁸. Zgodnie z art. 59 Statutu MTS, orzeczenie Trybunału ma moc obowiązującą tylko między stronami i tylko w odniesieniu do danej sprawy³⁹.

Na tle orzeczenia Izby Apelacyjnej w sprawie *Tadicia* D. B. Tyner dodaje, że powiązanie państwa z konfliktem zbrojnym nie oznacza jeszcze, że państwo ponosi odpowiedzialność za popełnienie zbrodni, lecz powiązanie to jest wystarczające dla stwierdzenia istnienia międzynarodowego charakteru konfliktu zbrojnego. Innymi słowy, swego rodzaju przypisanie konfliktu państwu wystarczy dla uczynienia go międzynarodowym na cele osądzenia zbrodniarzy wojennych winnych czynów popełnionych w ramach międzynarodowego konfliktu zbrojnego, lecz nie oznacza to, że państwo musi ponosić odpowiedzialność za działania jednostek, po to, aby móc ukarać te jednostki za zbrodnie wojenne popełnione w toku międzynarodowego konfliktu zbrojnego⁴⁰. Innymi słowy, autor ten wskazuje na rozróżnienie pomiędzy dwoma zagadnieniami: internacjonalizacja konfliktu zbrojnego i odpowiedzialność państwa za działania jednostek⁴¹. W moim przekonaniu konflikt zbrojny można przypisać państwu stosując test ogólnej kontroli i wtedy ma on charakter międzynarodowy, natomiast dla przypisania działań podejmowanych w jego trakcie (także naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego) przez prywatne osoby czy grupy zbrojne należy zastosować bardziej rygorystyczny test – efektywnej kontroli. Istotne jest to, że państwo ponosi odpowiedzialność również za zaniechanie zapobieżenia określonym działaniom tj. naruszeniom prawa międzynarodowego przez osoby kontrolowane (odpowiedzialność pośrednia). Odpowiedzialność pośrednia może się przekształcić w odpowiedzialność bezpośrednią, jeżeli państwo nie podejmie stosownych kroków, w sytuacji, gdy na jego terytorium bądź pod jego kontrolą dokonano naruszenia prawa międzynarodowego⁴².

2.3. Sprawy Aleksowskiego, Blaskicia oraz Kordicia i Cerkeza

Test ogólnej kontroli został następnie przyjęty przez MTKJ w orzeczeniach w sprawach: *Aleksowskiego*, *Blaskicia* oraz *Kordicia i Cerkeza*. W sprawie

³⁸ A. Cullen, *The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law*, „The University of Miami International & Comparative Law Review” nr 12 (2004), s. 227.

³⁹ Statut MTS [w:] A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2001, s. 33-47.

⁴⁰ D. B. Tyner, *op. cit.*, s. 875.

⁴¹ *Ibidem*, s. 876.

⁴² J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu*, Toruń 2007, s. 135-136. Por. J. Crawford, *op. cit.*, s. 82.

Aleksowskiego Trybunał posłużył się testem ogólnej kontroli dla zakwalifikowania związku między armią Republiki Chorwacji a Chorwacką Radą Obrony (HVO – paramilitarną organizacją założoną przez Chorwacką Wspólnotę Demokratyczną F. Tudjmana)⁴³. W *sprawie Blaskicia* Izba Orzekająca uznała, że test ogólnej kontroli został spełniony, a konflikt zbrojny miał charakter międzynarodowy⁴⁴. Przy ocenie stopnia kontroli koniecznego do przypisania działań bośniackich Chorwatów Republice Chorwacji, Izba Orzekająca doprecyzowała czynniki, które pozwalają na stwierdzenie istnienia ogólnej kontroli; są one bardzo zróżnicowane i mogą zależeć od okoliczności każdego przypadku. Mogą to być takie czynniki, jak np. wypłacanie żołdu żołnierzom, identyczna struktura wojskowa i stopnie wojskowe w odniesieniu do armii państwa kontrolującego i kontrolowanych oddziałów lub jednostek, wspólna dla nich strategia i cele wojskowe, nadzorowanie i wydawanie dyrektyw oddziałom znajdującym się pod kontrolą innego państwa, udzielanie tym ostatnim wsparcia finansowego, logistycznego itp.⁴⁵

W *sprawie Kordicia i Cerkeza* Izba Orzekająca zastosowała test ogólnej kontroli celem oceny, czy konflikt pomiędzy bośniackimi Chorwatami a bośniackimi Muzułmanami został umiędzynarodowiony na skutek działań Chorwacji. Izba uznała, że Chorwacja sprawowała ogólną kontrolę nad Chorwacką Radą Obrony (HVO) poprzez zapewnianie jej wsparcia finansowego, szkolenia, sprzętu wojskowego i wsparcia operacyjnego oraz poprzez udział w organizacji, koordynacji i planowaniu operacji wojskowych HVO. Na tej podstawie konflikt zbrojny między Chorwacką Radą Obrony a armią Bośni i Hercegowiny został umiędzynarodowiony⁴⁶.

Natomiast w orzeczeniu Izby Apelacyjnej MTKJ w *sprawie Kordicia i Cerkeza* z dnia 17 grudnia 2004 r. analizując test ogólnej kontroli Izba po raz pierwszy wskazała w sposób pozytywny, jakie warunki muszą być spełnione, aby test ten również został spełniony. Wcześniej Trybunał przyjął podejście negatywne i wskazywał, jakie kryteria nie muszą być realizowane. W tym orzeczeniu Izba Apelacyjna uznała test ogólnej kontroli za właściwy w przeciwieństwie do testu efektywnej kontroli zastosowanego przez MTS⁴⁷. Elementy konieczne testu ogólnej kontroli to: po pierwsze, dostarczanie przez państwo pomocy finansowej i pomocy w szkoleniu, wyposażenia wojskowego i wsparcia operacyjnego oraz po dru-

⁴³ *Prokurator przeciwko Z. Aleksowskiemu*, Izba Apelacyjna 2000, § 134.

⁴⁴ *Prokurator przeciwko T. Blaskiciowi*, Izba Orzekająca 2000, § 122.

⁴⁵ *Ibidem*, § 94, 100-101, 113, 122-123.

⁴⁶ *Prokurator przeciwko D. Kordiciowi i M. Cerkezowi*, Izba Orzekająca 2001, § 145.

⁴⁷ *Prokurator przeciwko D. Kordiciowi, M. Cerkezowi*, Izba Apelacyjna 2004, § 300-

gie, udział państwa w organizowaniu, koordynowaniu i planowaniu operacji wojskowych⁴⁸. Należy zauważyć, że Izba Apelacyjna sprecyzowała treść testu ogólnej kontroli poprzez wskazanie podanych wyżej warunków. Jak stwierdza D. B. Tyner, wcześniej Trybunał określał, co nie jest konieczne dla stwierdzenia istnienia ogólnej kontroli tj. bezpośrednie rozkazy od państwa⁴⁹. Autor ten sugeruje, że ten dwuczłonowy test ogólnej kontroli jest zbyt wymagający, gdyż – w jego opinii – powinno wystarczyć spełnienie jednego z tych dwóch warunków dla umiędzynarodowienia konfliktu zbrojnego⁵⁰. Innymi słowy, dla uznania konfliktu zbrojnego za międzynarodowy wystarczające jest samo dostarczanie przez państwo pomocy finansowej i pomocy w szkoleniu, wyposażenia wojskowego i wsparcia operacyjnego albo tylko udział państwa w organizowaniu, koordynowaniu i planowaniu operacji wojskowych. Nie powinno być konieczne spełnienie tych warunków łącznie jak uznała Izba Apelacyjna w *sprawie Kordicia i Cerkeza*. W moim przekonaniu wniosek Izby Apelacyjnej jest słuszny, gdyż potraktowanie tych warunków oddzielnie pozwałoby na uznanie zbyt dużej liczby sytuacji za międzynarodowe konflikty zbrojne. O ile można stwierdzić, że spełnienie jedynie drugiego elementu – udziału państwa w organizowaniu, koordynowaniu i planowaniu operacji wojskowych jest wystarczające dla uznania międzynarodowego charakteru konfliktu zbrojnego, o tyle należy wyrazić wątpliwość, czy równie wystarczające jest spełnienie tylko pierwszego elementu – dostarczania przez państwo pomocy finansowej i pomocy w szkoleniu, wyposażenia wojskowego i wsparcia operacyjnego.

2.4. Sprawa zastosowania Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa (Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze, MTS)

Odnosnie do testu efektywnej i ogólnej kontroli należy przywołać również orzeczenie MTS w *sprawie zastosowania Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa (Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze)* z 2007 r., w którym Trybunał miał okazję wypowiedzieć się na temat relacji tych dwóch testów. W celu przypisania ludobójstwa Serbii i stwierdzenia jej odpowiedzialności MTS uznał, że właściwy jest test efektywnej kontroli z orzeczenia w *militarnych*

⁴⁸ *Ibidem*, § 361.

⁴⁹ Zob.: D. B. Tyner, *op .cit.*, s. 862-863.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 877-878. Autor ten podaje w swoim artykule cztery wariacje zastosowania tych dwóch warunków, a mianowicie, kiedy są spełnione oba warunki, kiedy jest spełniony tylko pierwszy warunek, tylko drugi, bądź żaden z nich oraz rozważa bardzo interesujący przykład ingerencji w konflikt dwóch różnych państw, z których jedno realizuje warunek pierwszy, a drugie drugi (bądź odwrotnie). Autor próbuje odpowiedzieć na pytania czy wtedy również ma miejsca umiędzynarodowienie konfliktu zbrojnego oraz proponuje własne w tym zakresie rozwiązanie. Więcej zob.: *ibidem*, s. 880-885.

i paramilitarnych działań w i przeciwko Nikaragui. MTS dodał, że test ogólnej kontroli ze sprawy *Tadicia* został przez MTKJ przyjęty w innym kontekście – w celu określenia charakteru konfliktu zbrojnego na potrzeby pociągnięcia jednostki do odpowiedzialności karnej. Uznał przy tym test ogólnej kontroli za jednakowo ważny, lecz zwyczajnie przyjęty na inne potrzeby i w innym kontekście⁵¹. Na podstawie testu efektywnej kontroli MTS stwierdził, że ludobójstwo w Srebrenicy zostało popełnione przez siły, które nie były ani *de iure* ani *de facto* organami Serbii. Siły te nie działały stosownie do instrukcji Serbii ani pod jej kierownictwem czy efektywną kontrolą, dlatego też Trybunał uznał, że Serbia nie popełniła ludobójstwa, lecz jedynie naruszyła obowiązek zapobiegania ludobójstwu i jego karania⁵².

3. Status osób chronionych w wybranych orzeczeniach MTKJ

Dla zastosowania art. 2 Statutu MTKJ nie wystarczy spełnienie pierwszego z dwóch warunków z art. 2 Statutu MTKJ czyli umiędzynarodowienia konfliktu zbrojnego. Dlatego też Trybunał ustalał ponadto status ofiar zbrodni wojennych jako osób chronionych przez Konwencje genewskie z 1949 r.

3.1. Sprawa *Tadicia*

W sprawie *Tadicia* Izba Apelacyjna analizując status ofiar odwołała się do art. 4 (1) IV Konwencji genewskiej, który definiuje „osoby chronione” przez tę Konwencję. IV Konwencja genewska ma na celu ochronę osób cywilnych (na terytorium nieprzyjaciela, na terytorium okupowanym lub w strefie walki), które nie mają obywatelstwa strony wojującej lub które są bezpaństwowcami. Jak zauważyła Izba Apelacyjna, IV Konwencja genewska chroni również osoby cywilne na okupowanym terytorium, które mimo formalnego posiadania obywatelstwa państwa, w którego władzy się znajdują są uchodźcami i stąd nie są zobowiązane do wierności wobec tego państwa-strony⁵³. Izba Apelacyjna podkreśliła więc, że już w 1949 r. prawny węzeł obywatelstwa nie był uważany za decydujący przy określaniu statusu chronionych osób cywilnych. Należy przywołać orzeczenie MTS z 1955 r. w sprawie *Nottebohma (Liechtenstein przeciwko Gwatemali)*, w którym Trybunał określił obywatelstwo jako węzeł prawny, u którego podstaw leży społeczny fakt przywiązania, prawdziwa solidarność bytu, interesów, uczuć połączona z wzajemnością praw i obowiązków⁵⁴.

⁵¹ Orzeczenie MTS w sprawie zastosowania Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa (*Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze*) 2007, § 396-406.

⁵² *Ibidem*, § 413-415; 425-450. Orzeczenie to analizuje: D. Turns, *op. cit.*, s. 398-427.

⁵³ *Prokurator przeciwko D. Tadicowi*, Izba Apelacyjna 1999, § 163-164.

⁵⁴ Orzeczenie MTS w sprawie *Nottebohma (Liechtenstein przeciwko Gwatemali)* z 1955 r. dostępne na stronie internetowej: <http://www.icj-cij.org/>; s. 23.

W art. 4 (2) IV Konwencji genewskiej poza kwestią obywatelstwa wzięto pod uwagę istnienie lub nieistnienie stosunków dyplomatycznych i opieki dyplomatycznej. Obywatele mocarstw neutralnych lub współwojujących nie są traktowani jako „osoby chronione” tak długo, jak długo korzystają z opieki dyplomatycznej państwa swego obywatelstwa⁵⁵.

Izba Apelacyjna w *sprawie Tadicia* uznała, że podejście zawarte w art. 4 IV Konwencji genewskiej opierające się na trwałych, rzeczywistych związkach łączących osobę chronioną z państwem-stroną konfliktu zbrojnego, a nie na formalnych więziach sprowadzających się do posiadania formalnie tylko obywatelstwa państwa-strony konfliktu staje się coraz ważniejsze we współczesnych międzynarodowych konfliktach zbrojnych. Tradycyjnie wojny były toczone między państwami. Obecnie w rezultacie międzyetnicznych konfliktów zbrojnych jak ten w byłej Jugosławii powstają nowe państwa i to pochodzenie etniczne bardziej niż obywatelstwo decyduje o wierności i posłuszeństwie wobec państwa. Innymi słowy, pochodzenie etniczne może pozwolić określić wierność i posłuszeństwo narodowe. W takich warunkach wymóg obywatelstwa jest jeszcze mniej adekwatny dla określenia statusu „osób chronionych”⁵⁶. Izba Apelacyjna słusznie stanęła na stanowisku, że węzeł obywatelstwa nie może być dłużej uważany za decydujące kryterium dla określenia statusu osób chronionych przez IV Konwencję genewską. Biorąc pod uwagę wskazaną wyżej definicję obywatelstwa z orzeczenia MTS w *sprawie Nottebohma* wnioszek taki należy uznać za słuszny. Obywatelstwo nie powinno być traktowane jedynie w kategoriach formalnych, lecz jako rzeczywisty węzeł łączący osobę fizyczną z państwem. W konsekwencji w sytuacjach takich jak konflikt w byłej Jugosławii to właśnie wspomniane pochodzenie etniczne w większym stopniu określa przynależność do danego państwa, okazywane mu wierność i posłuszeństwo.

W *sprawie Tadicia* sprawcy – bośniaccy Serbowie mieli to samo obywatelstwo co ofiary – bośniaccy Muzułmanie, tzn. byli obywatelami Bośni i Hercegowiny. Jednak wykazano, że siły bośniackich Serbów działały jako organy *de facto* innego państwa, Federalnej Republiki Jugosławii. Dlatego też warunek z art. 4 IV Konwencji genewskiej został spełniony: ofiary były „osobami chronionymi”, gdyż znajdowały się we władzy sił zbrojnych państwa, którego nie byli obywatelami. W konsekwencji tych ustaleń Izba Apelacyjna uznała, że Izba Orzekająca popełniła błąd stwierdzając, że art. 2 Statutu MTKJ nie miał zastosowania (wobec niespełnienia warunków w nim zawartych – brak międzynarodowego konfliktu zbrojnego, co pociąga za sobą niemożność zastosowania koncepcji osób chronionych)

⁵⁵ *Prokurator przeciwko D. Tadicowi*, Izba Apelacyjna 1999, § 165.

⁵⁶ *Prokurator przeciwko D. Tadicowi*, Izba Apelacyjna 1999, § 166.

i uznając oskarżonego niewinnym ciężkich naruszeń IV Konwencji genewskiej⁵⁷.

Jak słusznie wskazuje T. Meron po lekturze tego orzeczenia, w interpretowaniu prawa celem powinno być unikanie paraliżowania procesu prawnego stosowania tego prawa tak dalece jak to możliwe, a w przypadku konwencji prawa humanitarnego umożliwienie im osiągnięcia ich ochronnych celów⁵⁸. W rezultacie przywiązywania znaczenia do rzeczywistej przynależności czy też podlegania państwu, a nie formalnego węzła obywatelstwa, w przypadku kiedy strona wojująca ujmuje swoich obywateli, którzy podlegają innej stronie konfliktu, osoby takie mają status osób chronionych w rozumieniu IV Konwencji genewskiej⁵⁹. Z poglądem tym należy się zgodzić, podobnie jak z samym orzeczeniem Izby Apelacyjnej MTKJ w sprawie *Tadicia*.

3.2. Sprawa Delalicia, Mucicia, Delicia i Landzo

W sprawie *Delalicia, Mucicia, Delicia i Landzo* Izba Orzekająca próbując ustalić status ofiar rozważała czy kwalifikowały się one albo jako osoby cywilne chronione przez IV Konwencję genewską albo jeńcy wojenni chronieni przez III Konwencję genewską. Dla tej kwalifikacji istotne było określenie charakteru konfliktu zbrojnego. Było to istotne nie tylko ze względu na status ofiar, ale również dlatego, że, jak stanowi art. 6 IV Konwencji ma ona zastosowanie od początku każdego międzynarodowego konfliktu zbrojnego aż do chwili ogólnego zakończenia działań wojennych. Podobnie, III Konwencja w art. 5 przewiduje, że ma ona zastosowanie do jeńców wojennych od chwili, gdy dostają się we władzę nieprzyjaciela aż do ich ostatecznego uwolnienia i repatriacji, co może nastąpić nawet po zakończeniu konfliktu zbrojnego⁶⁰.

Po zbadaniu stanu faktycznego i mającego zastosowanie prawa, Izba Orzekająca stwierdziła, że w momencie uznania Bośni i Hercegowiny za niepodległe państwo tj. w dniu 6 kwietnia 1992 r. toczył się w niej międzynarodowy konflikt zbrojny⁶¹.

⁵⁷ *Prokurator przeciwko D. Tadiciowi*, Izba Apelacyjna 1999, § 167 i 170.

⁵⁸ T. Meron, *War Crimes Law Comes of Age. Essays*, Oxford 1998, s. 291.

⁵⁹ J. Dingwall, *Unlawful Confinement As a War Crime: The Jurisprudence of the Yugoslav Tribunal and the Common Core of International Humanitarian Law Applicable to Contemporary Armed Conflicts*, „The Journal of Conflict and Security Law” nr 2 (2004), s. 141. Zagadnienie postępowej definicji osób chronionych porusza: S. Reeves, *The Expansive Definition of “Protected Persons” in War Crime Jurisprudence*, „The Army Lawyer” nr 5 (2009), s. 23-27.

⁶⁰ *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo*, Izba Orzekająca 1998, § 210.

⁶¹ *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo*, Izba Orzekająca 1998, § 214-215, 234.

W kwestii wymogu nieposiadania obywatelstwa strony konfliktu, we władzy której osoba chroniona się znajdowała Izba Orzekająca wyprzedziła uwagi Izby Apelacyjnej w *sprawie Tadicia* (jako że chronologicznie orzeczenie Izby Orzekającej było pierwsze). Jak stwierdziła Izba Orzekająca w *sprawie Delalicia, Mucicia, Delicia i Landzo*, tradycyjna teoria prawa międzynarodowego uznawała za jedyny podmiot tegoż prawa państwa. Stąd osoby fizyczne były przedmiotem zainteresowania prawa międzynarodowego tylko jako część państwa, z którym były związane węzłem obywatelstwa. W konsekwencji to do państwa, a nie prawa międzynarodowego należało decydowanie, kogo uznać za swego obywatela. Jednak prawo międzynarodowe odgrywa pewną rolę w tym zakresie i nakłada na państwa ograniczenia dotyczące ich dyskrecjonalnej kompetencji nadawania swego obywatelstwa. Nie można więc twierdzić, że państwo, w tym państwo-strona konfliktu zbrojnego ma w tym przedmiocie pełną swobodę. Odnośnie do IV Konwencji genewskiej zawiera ona negatywne sformułowanie, zgodnie z którym osoby mające obywatelstwo państwa, w którego władzy się znajdują, nie podlegają jej ochronie⁶².

W *sprawie Delalicia, Mucicia, Delicia i Landzo* przywołano, że konstytucja Socjalistycznej Federalnej Republiki Jugosławii (SFRJ) z 1974 r. stanowiła, że obywatel każdej z części składowych Republiki miał równocześnie obywatelstwo Republiki. Tak więc wszyscy obywatele Bośni i Hercegowiny byli również obywatelami SFRJ i pozostawali nimi aż do rozpadu tego państwa⁶³. Izba Orzekająca stanęła na stanowisku bardziej elastycznej i postępowej interpretacji art. 4 IV Konwencji genewskiej. Stwierdziła ona, że przepisy prawa krajowego dotyczące obywatelstwa nie mogą być uznawane za decydujące dla określenia statusu osób chronionych schwytanych w warunkach mających miejsce w sytuacji gwałtownej sukcesji państw (zachodzącej w warunkach konfliktu lub konfliktów zbrojnych). Izba Orzekająca podkreśliła, że celem Konwencji genewskich jest przede wszystkim ochrona jednostek, a nie interesów państwa, dlatego też ochrona ta powinna obejmować jak najszerszą kategorię osób. Byłoby sprzeczne z duchem Konwencji i negowało jej zastosowanie opieranie się tylko i wyłącznie na obywatelstwie danej osoby i pozbawienie jej – na tej podstawie – statusu osoby chronionej przez IV Konwencję genewską⁶⁴. Wniosek ten został następnie potwierdzony w orzeczeniu Izby Apelacyjnej w *sprawie Tadicia* (wyżej omówionym).

W *sprawie Delalicia, Mucicia, Delicia i Landzo* było jasnym, że ofiary zostały aresztowane i więzione głównie ze względu na ich serbską tożsamość (byli bośniackimi Serbami). Jako nie biorące aktywnego udziału w działaniach

⁶² *Ibidem*, § 247 i 250.

⁶³ *Ibidem*, § 252.

⁶⁴ *Ibidem*, § 263.

zbrojnych ofiary nie były chronione przez żadną inną Konwencję genewską, stąd też musieli podlegać ochronie IV Konwencji jako „osoby chronione” (cywilne). Według *Komentarza MKCK do artykułu 4 IV Konwencji genewskiej* „definicja osób chronionych [...] jest bardzo szeroka, na tyle, że obejmuje członków sił zbrojnych – sprawnych, rannych, chorych czy też rozbitek – którzy znaleźli się w rękach nieprzyjaciela. Traktowanie należne takim osobom zawarte jest w specjalnych Konwencjach, do których przepis odsyła. Muszą być one traktowane w sposób wskazany w tekstach, które ich dotyczą. Lecz jeśli, z jakiegokolwiek powodu, status jeńca wojennego – na przykład – nie został przyznany, osoby te stają się osobami ochronionymi w rozumieniu niniejszej Konwencji”⁶⁵. Ponadto jak zauważył – cytowany przez Izbę Orzekającą – T. Meron, „(...) interpretując prawo, powinno być naszym celem unikanie paraliżowania procesu prawnego jego stosowania, tak dalece jak to możliwe oraz – w przypadku konwencji prawa humanitarnego – umożliwienie im spełnienia ich ochronnych celów (...)”⁶⁶. Warto to sformułowanie podkreślić ponownie.

Analizując status jeńca wojennego, Izba Orzekająca stwierdziła, że art. 4 III Konwencji stawia dość rygorystyczne warunki (wskazywane wyżej), których spełnienie jest konieczne dla uzyskania tego statusu. Doszła do wniosku, że w omawianym przypadku warunki te nie zostały spełnione i ofiary nie były jeńcami wojennymi, jako iż pomimo tego, że można uznać, że uczestniczyli w działaniach zbrojnych oraz część z nich jawnie nosiła broń, to już pozostałe warunki nie zostały spełnione. Nie zostały także spełnione warunki dla uznania ofiar za *levée en masse* tj. „ludność terytorium nie okupowanego, która przy zbliżaniu się nieprzyjaciela chwytta spontanicznie za broń, aby stawić opór inwazji, a nie miała czasu zorganizować się w regularne siły zbrojne, jeżeli jawnie nosi broń i przestrzega praw i zwyczajów wojennych”⁶⁷. W kontekście statusu ofiar w orzeczeniu tym padło stwierdzenie o fundamentalnym znaczeniu, zgodnie z którym „(...) nie ma luki między Trzecią i Czwartą Konwencją Genewską. Jeżeli osoba nie jest uprawniona do ochrony Trzeciej Konwencji jako jeńiec wojenny (lub Pierwszej lub Drugiej Konwencji) on lub ona z konieczności wchodzi w zasięg Konwencji IV, pod warunkiem, że warunki z jej art. 4 zostały spełnione (...)”. Podobną uwagę można znaleźć w *Komentarzu MKCK do art. 4 IV Konwencji genewskiej*⁶⁸. Izba Orzekająca uznała więc, że zatrzymani znajdujący się w obozie Celebici byli oso-

⁶⁵ *Komentarz do IV Konwencji genewskiej*, s. 50.

⁶⁶ *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo, Izba Orzekająca* 1998, § 265-266.

⁶⁷ *Ibidem*, § 269. Art. 4 A (6) III Konwencji genewskiej.

⁶⁸ *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo, Izba Orzekająca* 1998, § 267 i 271.

bami chronionymi w znaczeniu IV Konwencji genewskiej i na tej Konwencji opierał się Trybunał badając zarzuty „ciężkich naruszeń”⁶⁹.

W ramach apelacji w *sprawie Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo* oskarżeni podnosili, że Izba Orzekająca popełniła błąd w ocenie charakteru konfliktu zbrojnego w Bośni i Hercegowinie jako międzynarodowego konfliktu zbrojnego. Drugi zarzut dotyczył określenia statusu bośniackich Serbów przetrzymywanych w obozie Celebici jako osób chronionych w rozumieniu IV Konwencji genewskiej⁷⁰. Dnia 20 lutego 2001 r. Izba Apelacyjna wydała orzeczenie, w którym potwierdziła i rozwinęła wnioski Izby Orzekającej.

Według obrony, konflikt zbrojny miał charakter niemiedzynarodowy⁷¹. Izba Apelacyjna przyjęła w *sprawie Prokurator przeciwko Tadicowi*, że dla określenia charakteru konfliktu zbrojnego jako międzynarodowego konieczna była odpowiedź na pytanie czy siły bośniackich Serbów działały jako *de iure* lub *de facto* organy innego państwa, w tym przypadku Federalnej Republiki Jugosławii. Izba przywołała ustalenia Izby Apelacyjnej z orzeczenia w *sprawie Tadicia* w zakresie testu ogólnej kontroli. Izba Apelacyjna w *sprawie Delalicia, Delicia, Mucicia i Landzo* zauważyła, że nie ma wątpliwości, że istnieją wystarczające dowody dla uznania, że przed 19 maja 1992 r. konflikt zbrojny miał charakter międzynarodowy⁷². Podobnie po tej dacie konflikt zbrojny miał charakter międzynarodowy, gdyż mimo wycofania wojsk Federalnej Republiki Jugosławii, nadal kontrolowała ona siły bośniackich Serbów⁷³. Tym samym, Izba Apelacyjna potwierdziła ustalenia Izby Orzekającej.

Izba Apelacyjna w *sprawie Delalicia, Delicia, Mucicia i Landzo* uznając, że pochodzenie etniczne może odgrywać pewną rolę w określaniu obywatelstwa ofiary na potrzeby zastosowania IV Konwencji genewskiej po raz kolejny odwołała się do orzeczenia w *sprawie Tadicia* i stwierdziła, że Izba Apelacyjna w tej ostatniej sprawie uznała wymóg obywatelstwa za nieadekwatny dla określenia statusu „osób chronionych” w warunkach współczesnych konfliktów zbrojnych, w których pochodzenie etniczne odgrywa ogromną rolę⁷⁴. Izba stwierdziła, że pozbawienie ofiar ochrony IV Konwencji genewskiej w oparciu o prawo krajowe, zgodnie z którego przepisami ofiary miały to samo obywatelstwo co osoby,

⁶⁹ *Ibidem*, § 273-274. Orzeczenie to komentuje: D. A. Mundis, *Introductory Note to ICTY: Prosecutor v. Delalić (Čelebići Case)*, „The International Legal Materials” nr 40 (2001), s. 626-628.

⁷⁰ *Prokurator przeciwko Z. Delaliciowi, Z. Muciciowi, H. Deliciowi, E. Landzo, Izba Apelacyjna* 2001, § 5.

⁷¹ *Ibidem*, § 6.

⁷² *Ibidem*, § 33.

⁷³ *Ibidem*, § 50.

⁷⁴ *Ibidem*, § 71.

które ich ujęły, jest niezgodne z celem i przedmiotem Konwencji. Cel Konwencji genewskich byłby łatwy do obalenia, gdyby zbyt duży nacisk położono na formalne więzy obywatelstwa⁷⁵. Takie podejście pozwalałoby na obchodzenie przepisów IV Konwencji genewskiej poprzez uznawanie osób będących pod kontrolą danego państwa za jego obywateli i wyłączenie zastosowania tej Konwencji. W *sprawie Tadicia* Izba Apelacyjna opierając się na podejściu teleologicznym przywiązującym wagę do celu Konwencji genewskich, a więc zapewnienia humanitarnego traktowania ofiar wojny stwierdziła, że formalne obywatelstwo nie może być w tym kontekście uważane za decydujące, natomiast pochodzenie etniczne może bardziej adekwatnie odzwierciedlać rzeczywiste więzi⁷⁶.

Kryterium obywatelstwa z art. 4 IV Konwencji genewskiej z 1949 r. powinno być określone na podstawie rzeczywistych związków, a nie w oparciu o prawną charakterystykę obywatelstwa wyłącznie według prawa krajowego. Innymi słowy, nie wystarczy wykazać, że ofiara posiada formalne obywatelstwo państwa-strony konfliktu, lecz nie korzysta z praw i nie wykonuje obowiązków stanowiących materialną treść tego obywatelstwa. Węzeł taki nie jest skuteczny. Izba Apelacyjna w *sprawie Delalicia, Delicia, Mucicia i Landzo* doprecyzowała i rozwinęła wcześniejsze uwagi, dodając, że we współczesnych konfliktach etnicznych ofiary mogą zostać zasymilowane z obcym państwem zaangażowanym w konflikt w takim znaczeniu, że można je traktować jako „obywateli” tego obcego państwa, nawet jeśli formalnie mają to samo obywatelstwo, co osoby, które ich schwytały. Takiego zabiegu dokonuje się na potrzeby zastosowania art. 4 IV Konwencji genewskiej⁷⁷. Innymi słowy, dla określenia statusu osób chronionych przez IV Konwencję genewską uznaje się, że ofiary nie miały takiego samego obywatelstwa co państwo zatrzymujące, mimo że zgodnie z prawem krajowym miały obywatelstwo tego państwa. Dlatego też Izba Orzekająca prawidłowo określiła status ofiar jako „osób chronionych” w rozumieniu IV Konwencji genewskiej⁷⁸. W konkluzji Izba Apelacyjna stwierdziła, że art. 2 Statutu MTKJ znajduje zastosowanie, a ofiary – bośniaccy Serbowie zatrzymani w obozie Celebici – muszą być uważane za będące we władzy strony konfliktu-Bosni i Hercegowiny, której nie byli obywatelami⁷⁹. Tym samym, MTKJ potwierdził i rozwinął wywody z orzeczenia w *sprawie Tadicia* w przedmiocie obywatelstwa ofiar jako elementu mającego znaczenie dla określenia ich statusu jako osób chronionych przez IV Konwencję genewską.

⁷⁵ *Ibidem*, § 81.

⁷⁶ *Ibidem*, § 82.

⁷⁷ *Ibidem*, § 83.

⁷⁸ *Ibidem*, § 97.

⁷⁹ *Ibidem*, § 106.

3.3. Sprawa Aleksovskiego

Natomiast w *sprawie Aleksovskiego* Izba Orzekająca stwierdziła, że nie była w stanie osiągnąć zgody co do tego, że ofiary w tej sprawie (Muzułmanie przetrzymywani w więzieniu Kaonik w okresie od stycznia do maja 1993 r.) były „osobami chronionymi” w rozumieniu art. 4 IV Konwencji genewskiej. Innymi słowy, Izba Orzekająca nie uznała ofiar za „osoby chronione” przez IV Konwencję genewską. Nie podała przy tym żadnego uzasadnienia swojego wniosku. W rezultacie, art. 2 Statutu nie miał zastosowania i zarzuty popełnienia ciężkich naruszeń Konwencji genewskich zostały na tej podstawie oddalone⁸⁰. Wydaje się jednak, że było to konsekwencją braku wyraźnego stwierdzenia istnienia międzynarodowego konfliktu zbrojnego. W takim przypadku bez wątpienia IV Konwencja znajdowała by zastosowanie. Izba Orzekająca określiła więzienie w Kaonik jako wojskowe, w którym znajdowały się trzy kategorie więźniów: chorwaccy żołnierze osądzeni przez trybunały wojskowe bądź oczekujący na proces, chorwaccy żołnierze ukarani przez swoich dowódców za naruszenie dyscypliny oraz istotna dla tej sprawy kategoria bośniackich Muzułmanów⁸¹. W dalszej części orzeczenia Izba Orzekająca wyraźnie uznała, że większość bośniackich Muzułmanów to osoby cywilne, jedynie część z nich to żołnierze, co tym bardziej skłania do wniosku, że jedynym uzasadnieniem dla nieuznania ofiar za „osoby chronione” przez IV Konwencję genewską jest fakt niemiedzynarodowego charakteru konfliktu zbrojnego (w takiej sytuacji IV Konwencja genewska nie miała zastosowania).

W orzeczeniu Izby Apelacyjnej w *sprawie Aleksovskiego* analizując kryterium obywatelstwa ofiar Izba przychyliła się do argumentacji Prokuratury i stwierdziła, że konflikt zbrojny miał międzynarodowy charakter ze względu na udział w nim obcego państwa (Chorwacji), a ofiary-bośniaccy Muzułmanie znajdowali się we władzy państwa, którego nie byli obywatelami (Chorwacji). Dlatego też art. 4 IV Konwencji miał zastosowanie, a ofiary były „osobami chronionymi”⁸².

3.4. Sprawa Blaskicia

W *sprawie Blaskicia* po stwierdzeniu międzynarodowego charakteru konfliktu zbrojnego, Izba Orzekająca musiała także określić status ofiar tj. czy były one osobami chronionymi w znaczeniu Konwencji genewskich. Art. 4(1) IV Konwencji genewskiej definiuje osoby chronione przez tę Konwencję. Obrona dowodziła, że ofiary nie miały statusu „osób chronionych”, gdyż posiadały to samo obywatelstwo, co osoby, które je ujęły, czyli w tej sprawie ofiary-bośniaccy Muzułmanie mieli to samo obywatelstwo co bośniaccy Chorwaci. Jednak Izba

⁸⁰ *Ibidem*, § 46.

⁸¹ *Ibidem*, § 151.

⁸² *Prokurator przeciwko Z. Aleksovskiemu, Izba Apelacyjna 2000*, § 150-151, 154.

Orzekająca MTKJ zgodziła się z orzeczeniem w sprawie *Tadicia*, w którym Izba Apelacyjna MTKJ wybrała podejście prawne opierające się na rzeczywistych, trwałych związkach, a nie formalnych więziach, które jest najlepiej dostosowane do współczesnych międzynarodowych konfliktów zbrojnych. Zdaniem Izby Orzekającej w sprawie *Blaskicia*, w tego typu konfliktach jak w byłej Jugosławii pochodzenie etniczne odgrywa większą rolę niż obywatelstwo i to właśnie ono decyduje o przyznaniu ofiarom statusu osób chronionych⁸³. W konkluzji Izba Orzekająca uznała ofiary-bośniackich Muzułmanów za „osoby chronione” w znaczeniu IV Konwencji genewskiej⁸⁴.

3.5. Sprawa Kordicia i Cerkeza

W sprawie *Kordicia i Cerkeza* oskarżeni podnosili, że ofiary (bośniaccy Muzułmanie) miały to samo obywatelstwo co oni sami (bośniaccy Chorwaci), a więc nie kwalifikowały się jako osoby chronione zgodnie z art. 4 IV Konwencji genewskiej. W odpowiedzi na ten zarzut Izba Orzekająca odwołała się do poprzednich orzeczeń Izby Apelacyjnej MTKJ w sprawach *Tadicia*, *Aleksovskiego* oraz *Delalicia*, *Mucicia*, *Delicia* i *Landzo*, z których wynikało, że umiędzynarodowienie konfliktu zbrojnego poprzez zbrojny udział w nim Chorwacji spowodowało, że ujęte ofiary znajdowały się we władzy Chorwacji, państwa, którego nie były obywatelami. Stąd też, art. 4 IV Konwencji miał zastosowanie. Ponadto wzorem orzeczenia Izby Apelacyjnej w sprawie *Tadicia* Izba Orzekająca stwierdziła, że rzeczywiste poddanie (podleganie) stronie konfliktu i kontrola tej strony nad osobami znajdującymi się na danym terytorium jest w takim przypadku właściwym testem. W takiej sytuacji to rzeczywiste posłuszeństwo opierające się na rzeczywistych, trwałych związkach ma znaczenie większe niż obywatelstwo⁸⁵, a art. 2 Statutu MTKJ znajduje zastosowanie⁸⁶.

4. Podsumowanie

W podsumowaniu warto zaznaczyć, że przed MTKJ oraz jego „bratem” MTKR (Międzynarodowy Trybunał ds. Zbrodni w Rwandzie) nie istniało zbyt dużo orzeczeń dokonujących interpretacji międzynarodowego prawa humanitarnego. W zasadzie poza orzeczeniami Trybunału norymberskiego i tokijskiego brakowało precedensów w tym zakresie⁸⁷. Międzynarodowe trybunały karne

⁸³ *Prokurator przeciwko T. Blaskiciowi*, Izba Orzekająca 2000, § 124-127.

⁸⁴ *Ibidem*, § 133.

⁸⁵ *Prokurator przeciwko D. Kordiciowi, M. Cerkezowi*, Izba Orzekająca 2001, § 149-154.

⁸⁶ *Ibidem*, § 160.

⁸⁷ M. M. Wang, *The International Tribunal for Rwanda: Opportunities for Clarification, Opportunities for Impact*, „The Columbia Human Rights Law Review” nr 27 (1995-1996), s. 222.

ad hoc przyczyniły się do wyjaśnienia ogromnej ilości przepisów z zakresu prawa humanitarnego, czyniąc ten dział prawa bardziej zwartym i jasnym (m.in. wyjaśniono pojęcia: ludności cywilnej, rozległego lub systematycznego ataku, powiązania zbrodni z konfliktem zbrojnym, wreszcie definicje poszczególnych zbrodni podlegających jurysdykcji Trybunałów). Mimo że w większości przypadków opierały swoje rozważania na prawie zwyczajowym, przyczyniły się również do wykształcenia nowych doktryn i teorii, a wiele nowych sytuacji faktycznych zostało podciągniętych pod wcześniej istniejące (obowiązujące) przepisy⁸⁸. Wśród nowych koncepcji można wymienić właśnie przedstawiony wyżej test ogólnej kontroli czy postępować koncepcję osób chronionych w rozumieniu IV Konwencji genewskiej. Dla implementacji międzynarodowego prawa humanitarnego ma to ogromne znaczenie, gdyż poszczególne traktaty z tej dziedziny prawa, zakazując pewnych działań, niekoniecznie podają ich definicje. Jak wskazuje I. Šimonović, prawo międzynarodowe, będące przede wszystkim produktem wielostronnych negocjacji, bardzo często jest sformułowane w sposób wysoce abstrakcyjny, niejednoznaczny i niejasny⁸⁹.

⁸⁸ P. M. Wald, *Tribunal Discourse and Intercourse: How the International Courts Speak to One Another*, „The Boston College International & Comparative Law Review” nr 30 (2007), s. 26-27.

⁸⁹ I. Šimonović, *The Role of the ICTY in the Development of International Criminal Adjudication*, „The Fordham International Law Journal” nr 23 (1999-2000), s. 458-459.

OVERALL CONTROL TEST TO INTERNATIONALIZE AN ARMED CONFLICT

The article presents so called overall control test to internationalize an internal armed conflict adopted in the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia (ICTY) jurisprudence. This test is used in order to hold an individual responsible for grave breaches of the Geneva Conventions of 1949. The article begins with the creation and jurisdiction of the ICTY. The overall control test is presented by invoking and analyzing representative judgments of the ICTY such as the *Tadić case* (Trial Chamber 1997 and Appeals Chamber 1999), the *Aleksovski case* (Appeals Chamber 2000), the *Blaskić case* (Trial Chamber 2000) as well as the *Kordić and Cerkez case* (Trial Chamber 2001 and Appeals Chamber 2004). The *Tadić case* is also compared to the International Court of Justice (ICJ) *Nicaragua case* of 1986 where the ICJ used effective control test. The ICTY conclusions have been strongly criticized among the representatives of Polish and world doctrine (*inter alia* by W. Czapliński, T. Meron, M. P. Scharf, M. Sassoli and L. Olsen). Their views are included. The final remarks pertain to the ICJ judgment in the *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro case* of 2007 where the ICJ in a way tried to reconcile two opposite legal views stating that the overall control test from the *Tadić case* was adopted to different purpose (namely to define the nature on an armed conflict and when found to be an international one to hold an individual responsible for grave breaches of the Geneva Conventions of 1949) whereas the effective control test was created in order to hold a State responsible. In this case the ICJ decided to use the effective control test.