

Anna Głogowska-Balcerzak

Mateusz Piątkowski

## **Problematyka żywych tarcz w kontekście asymetrycznych konfliktów zbrojnych**

### **The use of human shields in asymmetrical armed conflicts**

#### **Streszczenie**

*Niniejsze opracowanie poświęcone jest zjawisku wykorzystywania żywych tarcz, stanowiącemu jedną z cech asymetrycznych konfliktów zbrojnych, i jest próbą jego oceny z punktu widzenia podstawowych zasad i reguł międzynarodowego prawa humanitarnego działań wojennych. Praktyki te, stosowane od wieków, wciąż są dużym wyzwaniem dla uczestników współczesnych konfliktów zbrojnych. Obecność ludności cywilnej w obrębie legalnych celów wojskowych jest problemem złożonym, stąd analiza opierać się będzie na podstawowym rozróżnieniu przyjmującym za kryterium przesłankę dobrowolności.*

„The main challenge is how it is possible to hold this fretful realm of armed force not respecting the value of human life at bay without compromising the absolute value of human life itself.”<sup>1</sup>

1. Konflikty o asymetrycznym charakterze stanowią wyzwanie dla międzynarodowego porządku prawnego, jego podstawowych zasad oraz wartości. Na potrzeby niniejszej analizy asymetryczne konflikty zbrojne rozumieć należy jako konflikty, w których jedna ze stron usiłuje zrekompensować swoje militarne, ekonomiczne czy inne niedostatki poprzez uciekanie się do metod prowadzenia działań zbrojnych i sięganie po środki walki, które są sprzeczne z międzynarodowym prawem humanitarnym konfliktów zbrojnych lub z innymi

---

<sup>1</sup> T. Frank, *Reframing asymmetrical warfare: Beyond the Just War idea*, [w:] Th. A. van Baarda, D.E.M. Verweij (red.), *The moral dimension of asymmetrical warfare*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston 2009, s. 64.

normami prawa międzynarodowego publicznego<sup>2</sup>. W konfliktach tego rodzaju naruszane są fundamentalne reguły międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych, takie jak konieczność rozróżniania obiektów cywilnych i wojskowych, uwzględniania wymogu proporcjonalności w planowaniu i przeprowadzaniu ataków czy też normy dotyczące ograniczeń w wyborze środków szkodzenia wrogowi. Problem żywych tarcz w międzynarodowym prawie konfliktów zbrojnych, czyli ludności cywilnej obecnej w obrębie legalnego celu wojskowego, jest jednym z przejawów współczesnego pola walki, charakterystycznym zwłaszcza dla konfliktów asymetrycznych<sup>3</sup>, w których jedna ze stron walczących próbuje kompensować przygniatającą przewagę techniczną i militarną drugiej za pomocą wykorzystywania immunitetu niewalczących – czyli szczególnej sfery ochronnej ludności cywilnej przed skutkami działań wojennych, gwarantowanej normami i zwyczajami *ius in bello*. Paradoksalnie zjawisko to rozwija się wraz z rozwojem świadomości prawnej wśród walczących, którzy wykorzystują normy i reguły *ius in bello* jako nową metodę prowadzenia działań zbrojnych. Z powyższym wiąże się także drugi wymiar konfliktu asymetrycznego – gdy naprzeciw siebie z jednej strony stają walczący mający dobrze zorganizowane struktury zbrojne, możliwości wywiadowcze, a także poddane reżimowi prawa konfliktów zbrojnych w postaci instrukcji, odpowiednich wytycznych, rozwiniętej służby doradców prawnych, własnego wymiaru sprawiedliwości czy organów śledczych, a z drugiej strony – niezorganizowane, często bez wyraźnego przywództwa czy wyraźnej dystynkcji od niewalczących grupy wykorzystujące pojawiający się na polu walki „relatywizm normatywny”<sup>4</sup>. Bez wątpienia powyższy problem ujawnia się w kwestii poglądu

---

<sup>2</sup> O ile naruszeń prawa międzynarodowego, a w szczególności naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego w historii współczesnych konfliktów zbrojnych nie brakuje, o tyle z reguły były one efektem różnego rodzaju niezamierzonych lub niepożądanych przez państwa wypaczeń. W asymetrycznych konfliktach natomiast naruszenia takie są elementem strategii strony, która w ten sposób próbuje rekompensować istniejące dysproporcje. Należy zwrócić uwagę, że nawet w tej ograniczonej definicji mieścić się będzie cała gama współczesnych konfliktów – zarówno tych o charakterze międzynarodowym, jak i tych niemiędzynarodowych (wewnętrznych). Z reguły będą to konflikty, w których po jednej ze stron występuje podmiot niepaństwowy – organizacja wyzwolenicza, grupa terrorystyczna.

<sup>3</sup> „Asymmetric warfare is population-centric nontraditional warfare waged between a militarily superior power and one or more inferior powers which encompasses all the following aspects: evaluating and defeating asymmetric threat, conducting asymmetric operations, understanding cultural asymmetry and evaluating asymmetric cost”, D.L. Buffaloe, *Defining Asymmetric Warfare*, „The Land Warfare Papers” 2006, no. 58, s. 17; zob. także I. Arrequin-Toft, *How The Weak Won The Wars: A Theory of Asymmetric Conflict*, „International Security” 2001, vol. 26, no. 1, s. 93–128; T.V. Paul, *Asymmetric Conflicts: War Initiation by Weaker Power*, Cambridge 1994, s. 20.

<sup>4</sup> A. Paulus, M. Vashakmadze, *Asymmetrical War And The Notion of Armed Conflict – A Tentative Conceptualization*, „International Review of the Red Cross” 2009, vol. 91, no. 873, s. 109.

międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych na zagadnienie zjawiska pola walki, jakim są żywe tarcze<sup>5</sup>, który to temat będzie przedmiotem niniejszego opracowania.

2. Definicja pojęcia „żywych tarcz” (ang. *human shields*) w świetle norm i zwyczajów prawa konfliktów zbrojnych jest w zasadzie zbieżna z powszechnym jego rozumieniem jako osób bądź też pewnej grupy, które są uznawane za niebiorące aktywnego udziału w działaniach wojennych, ale zmuszane jednak do osłony obiektów wojskowych lub dobrowolnie decydujące się na przebywanie w pobliżu tych obiektów w celu czerpania korzyści z immunitetu przysługującego ludności cywilnej, czy też wyzyskania moralnych i etycznych dylematów po stronie atakującego<sup>6</sup>. Stosowanie żywych tarcz przez strony uczestniczące w różnego rodzaju konfliktach pojawiło się już w średniowieczu<sup>7</sup>, jednakże największa ilość przypadków podobnego wykorzystania ludności cywilnej podczas konfliktu zbrojnego miała miejsce w XX wieku, w szczególności podczas II wojny światowej, wojny w Wietnamie<sup>8</sup>, obu wojen w Zatoce Perskiej<sup>9</sup> oraz konfliktów w byłej Jugosławii<sup>10</sup> i Libanie<sup>11</sup>. Współcześnie problematyka ta pozostaje wciąż aktualna, o czym świadczyć może obecność

---

<sup>5</sup> W.H. von Heinegg, *Asymmetric Warfare: How to Respond?*, [w:] *International Law Studies – Volume 87, International Law and the Changing Character of War*, red. R.A. Pedrozo, D.P. Wollschlaeger, s. 471.

<sup>6</sup> J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, C. Alvermann, *Customary International Humanitarian Law: Volume I, Rules*, Cambridge University Press 2005, s. 339.

<sup>7</sup> Już w 1109 roku w bitwie pod Głogowem wojska cesarza Henryka V przywiązały do maszyn oblężniczych wziętych zakładników, by zmusić w ten sposób obrońców do kapitulacji.

<sup>8</sup> W. Hays Parks, *Rolling Thunder and The Law of War*, „Air University Review” Jan. – Feb. 1982.

<sup>9</sup> Szczególnie znany jest przykład wykorzystywania żywych tarcz przez reżim Saddama Husajna w czasie operacji „Pustynna burza”, kiedy to irackie władze zatrzymały kilkuset obywateli obcych państw (tzw. specjalnych gości), a następnie rozmieściły ich w strategicznych punktach państwa w celu ochrony przed ewentualnymi atakami koalicji. (Zob.: CIA Report, *Putting Noncombatants At Risk: Saddam's Use Of „Human Shields”*, 2003; Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ z dnia 13 września 1990 r., nr 666, UN Doc. S/RES/0666.). Podczas drugiej wojny w Zatoce Perskiej grupa aktywistów z państw zachodnich dobrowolnie udała się do Iraku, by osłaniać jako żywe tarcze obiekty podwójnego zastosowania, takie jak elektrownie czy stacja uzdatniania wody (BBC, *What happened to Iraq's 'human shields'*, <<http://www.bbc.co.uk/news/uk-21655488>>). Organizacja Human Rights Watch raportowała o faktach wykorzystywania ludności cywilnej jako żywej osłony w celu opóźnienia marszu sił koalicji w 2003 roku – HRW, *Off Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq*, December 2003; M.N. Schmitt, *Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law*, „Air Force Law Review” 2007, vol. 62, no. 1, s. 18.

<sup>10</sup> W 1995 r. oddziały bośniackich Serbów na rozkaz Mladko Mladica schwytały ok. 400 żołnierzy UNPROFOR (United Nations Protection Force) i wykorzystywały ich jako zakładników w celu ochrony obiektów militarnych przed atakami lotnictwa NATO. Do historii przeszło zdjęcie polskiego oficera skrepowanego kajdankami przed serbską stacją radarową (D. Scheffer, *All the Missing Souls: A Personal History of the War Crimes Tribunals*, Princeton University Press, 2012, s. 88). Także podczas operacji *Allied Shield* w 1999 roku wojska serbskie wykorzystywały uchodźców albańskich do osłony swych jednostek bojowych na terenie Kosowa; HRW, *Under Orders, War Crimes in Kosovo*, October 2001; A.P.V. Rogers, *Law On The Battlefield*, Manchester 2006, s. 128–129.

<sup>11</sup> HRW, *Why They Died: Civilian Casualties in Lebanon During the 2006 War*, September 2007, s. 52.

żywych tarcz w Strefie Gazy, gdzie od czerwca 2014 roku trwają walki izraelskiej armii z siłami Hamasu w ramach operacji *Protective Edge*<sup>12</sup>.

Już w 1919 roku utworzona po I wojnie światowej Komisja ds. Odpowiedzialności Autorów Wojny i Wykonywania Kar uznała stosowanie żywych tarcz za naruszenie prawa i zwyczajów wojennych<sup>13</sup>. Międzynarodowy Trybunał Wojskowy w Norymberdze zaznaczył, iż wykorzystywanie alianckich jeńców wojennych jako swoistej „tarczy” chroniącej żołnierzy niemieckich przed atakami sprzymierzonych nosi znamiona zbrodni wojennej<sup>14</sup>. *Expressis verbis* powyższy zakaz znalazł swe odbicie w art. 9 konwencji genewskiej dotyczącej traktowania jeńców wojennych z 1929 roku<sup>15</sup>, a następnie w art. 23 III konwencji genewskiej oraz art. 28 IV konwencji genewskiej z 1949 roku<sup>16</sup>. Podobne unormowanie przewidywały przepisy I Protokołu Dodatkowego do konwencji genewskich z 1977 roku (art. 51 ust. 7 oraz w art. 58)<sup>17</sup>. Jedną z konsekwencji zasady rozróżnienia jest bowiem obowiązek odróżniania się kombatantów i członków sił zbrojnych od ludności cywilnej, wobec czego zakazane jest prowadzenie działań zbrojnych w przebraniu cywila, a także lokowanie obiektów militarnych w pobliżu obiektów cywilnych. Wykorzystywanie żywych tarcz na polu walki zostało uznane mocą art. 8 ust. 2 pkt xxiii Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego za

---

<sup>12</sup> Przedstawiciele Hamasu uczynili z wykorzystywania żywych tarcz część swojej strategii walki. Posługiwanie się żywymi tarczami miało także miejsce podczas konfliktu z przełomu 2008 i 2009 roku (operacja *Cast Lead*). Zgodnie z ustaleniami tzw. Misji Goldstone'a praktyki tego rodzaju stosował także Izrael, którego żołnierze mieli wykorzystywać Palestyńczyków do przeszukiwania budynków, w których mogły być ukryte materiały wybuchowe. Zob. szerzej: *Human Rights in Palestine and other Occupied Arab Territories, Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*, A/HRC/12/48, 2009, s. 218–229.

<sup>13</sup> Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, „The American Journal of International Law”, vol. 14, no. 1/2 (Jan. – Apr., 1920), s. 95–154.

<sup>14</sup> Wątek powyższego wykorzystywania jeńców alianckich pojawił się w procesie gen. Karla Studenta, dowódcy niemieckich jednostek spadochronowych podczas operacji „Merkury” (inwazji na Kretę w 1941 r.). *Law Reports Of Trials Of War Criminals, The United Nations War Crimes Commission*, vol. 4, London 1948, s. 118–124; *Law Reports of Trials Of War Criminals, The United Nations War Crimes Commission*, vol. 12, 'The High Command Trial', London 1948, s. 104–105.

<sup>15</sup> „Żaden jeńiec nie może być w żadnym momencie wysłany do miejsc, gdzie byłby narażony na ogień z pola bitwy, ani też nie może być wyzyskany w celu ochrony, dzięki jego tam obecności, przed bombardowaniem pewnych punktów lub pewnych miejscowości” – Konwencja dotycząca traktowania jeńców wojennych, Genewa, 27 lipca 1929 r. (Dz.U. z 1932 r. Nr 103, poz. 866).

<sup>16</sup> „Żaden jeńiec wojenny nie może być nigdy wysłany do okręgów lub zatrzymany w okręgach, w których byłby narażony na ostrzeliwanie ze strefy walk, ani nie może być użyty do ochrania swożą obecnością pewnych punktów lub okręgów przed działaniami wojennymi” – Konwencja o traktowaniu jeńców wojennych (III konwencja genewska), Genewa, 12 sierpnia 1949 r. (Dz.U. z 1956 r. Nr 38, poz. 175, załącznik); „Żadna osoba podlegająca ochronie nie może być użyta do ochrania swożą obecnością pewnych punktów lub okręgów przed działaniami wojennymi” – Konwencja o ochronie osób cywilnych podczas wojny (IV konwencja genewska), Genewa, 12 sierpnia 1949 r. (Dz.U. z 1956 r. Nr 38, poz. 171, załącznik).

<sup>17</sup> „Obecność lub ruch ludności cywilnej albo osób cywilnych nie powinny być wykorzystywane do ochrony przed operacjami wojskowymi pewnych punktów lub pewnych stref, zwłaszcza do prób ochrony celów wojskowych przed atakami albo do maskowania, ułatwienia lub utrudnienia operacji wojskowych. Strony konfliktu nie powinny kierować ruchu ludności cywilnej lub osób cywilnych tak, by stanowiło to próbę ochrony celów wojskowych przed atakami lub osłaniania operacji wojskowych” – Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (dalej: I Protokół Dodatkowy), Genewa, 8 czerwca 1977 r. (Dz.U. z 1992 r. Nr 41, poz. 175, załącznik).

zbrodni wojenną<sup>18</sup>. Zgodnie z Elementami Zbrodni MTK działanie sprawy ma polegać na przeniesieniu lub wykorzystaniu w inny sposób miejsca pobytu ludności cywilnej lub innych osób chronionych na mocy międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych, z zamiarem ochrony obiektu militarnego lub ochrony, uprzywilejowania bądź też utrudnienia operacji wojskowej<sup>19</sup>. Z kolei orzecznictwo Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (dalej jako MTKJ) wskazuje, iż użycie ludności cywilnej do ochrony obiektów militarnych nosi znamiona „niehumanitarnego traktowania”<sup>20</sup>. Studium zwyczajowego prawa konfliktów zbrojnych przygotowane przez Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża podkreśla, iż strona podmiotowa wskazanego naruszenia norm *ius in bello* polega na „zamierzonym rozmieszczeniu obiektów wojskowych i ludności cywilnej w ukierunkowanym (bezpośrednim) zamiarze osłony celów militarnych przed byciem zaatakowanym”<sup>21</sup>.

3. Jednym z najistotniejszych zagadnień dotyczących zjawiska żywych tarcz na współczesnym polu walki jest kwestia wzajemnej relacji praw oraz obowiązków strony atakującej i broniącej. Adresatem dyspozycji wyżej wymienionych regulacji prawnomiędzynarodowych jest podmiot wykorzystujący ludność cywilną do ochrony poszczególnych obiektów wojskowych przed uderzeniem drugiej strony. Sam fakt użycia żywych tarcz jest *per se* naruszeniem prawa i zwyczajów wojennych, konstytuującym znamiona zbrodni wojennej, jednakże pojawia się pytanie, czy pozbawia to jakiegokolwiek ochrony prawnej osób wykorzystywanych jako żywe tarcze? Innymi słowy, czy sam fakt niezgodnego z normami *ius in bello* użycia niewalczących jako osłony obiektów wojskowych przed atakiem wojskowym uwalnia drugą stronę od jakiegokolwiek odpowiedzialności za skutki uderzenia, które wywołało straty wśród osób o statusie żywych tarcz? Powyższe podejście jest kontrowersyjne dlatego, że dotyka ono kwestii istnienia prawa do stosowania represaliów w odpowiedzi na niezgodne z prawem humanitarnym toczenie działań wojennych, które wywodzi się z klasycznej koncepcji wyrażonej łacińską paremią *lex iniuria*

---

<sup>18</sup> „(xxiii) używanie osób cywilnych lub innych chronionych osób do ochrania swojną obecnością punktów, obszarów lub sił wojskowych przed działaniami wojskowymi” – Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708).

<sup>19</sup> „1. The perpetrator moved or otherwise took advantage of the location of one or more civilians or other persons protected under the international law of armed conflict. 2. The perpetrator intended to shield a military objective from attack or shield, favour or impede military operations. [...]”, International Criminal Court, Elements of Crimes, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2, 2000, art 8 (2)(b)(xxiii).

<sup>20</sup> Human Rights Watch, *Genocide, War Crimes, and Crimes Against Humanity: A Topical Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Nowy Jork 2006, s. 45; *Tihomir Blaskic* (IT-95-14-A), par. 653.

<sup>21</sup> „It can be concluded that the use of human shields requires an intentional collocation of military objectives and civilians or persons *hors de combat* with the specific intent of trying to prevent the targeting of those military objectives” – J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, C. Alvermann, *Customary...*, op. cit., s. 340.

*ius non oritur* (prawo nie rodzi się z bezprawia), prowadząc do uchylania przestępności czynów dokonywanych w odpowiedzi na naruszenia przez drugą stronę dyspozycji norm prawa konfliktów zbrojnych<sup>22</sup>.

O ile w ogólnym prawie międzynarodowym, pod warunkiem spełnienia określonych przesłanek, represalia stanowią akceptowany środek przymusu, o tyle w prawie humanitarnym są one obecnie praktycznie zakazane. W początkowej fazie rozwoju międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych, niejako w konsekwencji zasady wzajemności, represalia były sposobem, do którego państwa często uciekały się, aby przymusić przeciwnika do postępowania zgodnego z przyjętymi we wzajemnych relacjach normami. Z czasem jednak, wraz z rozwojem zasady humanitaryzmu, zakres dozwolonych represaliów zaczął się stopniowo zmniejszać. W 1929 roku Konwencja o traktowaniu jeńców wojennych zakazała ich w stosunku do tej właśnie chronionej grupy osób<sup>23</sup>. Kolejne zakazy znalazły się w konwencjach genewskich z 1949 roku, a ostatecznie szereg szczegółowych ograniczeń zawarto w I Protokole Dodatkowym, który objął ochroną przed represaliami: ludność cywilną, dobra o charakterze cywilnym, dobra kultury i kultu religijnego, dobra niezbędne dla przetrwania ludności cywilnej, środowisko naturalne oraz budowle i urządzenia zawierające niebezpieczne siły<sup>24</sup>. Choć w świetle dyspozycji art. 20, art. 51 ust. 6 oraz art. 52 ust. 1 I Protokołu Dodatkowego z 1977 roku<sup>25</sup> istnieją aktualnie poważne kontrowersje w zakresie dopuszczalności stosowania represaliów wobec ludności cywilnej, to należy mieć na uwadze, iż w odróżnieniu od konwencji genewskich, których stronami są obecnie wszystkie państwa na świecie<sup>26</sup>, ich protokoły dodatkowe cieszą się nieco mniejszą popularnością. Niektóre z państw nadal nie zdecydowały się na ratyfikację I Protokołu Dodatkowego – są to przede wszystkim Stany Zjednoczone, Izrael, Pakistan i Turcja<sup>27</sup>. Wspomnieć należy także o grupie państw, które wprawdzie zdecydowały się przystąpić do I Protokołu, ale poczyniły zastrzeżenia w stosunku do przepisów zakazujących represaliów – m.in. Wielka Brytania i

---

<sup>22</sup> J. Barcik, T. Srogosz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2007, s. 466.

<sup>23</sup> Konwencja dotycząca traktowania jeńców wojennych, op. cit., art. 2.

<sup>24</sup> I Protokół Dodatkowy, op. cit., art. 51 ust. 6, art. 52 ust. 1, art. 53, art. 54 ust. 3, art. 55 ust. 2, art. 56 ust. 4.

<sup>25</sup> I Protokół Dodatkowy, op. cit.; A.D. Mitchell, *Does One Illegality Merit Another? The Law Of Belligerent Reprisals In International Law*, „Military Law Review” 2001, vol. 170, s. 169; F. Kalshoven, *Reflection on the Law of War: Collected Essays*, Leiden 2007, s. 407; A. van Verseveld, *Mistake Of Law: Excusing Perpetrators of International Crimes*, Haga 2012, s. 157–159; „Belligerent reprisals have no place in the modern humanitarian law of armed conflict, a regime that has as its overarching goal the mitigation of the harshness and the excesses that are synonymous with war” – S. Darcy, *The Evolution Of The Law Of Belligerent Reprisals*, „Military Law Review” 2003, vol. 175, s. 250.

<sup>26</sup> Stronami konwencji genewskich są wszyscy członkowie ONZ, a także Stolica Apostolska, Palestyna oraz Wyspy Cooka – łącznie 196 państw. Dane dostępne na stronie MKCK: <<https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf>>.

<sup>27</sup> Statut ratyfikacji I Protokołu dostępny na: <<https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf>>.

Włochy zastrzegły sobie prawo skorzystania z represaliów wobec przeciwników, którzy naruszają zakaz ataków na ludność cywilną<sup>28</sup>. Państwa te uważają, że represalia, lub choćby sama groźba ich zastosowania, nadal stanowią niezbędny środek przeciwko naruszeniom międzynarodowego prawa humanitarnego, szczególnie jeśli naruszenie takie skierowane jest przeciwko jeńcom wojennym czy ludności cywilnej. Ich zdaniem wobec słabości mechanizmów skłaniających do podporządkowania się normom międzynarodowego prawa humanitarnego może to być jedyny sposób obrony dla państwa, które padło ofiarą pogwałcenia wspomnianych przepisów. W opozycji do takiego stanowiska stoi większość państw rozwijających się, które domagają się niemal całkowitego zakazania represaliów, uznając je za metodę barbarzyńską oraz stanowiącą prymitywny środek zapewniana przestrzegania przez drugą stronę zobowiązań wynikających z prawa konfliktów zbrojnych<sup>29</sup>. Na podstawie powyższych uwag widać, iż niezmiernie trudno jest jednoznacznie określić, czy zakaz represaliów wobec ludności cywilnej jest częścią wiążącego wszystkie państwa prawa zwyczajowego. Za taką konkluzją przemawia orzecznictwo MTKJ, który w sprawie *Kupreškić* argumentował, że międzynarodowe prawo konfliktów zbrojnych zabrania stosowania represaliów wobec ludności cywilnej, także znajdującej się w bezpośredniej strefie walk, wskazując na źródła tej regulacji w zwyczaju międzynarodowym<sup>30</sup>. Wywód jest o tyle ciekawy, iż wobec braku jednolitej praktyki państw w tej kwestii Trybunał wskazywał, iż decydującą rolę w krystalizacji normy prawa zwyczajowego może mieć tutaj *opinio iuris* w powiązaniu z zastosowaniem klauzuli Martensa. Skład orzekający pod przewodnictwem sędziego A. Cassese odwołał się w tym celu do najbardziej ogólnych zasad – wymogów zasady humanitaryzmu oraz wymagań powszechnego sumienia<sup>31</sup>, mających stanowić dodatkową ochronę ludności cywilnej w konfliktach zbrojnych<sup>32</sup>. Do wymienionych tu zasad – choć już w innym kontekście – MTKJ odwoływał się także w sprawie *Martić*. W orzeczeniu

---

<sup>28</sup> T. Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, „The American Journal of International Law” 2005, vol. 94, no. 2, s. 250.

<sup>29</sup> R. Kolb, R. Hyde, *An Introduction to the international law of armed conflicts*, Oxford 2008, s. 173.

<sup>30</sup> Wyrok Izby Orzekającej MTKJ w sprawie *Kupreškić et al.* (nr IT-95-16), par. 529–535. W sprawie *Martić* MTKJ uznał, iż istnieje koncepcja legalnych represaliów, jednakże wymagająca spełnienia ścisłych przesłanek (m.in. warunku określanego jako *last resort*), zob. wyrok Izby Orzekającej MTKJ w sprawie *Martić* (IT-95-11), par. 464–468; B.S. Brown, *Research Handbook on International Criminal Law*, Cheltenham 2011, s. 326; Y. Dinstein, *War, Agression And Self-Defense*, Cambridge 2001, s. 196–197; zob. także art. 60 ust. 5 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z dnia 23 maja 1963 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 74, poz. 439).

<sup>31</sup> „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”, zob. wyrok Izby Orzekającej MTKJ w sprawie *Kupreškić et al.*, op. cit., par. 527.

<sup>32</sup> I Protokół Dodatkowy, op. cit., art. 1 ust. 2.

tym Trybunał uznał, iż istnieje koncepcja legalnych represaliów, jednakże ich zastosowanie wymaga spełnienia szeregu ścisłych przesłanek<sup>33</sup>, w tym także poszanowania praw humanitaryzmu i wymagań powszechnego sumienia<sup>34</sup>.

Powyższy pogląd na kwestię represaliów w międzynarodowym prawie humanitarnym prowadzi do sformułowania mniej skrajnego stanowiska: czy w związku ze stosowaniem przez jedną stronę żywych tarcz jako osłony dla obiektów wojskowych, strona przeciwna może w jakimś zakresie zostać zwolniona od przestrzegania zasady odróżniania, wyrażonej na gruncie art. 52 I Protokołu Dodatkowego? Zdaniem prof. Y. Dinstaina w powyższej sytuacji strona ta ma obowiązek stosowania wszystkich norm dotyczących legalnego prowadzenia działań zbrojnych, jednakże zmienia się w tym kontekście optyka zasady proporcjonalności, która musi brać pod uwagę szczególne warunki wynikające z niezgodnego z prawem wykorzystywania żywych tarcz przez stronę broniącą<sup>35</sup>. Ulega bowiem przewartościowaniu określona na gruncie art. 57 ust. 2 pkt B I Protokołu Dodatkowego przesłanka współmierności strat do osiąganey korzyści wojskowej. M.N. Schmitt zwraca uwagę, iż zgodnie z dyspozycją art. 51 ust. 8 I Protokołu strona atakująca nie może ekspulsować swojego działania naruszeniem norm *ius in bello* przez drugą stronę – niedozwolone jest powoływanie się na nielegalne metody prowadzenia walki przez przeciwnika jako podstawy usprawiedliwiającej zaniechania stosowania zasad rozróżnienia, proporcjonalności oraz podjęcia „wszystkich praktycznie możliwych” środków ostrożności przy przeprowadzaniu takiego ataku na przeciwnika<sup>36</sup>. Z powyższym stanowiskiem zgadza się prof. A. Rogers, podnosząc, że przy ewentualnym rozstrzygnięciu o odpowiedzialności na forum międzynarodowego trybunału karnego strona odpowiadająca w powyższej sytuacji za dokonanie ataku wymierzonego w cel wojskowy, osłaniany przez ludność cywilną, w wyniku którego wśród ofiar znaleźli się także niewalczący, winna być sądzona stosownie do powagi naruszeń strony broniącej<sup>37</sup>. S. Bouchié de Belle wskazuje, iż osoby traktowane jako żywe

---

<sup>33</sup> Represalia mogą być zastosowane jedynie w ostateczności (*last resort*), w sytuacji kiedy inne środki okazały się niewystarczające i muszą być proporcjonalne do naruszeń, jakich dopuścił się przeciwnik. Trybunał wskazał, iż przed ich zastosowaniem należy wezwać przeciwnika do zaprzestania niezgodnych z prawem działań, a działania podjęte w celu wymuszenia zaprzestania naruszeń należy przerwać natychmiast po osiągnięciu tego celu. Zob. wyrok Izby Orzekającej MTKJ w sprawie *Martić*, op. cit., par. 466–467.

<sup>34</sup> Ibidem, par. 467.

<sup>35</sup> Y. Dinstein, *Distinction and Loss of Civilian Protection in International Armed Conflicts*, [w:] M. D. Carsten (red.) „International Law Studies”, vol. 84, s. 192–194.

<sup>36</sup> „Additional Protocol I, Article 51(8), constitutes the linchpin of this position, for it expressly refuses to release a party facing shields from the legal obligations relevant to targeting. 163 Thus, involuntary shields factor fully into proportionality and precautions in attack assessments. In fairness, the customary international law nature of the norms, as noted, questionable”, M.N. Schmitt, *Human Shields in International Humanitarian Law* (January 4, 2009), „Columbia Journal of Transnational Law” 2009, vol. 47, s. 327–328.

<sup>37</sup> A.P.V. Rogers, *Law On The Battlefield*, Manchester 2006, s. 129.



tarcz znajdują się pod szczególną ochroną art. 52 I Protokołu Dodatkowego jako osoby niewalczące, co nakłada na stronę atakującą obowiązek szacowania ewentualnych korzyści wynikających z podejmowanego działania wojskowego w odniesieniu do ofiar wśród żywych tarcz, jednakże w żadnym wypadku nie jest przesłanką negatywną wykonywania operacji bojowej przeciwko obiektowi wojskowemu osłanianemu przez osoby cywilne<sup>38</sup>.

Podsumowując powyższe rozważania, należy zaznaczyć, iż w przypadku tzw. niedobrowolnych żywych tarcz (*involuntary human shields*) osoby zmuszone do pozostawania w pobliżu obiektów wojskowych celem osłony ich przed ewentualnymi atakami nie tracą charakteru ludności cywilnej – korzystają one z ogólnych gwarancji wynikających z art. 51 I Protokołu Dodatkowego i w żadnym wypadku nie mogą być, zgodnie z treścią ust. 2 wskazanego przepisu, celem ataku samym w sobie<sup>39</sup>. Atakujący w powyższej sytuacji, uderzając w cel chroniony przez żywe tarcze, zobligowany jest do szacowania ryzyka ewentualnych strat wśród niewalczących w odniesieniu do spodziewanej, rzeczywistej i konkretnej korzyści wojskowej, jak również zgodnie z art. 57 I Protokołu Dodatkowego – do działania z wykorzystaniem wszelkich praktycznie możliwych środków, by ewentualne straty wyeliminować lub chociażby zmniejszyć (np. poprzez użycie środków precyzyjnego rażenia, jeżeli są dostępne i istnieje ku temu uzasadnienie natury wojskowej)<sup>40</sup>. Należy podkreślić, że nie ma żadnej normy prawa międzynarodowego zakazującej dowódcy przeprowadzenie operacji bojowej w takiej sytuacji oraz że kwestia pojawienia się ewentualnych strat w kontekście zasady proporcjonalności powinna uwzględniać nielegalny sposób prowadzenia wojny przez stronę broniącą się<sup>41</sup>. Dążenie do zakazania jakichkolwiek akcji przeciwko

---

<sup>38</sup> „However, although the attacking party is under a constant obligation to spare civilians, including human shields, that does not mean that it must in all cases abstain from attacking a military objective protected by human shields. Just as the presence of military objectives in an area occupied by the civilian population does not rob those people of their civilian status, 72 an ‘objectif militaire demeure un objectif militaire me^me si des civils se trouvent a l’intérieur’ 73 or in its immediate vicinity. Military objectives protected by human shields do not cease to be legitimate targets for attack simply because of the presence of those shields”, S. Bouchié de Belle, *Chained To Cannons or Wearing Targets on their T-shirts: Human Shields in International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross” 2008, no. 872, s. 899; K. Doermann, *Obligations Of International Humanitarian Law*, „Military and Strategic Affairs” 2012, vol. 4, no 2, s. 20.

<sup>39</sup> I Protokół Dodatkowy, op. cit.; „By using the words “directed” and “as such” it emphasizes that the population must never be used as a target or as a tactical objective”, 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, par. 1938, s. 618.

<sup>40</sup> D.P. Schoenekase, *Targeting Decisions Regarding Human Shields*, „Military Review”, 09–10.2004, s. 29–30.

<sup>41</sup> „Under positive prescriptions of the law, protected places lose their immunity when used for military purposes, 13 human shields may not be directly attacked (at least when not voluntary) but become part of the incidental injury calculation under proportionality assessments”, D. Stephens, *The Age of Lawfare*; K.M. Larsen, C. Guldaahl Cooper, G. Nystuen, *Searching for a ‘Principle of Humanity’ in International Humanitarian Law*, Oxford 2013, s. 81; K. Coombes, *Protecting Civilians during the Fight Against Terrorism: Applying*

obiektom wojskowym chronionym przez osoby mające status niedobrowolnych żywych tarcz wydaje się sprzeczne z rzeczywistością pola walki, jak również z naruszeniem zasady równości prawa, i prowadzi do zaburzenia idei stosunkowego rozdzielania odpowiedzialności za legalny sposób prowadzenia działań wojennych między obydwie strony (atakującą i broniącą). Jak zauważył S. Estreicher, zdolność atakującego do prawidłowego rozpoznania i rozróżnienia obiektów cywilnych i wojskowych jest szczególnie ograniczona w sytuacji, gdy strona przeciwna wykorzystuje taktykę żywych tarcz jako element swojej doktryny bojowej<sup>42</sup>. Status niedobrowolnych żywych tarcz jest w takiej sytuacji specyficzny – osoby te generalnie są zaliczane do ludności cywilnej i korzystają z ochrony prawa konfliktów zbrojnych przynależnej osobom niewalczącym, niemniej nie istnieje w takiej sytuacji absolutny zakaz atakowania obiektu wojskowego, będącego przedmiotem osłony<sup>43</sup>. Operacja bojowa nie powinna zaś być przeprowadzona, gdy test przesłanki proporcjonalności wypadnie w sposób negatywny, gdyż w takiej sytuacji strona atakująca naraża się na popełnienie ciężkiego naruszenia przepisów I Protokołu Dodatkowego<sup>44</sup>. W praktyce zasada ta pozostaje bardzo problematyczna, zwłaszcza na etapie planowania i przeprowadzania operacji wojskowych, ze względu na konieczność stosowania w praktyce bardzo ogólnych pojęć, takich jak „nadmierne straty wśród ludności cywilnej” czy też „konkretna i bezpośrednia korzyść wojskowa”<sup>45</sup>. Niewątpliwie łatwiejsze jest dokonanie oceny testu proporcjonalności *post factum*, co jednak zaprzecza poniekąd celowi tej regulacji, bowiem powinna się ona nadawać się do zastosowania przede wszystkim w momencie planowania i wykonywania operacji wojskowych.

---

*International Humanitarian Law to Transitional Armed Conflict*, [w:] D.M. McRae, A.L.C. de Mestral (red.), „The Canadian Yearbook of International Law” 2008, vol. 46, s. 284.

<sup>42</sup> S. Estreicher, *Privileging Asymmetric Warfare?: Defender Duties Under International Humanitarian Law*, „Chicago Journal of International Law” 2011, vol. 11, no. 2, s. 3.

<sup>43</sup> M.N. Schmitt, *The Conduct of Hostilities During Operation Iraqi Freedom: An International Humanitarian Law Assessment*, [w:] T. McCormack, A. McDonald (red.), „Yearbook of International Humanitarian Law” Cambridge 2003, t. 3, s. 101; A. Van Engeland, *Civilian or Combatant?: A Challenge for the 21<sup>st</sup> Century*, Oxford 2011, s. 112.

<sup>44</sup> I Protokół Dodatkowy, op. cit., art. 85 ust. 3 pkt c.

<sup>45</sup> Niektórzy wskazują, iż zasada proporcjonalności wymaga porównywania dwóch całkowicie odmiennych wartości (słynny argument o porównywaniu jabłek i pomarańczy – *apple vs. orange test*), „It is much easier to formulate the principle of proportionality in general terms than it is to apply it to a particular set of circumstances because the comparison is often between unlike quantities and values. One cannot easily assess the value of innocent human lives as opposed to capturing a particular military objective”, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia* (June 8, 2000), 39 ILM 1257, 1271 (2000). Jak jednak wskazuje S. Estreicher, zasada ta nie wymaga od dowódcy porównywania wartości z natury rzeczy nieporównywalnych, a jedynie nakłada na niego obowiązek minimalizowania strat w ludności cywilnej w trakcie dążenia do osiągnięcia „konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej”. Szerzej: S. Estreicher, *Privileging Asymmetric Warfare (Part II)?: The "Proportionality" Principle Under International Humanitarian Law*, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper no. 275, 2011.

4. Niezależnie jednak od kontrowersji związanych ze stosowaniem zasady proporcjonalności, bardziej złożonym zjawiskiem pozostaje kwestia tzw. dobrowolnych żywych tarcz, czyli osób, które z własnej woli decydują się na osłanianie obiektów wojskowych. Powyższe sytuacje miały miejsce w trakcie wojen w Zatoce Perskiej, w Serbii, podczas konfliktu izraelsko-palestyńskiego, czy też operacji w Libanie.

Podstawowym problemem jest znalezienie odpowiedzi na pytanie o status dobrowolnych żywych tarcz w rozumieniu norm *ius in bello*. W doktrynie pojawiają się głosy za uznaniem takich osób za osoby walczące i tracące w ten sposób immunitet przynależny ludności cywilnej, jak również stanowiska przeciwnie, wskazujące, iż samo bierne uczestnictwo w osłonie obiektu wojskowego nie jest wystarczającą podstawą do wyłączenia wobec tych osób ochrony określonej na gruncie art. 51 I Protokołu Dodatkowego. Kluczem do rozstrzygnięcia powyższych kontrowersji jest prawidłowe odczytanie użytego w ust. 3 wskazanego przepisu zwrotu „bezpośredniego uczestnictwa w działaniach zbrojnych” (*direct participation in hostilities*)<sup>46</sup>. W 2009 roku Komitet Międzynarodowego Czerwonego Krzyża (MKCK) w dokumencie pod tytułem „Wytyczne interpretacyjne pojęcia bezpośredniego uczestnictwa w działaniach zbrojnych w prawie konfliktów zbrojnych” zauważył, iż aby uznać, że czyn stanowi bezpośrednie uczestnictwo w działaniach zbrojnych konieczne jest łączne wystąpienie trzech elementów: 1) osoba czynem musi wpływać bezpośrednio na przebieg operacji bojowych czy też zdolności bojowej strony uczestniczącej w konflikcie zbrojnym; 2) musi istnieć bezpośrednie powiązanie między czynem a szkodą, która ma powstać wskutek dokonania powyższego czynu bądź też skoordynowanej operacji wojskowej, której czyn jest integralną częścią; 3) czyn musi nieść ze sobą określony ciężar szkodliwości dla wspierania jednej ze stron konfliktu i szkodzić tym samym drugiej (próg dotkliwości szkody)<sup>47</sup>. Z uwagi na istniejące kryterium bezpośredniości dokument MKCK wskazuje, iż osoby, które

---

<sup>46</sup> Zwrot powyższy pojawia się również na gruncie art. 43 ust. 2, 47 ust. 2 pkt (b) art. 77 ust. 2 I Protokołu Dodatkowego. Artykuł 3 Konwencji o polepszeniu losu rannych i jeńców wojennych w armiach czynnych (I konwencji genewskiej) stanowi w swym angielskim tłumaczeniu o *active part in the hostilities* (polskie tłumaczenie posługuje się zwrotem „bezpośrednio”). Międzynarodowy Trybunał Karny ds. Zbrodni w Rwandzie w sprawie *Akayesu* uznał powyższe zwroty za synonimy, zob. Wyrok Izby Orzekającej MTKR w sprawie *Akayesu* (ICTR-96-4-T), par. 629. Międzynarodowy Trybunał Karny w sprawie *Lubanga* jednakże uznał, że zwrot *actively* ma szersze znaczenie od *direct*, zob. N. Urban, *Direct and Active Participation in Hostilities: The Unintended Consequences of the ICC's decision in Lubanga*, EJIL Talk!, 2012. „Thus "direct" participation means acts of war which by their nature or purpose are likely to cause actual harm to the personnel and equipment of the enemy armed forces”, Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary...*, op. cit., par. 1944, s. 619.

<sup>47</sup> N. Melzer, *Interpretive Guidance On The Notion Of Direct Participation In Hostilities Under International Humanitarian Law*, Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża, Genewa 2009, s. 46; A. Szpak, *Bezpośredni udział w działaniach zbrojnych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*, Toruń 2013, s. 103–138.

dobrowolnie decydują się, by chronić fizycznie dany obiekt wojskowy (np. cywil zasłaniający czołg przed bronią przeciwpancerną), kreuja swoim zachowaniem wymagany próg szkodliwości dla stwierdzenia „bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych”<sup>48</sup>. Niemniej warto podkreślić, że w przypadku operacji powietrznych obecność tzw. ochotniczych żywych tarcz sprowadza się do stwarzania przeszkody prawnej aniżeli faktycznej, co nie wypełnia wyżej wymienionych przesłanek czynnego uczestnictwa w operacjach wojskowych, będąc przykładem działania o charakterze „niebezpośredniego partycypowania w działaniach zbrojnych”<sup>49</sup>. Powyższe rozróżnienie wynika z ogólnej koncepcji wynikającej z dyrektyw Czerwonego Krzyża, który dążył do ograniczenia zakresu pojęcia „bezpośredniego uczestnictwa w działaniach zbrojnych” do stanów faktycznych ściśle związanych z operacjami bojowymi i do indywidualnego oddziaływania na ich przebieg w stopniu wyższym niż ogólne działanie czy poparcie wysiłku wojennego państwa-strony<sup>50</sup>. W 2005 roku Sąd Najwyższy Izraela w sprawie *The Public Committee against Torture in Israel v. Israel* (tzw. *targeted killing case*) wskazał, iż w wypadku oceny, czy w konkretnej sytuacji dana osoba bierze czynny udział w działaniach zbrojnych, kluczowe jest określenie, czy działanie to ma charakter bezpośredniego, czy też jedynie pośredniego wpływu na przebieg operacji zbrojnych, co dyskwalifikuje ją jako potencjalny cel wojskowy<sup>51</sup>.

Odnosząc się do krytyki doktryny negatywnie oceniającej niektóre z zapisów wytycznych MKCK z 2009 roku, N. Melzer podniósł, iż żywe tarcze nie szkodzą wprost zdolności bojowej walczących, a jedynie wpływają na ograniczenie woli w zakresie podjęcia decyzji co do wykonania uderzenia na obiekt osłaniany przez ludność cywilną<sup>52</sup>. Rozwijając powyższy wątek, autor wskazał, iż ochotnicy chroniący własnym ciałem obiekty wojskowe w istocie nie

---

<sup>48</sup> N. Melzer, *Interpretive...*, op. cit., s. 56.

<sup>49</sup> Ibidem, s. 57: MKCK rozwija w swym dokumencie, iż w takiej sytuacji nie zostaje również spełniona przesłanka osiągnięcia wymaganego progu szkodliwości takiego działania dla drugiej strony; M.N. Schmitt, *Deconstructing Direct Participation In Hostilities: The Constitutive Elements*, „International Law and Politics” 2010, vol. 42, s. 726.

<sup>50</sup> D. Akande, *Clearing the Fog of War? The ICRC's Interpretive Guidance on Direct Participation in Hostilities*, EJIL Talk!, 2009; „The concept of one causal step is fundamental to the way the Guidance distinguishes ‘direct’ from ‘indirect’ participation. Only acts that are themselves one step causally distant from the harm they are likely to cause, or acts that are ‘an integral part’ of them, deprive civilians of their protection”, M. Lesh, *Loss Of Protection: Direct Participation on Hostilities*, [w:] Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict, 2014 (draft), s. 7

<sup>51</sup> „However, a person who sells food or medicine to an unlawful combatant is not taking a direct part, rather an indirect part in the hostilities. The same is the case regarding a person who aids the unlawful combatants by general strategic analysis, and grants them logistical, general support, including monetary aid. The same is the case regarding a person who distributes propaganda supporting those unlawful combatants”, HCJ, 769/02, Public Committee Against Torture in Israel and Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. Israel and Others, ILDC 597, 2006, par. 35.

<sup>52</sup> N. Melzer, *Keeping The Balance Between Military Necessity And Humanity: A Response To Four Critiques Of The ICRC's Interpretive Guidance On The Notion Of Direct Participation In Hostilities*, „International Law and Politics” 2010, no. 831, s. 869.

bronią ich fizycznie i tym samym nie można im przypisać znamienia „bezpośredniego działania”<sup>53</sup>. Roland Otto zauważył, że *voluntary human shields* nie kreują żadnego bezpośredniego zagrożenia dla strony przeciwnej, poza naruszeniem reguł prawa międzynarodowego, takich jak zasada proporcjonalności i odróżnienia, lecz bez wpływu na zdolność bojową<sup>54</sup>. Najbardziej skrajne stanowisko zaprezentowała organizacja Human Rights Watch, wskazując na okoliczność, iż ochotnicy działający jako żywe tarcze korzystają z pełnego immunitetu przysługującego ludności cywilnej (gdyż uczestniczą jedynie biernie w działaniach zbrojnych), a ich użycie na polu walki nie zmienia w żadnej konfiguracji optyki zasady proporcjonalności względem strony atakującej<sup>55</sup>. W.H. Boothby wskazuje z kolei, iż ludzie decydujący się na świadomą i dobrowolną osłonę obiektu wojskowego jako żywe tarcze nadal korzystają ze statusu osób chronionych, jednakże charakter ich działań winien znaleźć odbicie w pomniejszonym stopniu ewentualnego szacowania zjawiska *collateral damage* w świetle przesłanki proporcjonalności<sup>56</sup>. Inni autorzy, przede wszystkim M.N. Schmitt, uznają wykorzystywanie ochotniczych żywych tarcz za jak najbardziej jaskrawy przykład czynnego partycypowania ludności cywilnej w działaniach zbrojnych, porównując ich do roli, jaką w ochronie obiektów wojskowych wypełnia obrona przeciwlotnicza<sup>57</sup>. A. Szpak także podkreśla, iż w wypadku gdy dana osoba cywilna umyślnie i dobrowolnie decyduje się na działanie w charakterze ludzkiej tarczy, to tym samym bierze bezpośredni udział w działaniach zbrojnych i jej obecność nie powinna być uwzględniana w szacowaniu przesłanki proporcjonalności – żywe tarcze wyrządzają bowiem wyraźną szkodę przeciwnikowi, przynosząc jednocześnie korzyść drugiej stronie, korzystającej w ten sposób z osłony przed wykonywaniem operacji bojowej<sup>58</sup>. Także Y. Dinstein nie ma wątpliwości, iż ochotnicze żywe tarcze są celem wojskowym, wyłączonym spod zakresu działania przesłanki

---

<sup>53</sup> N. Melzer, *Targeted Killings in International Law*, Oxford 2008, s. 346.

<sup>54</sup> R. Otto, *Targeted Killings and International Law: With Special Regard to Human Rights and International Humanitarian Law*, Springer 2011, s. 287.

<sup>55</sup> „Like workers in munitions factories, civilians acting as human shields, whether voluntary or not, contribute indirectly to the war capability of a state. Their actions do not pose a direct risk to opposing forces. Because they are not directly engaged in hostilities against an adversary, they retain their civilian immunity from attack. They may not be targeted, although a military objective protected by human shields remains open to attack, subject to the attacking party’s obligations under IHL to weigh the potential harm to civilians against the direct and concrete military advantage of any given attack, and to refrain from attack if civilian harm would appear excessive”, Human Rights Watch Briefing Paper: International Humanitarian Law Issues In A Potential War in Iraq.

<sup>56</sup> W.H. Boothby, *The Law of The Targeting*, Oxford University Press 2012, s. 138–139.

<sup>57</sup> M.N. Schmitt, *Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*, Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities, ICRC 2004, s. 21–22.

<sup>58</sup> A. Szpak, *Bezpośredni...*, op. cit., s. 131.

proporcjonalności<sup>59</sup>. Praktyczny problem ujawnia się jednakże w innym aspekcie – M. Ezzo i A. Guiora podnoszą, iż umyślne działanie w charakterze żywych tarcz (*volitional participation in hostilities*) pozbawia osoby cywilne przysługującego im immunitetu<sup>60</sup>. Idąc tokiem teorii woluntatywnej, czyli działania świadomego i rozmyślnego, należy zastanowić się nad kwestią prawidłowego rozpoznania i odróżnienia niewalczących, którzy z zamiarem bezpośrednim i kierunkowym decydują się na osłanianie własnym ciałem obiektu o znaczeniu wojskowym (co do którego charakteru też taką świadomość mieć powinni), od osób przymusowo znajdujących się w położeniu żywych tarcz. Problem jest tym bardziej poważny, że zgodnie z Instrukcją Prowadzenia Wojny Powietrznej i Raketowej z 2003 roku, przygotowaną przez Uniwersytet Harwardzki, obowiązek prawidłowego rozpoznania ludzkich tarcz o charakterze ochotniczym od osób, które znalazły się w takiej sytuacji w sposób niedobrowolny, spoczywa na atakującym (bezpośredni obowiązek obalenia domniemania, iż dani niewalczący mają status przymusowych żywych tarcz<sup>61</sup>). Pewnymi wskazówkami mogą być towarzyszące żywym tarczom pozostałe okoliczności, związane z ich bezpośrednim zachowaniem czy też danymi wywiadowczymi. Jednakże jak wskazuje część autorów (Nada Al-Duaij, a także Tim McCormac), operacja w Zatoce Perskiej ujawniła pewien także głębszy aspekt przedmiotowego problemu. Po pierwsze, sam fakt, iż poszczególne osoby znajdujące się w pobliżu celu mogą przejawiać, czy wręcz manifestować swoją obecność jako żywiej tarczy nie oznacza, iż mamy do czynienia z zachowaniem całkowicie dobrowolnym. Zwłaszcza w krajach niedemokratycznych może dochodzić do sytuacji różnego rodzaju przymusu ukrytego, także pośredniego, np. w postaci zastraszenia danej osoby aresztowaniem bliskich osób, czy też innymi reperkusjami<sup>62</sup>. Trudno chociażby określić, czy Palestyńczycy ochraniający obiekty o znaczeniu militarnym w Strefie Gazy robią to z własnej woli, jako wyraz poparcia dla walczących, czy też są do tego zmuszani na skutek prześladowań ze strony członków Hamasu. Warto zaznaczyć, że Sąd Najwyższy Izraela uznał, iż Palestyńczycy zmuszeni do osłaniania obiektów o znaczeniu militarnym są ofiarami terroryzmu, i w odróżnieniu od dobrowolnie podejmujących takie działanie nie mogą

---

<sup>59</sup> „That being the case, voluntary human shields are targetable and, of course, they "are excluded in the estimation of incidental injury when assessing proportionality", Y. Dinstein: *Distinction and Loss of Civilian Protection in International Armed Conflicts*, s. 193.

<sup>60</sup> M. Ezzo, A. Guiora, *A Critical Decision Point on the Battlefield-Friend, Foe, or Innocent Bystander*, „University of Utah, S.J. Quinney College of Law Legal Studies Research Paper Series”, February 2008, s. 26.

<sup>61</sup> „It is often unclear from the circumstances whether human shields are voluntary or not. In such cases, the presumption is that they are involuntary. It is the attacker It is the attacker that bears the burden of proof of establishing that the individuals involved are acting voluntarily”, Reguła nr 48, pkt 8.

<sup>62</sup> N. Al-Duaij, *The Volunteer Human Shields in International Humanitarian Law*, „Oregon Review of International Law” 2010, vol. 12, s. 127–129.

być traktowani jako osoby biorące bezpośredni udział w działaniach zbrojnych<sup>63</sup>. Najprawdopodobniej w konflikcie izraelsko-palestyńskim mamy do czynienia zarówno z dobrowolnymi, jak i niedobrowolnymi żywymi tarczami, co tym jaskrawiej ukazuje złożoną naturę poruszanego w tym opracowaniu problemu oraz dylematów, jakie ze sobą niesie. Pozornie dobrowolne działanie ludności cywilnej może okazać się działaniem powodowanym strachem, groźbą lub brakiem akceptowalnej alternatywy. Istnieją poglądy wskazujące, iż w 100% status dobrowolnych żywych tarcz może być przyznany grupie aktywistów zachodnich, którzy świadomie, dobrowolnie i bez żadnego przymusu pośredniego czy bezpośredniego zdecydowali się na podróż do kraju ogarniętego konfliktem zbrojnym w celu manifestacji swojej obecności w pobliżu obiektów typu *dual-use* (podwójnego zastosowania)<sup>64</sup>. Podłoże przymusu może mieć także charakter ekonomiczny – otóż w trakcie operacji *Allied Shield* w 1999 roku – robotnicy z zakładów Zastawa w serbskiej miejscowości Kragujevac zdecydowali się na nieustanne przebywanie w pobliżu infrastruktury fabryki, produkującej także częściowo na potrzeby wojska. Z jednej strony takie działanie należy ocenić jako umyślne i jako świadomą decyzję o funkcjonowaniu w charakterze dobrowolnych żywych tarcz. Jednakże z drugiej strony należy powyższą sytuację rozpatrywać także jako możliwość zaistnienia przymusu o charakterze pośrednim, w postaci względów ekonomicznych. Bez wątplenia dla robotników fabryki Zastawy przedsiębiorstwo to było przede wszystkim miejscem pracy, a dopiero później ewentualnym obiektem o znaczeniu militarnym (zresztą o charakterze *dual-use*). Zniszczenie fabryki w obliczu trudnej sytuacji ekonomicznej w Serbii oraz regionie doprowadziłoby do załamania gospodarczego, a także utraty pracy i środków do życia przez robotników oraz do długotrwałego pogorszenia sytuacji bytowej ich rodzin.

Podkreślić należy, iż nawet w przypadku, gdy *prima facie* zachowanie osób cywilnych może mieć charakter działania rozmyślnego chronienia własnym ciałem obiektów militarnych, to jednak brak jednoznacznego potwierdzenia charakteru ich działań nie pozwala przesądzić o ich ochotniczym statusie, konstytuującym przesłankę czynnego uczestnictwa w działaniach zbrojnych. Z uwagi na powyższe akceptowanym rozwiązaniem jest traktowanie takich osób jako tzw. zwykłych żywych tarcz, którym przysługuje ogólny immunitet ludności cywilnej, z większym zakresem tolerowanych strat cywilnych z punktu widzenia przesłanki proporcjonalności. Proponowane rozwiązanie wydaje się jedynym akceptowalnym –

---

<sup>63</sup> „What is the law regarding civilians serving as a "human shield" for terrorists taking a direct part in the hostilities? Certainly, if they are doing so because they were forced to do so by terrorists, those innocent civilians are not to be seen as taking a direct part in the hostilities. They themselves are victims of terrorism”, H CJ, 769/02, Public Committee..., op. cit., par. 36.

<sup>64</sup> R. Lyall: *Voluntary Human Shields, Direct Participation in Hostilities and the International Humanitarian Law Obligations of States*, „Melbourne Journal of International Law” 2008, vol. 9.

pozwalając pogodzić pewną racjonalność pola walki z wymaganiami prawa konfliktów zbrojnych, dającym minimum obrony także ludziom funkcjonującym w charakterze żywych tarcz, a zwłaszcza tym znajdującym się w sytuacji przymusowej.

5. Podsumowując niniejsze opracowanie, należy podkreślić wagę zagrożenia, jakie asymetryczne konflikty zbrojne stanowią dla całego międzynarodowego porządku prawnego. Konfrontacja ugruntowanych rozwiązań i instytucji wypracowanych w ramach międzynarodowego prawa humanitarnego z realiami asymetrycznych konfliktów zbrojnych ukazuje nowe wyzwania, a także obnaża pewne słabości tej dziedziny prawa. Dlatego też tak istotne jest, aby międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych odpowiadało aktualnym zagadnieniom pola walki<sup>65</sup>. Jeżeli nie będzie ono odzwierciedlać bieżących problemów, przed jakimi stają członkowie sił zbrojnych, jego skuteczność będzie maleć, gdyż w pojęciu osób stosujących to prawo będzie jawić się jako twór przestarzały, stworzony przez teoretyków prawa mających nikłe pojęcie o prawdziwym obliczu współczesnych konfliktów. Problematyka żywych tarcz jest niewątpliwie jednym z poważniejszych wyzwań dla norm międzynarodowego prawa humanitarnego i wartości, jakie system ten ma za zadanie ochraniać. Wydaje się jednak, że międzynarodowe prawo humanitarne w obecnym jego kształcie jest wystarczająco elastyczne, aby móc objąć swoimi ramami nowe wyzwania, jakie materializują się m.in. w ramach konfliktów asymetrycznych. Dzięki tak ogólnym, a zarazem wyważonym zasadom, jak m.in. zasada proporcjonalności, międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych jest nadal w stanie skutecznie reagować na wiele aspektów związanych ze zmieniającymi się realiami konfliktów zbrojnych<sup>66</sup>.

#### ABSTRACT

The use of human shields is one of the features of asymmetrical warfare - this article aims to assess the phenomenon from legal perspective, taking into account rules laid down by international law of armed conflicts. As the presence of civilians in the vicinity of military objectives is a compound issue, a distinction will be made between those who act as human shields voluntary, and those who were forced to do so.

---

<sup>65</sup> D.S. Blocq, *(Dis)respecting the LOAC in asymmetrical warfare?: A consequentialist approach to a consequentialist question*, [w:] *The moral dimension of asymmetrical warfare*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston 2009, s. 324.

<sup>66</sup> W. Heintschel von Heinegg, *Asymmetric warfare*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2010, par. 1.