

# STUDIA IURIDICA TORUNIENSIA

TOM CZWARTY

pod red. Danuty Janickiej, Toruń 2008

Jan Białocerkiewicz

## „SECURITY WALL” NA OKUPOWANYCH TERYTORIACH PALESTYŃSKICH (KILKA UWAG NA TLE OPINII DORADCZEJ MIĘDZYNARODOWEGO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI)

Opinie doradcze (*advisory opinions*) trybunałów międzynarodowych (STSM, MTS), funkcjonujących jako istotny składnik zorganizowanej społeczności międzynarodowej, zawsze rozbudzały polityczne emocje i wywoływały kontrowersje jurydyczne<sup>1</sup>, ale na przestrzeni ostatniej dekady dwie z nich, a mianowicie: *o legalności groźby lub użycia broni jądrowej* (1996)<sup>2</sup> oraz na temat *prawnych aspektów budowy muru na okupowanych terytoriach palestyńskich* (2004)<sup>3</sup>, chociaż każda z innych powodów, wygenerowały szerszą dyskusję o roli wymiaru sprawiedliwości we współczesnym, zmierzającym ku globalizacji świecie. W owej dekadzie podjęto bowiem próbę zdezawuowania systemu organizacji społeczności międzynarodowej<sup>4</sup>, zwłaszcza zaś ONZ wraz z jej Konstytucją (Karta Narodów Zjednoczonych), której integralną częścią jest statut MTS, a tym samym zakwestionowano międzynarodowy wymiar sprawiedliwości, który jest nieodłącznym elementem zorganizowanej społeczności międzynarodowej. Przyczyny tego stanu rzeczy są złożone<sup>5</sup>, ale głównym motywem okazało się to, że Karta NZ stanowiła przeszkodę przeciwko unilateralnemu użyciu siły, a stojący na straży przestrzegania prawa międzynarodowego (odtąd: p. m.) MTS okazał się niezależny i niepodatny na polityczne naciski<sup>6</sup>.

Takie próby, zwłaszcza kiedy ich animatorem jest mocarstwo, nie są najlepszym prognostykiem dla społeczności międzynarodowej bowiem instrumentalne traktowanie insty-

<sup>1</sup> D. Bach, *Uwagi na tle opinii doradczej MTS o legalności groźby lub użycia broni jądrowej*, Państwo i Prawo 1997, nr 9.

<sup>2</sup> Opinia doradcza w sprawie *legalności groźby lub użycia broni jądrowej*, ICJ Reports 1996, par. 67. Bliżej na ten temat: D. Bach, *op.cit.*

<sup>3</sup> Tekst opinii doradczej w jęz. ang. wraz z załączonymi do opinii *votum speratum* sędziów: Koromy, Higgins, Al-Khasawneh, Kooijmans, Buergenthal, Elaraby, Owady dostępny jest na stronie internetowej <http://www.icj-cij.org/icjwww/presscom/press2004/summary> oraz w *International Legal Materials* (odtąd: ILM) 2004, Vol. XLIII, nr 6.

<sup>4</sup> M. K. Albright, *Organizacja Narodów Zależnych*, Wprost 2003, nr 1904.

<sup>5</sup> Por. T. Łoś-Nowak, *ONZ w XXI wieku: w poszukiwaniu nowego paradygmatu*, [w:] *Prawo, instytucje i polityka w procesie globalizacji. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Januszowi Symonidesowi*, red. R. Kuźniar, E. Halizak, Warszawa 2003, s. 248.

<sup>6</sup> *Sprawa militarnych i paramilitarnych działań przeciwko Nikaragui (Nikaragua v. USA)*. *International Court of Justice* (odtąd: ICJ) Reports 1986, s. 116, par. 218 oraz orzeczenie w sprawie *Timoru Wschodniego*. ICJ Reports 1995, s. 102.

tucji międzynarodowych i p. m. prowadzi do atomizacji społeczności międzynarodowej, której skutki są nieprzewidywalne. Autor ma świadomość tego, że ewaluacja międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości przez pryzmat orzecznictwa nie wypada imponująco, ale też nie ma wątpliwości co do konieczności funkcjonowania niezależnego arbitra w kwestiach spornych między członkami społeczności międzynarodowej. Z punktu widzenia analizowanej materii zasadniczym pytaniem, jakie się nasuwa, jest pytanie o walor prawny opinii doradczej, skoro skierowanie wniosku o jej wydanie wywołało tak szeroki rezonans międzynarodowy.

Teoria p. m., identycznie jak statuty trybunałów, rozstrzyga jednoznacznie, że opinie doradcze nie mają charakteru wiążącego. Nie zmienia to jednak faktu, że zdecydowana większość opinii doradczych odegrała ważną rolę w kształtowaniu praktyki międzynarodowej (np. opinia w przedmiocie zastrzeżeń do konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa z 1949 r.<sup>7</sup>, opinia doradcza w sprawie warunków nabycia członkostwa ONZ z 1948 r.<sup>8</sup>, opinia w sprawie roszczeń odszkodowawczych za szkody poniesione w służbie ONZ z 1949 r.<sup>9</sup>, opinia doradcza w sprawie statusu międzynarodowego Afryki Południowo-Zachodniej z 1950 r.<sup>10</sup>). Z przytoczonych przykładów opinii doradczych wynika, że dotyczyły one fundamentalnych kwestii p. m., które wywoływały rozbieżności interpretacyjne. Pomimo niewiążącego charakteru opinii doradczej Zgromadzenie Ogólne ONZ (odtąd: ZO ONZ) i Rada Bezpieczeństwa (odtąd: RB) mogą podjąć dyskusję i skierować zalecenia do członków, a RB ONZ może nadto przyjąć rezolucję w trybie rozdziału VI (Pokojowe załatwianie sporów) lub VII (Akcja w razie zagrożenia pokoju, naruszenia pokoju i aktów agresji) Karty NZ.

Pomimo tego, że sprawa narodu palestyńskiego, zwłaszcza zaś jego prawa do samostanowienia<sup>11</sup>, zgodnie z p. m. jest, używając języka kolokwialnego, „dyżurnym” tematem na forum międzynarodowym od 1947 r., to wizja powstania niepodległego państwa palestyńskiego wydaje się nadal fantasmagorią. Amerykańska sekretarz stanu – Condoleezza Rice, podczas podróży po Bliskim Wschodzie (lipiec 2006), oświadczyła, że USA są zwolennikiem powstania państwa palestyńskiego, współżyjącego pokojowo z państwem Izrael, ale jest to li tylko mglista deklaracja polityczna bez żadnych konkretów. Podobne deklaracje padały przy różnych okazjach, ale szczególnie często podczas II fazy wojny w Zatoce Perskiej (2003 r.).

Ostatnie wydarzenia na Bliskim Wschodzie, zwłaszcza zaś atak Izraela na Strefę Gazy i suwerenne państwo – Liban spowodowały zachwianie delikatnej równowagi w całym regionie, godząc w utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Przypomina to sytuację z 1991 r., kiedy jugosłowiańskie wojska federalne interweniowały w Chorwacji. Wówczas RB ONZ przyjęła rezolucję nr 713 (1991), w której stwierdziła, że konflikt ten

<sup>7</sup> ICJ Reports 1951, s. 22.

<sup>8</sup> ICJ Reports 1948, s. 62.

<sup>9</sup> ICJ Reports 1949, s. 174. Ta opinia wiąże się ściśle z podjętą problematyką, bowiem podczas I fazy konfliktu palestyńskiego (1948 r.) skrajnie syjonistyczna organizacja pozbawiła życia mediatora ONZ – hrabiego Folke Bernadotte i jego francuskiego asystenta nazajutrz po tym, jak mediator w swoim raporcie napisał, że konieczne są korekty w planie podziału Palestyny.

<sup>10</sup> ICJ Reports 1950, s. 132–137.

<sup>11</sup> Rezolucja ZO ONZ 1514 (XV) z 14 grudnia 1960 r. – *Deklaracja w sprawie przyznania niepodległości krajom i ludom kolonialnym (pkt 4)*. Zbiór Dokumentów 1960, nr 11–12, s. 1892–1896. Bliżej na ten temat: M. Perkowski, *Samostanowienie narodów w prawie międzynarodowym*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 2001.

ma, w rozumieniu p. m., charakter wewnętrzny, ale ewentualna interwencja państw sąsiednich może prowadzić do zagrożenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. W sprawie ataku na Liban tak stanowczej reakcji nie było pomimo tego, że powstał konflikt międzynarodowy, naruszający międzynarodowy pokój i bezpieczeństwo. RB ONZ, z uwagi na groźbę amerykańskiego weta, zdołała przyjąć jedynie tekst miękkiego oświadczenia, które nawet nie wzywa stron do przerwania ognia. Dopiero w końcowej fazie działań zbrojnych zdołano uzgodnić i jednomyślnie przyjąć tekst rezolucji wzywającej strony do przerwania ognia. Rezolucja 1701 RB ONZ została naruszona przez Izrael, którego oddziały komandosów dokonały ataku na Hezbollah w dolinie Beeka. Z powyższego wynika prosty wniosek, że RB ONZ jest taka, jakie są jej państwa członkowskie, a państwa członkowskie najczęściej kierują się partykularnymi interesami i regułami prakseologii.

Analiza opinii doradczej MTS w sprawie prawnych aspektów budowy muru na okupowanych terytoriach palestyńskich (odtąd: otp) bez odwołania się do historycznych antecedenencji byłaby mało czytelna, zwłaszcza, że Trybunał był podobnego zdania bowiem po części do tych antecedenencji się odwoływał. Budowa muru bezpieczeństwa to drobny, ale istotny element bliskowschodnich puzzli, których ułożenie wymagać będzie ogromnego wysiłku społeczności międzynarodowej i dobrej woli stron konfliktu, ale z punktu widzenia narodu palestyńskiego jest to zagadnienie kluczowe postrzegane jako dylemat: być albo nie być.

Po podbojach biblijnych terenów i rozproszeniu Żydów przez kolejnych suwerenów (Asyryjczycy, Babilończycy, Persowie, Ptolomeusze, Rzymianie, Bizantyjczycy, Krzyżowcy, Mamelucy), praktycznie nie mieli oni szans na legalny powrót do historycznych miejsc. Przez dwa tysiące lat Palestyną rządziły inne narody, a Żydów w Palestynie było niewielu, pomimo tego, że dekret króla perskiego Cyrusa (538 r. p.n.e.) zezwalał na ich powrót. Po podbiciu Palestyny przez Arabów w VII w. Jerozolima, obok Mekki i Medyny, uznana została za trzecie najważniejsze miejsce kultu Muzułmanów<sup>12</sup>. Pomimo tego, nieomal nieodwracalnego stanu rzeczy, w mitologii i zbiorowej świadomości Żydów funkcjonowało marzenie o powrocie do ziemi obiecanej (Kanaan), na której powstanie wielkie i silne państwo. Teoretyczne podstawy powstania państwa żydowskiego, ze wskazaniem miejsca jego lokalizacji, przedstawił węgierski Żyd – Teodor Herzl w rozprawie *Judenstaat* opublikowanej w 1896 r. Materialnym przejawem realizacji tego odwiecznego marzenia były kolejne etapy „aliji” Żydów do Palestyny (1881–1903, 1904–1913, 1924–1931, 1933–1939). Duże znaczenie dla przyszłości Bliskiego Wschodu miały: korespondencja między Wysokim Komisarzem Egiptu – Sir Henrym Mac Mahonem i szafirem Mekki – Husajnem ibn Alim (1915–1916)<sup>13</sup>, tajne porozumienie brytyjsko-francuskie z 1916 (Układ Syces-Picot) w sprawie podziału stref wpływów w tej części świata, deklaracja Balfoura z 1917 r., angielsko-francuska deklaracja z 1918 r. dotycząca obszaru Bliskiego Wschodu, konferencja pokojowa w San Remo z 1920. Szansa na powstanie państwa żydowskiego pojawiła się jeszcze przed upadkiem Imperium Otomańskiego, kiedy to ówczesny minister spraw zagranicznych Anglii J. A. Balfour, w nocy z 2 listopada 1917 r. wystosowanej do

<sup>12</sup> M. Kowalewski, *Jerozolima – miasto trzech religii*, Warszawa 2001; A. Jabłońska, *Stolica naszego świata – Jerozolima*, Wprost 2005, nr 1203.

<sup>13</sup> Jest to bardzo interesująca korespondencja, z której wynika wola obu stron: uznanie przez Wielką Brytanię niepodległości ludności arabskiej w granicach proponowanych przez ibn Alego, gwarancje bezpieczeństwa dla miejsc świętych, ustanowienie najlepszych form rządów dla tych obszarów. Podane za: B. Cellerem, *Proces pokojowy w konflikcie bliskowschodnim. Powstanie państwa Izrael*, cz. I, Łódź 1996, s. 37 i n.

lorda Rothschilda zapewnił go, że Anglia będzie popierać stworzenie „narodowego domu dla narodu żydowskiego” w Palestynie<sup>14</sup>, przy czym podkreślił, że fakt ten nie może zaszkodzić obywatelskim czy też religijnym prawom społeczności nieżydowskich. W 1937 r., kiedy Brytyjczycy sprawowali, w oparciu o art. 22 i 23 Paktu Ligi Narodów, mandat nad Palestyną, narodziła się koncepcja, znana jako plan lorda Peela, aby z mandatu palestyńskiego utworzyć dwa państwa: palestyńskie (85%) i żydowskie (15%), co było – jak wolno sądzić – sprzeczne z art. 5 umowy mandatowej<sup>15</sup> i art. 22 pkt 4 Paktu Ligi Narodów. Brytyjczycy, nie mogąc utrzymać ładu i porządku<sup>16</sup> w Palestynie, zaczęli myśleć o wycofaniu się i pozostawieniu spraw własnemu biegowi<sup>17</sup>. Wraz z zakończeniem II wojny światowej i ogólnym porządkowaniem powojennego świata sprawa powstania państwa żydowskiego powróciła ponownie na forum międzynarodowe. Na przełomie kwietnia i maja 1947 r. obradowała I specjalna sesja ZO ONZ, która zakończyła się powołaniem Specjalnego Komitetu do Spraw Palestyny (United Nations Committee on Palestine). 31 sierpnia 1947 r. Komitet przedłożył raport, który odzwierciedlał wątpliwości odnoszące się do podziału mandatu (plan większości i plan mniejszości). Część członków Komitetu postawiła Komitetowi oraz raportowi poważne zarzuty, a wśród nich m.in. brak kompetencji ONZ do zajmowania się sprawą Palestyny oraz naruszenie art. 5 umowy mandatowej w związku z czym domagała się przekazania sprawy do MTS. Silna presja środowisk żydowskich sprawiała, że w trakcie II sesji ZO ONZ plan większości został przyjęty. W oparciu o powyższy plan 29 listopada 1947 r. ZO ONZ uchwalono rezolucję 181/II<sup>18</sup> dzielącą mandat palestyński na dwa państwa: żydowskie (55%) i palestyńskie (45%) oraz ustanawiającą status Jerozolimy. Według tejże rezolucji Jerozolima uznana została za miasto o statusie międzynarodowym (*corpus separatum*), funkcjonujące jako enklawa na terytorium arabskim. Po uchwaleniu rezolucji wydarzenia potoczyły się błyskawicznie i niekoniecznie we właściwym kierunku, zgodnym z oczekiwaniami społeczności międzynarodowej. 15 maja 1948 roku Izrael ogłosił deklarację niepodległości i został błyskawicznie uznany przez szereg państw<sup>19</sup>. Po upływie 2 tys. lat powstaje *de facto* i *de iure* państwo żydowskie, którego powstanie generuje permanentny konflikt w tym regionie świata.

Arabowie przeciwstawiali się utworzeniu państwa żydowskiego w Palestynie nie tylko politycznie, ale też przy pomocy oręża. Liban, Syria, Jemen, Maroko, Jordania, Egipt wystąpiły zbrojnie przeciwko Izraelowi, ale poniosły klęskę. W lipcu 1948 r. Izrael wbrew rezolucji nr 181/II ONZ zajął część terytoriów przyznanych Palestyńczykom (Zachodnia

<sup>14</sup> To nieprecyzyjne pojęcie stało się przedmiotem kontrowersji. Kwestionowano w szczególności utożsamianie narodowego domu z państwem żydowskim w Palestynie.

<sup>15</sup> Art. 5 zakazywał przekazywania terytorium mandatowego innemu mocarstwu w jakiegokolwiek formie. W tym stanie rzeczy po zakończeniu mandatu lud palestyński powinien skorzystać z prawa do samostanowienia przewidzianego przez Kartę NZ art. 1 ust. 2 w związku z art. 22 pkt 4 Paktu LN.

<sup>16</sup> Organizacje żydowskie posługiwały się terroryzmem, dokonując zamachów zarówno na siły mandatariusza (np. Hotel King David), jak też wobec ludności arabskiej (zrównanie z ziemią wioski Deir Yassin).

<sup>17</sup> B. I. Montgomery, *Wspomnienia*, Warszawa 1961, s. 429.

<sup>18</sup> UN Res, 181 A/RES/181/II (A+B); tekst rezolucji w jęz. angielskim [www.acpr.org.il/resources/unr181.html-71k](http://www.acpr.org.il/resources/unr181.html-71k).

<sup>19</sup> Uznanie państwa Izrael przez USA w sytuacji niestabilności i konfliktu podawane jest jako przykład uznania przedwczesnego, które może prowadzić do ingerencji w sprawy wewnętrzne, zakazanej przez prawo międzynarodowe. Podkreślić jednak należy, iż byt polityczny państwa nie zależy od jego uznania, gdyż nawet przed uznaniem państwo posiada tzw. prawa zasadnicze: może bronić swojej nietykalności i niepodległości, troszczyć się o swoją egzystencję, wydawać ustawy, kierować administracją i ustanawiać jurysdykcję sądów (art. 3 konwencji panamerykańskiej z 1933 r. o prawach i obowiązkach państw).

Galilea, Północna Gaza, Zachodnia Jeruzolima). Na zajętych terytoriach dokonywano czystek etnicznych oraz dopuszczano się innych form przemocy, w wyniku których nastąpił exodus części Palestyńczyków, zaś tym, którzy mimo to pozostali na zajętych terytoriach, nadano *ex lege* obywatelstwo Izraela. 11 grudnia 1948 r. ZO ONZ przyjmuje rezolucję nr 194 (III), na mocy której Izrael zostaje zobowiązany do przyjęcia uchodźców, a tym, którzy powrócić nie chcą, do wypłacenia odszkodowań (§ 11). Rezolucja powyższa nie została dotychczas implementowana, a dramat palestyńskich uchodźców trwa. 16 grudnia 1948 r. RB ONZ przyjmuje rezolucję nr 62 (1948) o zawieszeniu broni, zobowiązując strony wojujące do zawarcie porozumienia pokojowego z zagwarantowaniem istnienia wszystkich sektorów palestyńskich. W wyniku rozejmu w 1949 r. i podpisaniu traktatu rozejmowego między Izraelem i Jordanią w dniu 3 kwietnia 1949 r. (Rodos i Lozanna) zostaje ustalona linia demarkacyjna (tzw. Green Line – Zielona Linia) rozdzielająca siły zbrojne arabskie i żydowskie. Zielona Linia jest punktem wyjścia dla statusu prawnego Zachodniego Brzegu i Strefy Gazy i – co oczywiste – kwalifikacji prawnej budowy muru. Podczas wojny czerwcowej w 1967 r. i wojny Jom Kippur 1974 r. Izrael zajmuje dalsze terytoria arabskie (Strefę Gazy, Półwysep Synaj, Wzgórza Golan, Zachodni Brzeg Jordanu, Wschodnią Jeruzolimę)<sup>20</sup>, naruszając tym samym Zieloną Linie. *Ex iniuria non oritur* – ta rzymska premia odnosi się do tej sytuacji, gdyż *ab initio* miało miejsce naruszenie p. m. Palestyńczycy zabiegają o międzynarodowe poparcie i takie poparcie otrzymują (rezolucja ZO ONZ nr 3210), a powstała w 1964 r. Organizacja Wyzwolenia Palestyny (odtąd: OWP), na mocy rezolucji nr 3227 (XXX), uzyskuje status obserwatora w ONZ. 22 listopada 1967 r. RB ONZ przyjmuje rezolucję 242 wzywającą Izrael do zwrotu zajętych terytoriów w tym Wschodniej Jeruzolimy, które to żądania potwierdza w rezolucji 338. Po zawarciu w 1978 r. separatystycznego porozumienia Egiptu z Izraelem ZO ONZ przyjmuje 2 rezolucje nr 34/65B i 35/169B, zarzucając porozumieniu pogwałcenie zasady *pacta tertiis non datur* i uniemożliwienie narodowi palestyńskiemu realizacji prawa do samostanowienia. Analitycy międzynarodowi uważali, że mimo to w stosunkach wzajemnych między Arabami i Żydami nastąpił przełom, ale ekstremiści po obu stronach szybko tę nadzieję rozwiali. Zdaniem autora to odmowa zwrotu otp spowodowała gwałtowny wzrost nastrojów radykalnych wśród palestyńskiej młodzieży, która pod auspicjami organizacji o różnej proveniencji dokonywała zamachów zarówno na terytorium Izraela, jak również poza jego granicami. W odpowiedzi na zamachy armia izraelska dokonuje nieproporcjonalnych akcji odwetowych, co prowadzi do powstania spirali przemocy, której apogeum był wybuch drugiej Intifady po wizycie A. Szarona na Wzgórzu Świątynnym.

Kolejne szanse na pokój na Bliskim Wschodzie pojawiają się po zawarciu porozumień w Madrycie (1991), Oslo (1993–1995) i Camp David (2000–2001), zwłaszcza że w porozumieniach z Oslo określono zasięg terytorialny Autonomii Palestyńskiej (odtąd: AP) przy czym ustanowiono trzy strefy (A, B, C), w ramach których ograniczono jurysdykcję Palestyńczyków, wyłączono miasto Hebron oraz uregulowano dostęp do miejsc kultu: grobu Abrahama i Racheli<sup>21</sup>. Porozumienie z Oslo były mało korzystne dla Palestyńczyków, ale wizja własnego państwa skłoniła J. Arafata do ich podpisania. Mimo to proces wybijania się Palestyńczyków na niepodległość wydawał się nadal odległy, a nawet

<sup>20</sup> 30 czerwca 1980 r. Kneset przyjmuje ustawę ustanawiającą Jeruzolimę stolicą państwa Izrael. W 2002 r. Kongres USA przyjął rezolucję uznającą Jeruzolimę za stolicę państwa Izrael. Jest to dotychczas jedyny przejaw uznania, które pozostaje w sprzeczności z rezolucją 181/II ONZ.

<sup>21</sup> Tekst porozumienia [http://www.jewish.org.pl/polskie/materialy/izrael/porozumienie\\_oslo\\_2.html](http://www.jewish.org.pl/polskie/materialy/izrael/porozumienie_oslo_2.html).

fantasmagoryczny, Działania Izraela, zwłaszcza zaś budowa osiedli żydowskich na otp, wywoływały raz po raz kolejne kryzysy. W tym kontekście warte odnotowania jest stanowisko UE, która w dniu 12 grudnia 2003 r. uznała, że polityka kolonizacji otp, w tym Wschodniej Jerozolimy z naruszeniem Zielonej Linii oraz budowa nielegalnych osiedli żydowskich, sankcjonujących *de facto* izraelską obecność na otp, jest sprzeczna z p. m. 30 kwietnia 2003 r. tzw. Kwartet (USA, ONZ, Federacja Rosyjska i UE) przedstawia nowy plan uregulowania konfliktu izraelsko – palestyńskiego znany jako „Roadmap to Peace”, a RB ONZ rezolucją 1515 (2003) zatwierdza ten plan. Ta propozycja, której RB ONZ, uchwalając rezolucję 1515 (2003), nadała walor obowiązującego prawa, stanie się jednym z kluczowych argumentów Izraela i USA przeciwko wnioskowi ZO ONZ o wydanie opinii doradczej.

Pomijając w tym miejscu przedstawione powyżej antecedencje konfliktu i upraszczając w znacznym stopniu zagadnienie, można przyjąć, że bezprawne, wielokierunkowe działanie państwa Izrael na otp wywołały eskalację zamachów palestyńskich, a te kontrakcję Izraelczyków w postaci akcji odwetowych, w tym zaplanowania i wzniesienia budowli, która wywołała bardzo szeroki rezonans międzynarodowy<sup>22</sup> oraz doczekała się szeregu pejoratywnych określeń, takich jak: „mur hańby”, „mur apartheidu”, „nowy mur berliński”<sup>23</sup>. Najczęściej jednak budowla nazwana jest eufemistycznie izraelską barierą bezpieczeństwa (security wall), której plan budowy rząd izraelski zatwierdził w dniu 14 czerwca 2002 r., wykorzystując propagandowo aureę, jaka powstała wokół terroryzmu międzynarodowego po zamachu na WTC<sup>24</sup>. Rzeczywiście bariera bezpieczeństwa nie jest konstrukcyjnie jednolita bowiem składa się na nią wysoki betonowy mur wraz z wieżami strzelniczymi, zasieki z drutu kolczastego, elektroniczne zapory, głębokie rowy, kamery, pasy zaoranej ziemi lub kombinacji tych elementów. Poza samym murem na otp powstał także szereg dróg strategicznych, którymi mogą poruszać się tylko członkowie armii izraelskiej i osadnicy żydowscy (par. 82 opinii doradczej).

Główna oś powstałego i projektowanego muru bezpieczeństwa przebiega przez terytoria palestyńskie między Zieloną Linia a rzeką Jordan, odcinając Ramallah i Betlejem oraz okalając Wschodnią Jerozolimę. Fragmenty zbudowanego i projektowanego muru wchodzi głęboko w palestyńskie terytorium, a utworzone enklawy izolują kilkaset tysięcy Palestyńczyków od pozostałej części palestyńskiego terytorium na Zachodnim Brzegu i Strefie Gazy<sup>25</sup>. Zarówno główna linia muru, jak też enklawy, nazywane współczesnymi gettami, w sposób zasadniczy zmieniły życie Palestyńczyków w tym sensie, że pomijając okupacyjną codzienność, znacznie utrudniony jest dostęp do szkół wszystkich szczebli, służby medycznej<sup>26</sup>, kultury, pól uprawnych, wody pitnej lub szklarni. Liczba przejść w murze,

<sup>22</sup> Egzemplifikacją tego rezonansu jest fakt poświęcenia temu zagadnieniu w całości 1 numeru z 2005 r. prestiżowego czasopisma *American Journal of International Law* (odtąd: AJIL). R. Wedgwood, *The ICJ Advisory Opinion on the Israeli Security Fence and the Limits of Self-Defense*, AJIL 2005, Vol. 99, nr 1, s. 52; L. F. Damrosch, B. H. Oxman, *ICJ Advisory Opinion on Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ibidem, s. 1. G. R. Watson, *The Wall. Decision in Legal and Political Context*, ibidem, s. 11 i n.; M. Pomerance, *The ICJ'S Advisory Jurisdiction and the Crumbling Wall between the Political and the Judicial*, ibidem, s. 35 i n.; R. A. Falk, *Toward Authoritativeness: The ICJ Ruling on Israel's Security Wall*, ibidem, s. 42 i n.

<sup>23</sup> Zob. tygodnik *Forum* 2004 r., nr 30, publikujący przedruk z *International Herald Tribune*.

<sup>24</sup> K. Zdybska, *Izraelski mur bezpieczeństwa a zwalczanie terroryzmu palestyńskiego w kontekście prawa międzynarodowego*, [w:] *Walka z terroryzmem w świetle prawa międzynarodowego*, red. K. Lankosz, M. Chrośnicki i P. Czubik, Bielsko-Biała 2004, s. 167 i n.

<sup>25</sup> Podane za *Bariera bezpieczeństwa* – [http://www.izrael.badacz.org/historia/plan\\_01\\_mur.html](http://www.izrael.badacz.org/historia/plan_01_mur.html).

<sup>26</sup> Np. objazdowa klinika UNRWA odwiedza większość enklaw raz w miesiącu.

elektroniczne wykrywacze metalu, arogancja izraelskich wojskowych sprawiają, iż Palestyńczycy uznają funkcjonowanie muru za przejaw, zakazanego przez p. m. nieludzkiego i poniżającego traktowania<sup>27</sup>. Nie ma też wątpliwości, że budowa muru degraduje środowisko naturalne, które stanowi niezbywalne dobro przyszłego państwa palestyńskiego.

W tym stanie rzeczy 21 października 2003 r. stały przedstawiciel AP przy ONZ – Nasser al Kidwa zgłosił projekt rezolucji potępiającej budowę muru, jako działania naruszającego zasady i normy p. m. ZO ONZ w przegłosowanej rezolucji (140 państw za 12 państw wstrzymało się, a 4 były przeciw – Federacja Mikronezji, Wyspy Marshalla, USA oraz Izrael) wezwało obydwie strony konfliktu do zastosowania się do poniższych zaleceń:

– Izrael wstrzyma i wycofa się z budowy tzw. muru bezpieczeństwa na Zachodnim Brzegu Jordanu oraz dookoła Jerozolimy, stanowiącej pogwałcenie Zielonej Linii z 1949 r. i naruszenie zasad p. m.;

– obydwie przystąpią niezwłocznie do realizacji ustaleń wynikających z „Roadmap to Peace”. Według rezolucji AP ma dążyć do ograniczenia zamachów na Izrael poprzez aresztowania i rozbięcie grup terrorystycznych, zaś Izrael powstrzymać się czynów uderzających w społeczność cywilną (deportacje, skrytobójstwo, burzenie domów).

Ponadto rezolucja zobowiązywała Sekretarza Generalnego ONZ (odtąd: SG ONZ) do przygotowania i przedstawienia, w terminie 1 miesiąca, raportu odnoszącego się do punktu 1 rezolucji, na podstawie którego miano podjąć dalsze kroki w ramach ONZ<sup>28</sup>. Kofi Annan w dniu 24 listopada 2003 r. zaprezentował na forum ONZ swój raport będący ostrą krytyką dotychczasowego postępowania rządu izraelskiego. SG ONZ stwierdził, iż „Izrael nie zastosował się do żądań ZO ONZ”<sup>29</sup> zawartych w rezolucji z dnia 21 października 2003 roku oraz podkreślił, iż planowana bariera w przeważającej części biegnie po palestyńskiej stronie tzw. Zielonej Linii, wkraczając w niektórych przypadkach na głębokość 22 km. Przyjęcie takiego rozwiązania jest faktyczną aneksją palestyńskiego obszaru (ca 17% całego Zachodniego Brzegu Jordanu). Po stronie izraelskiej znalazłoby się około 170 000 Palestyńczyków zamieszkujących Zachodni Brzeg Jordanu i 220 000. Wschodnią Jerozolimę. Ponadto ponad 160 000 Palestyńczyków znalazłoby się w swoistych „gettach” zamkniętych linią muru<sup>30</sup>. K. Annan przedstawił ponadto pozostałe negatywne skutki społeczno-ekonomiczne związane z budową muru, a mianowicie:

– odcięcie i utrudnienie dostępu palestyńskiej ludności do ośrodków opieki zdrowotnej, edukacji, źródeł wody czy też elektryczności,

– przymusową zmianę przeznaczenia ziemi powodującą perturbacje w rolnictwie, rynku żywnościowym i związanym z nim obrotem gospodarczym,

– brak wystarczającej liczby przejść między rozdzielonymi obszarami oraz słaba koordynacja w obsłudze przepływu ludności osłabia zdolność do pracy Palestyńczyków i może być impulsem wzrostu bezrobocia,

<sup>27</sup> Konwencja ONZ przeciwko torturom i innym przejawom nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania z 10.12.1984 r. – DzU z 1989, Nr 63, poz. 378.

<sup>28</sup> Rezolucja ZO ONZ – A/RES/ES-10/13, *Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory*, 21.10.2003 r.

<sup>29</sup> Raport Sekretarza Generalnego wykonującego zalecenia rezolucji Zgromadzenia Ogólnego A/RES/ES-10/13, ES-10/248, 28.11.2003 r.

<sup>30</sup> Podobne stanowisko zajmowała wielokrotnie AI. Np. Izrael/Terytoria okupowane. *Życie w oblężeniu*, <http://web.amnesty.org/library/index/engmde150012003>.

<sup>31</sup> Zob. przypis 29.

– izolację miejscowości z ograniczoną liczbą przejść, która jest czynnikiem konfliktogennym<sup>31</sup>.

Raport rozwiewał wszystkie wątpliwości co do tego, że wskazane w nim negatywne skutki są istotnym naruszeniem podstawowych praw społeczności palestyńskiej gwarantowanych zasadami i normami p. m. Konkludując, SG ONZ zarzucił Izraelowi nieszanowanie postanowień ZO ONZ, podkreślając jednocześnie, iż budowa muru stanowi poważny wyłom w dotychczasowym procesie pokojowym oraz narusza zobowiązania, które ciążyą na Izraelu. Izraelskie MSZ, w oficjalnym oświadczeniu, nie odniosło się do sformułowanych zarzutów (bezprawna okupacja, naruszanie p. m.) lecz położyło nacisk na ważną rolę bariery w systemie bezpieczeństwa antyterrorystycznego – „Jest to nie tylko nasze prawo, lecz nasz obowiązek – głosiło oficjalne stanowisko rządu Izraela”<sup>32</sup>. Rozbieżność między stanowiskiem ONZ a stanowiskiem Izraela co do zgodności z p. m. budowy muru była zasadnicza i rozstrzygnięcie tego sporu należało przedłożyć niezależnemu arbitrowi.

W tym stanie rzeczy strona palestyńska zapowiedziała zwołanie, w trybie rezolucji „Uniting for Peace”<sup>33</sup>, nadzwyczajnej sesji ZO ONZ, mającej wnioskować do MTS o wydanie opinii prawnej w tym przedmiocie (opinia doradcza). Palestyńczycy prognozowali, że w przypadku uznania budowanego muru za niezgodny z p. m. zyskają szersze poparcie w przedmiocie wstrzymania rozbudowy oraz zlikwidowania istniejącego już odcinka inkryminowanego muru. Istotnie w 2003 r. została zwołana X specjalna Sesja ZO ONZ, której *leitmotivem* były nielegalne działania Izraela na otp, a w szczególności budowa muru dzielącego otp.

Izrael, szermując argumentem, że władze AP nie powstrzymały terrorystów, odmawiał stosowania się rezolucji i Mapy Drogowej. Społeczność międzynarodowa, po wysłuchaniu raportu SG ONZ<sup>34</sup> odniosła się niezwykle krytycznie do nieprzejednanego i unilateralnego stanowiska Izraela. Dezaprobata dla działań Izraela na otp osiągnęła apogeum podczas debaty w ZO ONZ, w wyniku której dnia 8 grudnia 2003 r. ZO zwróciło się, w trybie art. 96 ust. 1 Karty NZ<sup>35</sup> w zw. z art. 65 ust. 1 Statutu MTS z dnia 21 kwietnia 1945 r.<sup>36</sup>, do MTS o wydanie opinii doradczej w sprawie prawnych konsekwencji budowy muru na otp<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> Zob. <http://viva.palestyna.pl/news/news.php?>

<sup>33</sup> Rezolucja ZO ONZ nr A/RES/ 377 (V) z 8 listopada 1950 r. uchwalona z inicjatywy USA (D. G. Acheson), której celem było przeniesienie odpowiedzialności za utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa na Zgromadzenie Ogólne w sytuacji, gdy Rada Bezpieczeństwa z powodu braku jednomyślności stałych członków przestaje ponosić odpowiedzialność za utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Tekst rezolucji w: *Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego*, red. K. Kocot, K. Wolfke, Wrocław–Warszawa 1969, s. 105. MTS w części wstępnej opinii odniósł się do rezolucji 377 (V), wskazując na to, że ów przypadek nie ma charakteru wyjątkowego. Summary of the Advisory Opinion of 9 July 2004. Press Release. Tekst w języku ang. dostępny na stronie internetowej <http://www.nahost-politik.de/westbank/security-fence-0.htm>.

<sup>34</sup> 21 marca 2005 SG ONZ zaprezentował raport A/592005 – In Langer freedom: towards development, security and human rights for all, którego uzupełnienie stanowi raport A/60/825 z 27 kwietnia 2006 r. Uniting against terrorism: recommendations for a global counter terrorism strategy, z których wyraźnie wynika, że w walce z terroryzmem muszą być szanowane prawa człowieka i przestrzegane prawo humanitarne.

<sup>35</sup> Zgromadzenie Ogólne lub Rada Bezpieczeństwa mogą zwrócić się do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości o wydanie opinii doradczej w każdej sprawie prawnej. Tekst Karty w DzU z 1947, Nr 23, poz. 90–91.

<sup>36</sup> Trybunał może wydać opinię doradczą o jakimkolwiek zagadnieniu prawnym na żądanie któregośkolwiek ciała uprawnionego przez Kartę Narodów Zjednoczonych albo też zgodnie z nią do przedstawienia takiego żądania.

<sup>37</sup> W wyniku porozumień z Oslo Terytoria okupowane są podzielone na trzy strefy (A, B, C) o odmiennym statusie prawnym, przy czym C znajduje się pod całkowitą kontrolą Izraela, w rejonie B Izrael sprawuje policję militarną, a rejonem A (ca. 17%) zarządza Autonomia Palestyńska. Na postawie Protokołu dotyczącego Hebronu miasto to zostało podzielone na dwie części H<sup>1</sup> i H<sup>2</sup> i nad tą ostatnią częścią kontrolę sprawuje Izrael.



Na długo przed debatą w ZO ONZ nad wnioskiem o wydanie opinii doradczej padały oskarżenia, że ewentualne podjęcie zagadnienia na tak szerokim forum międzynarodowym będzie mieć charakter *par excellence* polityczny, a tym samym stanie się swoistym sądem nad stosunkami izraelsko-palestyńskimi, co nie przyczyni się do ich poprawy, a raczej im zaszkodzi<sup>38</sup>. Podobny argument, według którego wydanie opinii doradczej storpeduje porozumienia rozbrojeniowe, podnoszono w momencie, kiedy ZO ONZ zwróciło się do MTS o wydanie opinii doradczej w sprawie legalności groźby lub użycia broni jądrowej<sup>39</sup>. ZO ONZ znakomitą większością głosów skierowało do MTS żądanie o wydanie opinii doradczej. Przed wydaniem opinii doradczej Izrael i USA podjęły kontrakcję, podnosząc przeciwko niej zarówno zarzuty jurydyczne, jak też zarzuty *par excellence* polityczne. Wnioskowi o wydanie opinii doradczej w sprawie prawnych konsekwencji budowy muru, podobnie jak innym opiniom doradczym MTS, stawiano zarzut silnych konotacji politycznych, gdy tymczasem zarówno Karta NZ, jak również statut MTS rozstrzygają jednoznacznie, że opinie doradcze mogą dotyczyć tylko zagadnienia prawnego. W tym kontekście kreślono czarny scenariusz, według którego wydanie opinii pogorszy napięte stosunki między Izraelem a AP, a w sferze faktów niczego nie zmieni. Trybunał wielokrotnie odpyerał zarzut upolitycznienia swoich rozstrzygnięć, argumentując, że wydaje je zawsze na podstawie p. m., dokonując subsumcji stanu faktycznego pod istniejące normy p. m. lub stwierdza ich brak<sup>40</sup>. Rzeczowo i kompetentnie odnosił się do zarzutów upolitycznienia opinii doradczych, wskazując, że zagadnienia *par excellence* prawne wywołują emocje polityczne, co nie oznacza, że Trybunał poddaje się tym emocjom, gdyż jego zadaniem jest wydanie opinii, zgodnej z żądaniem ZO ONZ, o prawnych, a nie politycznych konsekwencjach budowy muru na otp<sup>41</sup>.

Szczególnie ważne okazało się stanowisko Trybunału wobec zarzutów jurydycznych, podniesionych głównie przez USA i Izrael. USA, odwołując się do treści art. 24 Karty NZ, wskazywały, że to na RB ONZ, a nie na ZO ONZ, spoczywa główna odpowiedzialność za utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, a wobec tego sprawa konfliktu wokół muru winna być przedmiotem debaty i decyzji RB ONZ (par. 26 opinii doradczej). Jest to przejaw politycznej hipokryzji, gdyż USA, podobnie jak inne państwa miały pełną świadomość tego, że merytoryczna rezolucja w RB nie zostanie uchwalona<sup>42</sup>. Trybunał nie kwestionował tego, że główna odpowiedzialność za utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa spoczywa na RB ONZ, ale słusznie wskazywał, że nie jest to prawo ekskluzywne<sup>43</sup>.

Z pozoru poważnym zarzutem merytorycznym była izraelska teza, że ZO ONZ działa *ultra vires*, przedkładając żądanie wydania opinii doradczej wbrew brzmieniu art. 12 ust.

<sup>38</sup> G. R. Watson, op.cit., s. 6 i n.; R. A. Falk, op.cit., s. 42 i n.; M. Pomerance, op.cit., s. 26 i n.; L. F. Damrosch, B. H. Oxman, op.cit., s. 1–5.

<sup>39</sup> *Opinia doradcza w sprawie legalności groźby lub użycia broni jądrowej*, ICJ Reports 1996, par. 67.

<sup>40</sup> Tak *expressis verbis* w opinii doradczej w sprawie *legalności groźby lub użycia broni jądrowej*. ICJ Reports 1996, s. 234, par. 13 oraz opinii doradczej w sprawie *prawnych konsekwencji budowy...*, par. 39.

<sup>41</sup> D. Bach, *Uwagi na tle opinii doradczej MTS o legalności groźby lub użycia broni jądrowej*, Państwo i Prawo 1997, nr 9.

<sup>42</sup> Por. artykuł wskazujący m.in., że najczęściej z prawa weta korzystał ZSRR, a następnie USA. V. Yates, *US use veto on the Palestine question at the Security Council*, [www.caabu.org/press/brifings/US\\_vetoes.pdf](http://www.caabu.org/press/brifings/US_vetoes.pdf).

<sup>43</sup> Tak m.in. w opinii doradczej w sprawie *niektórych wydatków Narodów Zjednoczonych z 20 lipca 1962*. ICJ Reports 1962, s. 163.

1 Karty<sup>44</sup>. Chodziło o rezolucję RB ONZ nr 1515 (2003) udzielającą poparcia międzynarodowej propozycji Kwartetu rozwiązania konfliktu izraelsko-palestyńskiego<sup>45</sup>. Trybunał przypominał, że ZO ONZ nie udzieliło RB żadnych zaleceń w trybie art. 12 ust. 1 Karty NZ<sup>46</sup>, ale zażądało opinii prawnej, co czyni zarzut działania *ultra vires* chybionym. Trybunał przyznał też, że niemal każda opinia doradcza miała swój kontekst polityczny, ale dokonywanie ewaluacji opinii przez ten przyzmat nie może dezawuuować rzetelnej analizy dokonywanej przez Trybunał w kontekście norm i zasad p. m.<sup>47</sup>

Zarzut braku jurysdykcji<sup>48</sup> w sprawie wydania opinii doradczej był na tyle poważny, że MTS odniósł się do niego szerzej, przystępując do czynności merytorycznych<sup>49</sup>. Trybunał przypominał, że w świetle przepisów statutu, jeżeli powstaje wątpliwość co do kompetencji w danej sprawie, posiada on *competence de la competence* (art. 36 pkt 6 statutu). Sędziowie Trybunału nie podzielili zarzutu Izraela co do braku jurysdykcji oraz rozwiali wątpliwości co do tego, czy ZO ONZ prawidłowo skorzystało z przysługującej mu prerogatywy (art. 96 paragraf 1), nie naruszając jednocześnie ograniczenia wynikającego z art. 12 paragrafu 1 Karty NZ. Skład sędzący odwołał się rezolucji A/RES./377A (V) z 3 listopada 1950 r. (Uniting for Peace) umożliwiającej przedłożenie ZO ONZ sprawy celem zaopiniowania i wydania rekomendacji dla członków ONZ, w przypadku gdy Rada Bezpieczeństwa nie jest zdolna wykonywać swych obowiązków w zakresie utrzymania lub przywrócenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Odwołanie się do rezolucji Zjednoczeni dla Pokoju jest możliwe, gdy wystąpią dwie komplementarne przesłanki:

- RB w związku z brakiem jednomyślności stałych członków przestaje odpowiadać za utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa,

- sprawa powinna zostać rozpatrzona na specjalnej sesji ZO ONZ zwołanej na wniosek siedmiu członków Rady Bezpieczeństwa lub większości członków ZO ONZ w terminie 24 godzin od złożenia takiej prośby (10 specjalna sesja ZO ONZ z dnia 8 grudnia 2003 r. zwołana na wniosek większości członków Zgromadzenia). Sąd nie podzielił zarzutu działania *ultra vires* oraz sfalsyfikował tezę Izraela, iż opinia doradcza w sprawie prawnych konsekwencji budowy muru nie znajduje umocowania w Karcie NZ. Trybunał, ustalając swoją *competence de la competence*, wywiódł po raz kolejny zasadę, według której brak zgody państwa na poddanie się jurysdykcji Trybunału nie stoi na przeszkodzie wydania opinii doradczej w zakresie sporu, w którym państwo takie jest stroną, gdyż może być ona pomocna członkom ONZ w rozwiązaniu sporu bez względu na to, czy zostanie on roz-

<sup>44</sup> Gdy Rada Bezpieczeństwa pełni w związku z jakimś sporem lub sytuacją funkcje powierzone jej przez niniejszą Kartę Zgromadzenie Ogólne nie może udzielać jej żadnych zaleceń odnoszących się do tego sporu lub sytuacji, chyba, że Rada Bezpieczeństwa tego zażąda. Zob. argumenty podniesione przez Trybunał w par. 27–28 analizowanej opinii doradczej.

<sup>45</sup> Zob. par. 22 analizowanej opinii doradczej.

<sup>46</sup> Zob. analizę związku art. 12 ust. 1 Karty i rezolucją RB 1515 (2003) G. B. Watson, op.cit., s. 8–9; M. Pomerance, op.cit., s. 33–34; R. Wedgwood, op.cit., s. 53.

<sup>47</sup> Zob. zwłaszcza par. 25, 26 opinii doradczej. W par. 27 MTS przeanalizował praktykę ZO ONZ w zakresie relacji między ZO ONZ, a RB w kontekście art. 12 ust. 1 Karty i ustalił, że nie ma przeszkód formalnych do wydania opinii doradczej.

<sup>48</sup> Sędzia Buergenthal w deklaracji dołączonej do wyroku wskazywał, nawiązując do orzeczenia izraelskiego Sądu Najwyższego, że w amerykańskim porządku prawnym orzeczenie jest ostateczne i wywołuje skutki prawne wobec wszystkich stron, a także wiąże organy państwa. Por. M. Pomerance, op.cit., s. 37.

<sup>49</sup> Zob. L. F. Damrosch, B. H. Oxman, op.cit., s. 2; G. B. Watson, op.cit., s. 10. Z pisemnych oświadczeń złożonych przez państwa indywidualnie i zbiorowo (UE) wyraźnie wynika, że żadne z tych państw nie kwestionowała kompetencji MTS *ratione materiae*.

wiązany środkami politycznymi, czy też nie. Brytyjska sędzia Rosalyn Higgins w *votum separatum* podzieliła stanowisko Trybunału w sprawie jurysdykcji, odwołując się m.in. do argumentacji zaprezentowanej w sprawie Namibii i Sahary Zachodniej<sup>50</sup>.

Podstawy prawne, na których opiera się meritum opinii doradczej, dotyczącej skutków prawnych budowy muru na otp, są bardzo szerokie, poczynając od stypulacji Paktu LN (art. 22), poprzez rudymenarne przepisy Karty NZ (zakaz użycia siły i groźby jej użycia, prawo do samostanowienia, prawo do samoobrony, wykonywanie zobowiązań międzynarodowych w dobrej wierze, poszanowanie praw człowieka), rezolucje ZO ONZ, a w tej liczbie najważniejsza nr 181/II, liczne rezolucje RB ONZ<sup>51</sup>, międzynarodowe prawo praw człowieka, a na prawie humanitarnym, a w szczególności IV konwencji haskiej z 16 października 1907 r. – o prawach i zwyczajach wojny lądowej wraz z Regulaminem<sup>52</sup>, konwencjach genewskich z 12 sierpnia 1949 r. – o ochronie ofiar wojny (odtąd: Kg) oraz prawie zwyczajowym kończąc<sup>53</sup>.

W publikacjach naukowych<sup>54</sup> i popularnych<sup>55</sup> podnoszono zarzut, że konflikt izraelsko-palestyński nie jest konfliktem międzypaństwowym, a otp nie są terytorium państwowym i w tym stanie rzeczy MTS nie powinien wydawać opinii doradczej w tej sprawie, gdyż tylko państwa mają *locus standi* przed Trybunałem (art. 34 ust. 1). Ponadto wysuwano argument, że tzw. Zielona Linia nie jest granicą państwową w rozumieniu p. m., a więc o ostatecznym kształcie granicy między Izraelem a AP zadecyduje traktat pokojowy. Argumenty te można w dosyć prosty sposób przewyciężyć, podnosząc argument, że mandatarusz naruszył art. 22 ust. 4 Paktu LN i art. 5 umowy mandatowej, tworząc warunki do osadnictwa Żydów w Palestynie z jednej strony i uniemożliwiając realizację praw do samostanowienia Palestyńczyków z drugiej strony. To swoiste *perpetuum mobile* obecnego konfliktu, gdyż Pakt LN i umowa mandatowa jednoznacznie określały status terytorium mandatowego, klasyfikowanego jako mandat A. Trybunał przypomniał, odwołując się do swojej wcześniejszej opinii doradczej w sprawie międzynarodowego statusu Afryki Południowo-Zachodniej (także mandat brytyjski), że „mandaty zostały ustanowione w interesie mieszkańców terytoriów mandatowych i humanizmu jako instytucji świętego posłannictwa cywilizacji. System mandatowy opierał się na dwóch rudymenarnych zasadach: powstrzymanie się od aneksji terytorium i działanie na rzecz jego rozwoju<sup>56</sup>. Zachowanie mandatarusza sprowokowało sytuację konfliktogenną na terytorium mandatowym, za które ponosi odpowiedzialność nie tylko on, ale cała społeczność międzynarodowa, a rozwiązaniem, które miało ustabilizować sytuację, była rezolucja ZO ONZ nr 181/II/, dokonująca podziału mandatu palestyńskiego na część żydowską i arabską. Rezolucja zalecała Wielkiej Brytanii i wszystkim innym państwom członkowskim ONZ przyjęcie i implementację planu podziału oraz uznanie międzynarodowego statusu Jerozolimy<sup>57</sup>. Fakt, że na teryto-

<sup>50</sup> R. A. Falk, op.cit., s. 47–48.

<sup>51</sup> Rezolucja 62 (1948), 242 (1967), 338 (1973), 267 (1969) 298 (1971), 446 (1979), 452 (1979), 465 (1980), 478 (1980), 904 (1994), 1073 (1996), 1397 (2002) 1515 (2003)

<sup>52</sup> Izrael nie jest stroną IV konwencji haskiej i Regulaminu.

<sup>53</sup> J. M. Henckaertes, L. Dosswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, t. I–II, Cambridge University Press, London 2005, tu t. II, składający się z 2 części (praktyka), passim.

<sup>54</sup> L. F. Damrosch, B. H. Oxman, op.cit., s. 3–4.

<sup>55</sup> D. Warszawski, Gazeta Wyborcza z 14 lipca 2004, <http://serwisy.gazeta.pl/swiat/>.

<sup>56</sup> *Opinia doradcza w sprawie statusu międzynarodowego Afryki Południowo-Zachodniej*. ICJ Reports 1950, s. 131–132.

<sup>57</sup> Par. 71 analizowanej opinii doradczej.

riach przyznanych Palestyńczykom nie powstało państwo, nie może stanowić podstawy do jakichkolwiek roszczeń do tych terytoriów w postaci ich administrowania przez Izrael czy wręcz traktowania jako *res nullis*. Te terytoria winny być w całości zwrócone Palestyńczykom. Nie chodzi tu rzecz jasna o sytuację, którą doskonale oddaje premia łacińska – *pereat mundus fiat iustitia* (niech zginie świat, byle sprawiedliwość zwyciężyła), ale p. m. i słuszość przemawiają za powstaniem państwa palestyńskiego w granicach zakreślonych rezolucją ZO ONZ nr 181/II. Zajęcie w drodze militarnej owych terytoriów nie pozwala na inną ich kwalifikację jak tylko jako terytoria okupowane. Rezolucja 242 (1967) RB ONZ w sposób niebudzący wątpliwości stwierdza, że są to terytoria zajęte i okupowane niezgodnie z p. m. i nakłada na Izrael obowiązek ich zwrotu. Izrael, zgłaszając kolejne zarzuty formalne lub merytoryczne przeciwko prawu Trybunału do wydania opinii doradczej w tej sprawie, pomijał *de facto* istotę problemu, czyli naruszenie p. m. *ab initio*, czego logiczną konsekwencją jest to, że Trybunał zajmuje się sprawą muru na otp.

Przed wydaniem opinii doradczej MTS, stosownie do treści art. 48 i 65 Statutu MTS oraz art. 103 i 104 regulaminu, wydał zarządzenie i na podstawie art. 66 statutu, wezwał państwa i organizacje międzynarodowe do składania uwag pisemnych dotyczących opinii<sup>58</sup>, która ma być wydana, a także określił termin oralnych przesłuchań. Pisemne i oralne uwagi dotyczące opinii dają Trybunałowi wgląd w praktykę państw i organizacji międzynarodowych oraz dostarczają informacji, jak społeczność międzynarodowa traktuje opinie doradcze. Zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami MTS dnia 23 lutego 2004 r. rozpoczął trzydniowe przesłuchania zainteresowanych stron w sprawie prawnych konsekwencji budowy muru na otp. W przesłuchania uczestniczyli, wymienieni *de nomine* w par. 12 opinii, przedstawiciele 12 państw, AP<sup>59</sup> oraz 2 organizacji międzynarodowych: Ligi Państw Arabskich i Konferencji Państw Islamskich. W swoich wystąpieniach przedstawiciele państw i organizacji podnosili argumenty wskazujące na istotne naruszenia przez Izrael zasad p. m., łamanie praw człowieka oraz zawaolowaną „grabież” palestyńskiego terytorium. Ponadto przedstawiciel AP przy ONZ, powołując się na wyrok MTS w sprawie Namibii<sup>60</sup>, uznający za nielegalną jej okupację przez RPA, domagał się zastosowania wobec Izraela sankcji międzynarodowych jako konsekwencji złamania p. m.<sup>61</sup>

Niezależnie od oficjalnych wystąpień przed MTS między stronami trwała „wojna” na oświadczenia. Izraelskie MSZ powtarzało tezę o walce z terroryzmem, tymczasowości muru, który może być w przyszłości usunięty, kiedy okaże się, że demokratyczne władze palestyńskie podejmą konstruktywne negocjacje i będą przestrzegać ustaleń Roadmap to Peace<sup>62</sup>. Przedstawiciele AP mówili o naruszaniu p. m., o łamaniu praw człowieka, apartheidzie i gettach, próbie zagarnięcia części terytorium. Wyważone, a tym samym interesujące, stanowisko zaprezentował ambasador Królestwa Jordanii – Zeid Râ ad Zeid Al-Hussein, który zwrócił uwagę na szerszy aspekt konfliktu wokół muru, a mianowicie na

<sup>58</sup> Wg punktu 9. opinii pisemne uwagi złożyło kilkadziesiąt państw i organizacji międzynarodowych.

<sup>59</sup> W memorandum skierowanym do MTS z dnia 30 stycznia 2004 r. Izrael kwestionował udział AP w postępowaniu przed Trybunałem, powołując się na art. 34 i 35 statutu MTS, według których *locus standi* przed Trybunałem mają tylko państwa-strony i w niektórych przypadkach organizacje międzynarodowe.

<sup>60</sup> ICJ Reports 1971, s. 56.

<sup>61</sup> MTS uznał skuteczność rezolucji ZO ONZ nr 1698 (XV) z 1961 r. o zakończeniu umowy powierniczej. *Wyrok w sprawie Namibii* ICJ Report 1971, s. 50.

<sup>62</sup> Zob. <http://viva.palestyna.pl/news/news.php?news=vivanews/2004/02/32235.php> (Trybunał w Hadze: Czy mur jest legalny? 23.02.04 r.).

to, że jego kraj może stać się pośrednią ofiarą tego konfliktu, z uwagi na napływ uchodźców palestyńskich. Z kontekstu wypowiedzi i tez wyartykułowanych wprost wynikało, że nie jest to konflikt bilateralny, ale obejmujący cały region Bliskiego Wschodu. Ambasador uznał prawo Izraela do zapewnienia bezpieczeństwa swoim obywatelom, skrytykował palestyńskie zamachy terrorystyczne, przy jednoczesnym podkreśleniu, że budowa muru na ziemiach palestyńskich oraz łamanie praw człowieka i prawa humanitarnego, z naruszeniem stipulacji umów obowiązujących Izrael, jest trudne do przyjęcia<sup>63</sup>.

Przedstawiciele państw i organizacji międzynarodowych składający memoranda pisemne i występujący podczas przesłuchań nie pozostawiali wątpliwości co do tego, że Izrael narusza p. m., w tym międzynarodowe prawo humanitarne (odtąd: mph) i międzynarodowe prawo praw człowieka (odtąd: mppc), a nadto dąży metodą faktów dokonanych do grabieży terytorium palestyńskiego.

W literaturze p. m.<sup>64</sup> i orzecznictwie<sup>65</sup> bezdyskusyjnym uznaniem cieszy się obowiązek państwa do podejmowania rozsądnych środków ochrony osób podlegających jego jurysdykcji przed zamachami na ich życie. Jednak – zdaniem autora – przedstawiciele niektórych państw tworzą fałszywy obraz antynomii między obowiązkiem zwalczania terroryzmu a przestrzeganiem mppc oraz mph<sup>66</sup>. Według wyroku izraelskiego SN z dnia 6 sierpnia 1999 r. „należy akceptować *obiter dictum*, że członek izraelskich General Security Service, upoważniony do walki z terroryzmem, mógłby powołać się na kontratyp w postaci obrony koniecznej, w sytuacji, gdy pozbawia życia osoby podejrzane o terroryzm”<sup>67</sup>. W głośnej sprawie *McCain i inni v. Zjednoczonemu Królestwu* ETPC uznał, że zwalczanie terroryzmu nie upoważnia do arbitralnego podejmowania środków, zwłaszcza zaś użycia siły (zabójstwa bojowców IRA), która nie spełnia testu absolutnej konieczności<sup>68</sup>.

Zdaniem autora ważnym elementem toczącej się debaty są dwa raporty: raport specjalnego wysłannika Komitetu Praw Człowieka – Johna Dugarda<sup>69</sup>, który badał sytuację życiową Palestyńczyków na ziemiach okupowanych przez Izrael od zakończenia wojny sześciodniowej z 1967 r., oraz raport specjalnego wysłannika Komisji Praw Człowieka ONZ Jeana Zieglera, na którą Trybunał powołuje się m. in. w par. 133 opinii doradczej<sup>70</sup>. Oba raporty są jednoznaczne. Życie Palestyńczyków na ośp uległo znacznemu pogorszeniu po wzniesieniu parkanu i stworzeniu enklaw. Rozdzielenie murem skąpej infrastruktury edukacyjnej i medycznej, daleko idące restrykcje w swobodnej cyrkulacji osób, wzrost

<sup>63</sup> Zob. <http://viva.palestyna.pl/news/news.php?news=vivanews/2004/02/32243.php> (Jordania krytykuje w Hadze izraelski mur bezpieczeństwa; protesty na Zachodnim Brzegu Jordanu) 24.02.2004 r.

Przesłuchania publiczne przed MTS, 24.02.2004 r. CR 2004/3, <http://domino.un.org/unispal.nsf/9a798adb-f322aff38525617b006d88d7/43e7de963ce87b5785256e4b00683ba2!OpenDocument>.

<sup>64</sup> O. de Schutter, *La Convention Européenne de droits de l'homme a l'épreuve de la lutte contre le terrorisme*, Revue Universelle des Droits de l'Homme (odtąd: RUDH) 2001, nr 5–8, s. 186.

<sup>65</sup> Skarga nr 16734/90 *L. Dujardin v. Francji* z 3 września 1991 r. dotycząca wydarzeń na wyspie Oueva (Nowa Kaledonia); *Osman v. Zjednoczonemu Królestwu* z 28 października 1998 r., RUDH 1998, s. 270; wyrok *Irlandia v. Wielkiej Brytanii* z 18 stycznia 1978, Seria A, nr 25 pkt 163.

<sup>66</sup> *Koalicja duchownych, prawników i profesorów v. G.W. Bushowi*. Wyrok Sądu Apelacyjnego Okręg IX USA z 18 listopada 2002, ILM 2003, nr 42, s. 397–399. Odpowiedź USA skierowana do Międzamykańskiej Komisji Praw Człowieka, żądającej środków ostrożności wobec aresztowanych w Guantanamo, ILM 2002, nr 42, s. 1015 i n.

<sup>67</sup> O. de Schutter, op.cit., 186–187.

<sup>68</sup> Wyrok z 27 września 1995, pkt 192 wyroku, RUDH 1996, s. 33.

<sup>69</sup> Tekst raportu specjalnego: E/CN.4/2004/6, 27.02.2004 r.

<sup>70</sup> ECN.4/2004/10 Add.2. 31 October 2003, par. 49.

bezrobocia, separacja rodzin, wywołanie trudności gospodarczych, dantejskie sceny na przejściach w barierze oraz zakumulowana grabież palestyńskiego terytorium uznane zostały za naruszenie mppc i mph.

Niemal po roku, od momentu żądania zgłoszonego przez ZO ONZ, w dniu 9 lipca 2004 r. najważniejszy organ sądowniczy ONZ wydał opinię doradczą<sup>71</sup>, która stanowi nie tylko ważny element tej debaty<sup>72</sup>, ale też jest przejawem praktyki międzynarodowej. Opinia powyższa, podobnie jak wcześniejsza opinia doradcza w sprawie legalności groźby lub użycia broni jądrowej z 1996 r., wywołała protesty niektórych państw, głównie USA i Izraela, generując niejednoznaczne oceny<sup>73</sup>. W opinii doradczej przewija się pięć ważnych zagadnień uregulowanych w Karcie NZ, a mianowicie: zakaz groźby użycia i użycia siły przeciwko integralności terytorialnej i niepodległości politycznej, prawo narodów do samostanowienia i przyrodzone prawo do samoobrony, obowiązek poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności, dotrzymanie zobowiązań w dobrej wierze. Opinia doradcza nie pozostawia wątpliwości, że te rudymtarne zasady Karty, potwierdzone w Deklaracji zasad prawa międzynarodowego z 1970 r.<sup>74</sup>, zostały przez Izrael naruszone.

Trybunał w jednej z konkluzji stwierdził, że w 1967 r. Izrael naruszył art. 2 pkt 4 Karty NZ, atakując Egipt, Syrię i Jordanię oraz zawłaszczając kolejne terytoria arabskie poza, ustaloną po pierwszym konflikcie, Zieloną Linie (integralność terytorialna). Wprawdzie Trybunał tego wątku nie rozwijał, ale przypominał, że rezolucja RB ONZ nr 242 i późniejsze rezolucje stwierdzały naruszenie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa oraz zobowiązywały Izrael do zwrotu zagrabionych, wbrew p. m., terytoriów arabskich.

Szczególnie mocny akcent położono na prawo narodów do samostanowienia i w tym kontekście rozważano położenie narodu palestyńskiego. Trybunał przypomniał, że stosownie do brzmienia art. 22 pkt 4 Paktu Ligi Narodów<sup>75</sup>, „pewne wspólnoty wchodzące w skład Imperium Otomańskiego osiągnęły taki stopień rozwoju, że ich funkcjonowanie jako niepodległych narodów może być tymczasowo uznane, pod warunkiem sprawowania przez mandatariusza administracji zanim się staną zdolne do samodzielnych rządów”<sup>76</sup>. Pośród tych wspólnot, o których mowa w art. 22 pkt 4, znalazł się naród palestyński, podlegający reżimowi A systemu mandatowego. Ma to niebagatelne znaczenie, gdyż w momencie przyjmowania Paktu LN na owym terytorium zamieszkiwał naród palestyński, który mógł

<sup>71</sup> W jego skład wchodził następujący sędziowie – przewodniczący Shi Jiuyong (Chiny), wiceprzewodniczący Raymond Ranjeva (Madagaskar), Abdul G. Koroma (Sierra Leone), Vladlen S. Vereshchetin (Rosja), Rosalyn Higgins (Wielka Brytania), Gonzalo Parra-Aranguren (Wenezuela), Pieter H. Kooijmans (Holandia), Francisco Rezek (Brazylia), Awn Shawkat Al-Khasawneh (Jordania), Thomas Buergenthal (Stany Zjednoczone Ameryki), Nabil Elaraby (Egipt), Hisashi Owada (Japonia), Bruno Simma (Niemcy), Peter Tomka (Słowacja), Ronny Abraham (Francja). Władze Izraela, w oparciu o art. 17 ust. 2 statutu MTS, wniosły o wyłączenie sędziego Nabila Elaraby, zarzucając mu stronniczość, ale Trybunał stosownie do ust. 3 nie wyłączył sędziego ze składu, uznając, że jego wcześniejszy wywiad przed powołaniem na sędziego stanowi podstawy do zarzutu o stronniczość.

<sup>72</sup> Tekst opinii doradczej w jęz. ang. wraz z załączonymi do opinii *votum speratum* w: Koromy, Higgins, Al-Khasawneha, Kooijmansa, Buergenthala, Elaraby, Owady znajduje się na stronie internetowej <http://www.icj.cij.org/icjwww/presscom/press2004/summary> oraz w: ILM 2004, Vol. XLIII, nr 6.

<sup>73</sup> G. R. Watson, *op.cit.*, s. 6 i n.; R. A. Falk, *op.cit.*, s. 42 i n.; M. Pomerance, *op.cit.*, s. 26 i n.; L. F. Damrosch, B. H. Oxman, *op.cit.*, s. 1–5; K. Zdybska, *op.cit.*, s. 168–169.

<sup>74</sup> Pełna nazwa dokumentu brzmi: Deklaracja zasad prawa międzynarodowego dotycząca przyjaznych stosunków i współdziałania państw zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych – Rezolucja ZO ONZ 2625 (XXV) z 24 października 1970 r.

<sup>75</sup> Tekst Paktu LN w DzU z 1920, Nr 35, poz. 200.

<sup>76</sup> Par. 70 analizowanej opinii doradczej.

warunkowo funkcjonować jako niepodległy. Fakt ten stanowi kontekst dla późniejszych działań mandatarusza, które można określić jako *ultra vires*. Wielka Brytania, podobnie jak w odniesieniu do Afryki Południowo-Zachodniej, nie wykonała do końca ciężących na niej obowiązków mandatarusza i naruszając umowę mandatową, stworzyła zarzewie konfliktu. Święte posłannictwo cywilizacji poniosło porażkę, z której skutkami świat nie poradzi sobie w przewidywalnym terminie (współczesne konflikty w Afryce). Bardzo interesujących ustaleń, które stanowią punkt odniesienia do mandatu palestyńskiego, dokonał MTS, rozpatrując sprawę Namibii w kontekście praw i obowiązków państw trzecich – członków LN (Liberia i Etiopia). Trybunał słusznie przyjął, że mandat składał się z dwu warstw normatywnych: kompetencji i obowiązków mandatarusza oraz praw i obowiązków członków LN<sup>77</sup>. Trzeba więc także brać pod uwagę zobowiązania członków ONZ w momencie, kiedy *de facto* wygasł mandat brytyjski. Można powiedzieć, nie popadając w przesadę, że wydarzenia w stosunkach arabsko-żydowskich elektryzują nie tylko Bliski Wschód, ale całą społeczność międzynarodową, gdyż fakt, że narodowi palestyńskiemu uniemożliwiono realizację prawa do samostanowienia (art. 1 ust. 2 Karty NZ, Pakty Praw Człowieka – art. 1 ust. 1, Deklaracja zasad prawa międzynarodowego z 1970 r.) obciąża całą społeczność międzynarodową, generując permanentny stan wrzenia w tym regionie.

Budowa muru jest więc tylko elementem bliskowschodnich puzzle, która miała speyfikować stan powstały po 1967 r. (zajęcie terytoriów z naruszeniem Zielonej Linii, osadnictwo, torpedowanie wszelkich aspiracji państwowotwórczych narodu palestyńskiego pod egidą OWP). Nie bez znaczenia jest jednak to, że Izrael jest państwem – członkiem ONZ oraz stroną wielu umów międzynarodowych, które mają zastosowanie do faktów i zdarzeń na otp. Czyny niezgodne z prawem międzynarodowym należy więc przypisać organom państwa gdy tymczasem zamachowcy palestyńscy nie są w żadnym razie personifikacją AP. Przywódcy AP wielokrotnie odcinali się od zamachów dokonywanych przez fundamentalistyczne organizacje lub fanatycznych z zamachowców-samobójców.

Zarówno w stanowisku Izraela, jak również USA odwoływano się do kontraktu – prawa do samoobrony indywidualnej przewidzianej w art. 51 Karty NZ<sup>78</sup>. Oba państwa odwoływały się do rezolucji RB ONZ nr 1368 (2001), która zapaliła zielone światło do przejścia inicjatywy przez państwo poszkodowane zamachami terrorystycznymi oraz dopuściła, szerszą niż dotychczas, interpretację art. 51 Karty<sup>79</sup>. Stały przedstawiciel Izraela w ONZ w dniu 20 listopada stwierdził, że budowany parkan (fence) jest przejawem przyrodzonego prawa do samoobrony w rozumieniu art. 51 Karty z jednoczesnym wskazaniem, że RB ONZ w rezolucjach nr 1368 (2001) i 1337 (2001) uznała wykonanie takiego prawa w walce z terroryzmem.

W literaturze p. m. utrzymuje się jednolite stanowisko<sup>80</sup>, według którego instytucję samoobrony należy wykorzystywać jako formę realizacji zasady utrzymania międzyna-

<sup>77</sup> ICJ Reports 1971, s. 56.

<sup>78</sup> Trybunał w wyroku z 1986 r. w sprawie *militarnych i paramilitarnych działań przeciwko Nikaragui* nie uznał prawa USA do powoływania się w tym przypadku na art. 51 Karty, przypominając przy tym, jakie warunki muszą być spełnione, aby państwo skorzystało z prawa do samoobrony.

<sup>79</sup> I. Popiuk-Rysińska, *Rada Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych wobec terroryzmu międzynarodowego*, [w:] *Prawo, instytucje i polityka w procesie globalizacji*, red. E. Haliżak, R. Kuźniar, Warszawa 2003, s. 262–263. Por. J. Symonides, *Wojna z Irakiem a prawo międzynarodowe*, *Rocznik Strategiczny 2003/2004*, s. 366 i n.

<sup>80</sup> Bliżej na ten temat: K. Skubiszewski, *Uprawnienie państwa do samoobrony a Karta Narodów Zjednoczonych*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1962*, nr 4, *passim*. Por. K. Równy, *Samoobrona zbrojna w Karcie Narodów Zjednoczonych*, *ibidem*.

rodowego pokoju i bezpieczeństwa, czyli wtedy, gdy atak jest považany zarówno co do celów, jak również co do skutków, a więc nie obejmuje np. incydentów granicznych<sup>81</sup>. Zdaniem autora artykułu tym bardziej nie obejmuje pojedynczych ataków terrorystycznych, zwłaszcza w sytuacji, gdy terroryści nie są wysyłani przez inne państwo, co mogłoby się mieścić w art. 3 rezolucji ZO ONZ 3314 (XXIX) z 14 grudnia 1974 r. – definicja agresji. Izrael sprawuje kontrolę nad otp, a więc nie może obciążyć innego państwa za przenikanie terrorystów-samobójców na teren Izraela. W tym stanie rzeczy MTS słusznie orzekł, że powołane rezolucje nie mają zastosowania do przedmiotowej sytuacji (par. 139 opinii). Nie ulega natomiast wątpliwości, że Izrael ma prawo, a nawet obowiązek chronić własnych obywateli przed zamachami terrorystycznymi. Czy jednak realizacja tego prawa i obowiązku może prowadzić do zniweczenia praw narodu palestyńskiego do samostanowienia i obowiązku całej społeczności międzynarodowej, a w tej liczbie Izraela, do wpięcia tego prawa? Przy realizacji funkcji państwa nie można odwoływać się do machiavellońskiej reguły „cel uświęca środki”, gdyż akceptacja takiego postępowania wiodłaby społeczność międzynarodową na manowce<sup>82</sup>. W literaturze zwraca się też uwagę na nadużywanie pojęcia wojna z terroryzmem, które funkcjonując wraz z takimi pojęciami, jak wojna z narkotykami, wojna z przestępczością zorganizowaną czy nawet ubóstwem, tworzy semantyczny relatywizm<sup>83</sup>. Ogłoszenie wojny z terroryzmem nie może stać się przykrywką do działań, które naruszają p. m. Prawo i obowiązek ochrony obywateli nie mają nic wspólnego z art. 51 Karty NZ, gdyż zamachy nie mogą być utożsamiane ze zbrojną napaścią oraz nie stanowią zagrożenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Ponadto, gdyby Izrael realizował prawo, o którym mowa w art. 51 Karty, obowiązany byłby powiadomić RB ONZ i zastosować się do jej ewentualnych zaleceń<sup>84</sup>. Zarówno przy realizacji prawa do samoobrony, jak również przy stanie wyższej konieczności obowiązuje bezwzględna zasada proporcjonalności. Izrael nigdy nie stosował się do tej zasady, czego przykładem może być burzenie domów, zajęcie Bazyliki Narodzenia Pańskiego, ataki na obozy uchodźców, szkoły, atak na strefę Gazy i Liban w 1982 i 2006 r. W wyroku w sprawie militarnych i paramilitarnych działań przeciwko Nikaragui Trybunał odniósł się wszystkich elementów samoobrony, czyli do ataku zbrojnego w rozumieniu art. 3 rezolucji ZO ONZ 3314 (XXIX) – z 14 grudnia 1974 r. (definicja agresji), do obowiązku powiadomienia RB ONZ (punkt 232, 235) oraz do zasady proporcjonalności<sup>85</sup>. W analizowanej opinii doradczej zajęł podobne stanowisko stwierdzeniem, że Izrael, powołując się na kontratypy samoobrony i stanu wyższej konieczności, zamierzał stworzyć pozory legalności budowy muru, ale zarówno budowa muru, jak też ustanowiony w związku z tym reżim są sprzeczne z p. m. (par. 114 i 142).

Zajęcie w drodze militarnej terytoriów palestyńskich nie pozwala na inną ich kwalifikację jak tylko jako terytoria okupowane. Rezolucja nr 242 (1967) RB ONZ, podobnie jak nr 338, w sposób niebudzący wątpliwości stwierdza, że są to terytoria zajęte i okupowane niezgodnie z p. m. i nakłada na Izrael obowiązek ich zwrotu. Powołana wyżej rezolucja

<sup>81</sup> L. Dekker, *Criminal Responsibility and the Gulf War of 1980–1988. The crime of aggression*, [w:] *The Gulf War of 1980–1988*, red. L. Dekker, H. Post, Boston–London 1992, s. 253–255.

<sup>82</sup> Por. K. Zdybska, op.cit., s. 168.

<sup>83</sup> D. V. Vagts, *Which Courts Should Try Persons Accused of Terrorism?*, *European Journal of International Law* 2003, s. 319.

<sup>84</sup> R. Wedgwood, op.cit., s. 57–58.

<sup>85</sup> ICJ Reports 1996, s. 102 i n.



została uchwalona jednogłośnie, w której członkowie RB ONZ uznali za niedopuszczalną aneksję terytoriów i wezwali do wycofania izraelskich sił zbrojnych oraz zakończenia stanu wojny. Błędne jest zatem twierdzenie, że przedmiotem okupacji może być wyłącznie terytorium państwowe<sup>86</sup>, bowiem sfalsyfikowała je wcześniejsza praktyka ONZ, w której można wskazać przypadki, gdy zarówno ZO ONZ, RB, jak też MTS zajmowały się terytoriami okupowanymi, niebędącymi terytorium państwowym, gdy państwa członkowskie ONZ chciały je zawłaszczyć (opinia doradcza w sprawie Afryki Południowo-Zachodniej – ICJ Reports 1971, s. 22 par. 20, opinia doradcza w sprawie Sahary Zachodniej – ICJ Reports 1975, s. 18 paragraf 15).

Odrębnego potraktowania wymaga status Jerozolimy. Jak wyżej wspomniano, rezolucja nr 181/II statuowała międzynarodowy status Jerozolimy. Działania Izraela (*de facto i de iure*) zmierzające do zmiany statusu Jerozolimy wygenerowały reakcję RB ONZ, która przyjęła rezolucję 298 (1971) z 25 października 1971 r. wzywającą Izrael do zaprzestania tych działań. Po uchwaleniu przez Kneset w dniu 30 lipca 1980 r. ustawy ustanawiającej stolicę państwa Izrael w Jerozolimie, RB ONZ w dniu 20 września 1980 r. przyjęła kolejną rezolucję uznającą, że ustawa izraelska narusza p. m. i jest próbą unilateralnej zmiany międzynarodowych ustaleń w tym przedmiocie. Senat USA – stałego członka RB ONZ – mając świadomość działania *contra legem*, uchwalił rezolucję popierającą próbę uczynienia z Jerozolimy stolicy państwa Izrael. Jest to jedyny, jak dotąd, przejaw uznania międzynarodowego, gdyż żadne inne państwo poza USA nie zdecydowało się na przeniesienie placówek dyplomatycznych z Tel Awiwu do Jerozolimy. Bardzo interesujące uwagi dotyczące używania statusu Jerozolimy jako karty przetargowej w amerykańskich kampaniach prezydenckich przedstawia Veronica Yates, podkreślając, że kandydaci na prezydentów lub prezydenci dyskutują sprawę Bliskiego Wschodu i Jerozolimy<sup>87</sup>. Potwierdza to tylko wielokrotnie stawianą tezę, że polityka dominuje nad p. m., a to nie jest najlepszy prognostyk dla tego ostatniego.

W stanowisku Izraela pojawiła się teza, że zobowiązania międzynarodowe zaciągnięte przez Izrael, zwłaszcza w dziedzinie mppc nie mają zastosowania do terytoriów palestyńskich, gdyż nie mogą one być traktowane jako terytorium państwowe. Art. 2 ust. 1 MPPO i P stanowi, że państwo zobowiązuje się zapewnić i przestrzegać uznane prawa wobec wszystkich jednostek przebywających na jego terytorium i podlegających jego jurysdykcji. KPC<sup>88</sup> w porządku uniwersalnym oraz ETPC<sup>89</sup> w porządku europejskim zajmują jednolite stanowisko, według którego państwo wykonujące jurysdykcję poza terytorium narodowym jest obowiązane przestrzegać prawa międzynarodowego. Jurysdykcja nie ogranicza się do terytorium narodowego, gdyż odpowiedzialność państwa może wchodzić w grę, gdy działalność jego organów wywiera skutki poza terytorium narodowym<sup>90</sup>. Obowiązek poszanowania praw „wynika z kontroli, jaką państwo sprawuje pośrednio lub

<sup>86</sup> D. Warszawski, op.cit.

<sup>87</sup> V. Yates, op.cit.

<sup>88</sup> *Sprawa Lilian Celiberti de Asanigo v. Urugwajowi, sprawa Lopez Burgos v. Urugwajowi.*

<sup>89</sup> *Sprawa Drozd i Janousek v. Francji i Hiszpanii*, wyrok z dnia 26 maja 1992, Seria A, t. 240, s. 26–27; *sprawa Loizidou v. Turcji*, [w:] *Orzecznictwo Strasburskie. Zbiór orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka 1990–1997*, red. T. Jasudowicz, t. I–IV, Toruń 1998–2000, tu t. I, s. 5, punkty 61–64.

<sup>90</sup> *Sprawa wysadzenia flagowca Greenpeace – „Rainbow Warrior” w Zatoce Aucklandzkiej. Prawo międzynarodowe. Materiały do studiów*, red. B. Wierzbicki, Białystok 1996, s. 143–144.

bezpośrednio czy przy pomocy sił zbrojnych, czy też za pośrednictwem podporządkowanej administracji cywilnej<sup>91</sup>. Najbardziej klarowny jest wywód ETPC w sprawie *Loizidou v. Turcji*, według którego „odpowiedzialność państwa powstaje, gdy w następstwie akcji wojskowej – legalnej bądź nielegalnej – sprawuje ono w praktyce kontrolę nad strefą usytuowaną poza jego terytorium narodowym”<sup>92</sup>.

Sytuację, w której Izrael przestrzega zobowiązań wobec własnych obywateli, a odmawia przyznania tych samych praw Palestyńczykom, można uznać za przejaw dyskryminacji. Komisja Praw Człowieka<sup>93</sup> oraz ZO ONZ<sup>94</sup> zajęły jednoznaczne stanowisko, opowiadając się za szerokim rozumieniem podległości jurysdykcyjnej nieograniczonej li tylko do terytorium narodowego. Niezwykle pouczająca jest wymiana argumentów między KPC a Izraelem na tle sprawozdania z 1998 r. przekazanego KPC, w którym Izrael odmówił, z powodu „braku podstaw konwencyjnych”, rozciągnięcia jego zobowiązań na otp. KPC powtórzył dotychczasową argumentację przemawiającą za szerokim pojęciem jurysdykcji, konkludując: „tam gdzie jurysdykcja tam zobowiązania bez względu na to, czy zobowiązany posiada jurysdykcję w sposób legalny, czy też bezprawny”<sup>95</sup>.

Budowa muru narusza kilka stipulacji Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich (odtąd: MPPO i P). Zacniemy jednak od tego, że na podstawie art. 2 państwo – strona zaciąga zobowiązanie rezultatu w postaci zapewnienia i przestrzegania praw wynikających z Paktu wobec wszystkich osób podległych jego jurysdykcji. W tym kontekście niezwykle ważny jest art. 1 statuujący prawo zbiorowe w postaci prawa narodów i ludów do samostanowienia. Nie ulega wątpliwości, że naród palestyński będzie dążył do realizacji powyższego prawa, a społeczność międzynarodowa, na mocy Karty NZ, zobowiązana jest poprzez wszystkie dostępne środki te dążenia. Budowa inkryminowanego muru prowadząca do dezintegracji terytorium przyszłego państwa i dekompozycji społecznej na otp. W tym stanie rzeczy mur staje się antytezą prawa do samostanowienia i stanowią pogwałcenie Karty NZ, MPPOiP, Deklaracji zasad prawa międzynarodowego. Kolejnym ciężkim naruszeniem Paktu, wygenerowanym przez budowany mur, jest daleko idące ograniczenie swobody poruszania się i wyboru miejsca zamieszkania. Wprawdzie prawo powyższe podlega limitacji, ale w Uwagach Ogólnych KPC kładzie silny akcent na proporcjonalność<sup>96</sup>. Zdaniem autora ani konieczność wojskowa, ani klasyczne przesłanki limitacji nie uzasadniają tak drastycznych ograniczeń w cyrkulacji osób, zwłaszcza w sytuacji, gdy mur rozdzielił rodziny, środki produkcji od ich posiadaczy, infrastrukturę edukacyjną i zdrowotną, media niezbędne do życia. Ze swobodą poruszania się koresponduje szczególne prawo w postaci powszechnego i nieskrępowanego dostępu do miejsc kultu religijnego. Izrael zapewnił swoim obywatelom bezpieczny dostęp do grobu Racheli czy Abrahama, natomiast inne miejsca święte były nawet przedmiotem ataku (np. Bazylika Narodzenia Pańskiego) będącego naruszeniem art. 27 Regulaminu haskiego. Dostęp do miejsc świętych gwarant-

<sup>91</sup> *Orzecznictwo strasburskie...*, pkt 62. Por. J. Białocerkiewicz, *Status prawny cudzoziemca w świetle standardów międzynarodowych*, Toruń 1999, rozdz. VI, passim.

<sup>92</sup> *Orzecznictwo...*, t. I, s. 4–5, pkt. 61, 62, 64.

<sup>93</sup> E/CN/4.SR.194.

<sup>94</sup> A/2929/1955, cz. II, rozdział V, par. 5.

<sup>95</sup> CCVPR/CO/781 SR par. 11. Por. także par. 111 i 112 analizowanej opinii doradczej.

<sup>96</sup> CCPR/c.2.Rev.1 Add.9 General Comment. Por. General Comment nr 6 (2005) CRC/GC/2005/6 dotyczący praw dziecka.

wano i respektowano we wszystkich wcześniejszych traktatach i rezolucjach obejmujących swoim zakresem terytorium Palestyny<sup>97</sup>. Następnymi przepisami, które zostały naruszone przez wzniesiony mur, to ingerencja w życie prywatne i rodzinne (art. 17) oraz naruszenie zasady jednakowej ochrony prawnej (art. 26). Mur w znacznym stopniu utrudnia, a nawet uniemożliwia kontakty między członkami rodzin. Drastycznym przykładem jest zakaz zamieszkiwania na terytorium Izraela obywatela tego państwa, który zawiera związek małżeński z Palestynką lub Palestyńczykiem. Ochrona prawna i faktyczna zapewniana osadnikom żydowskim poza Zieloną Linia jest nieporównywalna do ochrony udzielanej Palestyńczykom, których Izrael uważa za terrorystów. Budowa muru przez pryzmat Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych prowadzi do nieformalnej derogacji lub ograniczenia praw gwarantowanych przez tę umowę, a to:

- ograniczenie prawa do pracy po zachodniej stronie muru – art. 6;
- ochrona rodziny, zwłaszcza dzieci i młodzieży – art. 10 i art. 46 Regulaminu haskiego;

- ochrona odpowiedniego poziomu życia – art. 11;
- prawo do ochrony zdrowia na najwyższym poziomie – art. 12;
- prawo do edukacji – art. 13 i 14 oraz 50 IV Kg;

Nie ma wątpliwości, że budowa muru naruszyła także Konwencję Praw Dziecka, która zakazuje ingerencji w życie rodzinne (art. 16) oraz przyznaje prawo do ochrony zdrowia (art. 24), odpowiedniego poziomu życia (art. 27) i edukacji (art. 28). Pokolenie Intifady zostało w takim stopniu naznaczone konfliktem, że rozprawianie o prawach dzieci palestyńskich zakrawa na gorzką ironię. Trybunał w konkluzji uznał, że naruszenia praw człowieka są permanentne i poważne (par. 130 opinii doradczej). Dla zobrazowania tego, co napisano wyżej, należy przytoczyć dane. Zbudowany mur odcina:

- 30 lokalnych ośrodków zdrowia;
- 22 szkoły;
- 3 elektrownie

– 8 podstawowych ujęć wody pitnej. Generalnie rzecz ujmując, między Zieloną Linia i murem znalazło się 51% systemu zaopatrzenia w wodę Zachodniego Brzegu.

Nietrafny jest zarzut Izraela<sup>98</sup>, że do tego konfliktu nie ma zastosowania mph, gdyż Izrael nie jest stroną II Protokołu dodatkowego do Kg z 8 czerwca 1977 r.<sup>99</sup> w przedmiocie ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (odtąd: nkz). Prawo haskie i genewskie regulują – co do zasady – stosunki między państwami – stronami na wypadek konfliktu międzynarodowego przy czym art. 3, wspólny dla 4 konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r. (odtąd: Kg), zawiera rudymenarne gwarancje dla osób podlegających ochronie w przypadku konfliktu wewnętrznego. Wobec faktu ratyfikacji Kg przez wiele państw świata można uznać, że art. 3 jawi się jako jedyna stypulacja traktatowa mająca zastosowanie do nkz<sup>100</sup>. Czy ten stan rzeczy oznacza, że państwa, a w tej liczbie Izrael, które odmówiły ratyfikacji innych niż Kg umów mph, zapewniły sobie *carte blanche* w postę-

<sup>97</sup> Traktat berliński z 1878 – art. 62, umowa mandatowa z 24 lipca 1922 r. – art. 13, rezolucja 181/II, art. VIII traktatu jordańsko-izraelskiego z 1948 r.

<sup>98</sup> M. Pomerance, op.cit., s. 26 i n. L. F. Damrosch, B. H. Oxman, op.cit., s. 1 i n.

<sup>99</sup> DzU z 1992, Nr 41, poz. 175 (załącznik).

<sup>100</sup> W sprawie militarnej i pozamilitarnej działalności przeciwko Nikaragui – ICJ Reports 1986, s. 116 par. 218 MTS stwierdził, że art. 3 określa pewne ramy, jakie należy stosować w konfliktach zbrojnych niemających charakteru międzynarodowego.

powaniu podczas ncz? Postawione pytanie ma li tylko charakter retoryczny. Prof. K. Wolfke<sup>101</sup> stawia słuszną tezę, że praktyka państw, które nie ratyfikowały Protokołu II, wskazuje jednoznacznie na uzyskanie przez niektóre normy rangi powszechnego p. m.<sup>102</sup> Protokół II ma bardzo szeroki zakres zastosowania (art. 1), a nadto w sprawach nieuregulowanych, podobnie jak klauzula F. Martensa do IV konwencji haskiej z 1907 r., odsyła do zasady humanitaryzmu i ogólnych zasad p. m. W wyroku w *sprawie Bośni i Hercegowiny* Trybunał, dokonując rozróżnienia między zobowiązaniami *erga omnes* a normami *ius cogens*, podkreślił, że odmowa ratyfikacji nie jest równoznaczna z tym, że państwo nie ma żadnych praw i obowiązków na innej podstawie<sup>103</sup>. Zdaniem autora wcześniejsza kodyfikacja zasad prawa norymberskiego dokonana rezolucją 95/I ZO ONZ w 1946 r., w tym zasady I – kto dopuszcza się zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu ponosi za to odpowiedzialność i karę ma charakter powszechnego p. m.<sup>104</sup>, znajdując zastosowanie w tym przypadku.

Istnienie nienaruszalnych zobowiązań z zakresu mph i podstawowych zasad p. m. wobec całej społeczności międzynarodowej zostało wyartykułowane przez Trybunał w wyroku w *sprawie Timoru Wschodniego*<sup>105</sup> oraz opinii doradczej w sprawie legalności groźby lub użycia broni jądrowej<sup>106</sup>. Istnienie takich zobowiązań potwierdza nauka społeczna Kościoła. Jan Paweł II w Orędziu na Światowy Dzień Pokoju – 1 stycznia 2000 r. napisał: „wykroczenie przeciwko prawom człowieka jest wykroczeniem przeciwko sumieniu ludzkości jest wykroczeniem przeciwko całej ludzkości. Dlatego obowiązek ochrony tych praw rozciąga się poza granice polityczne i geograficzna wewnątrz których prawa te są łamane. Zbrodnie przeciwko ludzkości nie mogą być uznane za wewnętrzną sprawę narodu”.

IV Kg, z uwagi na art. 3, powszechne prawo zwyczajowe (reguły zawarte w Regulaminie do IV konwencji haskiej z 1907 r.) oraz II Protokół dodatkowy do Kg z 1977 r. w części, w jakiej odzwierciedla zwyczajowe p. m., mają zastosowanie do tego konfliktu. Protokół II miał ogromny wpływ na praktykę państw, które nie stały się jego stronami, a tym samym, na podstawie *usus* popartej *opinio iuris sive necessitatis*, należy przyjąć, iż niektóre jego stipulacje odzwierciedlają powszechne p. m.<sup>107</sup> Ponadto Protokół II rozwinął gwarancje zawarte w art. 3 wspólnym dla wszystkich czterech Kg. Dla kwalifikacji prawnej budowy muru na terytoriach okupowanych stosują się następujące zasady:

- zakaz atakowania osób cywilnych;
- zakaz stosowania głodu jako sposobu prowadzenia walki;
- zakaz deportacji ludności cywilnej;
- zakaz pozbawiania własności prywatnej, wyjąwszy przypadek konieczności woj-skowej

<sup>101</sup> K. Wolfke, *Kilka wstępnych refleksji w związku z artykułem J. M. Henckaerts, [w:] I. M. Henckaerts, Studium poświęcone zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitarnemu; wkład w zrozumienie i promowanie zasad prawa dotyczących konfliktów zbrojnych*, Warszawa 2006. s. 3–4. Por. idem, *Zwyczaj we współczesnym prawie międzynarodowym*, Wrocław 1963, s. 50 i n.

<sup>102</sup> O relacjach między prawem traktatowym a zwyczajowym interesująco wypowiedział się MTS w wyroku: *Sprawa delimitacji szelfu kontynentalnego na Morzu Północnym* – ICJ Reports 1969 par. 70–73 oraz wyroku: *sprawa militarnych i pozamilitarnych...*, ICJ Reports 1986 par. 184 i n.

<sup>103</sup> ICJ Reports 1993, s. 325.

<sup>104</sup> *Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego*, red. K. Kocot, K. Wolfke, Wrocław–Warszawa 1976, s. 96.

<sup>105</sup> ICJ Reports 1995, s. 102.

<sup>106</sup> *Opinia doradcza w sprawie legalność groźby lub użycia broni jądrowej*, ICJ Reports 1996, par. 67.

<sup>107</sup> J. M. Henckaertes, op.cit., s. 19.

– zakaz atakowania środowiska naturalnego, które w każdej sytuacji uznawane jest za dobro cywilne;

– nakaz poszanowania praw człowieka.

Art. 6 ust. 3 IV Kg stanowi, że Mocarstwo okupujące, na czas trwania okupacji, o ile sprawuje ono funkcje rządowe na tym terytorium, związane jest następującymi artykułami IV Kg: 1–12, 27, 29–34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 81–77, 143. Art. 47 przewiduje, że okoliczność okupacji lub aneksji nie pozbawia osób chronionych korzyści wynikających z postanowień konwencji, a na Mocarstwo okupujące nakłada obowiązki w tym:

– zakaz przesiedleń i deportacji obywateli terytorium okupowanego – art. 49;

– zakaz przesiedlania własnych obywateli na terytorium okupowane – art. 49 (osiedla osadników żydowskich na Zachodnim Brzegu, które są jednym z problemów we wzajemnych relacjach);

– wywoływanie bezrobocia – art. 52;

– niszczenie majątku ruchomego i nieruchomego, w tym dokonywanie wywłaszczeń – art. 53 IV Kg i art. 46 zdanie 2 *in fine* Regulaminu haskiego;

– wywołanie problemów w aprowizacji (żywność, woda) – art. 57 IV Kg.

Szczególnie drastyczny wydaje się system wywłaszczeń ziemi uprawnej (gaje oliwne, cytrusy, szklarnie), na której wznosi się mur. Wywłaszczanie odbywa się – co prawda – pod tytułem odpłatnym, ale procedura wywłaszczeniowa, tryb odwoławczy oraz wysokość odszkodowania nie są zgodne z ogólnymi zasadami p. m., wziąwszy pod uwagę to, że zdarzenia te mają miejsce na terytorium okupowanym i nie są podyktowane koniecznością wojskową. W zasadzie można z całym przekonaniem skonstatować, że mamy do czynienia z konwersją terytorium, gdyż ziemia uprawna staje się *de facto* nieużytkiem, której rekultywacja po ewentualnym zburzeniu muru będzie niezwykle kosztowna. Skromne zasoby gruntów uprawnych zostaną drastycznie ograniczone, co przy wskaźniku wzrostu populacji może okazać się brzemiennie w skutkach. Zmiany w środowisku naturalnym – zdaniem autora – są nieodwracalne. W wielu dokumentach międzynarodowych<sup>108</sup> stwierdza się jednoznacznie, że budowany mur powoduje zniszczenie pól uprawnych, gajów oliwnych oraz drzew cytrusowych będących podstawą egzystencji Palestyńczyków. Jeżeli do tego dodamy perturbacje w zaopatrzeniu w wodę pitną, zwiększy to w sposób znaczny skalę problemu.

Istotne znaczenia ma to, że Palestyńczycy wyczerpali drogę wewnętrzną, dochodząc swoich praw przed izraelskim wymiarem sprawiedliwości poprzez wszczęcie postępowania przed High Court of Justice<sup>109</sup> (sprawa HCJ 2056/04)<sup>110</sup>. Sąd nie dopatrył się jednak bezprawności w procedurze wywłaszczeniowej, a odwołując się do zasady proporcjonalności, nakazał jedynie nieznaczną korektę przebiegu muru.

Na koincydencję między mph a mppc Trybunał wskazał w prezentowanej opinii doradczej, wywodząc: „ochrona zagwarantowana przez konwencje praw człowieka nie usta-

<sup>108</sup> Naruszenia praw człowieka na okupowanych terytoriach arabskich łącznie z Palestyną, E/CN.4?2004/6 z 8 września 2003 r. Por. par. 133 opinii doradczej. Raport specjalny Komitetu do spraw Zbadania Izraelskich Praktyk naruszających prawa człowieka wobec narodu palestyńskiego i innych terytoriach okupowanych. A/58/311 z 22 sierpnia 2003 r. oraz E/CN.4/2004/10 Add.2 z 31 lipca 2003 r.

<sup>109</sup> Stosownie do prawa Izraela Sąd Najwyższy działa jako sąd pierwszej instancji w sprawach z zakresu administracji i prawa konstytucyjnego. Base Law Judiciary § 15. Podane wg G. R. Watson, op.cit., s. 19, przypis 130.

<sup>110</sup> Israel Supreme Court, *Beit Sourik Village Council v. 1. The Government of Israel 2. Commander of the IDF Forces in the West Bank*, HCJ 2056/04, 30.06.2004 r.

je w momencie wybuchu konfliktu zbrojnego i podczas gdy mogą istnieć pewne prawa, które stanowią wyłączną domenę prawa humanitarnego albo międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka, istnieją inne prawa, które stanowią domenę wspólną tych obu działów prawa międzynarodowego”<sup>111</sup>. We wcześniejszej opinii doradczej w sprawie legalności groźby lub użycia broni jądrowej MTS sformułował identyczną tezę<sup>112</sup>. Zresztą art. 4 ust. 1 MPPO i P stanowi, że w przypadku derogacji zobowiązań z Paktu nadal obowiązują prawa niederogowalne oraz te, które są gwarantowane innymi zobowiązaniami międzynarodowymi. Izrael stosownie do przepisów Paktu (art. 4) notyfikował derogację tylko art. 9 (wolność i bezpieczeństwo osobiste, gwarancje), a to oznacza, że pozostałe zobowiązania muszą być respektowane. Trybunał nie miał wątpliwości co do tego, że Międzynarodowe Pakty Praw Człowieka oraz Konwencja Praw Dziecka, które Izrael ratyfikował w 1991 r., mają zastosowanie do okupowanych terytoriów palestyńskich, włączając w to Wschodnią Jerozolimę, i powoływanie się na walkę z terroryzmem tych zobowiązań nie niweczy. Tezę tę potwierdza raport SG ONZ – *Uniting against Terrorism* z 27 kwietnia 2006 r., w którym skonstatował, że „prawo do przeciwdziałania nie może oznaczać prawa do rozmyślnego zabijania lub znęcania się nad ludnością cywilną”<sup>113</sup>. Głos SG ONZ zabrzmiał jeszcze dobitniej we wcześniejszym raporcie, w którym stwierdził, że „walka z terroryzmem nie może godzić w prawa człowieka i podkreślił obowiązek wszystkich podmiotów przestrzegania prawa międzynarodowego, w tym prawa humanitarnego”<sup>114</sup>.

W politycznej retoryce i argumentacji prawnej podniesiono zarzut, że mph, a zwłaszcza IV Kg i dział III Regulaminu do IV konwencji haskiej z 18 października 1907 r. – o prawach i zwyczajach wojny lądowej nie mają zastosowania do Zachodniego Brzegu i Strefy Gazy, gdyż terytoria te podczas pierwszego konfliktu palestyńskiego zostały zajęte przez Jordanię i Egipt a Izrael zbrojnie je odzyskał<sup>115</sup>. Art. 154 IV Kg włącza m.in. dział III Regulaminu haskiego do konwencji i państwo-strona jest obowiązane do jego przestrzegania. Kiedy przyjmowano IV konwencję haską wraz z Regulaminem, Izraela nie było na mapie politycznej świata, ale ten fakt nie oznacza braku jakichkolwiek zobowiązań. Tu nie może być mowy o regule *tabula rasa*, gdyż wszystkie państwa mają obowiązki wobec społeczności międzynarodowej, bez względu na stan zobowiązań traktatowych<sup>116</sup>. Prawo haskie stanowiło podstawę oskarżenia w przedmiocie odpowiedzialności za zbrodnie wojenne, zarówno w Traktacie Wersalskim (art. 227–230), jak też w procesie norymberskim i tokijskim. Późniejsza kodyfikacja zasad norymberskich oraz ustalenie podstaw prawnych odpowiedzialności przed powołanymi później trybunałami międzynarodowymi, w tym MTK, wskazują wyraźnie na to, że stypulacje IV konwencji haskiej wraz z Regulaminem odzwierciedlają powszechne p. m.<sup>117</sup> MTS w par. 89 opinii doradczej przytoczył fragment wyroku Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, w którym stwierdzono, że „zasady określone w IV konwencji haskiej wraz z Regulaminem były uznawane przez wszystkie

<sup>111</sup> Analizowana opinia doradcza, par. 106.

<sup>112</sup> ICJ Reports 1996 (I), s. 239, par. 24.

<sup>113</sup> A/60/825 *Uniting against Terrorism: Recommendations for a Global counter-terrorism strategy*, New York 27 april 2006.

<sup>114</sup> Raport z 21 marca 2005 r. powołany w przypisie 34.

<sup>115</sup> Analizowana opinia doradcza, par. 90.

<sup>116</sup> Szczególnie mocno akcentował ten obowiązek MTS w sprawie Timoru Wschodniego. ICJ Reports 1995, s. 102.

<sup>117</sup> C. Pilichowski, *Ściganie i karanie sprawców zbrodni wojennych zbrodni przeciwko ludzkości*, Warszawa 1978, s. 79 i n. Por. T. Cyprjan, J. Sawicki, *Prawo norymberskie. Bilans i perspektywy*, Warszawa–Kraków 1948, s. 6 i n.

narody cywilizowane oraz uważane za katalog praw i zwyczajów wojny lądowej”. Nie budzi też wątpliwości fakt, że prawo genewskie w znakomitej części odzwierciedla powszechne p. m. Z dyspozycji art. 2, wspólnego dla wszystkich Kg oraz art. 27 i 47 IV Kg jednoznacznie wynika obowiązek ochrony osób cywilnych bez względu na to, jaki charakter ma konflikt zbrojny i jakie są przyczyny okupacji. Podczas *travaux preparatoires* nad IV Kg państwa-strony opowiedziały się za szerokim rozumieniem ochrony, co należy traktować jako element powszechnej praktyki<sup>118</sup>. Restryktywna interpretacja prawa genewskiego przez Izrael stoi w sprzeczności z powszechnymi normami p. m. w przedmiocie interpretacji traktatów, które odzwierciedla art. 31 wiedeńskiej konwencji o prawie traktatów z 23 maja 1969 r.<sup>119</sup> J.-M. Henckaerts, współautor znakomitego studium o zwyczaju w mph, przedłożył aneks zawierający listę zasad mph, posiadających charakter norm zwyczajowych (np. zasady 1, 2, 5, 6), które mają zastosowanie w każdym okolicznościach, bez względu na rodzaj konfliktu<sup>120</sup>. Stanowisko zdecydowanej większości państw<sup>121</sup>, organizacji międzynarodowych (Międzynarodowy Czerwony Krzyż, Office for the Coordination of Humanitarian Affairs), ZO ONZ<sup>122</sup>, RB ONZ<sup>123</sup> i Sądu Najwyższego Izraela<sup>124</sup> są w tej mierze jednoznaczne.

Głosowanie nad przyjęciem opinii doradczej nie było zaskoczeniem, gdyż *ab initio* wiadome było, że sędzia reprezentujący USA (Thomas Buergenthal) będzie głosował przeciwko wszystkim tezom opinii doradczej. Główne tezy opinii doradczej są następujące:

– Trybunał uznał, iż budowa przez Izrael muru na otp oraz w i wokół wschodniej Jerozolimy jest sprzeczna za p. m.;

– Trybunał wezwał Izrael do wstrzymania wszelkich prac związanych z wnoszeniem kolejnych części muru, rozebrać powstałe już odcinki oraz unieważnić wszelkie uregulowania prawne odnoszące się do wspomnianej budowli zgodnie z paragrafem 151 niniejszej opinii;

– Trybunał zobowiązał Izrael do naprawienia wszelkich szkód wynikłych w związku z budową muru.

– Trybunał wezwał wszystkie państwa do nieuznawania stanu *de facto* stworzonego przez mur bezpieczeństwa, powstrzymania się od udzielania pomocy w jego utrzymaniu oraz zgodnie z konwencją genewską o ochronie osób cywilnych podczas wojny oraz zasa-

<sup>118</sup> Report on the Work of the Conference of Government Experts for the Study of the Convention for the Protection of War Victims, Geneva 14–26 april 1947, s. 8.

<sup>119</sup> Tekst konwencji: Wybór dokumentów (K. Kocot, K. Wolfie)..., s. 492 i n. Do tej interpretacji odwoływał się MTS m.in. w sprawie *Oil Platform – Islamska Republika Iranu v. USA*. Wyrok wstępny. ICJ 1996 (II), s. 812 oraz *Suwerenności Palau nad Legitan i Sipodan – Indonezja v. Malezji*, ICJ Reports 2002, s. 645, par. 37.

<sup>120</sup> J.-M. Henckaerts, op.cit., s. 30 i n.

<sup>121</sup> Państwa-strony na konferencjach w dniu 15 lipca 1995 r. i 5 grudnia 2001 r. zgodnie ustaliły, że art. 1 IV Kg obejmuje swoim zakresem okupowane terytoria palestyńskie, włączając w to wschodnią Jerozolimę.

<sup>122</sup> W rezolucjach powoływanych w tekście, zwłaszcza zaś rezolucjach z 10 grudnia 2001 r. i 9 grudnia 2003 r. ZO ONZ jednoznacznie stwierdzało, że IV Kg ma zastosowanie do okupowanych terytoriów palestyńskich, włączając w to Wschodnią Jerozolimę, a także do innych terytoriów okupowanych po 1967 r.

<sup>123</sup> Rezolucja nr 237 (1967) przewiduje, że wszystkie zobowiązania dotyczące ochrony jeńców wojennych mają zastosowanie w tym konflikcie; rezolucja 271 (1969) nakłada na strony obowiązek stosowania prawa genewskiego i prawa zwyczajowego dotyczącego konfliktów zbrojnych; rezolucja 681 (1990) zobowiązuje Izrael do stosowania *de iure* IV Kg na wszystkich terytoriach okupowanych po 1967 r. Podobną wymowę mają rezolucje 799 (1992) i 904 (1994).

<sup>124</sup> Par. 100 opinii doradczej.

dami Karty NZ i p. m. czuwać nad przestrzeganiem przez Izrael wymienionych powyżej rekomendacji;

– Trybunał zwrócił się do ONZ, a w szczególności do ZO oraz RB, by podjęły niezbędne działania w związku nielegalną budową muru na otp, włączając w to Wschodnią Jerozolimę<sup>125</sup>.

Do opinii doradczej sześciu sędziów trybunału złożyło *votum separatum*, zaś jeden deklarację, w których bardziej szczegółowo niż Trybunał uzasadniali rozstrzygnięcia zawarte w opinii doradczej.

Podstawowe pytanie, jakie nasuwa się po przedstawionych powyżej uwagach, oscyluje wokół dalszych kroków po wdaniu opinii. MTS wezwał strony sporu do przyjęcia obowiązków prawnych wynikających z opinii, zaś pozostałe państwa do nieuznawania muru i sytuacji wygenerowanych jego budową, wzmocnienia działań na rzecz realizacji przez naród palestyński prawa do samostanowienia oraz wywarcia presji na Izrael, aby przestrzegał praw człowieka i prawa humanitarnego (par. 146 opinii doradczej). Trybunał przypominał, że prawo do samostanowienia sformułowane w Karcie NZ (art. 1) i potwierdzone w rezolucji ONZ nr 2625 (XXV) ma charakter *erga omnes*<sup>126</sup>. Państwo ponosi więc odpowiedzialność międzynarodową za działania przeciwne p. m.<sup>127</sup> W zasadzie najbardziej spektakularnym rezultatem wydania opinii doradczej przez MTS było złożenie dnia 12 lipca 2004 r. przez ambasadora Jordanii oraz przewodniczący grupy państw arabskich – księcia Zeid Ra'ad Zeid Al-Husseina wniosku o wznowienie obrad X nadzwyczajnej sesji ZO ONZ w związku z wydaniem przez MTS opinii doradczej. XXVII sesja plenarna ZO ONZ, która odbyła się w dniu 20 lipca 2004 r., zakończyła się ona przyjęciem, przez zdecydowaną większość członków ZO ONZ (150 za 6 przeciwnych i 10 wstrzymujących się), rezolucji formułującej następujące zalecenia dla członków ONZ:

- uznać opinię doradczą MTS z dnia 9 lipca 2004 r. dotyczącą prawnych konsekwencji budowy przez państwo Izrael muru na otp włącznie z i wokół Wschodniej Jerozolimy,
- zażądać od państwa Izrael zastosowania się do prawnych rozstrzygnięć zawartych w powyższej opinii,
- powiadomić wszystkich członków ONZ o zobowiązaniach powstałych w związku z wydaną opinią,
- zobowiązać SG ONZ do założenia i prowadzenia rejestru szkód wynikających z powstania muru zgodnie z paragrafem 153 opinii,
- zwrócić się zarówno do Izraela, jak i AP o realizację ustaleń Mapy Drogowej, w celu urzeczywistnienia wizji dwóch odrębnych państw współżyjących w pokoju i bezpieczeństwie, podkreślając jednocześnie, iż obydwa te podmioty muszą działać zgodnie z zasadami p. m.,
- zwrócić się do stron czterech Kg o podjęcie działań na rzecz ich przestrzegania przez Izrael oraz do Szwajcarii (depozytariusz) o przeprowadzenie konsultacji i przedstawieniu ZO ONZ wniosków co do ewentualnych poprawek do Kg związanych z zaistniałą sytuacją,

<sup>125</sup> Ibidem.

<sup>126</sup> Tak *expressis verbis* w orzeczeniu *sprawa Timoru Wschodniego*, ICJ Reports 1995, s. 102, par. 29.

<sup>127</sup> Tak w wyroku *Militarne i paramilitarne...*, par. 49; *Sprawa personelu dyplomatycznego i konsularnego USA w Teheranie*, ICJ Reports 1989, par. 44, *sprawa V. R. Haya de la Torera (Peru v. Kolumbii)*, ICJ Reports 1951, par. 82.



– odroczyć sesje i zobowiązać Przewodniczącego Zgromadzenia do jej podjęcia na żądanie któregokolwiek z członków<sup>128</sup>.

Uchwalona rezolucja ma ogromne znaczenie polityczne, ale poza presją polityczną nie można na jej podstawie podjąć kroków prawnych, zwłaszcza zaś stosować sankcji zapewniających jej wykonanie. Stosownie do brzmienia art. 11 ust. 2 zdanie drugie *in fine* Karty NZ, kiedy konieczne jest podjęcie akcji jest ZO ONZ przekazuje sprawę RB przed lub po dyskusji. Tylko Rada Bezpieczeństwa może korzystać z środków wymienionych w rozdziale VII Karty NZ. Według stanu na dzień składania tekstu do druku nie ma szans, aby rezolucja RB nakładająca sankcje na Izrael została przyjęta. Jednak wydarzenia na Bliskim Wschodzie w lipcu 2006 r. w szczególności atak na Liban, mogą zradyzalizować stanowiska państw Bliskiego Wschodu, zwłaszcza zaś Syrii i Iranu, a wówczas USA nie mogą pozostać pasywne w takim stopniu jak dotychczas.

---

<sup>128</sup> Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych – A/RES/ES-10/15, 20.07.2004 r.

