

TOMASZ LACHOWSKI*

KTO STRZELAŁ – KTO ODPOWIE? KWALIFIKACJA PRAWNA TRAGEDII MH17

W dniu 17 lipca 2014 r. w obwodzie donieckim we wschodniej Ukrainie niespodziewanie runął samolot malezyjskich linii lotniczych, oznaczony numerem MH17. Najbardziej prawdopodobna przyczyna tragedii Boeinga to zestrzelenie samolotu przez pro-rosyjskich separatystów, walczących od wiosny 2014 r. z ukraińską armią w rejonie Donbasu o przejęcie kontroli nad wschodnim regionem Ukrainy i stworzenie tam tzw. „Noworosji”. Wydawało się, że to wstrząsające wydarzenie, skutkujące utratą życia przez 298 osób, wszystkich podróżujących i załogi MH17, radykalnie wpłynie na toczący się zbrojny konflikt, doprowadzając do jego szybkiego zakończenia lub przynajmniej trwałego zawieszenia broni. Nic takiego się jednak nie stało, a dwie próby dyplomatycznego załagodzenia konfliktu, określane jako rozmowy „Mińsk-1” i „Mińsk-2” nie spełniły pokładanych w nich nadziei.

Artykuł ma na celu sformułowanie próby odpowiedzi na pytanie o prawną odpowiedzialność za zestrzelenie samolotu MH17 w lipcu 2014 r. W następstwie przedstawionych – najbardziej uprawdopodobnionych faktów – uwaga skoncentrowana zostanie na kwestii przypisania aktu strącenia Boeinga, zdeterminowania naruszenia prawa międzynarodowego oraz wskazania podmiotu odpowiedzialnego. Pytanie to jawi się jako niezwykle istotne także z tego powodu, że o ile państwowe ambicje separatystów są powszechnie znane, o tyle utworzone przez nich: „Doniecką” i „Ługańską Republikę Ludową” nie można określić mianem państwa – pro-rosyjscy bo-

* Mgr, Uniwersytet Łódzki; e-mail: tomasz.lachowski86@gmail.com

jownicy to zatem aktorzy niepaństwowi¹. W toku wywodu poruszony zostanie wątek odpowiedzialności na gruncie powszechnego prawa międzynarodowego oraz prawa ochrony praw człowieka. W części końcowej rozważona zostanie kwestia indywidualnej odpowiedzialności karnej sprawców zestrzelenia, tak przed sądami krajowymi, jak i międzynarodowymi, w tym przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym (MTK) w Hadze.

1. Fakty związane z tragedią samolotu MH17 – co wiadomo?

Na wstępie należy zaznaczyć, że wobec braku wiążących ustaleń w przedmiocie zidentyfikowania przyczyn rozbicia się samolotu malezyjskich linii lotniczych w pobliżu wsi Hrabowe niedaleko Doniecka na wschodzie Ukrainy, przedstawione poniżej fakty stanowią najbardziej prawdopodobną wersję wydarzeń. Na jej podstawie, przeprowadzony zostanie wywód prawny, który może ulec zmianie w przypadku obalenia wskazanej sekwencji zdarzeń z dnia 17 lipca 2014 r.

Samolot Malaysian Airlines lecący z Amsterdamu do Kuala Lumpur rozbił się kilkanaście minut po godzinie 16 czasu ukraińskiego, spadając na terytorium Ukrainy, w obwodzie donieckim. Śmierć poniosło 298 podróżujących – 283 pasażerów i 15 członków załogi samolotu. Wśród 298 osób leciało 192 Holendrów, 44 Malezyjczyków, 27 Australijczyków, 12 Indonezyjczyków, 10 Brytyjczyków, 4 Niemców, 4 Belgów, 3 Filipińczyków oraz po jednym obywatelu Kanady i Nowej Zelandii.

Niemal od pierwszych minut po katastrofie wskazywano, że najbardziej prawdopodobną przyczyną było zestrzelenie samolotu przez pro-rosyjskich separatystów, operujących na obszarze tzw. Donieckiej Republiki Ludowej (DRL), przy pomocy systemu SA-11 Buk². Informację o strąceniu samolotu koło wsi Hrabowe i miasteczka Torez rozpowszechniali w środ-

¹ Warto zaznaczyć, że problem odpowiedzialności za zestrzelenie MH17 w szerszym kontekście odpowiedzialności państwa za działania lub zaniechania aktorów niepaństwowych jawi się jako jedno z najpoważniejszych wyzwań dla prawa międzynarodowego ostatnich kilku lat. Grupy parapaństwowe i paramilitarne skutecznie „rozrywają” zastany porządek międzynarodowy, operując niejednokrotnie w pewnej „próżni prawnej”, jak działające na obszarze Syrii i Iraku tzw. Państwo Islamskie (ISIS) czy Boko Haram w Nigerii.

² Konkurencyjna wersja, promowana w szczególności przez Federację Rosyjską, zakładała, że zestrzelenie MH17 było prowokacją ukraińską i to Kijów odpowiada za strącenie samolotu.

kach masowego przekazu sami separatyści. Przywódca bojowników, Igor Girkin vel Striełkow, na rosyjskojęzycznym portalu społecznościowym Vkontakte zamieścił wpis o treści: „[w – T.L.] okolicy Toreza właśnie strąciliśmy samolot AN-26. Wrak leży gdzieś w okolicy kopalni «Postęp». Ostrzegaliśmy przecież – nie latać po naszym niebie. A oto wideo-potwierdzenie kolejnego ptaszkopada”³, umieszczając następnie podobną wiadomość w serwisie Twitter. Przywoływane słowa potwierdzają fakt zestrzelenia samolotu przez separatystów nad obwodem donieckim, choć równocześnie wskazują na przeświadczenie, że trafionym okazał się samolot ukraińskich sił powietrznych – ta informacja nie jest bez znaczenia przy próbie przypisania odpowiedzialności karnej jednostki, zwłaszcza na gruncie międzynarodowego prawa karnego.

Ukraina, która na podstawie art. 26 Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym (tzw. konwencji chicagowskiej) z 1944 r.⁴ oraz Aneksu 13 do Konwencji jest zobowiązana do prowadzenia dochodzenia w sprawie katastrofy samolotu MH17, już dzień po tragedii wystąpiła do Organizacji Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego (ICAO) o pomoc w śledztwie⁵. Kilka dni później Ukraina przychyliła się do prośby rządu holenderskiego o przekazanie postępowania, w związku z faktem, że największą grupę ofiar stanowiły osoby posiadające obywatelstwo holenderskie⁶.

Opublikowany we wrześniu 2014 r. przez holenderską Komisję Śledczą ds. Bezpieczeństwa (Onderzoeksraad Voor Veiligheid) raport potwierdził (także na podstawie odczytów z czarnych skrzynek), że samolot nie rozpadł się z powodu „przyczyn wewnętrznych”, ale w wyniku zetknięcia się maszyny z „obiektem zewnętrznym o wielkiej mocy energetycznej”⁷. Co więcej, pro-rosyjskich separatystów jako sprawców zestrzelenia Boeinga wskazała również niemiecka Federalna Służba Wywiadowcza (Der Bun-

³ Za: K. Chodkowski, *Lot MH-17. Ustalmy fakty*, „Eastbook.eu” z 21.07.2014 r., <http://eastbook.eu/2014/07/country/ukraine/lot-mh-17-ustalmy-fakty/> [dostęp do wszystkich wykorzystanych w opracowaniu źródeł: 6.03.2015 r.].

⁴ Konwencja o międzynarodowym lotnictwie cywilnym, podpisana w Chicago dnia 7 grudnia 1944 r., Dz. U. z 1959 r. Nr 35, poz. 212 z późn. zm.

⁵ *Ukraine Request ICAO Assistance in MH17 Accident Investigation*, International Civil Aviation Organization, Montreal, 18 July 2014.

⁶ *MH17 Incident*, Government of the Netherlands, <http://www.government.nl/issues/mh17-incident>

⁷ Onderzoeksraad Voor Veiligheid, *Preliminary report points towards external cause of MH17 crash*, 9 September 2014, s. 11, 30, <http://www.onderzoeksraad.nl/en/onderzoek/2049/investigation-crash-mh17-17-july-2014/preliminary-report/1562/preliminary-report-points-towards-external-cause-of-mh17-crash>

desnachrichtendienst, BND), podnosząc, że bojownicy przechwycili system Buk z ukraińskiej bazy wojskowej, a następnie korzystając z niego strącili samolot Malaysia Airlines⁸. Amerykańskie służby wywiadowcze stwierdziły, że to „Moskwa stworzyła warunki”, które doprowadziły do śmierci 298 podróżujących na pokładzie MH17, jednocześnie mocno akcentując, że to jednak pro-rosyjscy separatyści, a nie Kreml per se, są odpowiedzialni za zestrzelenie samolotu⁹.

Ustalenie przyczyn tragedii było utrudnione w związku z postawą pro-rosyjskich rebeliantów, którzy długo nie godzili się na przekazanie czarnych skrzynek „stronie międzynarodowej”, wskazując, że dostarczą je wyłącznie do Moskwy. Napięta sytuacja polityczna oraz militarna wpływała na trudność prac zespołów śledczo-badawczych w miejscach, w których pozostawały części rozbitego samolotu oraz szczątki ofiar. Obok holenderskiej Komisji Śledczej ds. Bezpieczeństwa, prokuratura holenderska wszczęła równoległe karne postępowanie przygotowawcze – w styczniu 2015 r. prokuratorski zespół śledczy powrócił na miejsce tragedii w celu dokonania dodatkowych ustaleń. Odpowiedzialna za przeprowadzenie dochodzenia Holandia odrzuciła jednocześnie propozycję umiędzynarodowienia śledztwa¹⁰, w tym pod auspicjami ONZ, aczkolwiek należy bardzo wyraźnie podkreślić, że pomoc stronie holenderskiej wyświadczyło już kilka państw, jak Malezja, Ukraina, a także Rosja.

2. Odpowiedzialność za zestrzelenie MH17 na gruncie powszechnego prawa międzynarodowego

Dostępne informacje co do sekwencji zdarzeń z 17 lipca 2014 r. uzasadniają sformułowanie tezy o faktycznym przypisaniu czynu w postaci

⁸ H. Dude, F. Schmid, *German intelligence claims Pro-Russian separatists downed MH17*, „Der Spiegel Online International” z 19.10.2014 r., <http://www.spiegel.de/international/europe/german-intelligence-blames-pro-russian-separatists-for-mh17-downing-a-997972.html>

⁹ S. Ackerman, S. Walker, *MH17: US intelligence says Russia ‘created conditions’ for plane disaster*, „The Guardian” z 22.07.2014 r., <http://www.theguardian.com/world/2014/jul/22/mh17-us-intelligence-russia-separatists-report>; I. Tharoor, *The evidence that may prove pro-Russian separatists shot down MH17*, „The Washington Post” z 20.07.2014 r.; <http://www.washingtonpost.com/blogs/worldviews/wp/2014/07/20/the-evidencethat-may-prove-pro-russian-separatists-shot-down-mh17/>

¹⁰ T. Escritt, A. Deutch, *Dutch reject MH17 relatives’ request for U.N.-led crash inquiry*, „Reuters” z 9.12.2014 r., <http://uk.reuters.com/article/2014/12/09/uk-ukraine-crisis-mh17-inquiry-idUKKBN0JN1YK20141209>

zestrzelenia samolotu pro-rosyjskim separatystom operującym na wschodzie Ukrainy. Sami bojownicy pozostają jednak aktorem niepaństwowym, a tworzone przez nich samozwańcze: Ługańską Republikę Ludową (ŁRL) i Doniecką Republikę Ludową (DRL) – tzw. „Noworosję” – określić można mianem co najwyżej *quasi*-państw (parapaństw)¹¹, tudzież „reżimów terytorialnych *de facto*”¹², pozbawionych możliwości legalnej secesji od Ukrainy i wykorzystania prawa do samostanowienia w sposób inny niż ten wewnętrzny, realizowany w ramach ukraińskiego państwa macierzystego¹³.

Mając na uwadze głównego politycznego sojusznika ŁRL i DRL, tj. Federację Rosyjską oraz silne zaangażowanie Kremla od początku „kryzysu ukraińskiego”, zainicjowanego przez zmianę władzy w Kijowie w następstwie protestów obywatelskich na Majdanie, poprzez inspirowaną przez Moskwę aneksję Krymu, aż do wojny na wschodzie Ukrainy, warto zastanowić się, czy odpowiedzialność na gruncie powszechnego prawa międzynarodowego za zestrzelenie malezyjskiego Boeinga nie powinna ponieść właśnie Rosja. Odpowiedzialność Ukrainy za działanie pro-rosyjskich separatystów wydaje się wykluczona na gruncie powszechnego prawa międzynarodowego, w związku z niemożnością wskazania faktycznych powiązań pomiędzy władzami w Kijowie a operującymi w rejonie Donbasu separatystami i tym samym przypisania aktu strącenia MH17 Ukrainie. Warto w tym miejscu dodać, że w lipcu 2014 r., tj. w momencie tragedii malezyjskiego Boeinga sytuacja na wschodzie Ukrainy z pewnością osiągnęła poziom niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego, choć jednocześnie trudno byłoby obronić tezę o jego całkowitym umiędzynarodowieniu w dniu katastrofy.

Odpowiedzialność państwa reguluje prawo zwyczajowe, które w znacznej mierze odzwierciedlone jest w projekcie Artykułów doty-

¹¹ Najwięcej *quasi*-państw, tj. tworów, które posiadają kontrolę *de facto* nad określonym terytorium oraz faktycznie wykonują funkcje państwa, a państwami w znaczeniu prawnym nie są, znajduje się w obszarze poradzieckim. Wyróżnić tu można takie podmioty, jak Nadniestrze (terytorium *de iure* Mołdawii), Abchazję, Osetię Południową (terytoria *de iure* Gruzji) czy Górski Karabach (terytorium *de iure* Azerbejdżanu). Na temat *quasi*-państw zob. M. Kosienkowski, *Nadniestrzańska Republika Mołdawska. Determinanty przetrwania*, Toruń 2010; W. Górecki, *Konflikty zbrojne na obszarze postradzieckim. Stan obecny, perspektywy uregulowania, konsekwencje. Abchazja*, „Prace Ośrodka Studiów Wschodnich” 2003, nr 9.

¹² M. Perkowski, *Koncepcja „non-stateactors” a umiędzynarodowienie regionów*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2012, z. 12, s. 100.

¹³ Zob. opracowanie w ramach tego tomu „Studiów Prawniczych KUL”: T. Grzywaczewski, *„Ludowe republiki Donbasu” – granice prawa do samostanowienia a fenomen quasi-państw*.

czących odpowiedzialności państw za czyny niezgodne z prawem międzynarodowym z 2001 r.¹⁴ Normy regulujące odpowiedzialność państw są tzw. normami wtórnymi (*secondary rules*), określającymi skutki zachowania państwa niezgodnego z prawem międzynarodowym, tj. naruszenia norm pierwotnych (*primary rules*)¹⁵. Zgodnie z art. 2 projektu Artykułów z 2001 r. państwo może być uznane za odpowiedzialne za naruszenie prawa międzynarodowego, jeśli (I) dany akt (działanie lub zaniechanie) można przypisać państwu na gruncie prawa międzynarodowego oraz (II) akt ten, konstytuuje przypadek naruszenia przez państwo swoich zobowiązań prawno-międzynarodowych¹⁶. Co godne podkreślenia, dla stwierdzenia odpowiedzialności wymagane jest dowieczenie naruszenia jakiegokolwiek zobowiązania międzynarodowego przez państwo, co zauważył Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) w kilku sprawach, m.in. sprawie *Cieśniny Korfu*¹⁷ czy Trybunał Arbitrażowy, rozstrzygając spór pomiędzy Francją a Nową Zelandią – *Rainbow Warrior*¹⁸.

W analizowanym przypadku największy problem stanowi wypełnienie pierwszej przesłanki, tj. przypisania aktu pro-rosyjskich separatystów – aktora niepaństwowego, w swej istocie podmiotu prywatnego (*non-state actors*) – w postaci zestrzelenia samolotu cywilnego – Federacji Rosyjskiej. Analizowanie drugiej przesłanki bez spełnienia pierwszej nie ma większego sensu, ale dla porządku można wskazać potencjalne naruszenie szeregu norm, tak na gruncie powszechnego prawa międzynarodowego (zakaz użycia siły zbrojnej, zasada integralności terytorialnej, zasada

¹⁴ Artykuły o odpowiedzialności państwa za czyny niedozwolone przez prawo międzynarodowe, przyjęte przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 12 grudnia 2001 r., U. N. Doc. A/56/10.

¹⁵ Szerzej: J. Crawford, *State responsibility: the general part*, Cambridge University Press 2013.

¹⁶ Zob. wyrok Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej (STSM) z 14 czerwca 1938 r. w sprawie *Phosphates w Maroku*, PCIJ Series A/B, sprawa nr 74, s. 28; wyrok Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS) z 24 maja 1980 r. w sprawie personelu dyplomatycznego i konsularnego w Teheranie, ICJReports 1980, par. 56; A. Zbaraszewska, *Dylematy międzynarodowej odpowiedzialności państw*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, z. 1, s. 45-63.

¹⁷ Wyrok MTS z 9 kwietnia 1949 r. w sprawie *Cieśniny Korfu*, ICJReports 1949, s. 23.

¹⁸ Orzeczenie Trybunału Arbitrażowego dla Francji i Nowej Zelandii z 30 kwietnia 1990 r. w sprawie *Rainbow Warrior*, UNRIIA, vol. XX, 1990, s. 217.

suwerenności)¹⁹, praw człowieka (prawo do życia)²⁰, czy prawa humanitarnego (zasada odróżnienia – samolot pasażerski nie może być celem ataku zbrojnego)²¹.

Podmioty prywatne mogą naruszyć prawo międzynarodowe, ale wyłącznie działając poprzez państwo, albo jako jego organ *de iure*, albo *de facto*. Przypadek pierwszy, dotyczący sytuacji umocowania podmiotu prywatnego na gruncie prawa krajowego do funkcjonowania jako państwo (w zakresie przekazanych kompetencji), odzwierciedlony w art. 5 projektu Artykułów, nie występuje w analizowanym kazusie „sprawy MH17”. Warto natomiast pochylić się nad przypadkiem drugim, który wydaje się, że – przynajmniej teoretycznie – może opisywać relacje pro-rosyjskich separatystów i Federacji Rosyjskiej.

Artykuł 8 projektu Artykułów reguluje kwestie przypisania państwu aktów aktorów niepaństwowych, kiedy osoby prywatne działają zgodnie z wytycznymi określonymi w instrukcji, pod kierownictwem lub kontrolą tego państwa²². MTS, rozpatrując sprawę militarnych i paramilitarnych aktywności w i przeciwko Nikaragui (*Nikaragua przeciwko Stanom Zjednoczonym*) z 1986 r.²³, postawiony został przed podobnym pytaniem – problem dotyczył możliwości przypisania Stanom Zjednoczonym aktów grup *contras*, skupionych wokół obalonego w 1979 r. prezydenta Anastasia Somoza. USA wspierały paramilitarne grupy *contras* przede wszystkim finansowo (od 1981 r. amerykański Kongres przeznaczał pieniądze dla ni-

¹⁹ Wypływające z Karty Narodów Zjednoczonych (KNZ), w tym przede wszystkim art. 2 ust. 1, art. 2 ust. 4 KNZ. Karta Narodów Zjednoczonych, sporządzona w San Francisco dnia 26 czerwca 1945 r., Dz. U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90 z późn. zm.: Dz. U. z 1966 r. Nr 7, poz. 41 zał.; Dz. U. z 1968 r. Nr 30, poz. 197; Dz. U. z 1974 r. Nr 3, poz. 20.

²⁰ Art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC) (przyp. 35); art. 6 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP); Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

²¹ Art. 13 II Protokołu Dodatkowego z 1977 r. do konwencji genewskich z 1949 r. ustanawia obowiązek poszanowania ludności cywilnej podczas trwania walk o charakterze niemiędzynarodowym; art. 2 ust. 7 tzw. Poprawionego Protokołu II załączonego do Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych z 1980 r. mówi o konieczności rozróżnienia obiektów cywilnych od wojskowych; art. 60 Nowych Reguł Wojny Powietrznej i Raketowej z 2003 r. wskazuje, że powietrzny statek cywilny nie traci immunitetu ochronnego poprzez sam fakt znalezienia się nad strefą działań wojennych.

²² Zob. J. Crawford, *State responsibility...*, s. 141 i n.

²³ Wyrok MTS z 27 czerwca 1986 r. w sprawie militarnych i paramilitarnych aktywności w i przeciwko Nikaragui, ICJ Reports 1986.

karaguańskich bojówkarzy), logistycznie czy organizując szkolenia²⁴. Pomimo znacznego wpływu USA na sytuację faktyczną grup *contras*, MTS nie znalazł podstaw do, postulowanego przez Nikaragwę, przypisania Waszyngtonowi szeregu działań bojówkarzy, w tym rozmieszczenia min w portach Nikaragui, ataków na porty czy bazy marynarki wojennej. Trybunał w Hadze wyraźnie podkreślił, że dla przypisania aktu aktora niepaństwowego państwu konieczne jest wykazanie, że to ostatnie sprawuje efektywną kontrolę (*effective control*) nad poczynaniami *non-state actors*, co więcej, efektywną kontrolę nad konkretnym aktem podmiotu państwowego mającego skutkować naruszeniem prawa międzynarodowego.

Swoje ustalenia z przywoływanej sprawy MTS powtórzył ponad 20 lat później w sprawie stosowania Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa (*Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii*) z 2007 r.²⁵ Skonfrontowany z żądaniem Bośni i Hercegowiny (BiH), domagającej się stwierdzenia odpowiedzialności Serbii za zbrodnię ludobójstwa w Srebrenicy z lipca 1995 r., MTS musiał odpowiedzieć na podstawowe pytanie o stopień powiązania wojsk Republiki Srpskiej (RS; części składowej BiH) i ich pionu dowódczego, sprawców masakry ponad 8 tysięcy bośniackich Muzułmanów, z władzami w Belgradzie²⁶. Niejako „ponownie” MTS nie stwierdził odpowiedzialności państwa za działanie aktora niepaństwowego, akcentując, że Serbia nie wykonywała efektywnej kontroli nad działaniami wojsk RS. Co więcej, Trybunał zauważył, że dowódcy oddziałów RS posiadali wysoki stopień autonomii decyzyjnej i niezależności od Serbii (wówczas jeszcze Federalnej Republiki Jugosławii). Wreszcie, skarżąca BiH nie dowiodła, że Belgrad bezpośrednio rozkazał lub poinstruował wojska RS do dokonania konkretnego aktu, tj. masakry w Srebrenicy, ostatecznie nie obarczając Serbii odpowiedzialnością za popełnienie ludobójstwa w 1995 r.

Jako kontrargument BiH podnosiła rozważania Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (MTKJ) w sprawie *Tadicia* z 1995 r., w której MTKJ posłużył się testem „ogólnej kontroli” (*overall control*) za-

²⁴ P. Daranowski, J. Połatyńska (red.), *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 2011, s. 157-162.

²⁵ Wyrok MTS z 26 lutego 2007 r. w sprawie stosowania Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa, ICJ Reports 2007.

²⁶ Szerzej: B. Halldórsdóttir Birkland, *Reining in non-state actors: state responsibility and attribution in cases of genocide*, „New York University Law Review” 2009, vol. 84, nr 6, s. 1623-1655.

miast efektywnej kontroli, konkludując, że Belgrad sprawował właśnie ogólną kontrolę nad aktami bośniackich Serbów, a tym samym wojsk RS²⁷. Jak się jednak wydaje, inny cel nadrzędny funkcjonowania MTKJ, tj. zdeterminowanie odpowiedzialności karnej jednostki, a nie odpowiedzialności państwa, uzasadniał posłużenie się przez MTKJ jedynie testem ogólnej kontroli, w miejsce wypracowanej przez MTS koncepcji efektywnej kontroli²⁸. Dlatego też należy zakładać, że na gruncie powszechnego prawa międzynarodowego w celu przypisania państwu działania aktorów niepaństwowych, sądy, na czele z MTS, pozostaną przy wnioskach z przywoływanych spraw z 1986 i 2007 r.²⁹

Mając na względzie przedstawione powyżej rozumowanie MTS, w celu przypisania aktu strącenia samolotu MH17 Federacji Rosyjskiej winno się wykazać: (I) efektywną kontrolę sprawowaną przez Kreml nad pro-rosyjskimi separatystami, a tym samym brak autonomii decyzyjnej tych ostatnich oraz (II) wydanie konkretnych instrukcji lub rozkazu zestrzelenia malezyjskiego Boeinga. W świetle faktów odnoszących się do stanu z lipca 2014 r. nie sposób udowodnić spełnienia obu przesłanek. Niewątpliwie, Moskwa od początku zaistnienia napięć na wschodzie Ukrainy wiosną 2014 r., które wnet przerodziły się w niemiędzynarodowy konflikt zbrojny, wspierała pro-rosyjskich rebeliantów – dostarczając im broń, wsparcie logistyczne oraz finansowe. W znacznej mierze jednak sytuacja ta jest zbliżona do relacji USA i grup *contras* w Nikaragui w latach 80. XX w., dlatego też z dużą dozą prawdopodobieństwa można zaryzykować tezę, że w ewentualnym międzynarodowym sporze sądowym, właściwy sąd (w tym MTS) sformułowałby podobny wniosek co haski Trybunał w 1986 r.

²⁷ Wyrok Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (MTKJ) z 15 lipca 1997 r. w sprawie *Prokurator przeciwko Tadićowi*, sprawa nr IT-94-1-A, par. 162.

²⁸ Co samo w sobie spotkało się z krytyką doktryny prawa międzynarodowego. Zob. Th. Meron, *Classification of armed conflict in the former Yugoslavia: Nicaragua's fallout*, „American Journal of International Law” 1998, vol. 92, s. 236.

²⁹ Jednocześnie praktyka sądów karnych albo prawa międzynarodowego praw człowieka wskazuje, że na gruncie tych reżimów norm prawa międzynarodowego test ogólnej kontroli jest zasadniejszy i zgodny z celem, dla którego powoływane są tego rodzaju organy międzynarodowe. Test ogólnej kontroli zastosował m.in. Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy (MTKR) czy Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) w sprawie *Loizidou* oraz sprawie *Ilaşcu*. Zob. A. Wyrozumska, *Prawotwórcza działalność sądów międzynarodowych i jej granice*, [w:] A. Wyrozumska (red.), *Granice swobody orzekania sądów międzynarodowych*, Łódź 2014, s. 39.

Co jednak z argumentem o obecności regularnych wojsk rosyjskich, walczących na wschodzie Ukrainy (choć nieoznakowanych) i tym samym istnienia nie tylko politycznego czy finansowego, ale także militarnego wsparcia Moskwy dla pro-rosyjskich rebeliantów, właściwie od samego początku walk o Donbas?³⁰ Dostępne informacje, pochodzące tak od służb wywiadowczych państw zachodnich, jak i dziennikarzy relacjonujących wprost z linii frontu w trakcie walk o miejscowość Debalcewe w lutym 2015 r., wskazują ponad wszelką wątpliwość na obecność walczących u boku separatystów także oddziałów Federacji Rosyjskiej³¹, w tym dowódcy wojsk lądowych Rosji, Aleksandra Lencowa³². Niemniej sama obecność wojsk rosyjskich nie może przesądzić o odpowiedzialności Rosji za strącenie MH17 (nawet gdyby miało to świadczyć o umiędzynarodowieniu konfliktu zbrojnego). Do przypisania aktu zestrzelenia samolotu Kremłowi wciąż konieczne wydaje się wykazanie wydania przez państwo rosyjskie konkretnego rozkazu lub instrukcji, odnoszących się do zestrzelenia samolotu pasażerskiego malezyjskich linii lotniczych.

3. Odpowiedzialność za tragedię samolotu MH17 w świetle prawa ochrony praw człowieka

Rozważania w przedmiocie odpowiedzialności Federacji Rosyjskiej na gruncie reżimu powszechnego prawa międzynarodowego w braku jakiegokolwiek postępowania międzypaństwowego w tym zakresie przed MTS (lub innym sądem) mają charakter *stricte* akademicki³³. Natomiast, w związku ze złożeniem skargi przez przedstawiciela rodziny niemieckiej

³⁰ NATO ujawnia satelitarne zdjęcia rosyjskich wojsk na Ukrainie, Polskie Radio, 28.08.2014 r., <http://www.polskieradio.pl/5/3/Artykul/1217437,NATO-ujawnia-satelitarne-zdjecia-rosyjskich-wojsk-na-Ukrainie>

³¹ J. Bender, *US Army Commander for Europe: Russian troops are currently fighting on Ukraine's front lines*, „Business Insider” z 11.02.2015 r., <http://www.businessinsider.com/russian-troops-fighting-on-ukraines-front-lines-2015-2>

³² S. Arlak, *Ukraina: Aleksandr Lencow, rosyjski generał, dowodził oddziałami, które zdobyły Debalcewe*, „Polska The Times” z 18.02.2015 r., <http://www.polskatimes.pl/artykul/3756731,ukraina-aleksandr-lencow-rosyjski-general-dowodzil-oddzialami-ktore-zdobyly-debalcewe,id,t.html>

³³ Ukraina pozwała Federację Rosyjską przed ETPC w sprawie dotyczącej aneksji Krymu w marcu 2014 r. *Sprawa Ukraina przeciwko Rosji*, skarga nr 20958/14. Zob. także P. Leach, *Ukraine, Russia and Crimea in the European Court of Human Rights*, „EJIL: Talk!” z 19.03.2014 r.,

ofiary zestrzelenia samolotu do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) 30 listopada 2014 r.³⁴, skarżącego Ukrainę za naruszenie m.in. art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC),³⁵ pytanie o odpowiedzialność państwa na gruncie prawa międzynarodowego praw człowieka i systemu Rady Europy stało się przedmiotem rozważań praktyki. Tak Federacja Rosyjska, jak i Ukraina, są stronami EKPC, choć jak na razie i w przestrzeni medialnej, i w sądowej rzeczywistości to jedynie Ukraina może ponieść odpowiedzialność za katastrofę samolotu MH17. Ostatnie doniesienia mówią także o zamiarach rodzin australijskich w przedmiocie pozwania Ukrainy oraz Rosji przed ETPC, a także Malezji w odrębnym postępowaniu przed innym sądem³⁶. Podstawowym argumentem niemieckich skarżących, świadczącym o zaniedbaniu Ukrainy było niezamknięcie przestrzeni powietrznej w sposób całkowity nad rejonem Donbasu, które w konsekwencji doprowadziło do śmierci pasażerów feralnego lotu MH17.

Na gruncie prawa międzynarodowego praw człowieka, państwa winne są wypełnić nie tylko zobowiązania o charakterze negatywnym – powstrzymywania się od naruszenia prawa – ale także zobowiązania o charakterze pozytywnym, które dzielą się na materialne i proceduralne³⁷. Na tej zasadzie, w sytuacji, w której faktycznie odpowiedzialny za dokonanie czynu skutkującego naruszeniem prawa ofiary był podmiot prywatny (czy aktor niepaństwowy), państwo może zostać pociągnięte do odpowiedzialności na podstawie EKPC za zaniedbanie, tj. za brak podjęcia wszelkich niezbędnych prawnych i faktycznych kroków, mogących zapobiec naruszeniu (tak w znaczeniu braku odpowiednich rozwiązań systemowych, jak i konkretnego zaniedbania), a także następczego ukarania osób winnych we właściwym postępowaniu.

<http://www.ejiltalk.org/ukraine-russia-and-crimea-in-the-european-court-of-human-rights/>

³⁴ A. Hudson, *MH17 victim's mum is suing Ukraine for \$1m – for failing to close country's airspace*, „Mirror” z 30.10.2014 r., <http://www.mirror.co.uk/news/world-news/mh17-victims-mum-suing-ukraine-4724052>

³⁵ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, 4 listopada 1950 r., Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

³⁶ S. Dean, *Eight Australian families of MH17 victims will sue Russia, Ukraine, Malaysia and the Airline after their loved were shot out of the sky*, „Daily Mail Australia” z 3.12.2014 r., <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2859714/Eight-Australian-families-MH17-victims-sue-Russia-Ukraine-Malaysia-airline-loved-ones-shot-sky.html>

³⁷ Szerzej: A. Mowbray, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford 2004.

Należy w tym miejscu zadać kluczowe dla dalszych rozważań pytanie. Czy Ukraina wciąż powinna ponosić odpowiedzialność za to co dzieje się w rejonie Donbasu, jeśli w wyniku działań zbrojnych pro-rosyjskich separatystów trwających od wiosny 2014 r. władze ukraińskie straciły faktyczną kontrolę nad tzw. ŁRL i DRL, sprawowaną od tej pory efektywnie przez rebeliantów?

EKPC w art. 1 wskazuje, że obowiązek państwa co do ochrony praw i wolności rozciąga się na każdego podlegającego jego jurysdykcji. Trybunał w Strasburgu w ramach swojego orzecznictwa podniósł, że państwo powinno wykonywać zakreślony w art. 1 obowiązek przede wszystkim w ramach swojej jurysdykcji³⁸, ale także w sytuacjach nadzwyczajnych w wymiarze eksterytorialnym, wykonując efektywną kontrolę nad danym terytorium³⁹ lub kontrolę sprawowaną przez funkcjonariusza państwa nad daną osobą⁴⁰. W przypadku strącenia samolotu MH17 z pewnością mamy do czynienia z sytuacją podstawową, tj. operowaniem w ramach jurysdykcji terytorialnej Ukrainy.

Utrata faktycznej kontroli przez Kijów nad dwoma zbuntowanymi obwodami niewątpliwie przypomina kasus Naddniestrza, *quasi*-państwa w ramach „macierzystej” Mołdawii. ETPC kilkakrotnie stanął przed zadaniem zmierzenia się z problemem naruszeń praw na gruncie EKPC w Naddniestrzu, na czele ze sprawą *Ilaşcu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji* z 2004 r.⁴¹

W przywoływanej sprawie Trybunał jednoznacznie podkreślił, że niesprawowanie pełnej kontroli nad częścią swojego terytorium przez Mołdawię nie powoduje, iż jej zobowiązania pozytywne wypływające z postanowień EKPC wygasają⁴². ETPC podniósł, że Mołdawia jest

³⁸ Np. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) z 8 kwietnia 2004 r. w sprawie *Assanidze przeciwko Gruzji*, skarga nr 71503/01, par. 139. Zob. także E.H. Morawska, *Elementy konstrukcyjne obowiązków pozytywnych państw-stron Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Uwagi na tle sprawy Opuz przeciwko Turcji*, [w:] C. Mik, K. Gałka (red.), *Między wykładnią a tworzeniem prawa. Refleksje na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i międzynarodowych trybunałów karnych*, Toruń 2011, s. 115.

³⁹ Orzeczenie ETPC z 12 grudnia 2001 r. w sprawie *Banković i inni przeciwko Belgii i innym*, skarga nr 52207/99, par. 55-63.

⁴⁰ Zob. wyrok ETPC z 7 lipca 2011 r. w sprawie *Al-Skeini i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 55721/07, par. 130-140.

⁴¹ Wyrok ETPC z 8 lipca 2004 r. w sprawie *Ilaşcu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji*, skarga nr 48787/99, par. 312.

⁴² Choć terytorialna odpowiedzialność państwa może być ograniczona, jeśli państwo utraciło faktyczne władztwo nad danym terytorium w wyniku działań separatystycznych

zobligowana do podjęcia wszelkich dyplomatycznych, ekonomicznych i prawnych środków, które zagwarantują przestrzeganie praw gwarantowanych przez EKPC także w rejonie Naddniestrza. Wskazując Mołdawię jako odpowiedzialną za wystąpienia naruszeń praw skarżących, Trybunał równolegle zdeterminował odpowiedzialność Rosji. W ocenie ETPC Rosja wykonywała „efektywną kontrolę” nad separatystycznym reżimem w Tyraspolu (choć jak wydaje się w tym przypadku wystarczy wskazanie „ogólnej kontroli” Federacji Rosyjskiej nad samozwańczymi władzami Naddniestrza⁴³), który bez jej wsparcia by nie istniał. W omawianej sprawie Trybunał zdekodował jurysdykcję dwóch państw (Mołdawii i Rosji) względem tego samego terytorium, choć odmiennie określił zakres ich zobowiązań, mając na uwadze faktyczne możliwości działania obu państw w Naddniestrzu⁴⁴. W kolejnej sprawie, dotyczącej Naddniestrza, *Catan i inni przeciwko Mołdawii i Rosji* z 2012 r.⁴⁵, ETPC zauważył, że Mołdawia podjęła wszelkie dostępne środki, mające na celu wsparcie skarżących i ochronę ich praw, wypełniając swoje pozytywne zobowiązania na gruncie EKPC. W przedmiotowej sprawie tylko Rosja została uznana odpowiedzialną za pogwałcenie praw skarżących (z podobnych powodów jak w sprawie *Ilaşcu*).

Jakie wnioski płyną zatem z obu przedstawionych spraw dla kazusu zestrzelenia samolotu Malaysia Airlines? Samolot został trafiony przelatując nad terytorium Ukrainy i rozbił się również na terytorium ukraińskim *de iure* (choć już wówczas kontrolowanym przez bojowników), *ergo* wciąż w ramach ukraińskiej jurysdykcji terytorialnej. Ukraina, aby wykonać swoje zobowiązania pozytywne na podstawie EKPC, musiała zatem przedsięwziąć wszelkie dostępne środki dyplomatyczne, ekonomiczne oraz prawne, aby zapobiec naruszeniu.

Należy wskazać, że Ukraina nie tylko w następstwie tragedii malezyjskiego Boeinga, ale od początku paramilitarnej działalności separatystów

czy wojskowej okupacji. Zob. K. Wierczyńska, *Odpowiedzialność państwa za eksterytorialne naruszenia prawa międzynarodowego w świetle decyzji i orzeczeń ETPCz*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 6, s. 32.

⁴³ Zob. przyp. 27.

⁴⁴ Zob. I. Topa, *Ewolucja podejścia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do eksterytorialnego stosowania Konwencji*, [w:] M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgowska (red.), *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej system kontrolny. Perspektywa systemowa i orzecznicza*, Toruń 2011, s. 379-380.

⁴⁵ Wyrok ETPC z 19 października 2012 r. w sprawie *Catan i inni przeciwko Mołdawii i Rosji*, skarga nr 43370/04, 8252/05 i 18454/06.

starła się przeciwstawić powstającemu reżimowi *de facto* na obszarze Donbasu. Oprócz wysiłków dyplomatycznych na arenie międzynarodowej, zabiegania o wsparcie dla Kijowa w walce z pro-rosyjskim separatyzmem, Ukraina rozpoczęła operację antyterrorystyczną (ATO) w celu odbicia zbuntowanych obwodów. Warto jednak zaznaczyć, że podjęte środki nie wyczerpały listy dostępnego instrumentarium prawnego, które mogłoby zapobiec pojawieniu się samolotu pasażerskiego nad obszarem działań zbrojnych, tym samym nie dopuszczając do tragedii 298 podróżujących Boeingiem Malaysia Airlines. W tym celu wystarczyło podjąć jedną decyzję administracyjną, zamykającą w sposób całkowity przestrzeń powietrzną nad Donbasem. Podjęcie takiej decyzji w żadnej mierze nie było uzależnione od sprawowania efektywnej kontroli nad obwodem donieckim (to w jego granicach runął malezyjski statek powietrzny), a jedynie od właściwych władz ukraińskich. Należy przypomnieć, że Ukraina podjęła decyzję o zamknięciu szlaków powietrznych do wysokości 32 tys. stóp, podczas gdy samolot Malaysia Airlines leciał na wysokości 33 tys. w momencie, gdy stracono z nim kontakt i zniknął z obrazu radarów. Z pewnością całkowite zamknięcie przestrzeni zapobiegłoby katastrofie – ETPC zostanie zatem skonfrontowany z pytaniem o stopień niedbalstwa Kijowa, zakres pozytywnych obowiązków na gruncie Konwencji oraz stopień przyczynienia się przewoźnika, Malaysia Airlines, który mając świadomość zakrojonych na szeroką skalę działań zbrojnych z wykorzystaniem artylerii w rejonie Donbasu, nie zdecydował się na zmianę trasy przelotu. W świetle ustaleń sprawy *Ilaşcu* wydaje się uprawdopodobnione, że Trybunał wskaże Ukrainę jako odpowiedzialną za niedopełnienie wszelkich pozytywnych obowiązków, mogących zapobiec zestrzeleniu samolotu – jednocześnie wszystkie zarysowane wyżej okoliczności dodatkowe powodują, iż żądana przez niemiecką skarżącą suma odszkodowania w wysokości 1 mln euro będzie podlegać szczegółowej ocenie ETPC, niewykluczone, odpowiednio zmniejszona przez Trybunał w Strasburgu, w przypadku przychylenia się przez Trybunał do roszczenia skarżącej⁴⁶.

Należy jednak w tym miejscu bardzo wyraźnie zaakcentować, że nie każde pogwałcenie prawa przez (faktycznie) pro-rosyjskich separatystów,

⁴⁶ Inną sprawą jest natomiast kwestia wyczerpania przez skarżących dostępnych środków krajowych przed sądami ukraińskimi. W momencie pisania tego opracowania, skarżący nie skierowali żadnego pozwu przed jakimkolwiek sądem ukraińskim, co z pewnością będzie podniesione przez rząd ukraiński na etapie badania skargi pod kątem dopuszczalności przez ETPC.

mogące skutkować naruszeniem praw na podstawie EKPC, prowadzić musi automatycznie do stwierdzenia odpowiedzialności państwa ukraińskiego. Za przykład może posłużyć tzw. „marsz hańby” – ukraińskich jeńców wojennych urządzony przez separatystów 24 sierpnia 2014 r. w celu zdyskredytowania Święta Niepodległości Ukrainy⁴⁷. Osoby zmuszone do udziału w pochodzie – członkowie ukraińskich sił zbrojnych – mogłyby przecież wystąpić do Strasburga celem wykazania, że *gros* zaniedbań władz w Kijowie doprowadził ostatecznie do ich udziału w marszu, co naruszałoby szereg ich praw osobistych, na czele z prawem do niebycia poddanym nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu (art. 3 EKPC). Podobnie jak w sprawie *Catan*, wydaje się, że poprzez podejmowane działania władze ukraińskie całkowicie wypełniają swoje pozytywne zobowiązania, wypływające z treści EKPC. Przedsięwzięta operacja antyterrorystyczna ATO, wysiłki dyplomatyczne zmierzające do zawieszenia broni i zakończenia konfliktu zbrojnego, a także systematyczna wymiana jeńców wojennych na mocy ustaleń z pro-rosyjskimi separatystami świadczą, że Ukraina czyni wszystko co w jej mocy, aby nie dopuszczać do takich sytuacji, jak omawiany „marsz hańby” na ulicach Doniecka w sierpniu 2014 r.

Analiza spraw „naddniestrzańskich” przed ETPC nakazuje przyjrzeć się pokrótce ostatniej możliwości, tj. równoległego pociągnięcia do odpowiedzialności także Rosji⁴⁸. Z pewnością wskazany w sprawie *Ilaşcu* test kontroli bliższy jest zdecydowanie koncepcji ogólnej kontroli ze sprawy *Tadicia*, niż efektywnej kontroli określonej przez MTS. Wsparcie polityczne, finansowe – a także – militarne mogłoby przesądzić o zdeterminowaniu równoległej jurysdykcji Ukrainy i Rosji co do wydarzeń rozgrywających się na terytorium ŁRL i DRL. Pytanie, na które musiałby odpowiedzieć Trybunał w Strasburgu brzmiałoby w tej sytuacji najprawdopodobniej: czy wsparcie rosyjskie dla separatystów doprowadzić mogło (pośrednio lub bezpośrednio) do zestrzelenia malezyjskiego Boeinga? W odróżnieniu od wieloletniego zaangażowania Federacji Rosyjskiej w Naddniestrzu, do momentu katastrofy z 17 lipca 2014 r. upłynęło jednak ledwie kilka miesięcy rosyjskiej obecności (w takiej czy innej formie) w Donbasie. Może to zatem stanowić okoliczność uwalniającą Rosję od odpowiedzialności,

⁴⁷ Влаштований „ДНР” „марш ганьби” був постановкою за участю ув’язнених, „Gazeta.ua” z 25.09.2014 r., http://gazeta.ua/articles/regions/_vlashtovaniy-dnr-marsh-ganbi-buv-postanovkoyu-za-uchastyu-uvyaznениh/577117

⁴⁸ Zob. M. Gibney, *The downing of MH17: Russian responsibility?*, „Human Rights Law Review” 2015, vol. 15, nr 3, s. 169-178.

aczkolwiek zestawioną z faktem systematycznego dozbierania separatystów przez Moskwę, pozostawione do oceny Trybunału w ewentualnym postępowaniu.

W toku postępowania przed ETPC nie wolno zapominać o proceduralnym aspekcie pozytywnych zobowiązań tak Ukrainy, jak i Rosji, tj. przeprowadzenia pełnego, rzetelnego postępowania zmierzającego do ukarania sprawców. W chwili pisania niniejszego opracowania nie sposób jednak dokonać oceny działań obu państw w tym zakresie.

4. Odpowiedzialność karna jednostki – sąd krajowy czy międzynarodowy?

Jak się wydaje, zdeterminowanie odpowiedzialności karnej jednostki powinno być zadaniem łatwiejszym, ponieważ nie jest zależne w żadnym stopniu od odpowiedzialności państwa, a każdy kto popełnia czyn penalizowany na gruncie krajowego bądź międzynarodowego prawa karnego winien stanąć przed właściwym sądem i odpowiedzieć za swoje działanie. Czy jednak na pewno tak właśnie jest w sytuacji omawianego przypadku samolotu MH17?

Tuż po strąceniu samolotu wielu komentatorów twierdziło, że prawdopodobne zestrzelenie samolotu może konstytuować przypadek aktu terrorystycznego lub zbrodni wojennej. O pierwszym rozwiązaniu przekonywał tuż po zdarzeniu prezydent Ukrainy, Petro Poroszenko⁴⁹. O drugiej możliwości wyraźnie wspomniała Navi Pillay, Wysoka Komisarz NZ ds. Praw Człowieka⁵⁰. W rezultacie skupiono uwagę na możliwości pociągnięcia sprawców zestrzelenia malezyjskiego Boeinga przed haski MTK – myśli te formułował ukraiński premier Arsenij Jaceniuk, ale także np. Richard Clarke, były doradca ds. przeciwdziałania terroryzmowi prezydentów USA: Billa Clintona i Georga W. Busha⁵¹.

⁴⁹ J. Levs, M. Krever, *Ukraine President: the world must choose sides*, CNN, 22 July 2014, <http://edition.cnn.com/2014/07/21/world/europe/ukraine-poroshenko-interview/>

⁵⁰ Office of the High Commissioner for Human Rights, *Intense fighting in eastern Ukraine „extremely alarming”, says Pillay, as UN releases new report*, Geneva, 28 July 2014, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14908 &LangID=E>

⁵¹ R. Hamilton, *Justice for MH17*, „Foreign Policy” 2014, 25 July 2014, <http://foreignpolicy.com/2014/07/25/justice-for-mh17/>

Odnosząc się do potencjalnego zaangażowania MTK w sprawę MH17, zaznaczyć należy, że Ukraina (ani Rosja) nie jest stroną Statutu Rzymskiego haskiego Trybunału⁵². Ukraiński prezydent, Leonid Kuczma, podpisał Statut w 2000 r., ale nigdy nie został on ratyfikowany przez Kijów. W 2001 r. ukraiński Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że postanowienia Statutu Rzymskiego są niezgodne z ukraińską konstytucją, co skutecznie zablokowało proces ratyfikacyjny⁵³. Co prawda „na fali” przeobrażeń w obrębie władzy Ukrainy, odsunięcia od władzy Wiktora Janukowycza i entuzjazmu społeczeństwa protestującego na kijowskim Majdanie Niepodległości, Trybunał Konstytucyjny Ukrainy otrzymał wniosek złożony przez ówczesnego urzędującego prezydenta Oleksandra Turczynowa o ponowne zbadanie konstytucyjności Statutu, aczkolwiek w chwili pisania tego opracowania sąd nie wydał jeszcze ostatecznego rozstrzygnięcia.

MTK jest jednak w pewnym zakresie obecny na Ukrainie⁵⁴, a związane jest to z przyjęciem przez Radę Najwyższą Ukrainy (Верховна Рада України) 25 lutego 2014 r.⁵⁵ i złożeniem przez Kijów deklaracji *ad hoc* na podstawie art. 12 (3) Statutu 9 kwietnia 2014 r. w sekretariacie Trybunału⁵⁶, akceptującej jurysdykcję MTK względem zbrodni przeciwko ludzkości (art. 7), które mogły zostać popełnione w trakcie protestów na Majdanie w okresie od 21 listopada 2013 r. do 22 lutego 2014 r.⁵⁷ Prokurator MTK,

⁵² Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r., Dz. U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708.

⁵³ Opinia Trybunału Konstytucyjnego Ukrainy z 11 lipca 2001 r. w sprawie zgodności Statutu Rzymskiego z Konstytucją Ukrainy, sprawa nr N 1-35/2001.

⁵⁴ Szerzej: T. Lachowski, *Sprawa Janukowycz vs ludzkość*, „Nowa Europa Wschodnia” 2015, t. 38, nr 1, s. 47-52.

⁵⁵ Deklaracja Rady Najwyższej Ukrainy z 25 lutego 2014 r., http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/997/declarationVerkhovnaRadaEng.pdf

⁵⁶ Deklaracja Rady Najwyższej Ukrainy złożona na podstawie art. 12 (3) Statutu Rzymskiego z dnia 9 kwietnia 2014 r., http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf

⁵⁷ Co ciekawe, władze w Kijowie w treści Deklaracji wskazały literalnie byłego prezydenta Wiktora Janukowycza, byłego prokuratora generalnego Wiktora Pшонkę i byłego ministra spraw wewnętrznych Witalija Zacharczenkę jako tych, którzy winni stanąć przed obliczem sprawiedliwości haskiej. MTK nie jest jednak (i nie może być) związany „apelem” państwa w zakresie ścigania konkretnych osób, podważyłoby to bowiem wartość niezależności i niezawisłości tak Biura Prokuratora, jak i samego MTK, a także bezstronność prowadzonych postępowań. Podobny przypadek stanowił kazus Ugandy, która zwróciła się do MTK o ściganie wyłącznie przedstawicieli Armii Bożego Oporu Josepha Kony’ego, na co z wyżej wymienionych względów nie mógł przystać Trybunał. Zob. M. Happold, *The*

Fatou Bensouda, zdecydowała o otwarciu sytuacji w stosunku do Ukrainy i rozpoczęciu postępowania przygotowawczego⁵⁸.

Niemniej w celu zbadania tragedii MH17 przez haski Trybunał niezbędna jest kolejna deklaracja *ad hoc* Ukrainy na gruncie art. 12 (3) Statutu, uznająca jurysdykcję MTK co do zbrodni wojennych popełnionych w obwodach: donieckim i ługańskim od wiosny 2014 r. (precyzyjna data wymaga głębszych analiz), ale, co ważne, bez wskazania daty końcowej, w związku z faktem, że prawdopodobieństwo wystąpienia zbrodni wojennych we wciąż trwającym konflikcie jest nadal stosunkowo duże. Bowiem pozostałe możliwości „uruchomienia” Trybunału w chwili obecnej wydają się nie do zrealizowania. Względy polityczne i pozycja Federacji Rosyjskiej jako stałego członka Rady Bezpieczeństwa NZ przekreślają tryb z art. 13 (2), tj. przedstawienie sytuacji Prokuratorowi MTK przez RB, natomiast wewnętrzne turbulencje Ukrainy, a także ograniczenia czasowe nie pozwolą pewnie władzom w Kijowie na ratyfikację Statutu i samodzielne przedstawienie sytuacji jako państwo-strona na podstawie art. 14. Działanie Prokuratora *proprio motu* nie jest możliwe wobec państwa, które nie jest stroną Statutu.

Rodzi się w tym miejscu uzasadnione pytanie, które dotyczy przyczyn niezwrócenia się jak dotychczas przez Kijów do Hagi i złożenia kolejnej wymaganej deklaracji, skoro w przypadku zbrodni popełnionych na Majdanie tylko 3 dni po odsunięciu od władzy Janukowycza odpowiednia deklaracja została przyjęta przez ukraińską Radę Najwyższą. Być może jednym z powodów wstrzeźliwości Ukrainy w tym zakresie jest kal-

International Criminal Court and The Lord's Resistance Army, „Melbourne Journal of International Law” 2007, vol. 8, nr 1, s. 159-184.

⁵⁸ Raporty organizacji pozarządowych mówią o przynajmniej 114 zabitych i 27 kolejnych osobach, których los wciąż nie jest znany, wskazując, że padli oni ofiarą „rozległego, systematycznego, świadomego ataku skierowanego przeciwko ludności cywilnej” (art. 7 Statutu) przeprowadzonego przez siły Wiktora Janukowycza. W tej chwili Prokurator MTK bada, czy na Majdanie rzeczywiście doszło do popełnienia zbrodni przeciwko ludzkości, a także musi ocenić na podstawie art. 53 (1) Statutu dopuszczalność sprawy, ciężar naruszeń oraz interes (wymiaru) sprawiedliwości. Zob. The International Renaissance Foundation, *The price of freedom. The Summary of the public report of the human rights organizations on crimes against humanity committed during the period of Euromaidan: November 2013 – February 2014*, 23 February 2015, Kyiv, http://www.irf.ua/knowledgebase/publications/summary_of_the_public_report_of_human_rights_organizations_on_crimes_committed_during_the_period_of_euromaidan/; R. Romanov, *In hundreds of photos and videos, Maidan's atrocities take shape*, „Open Society Voices” 2015, 20 February 2015, <http://www.opensocietyfoundations.org/voices/hundreds-photos-and-videos-maidan-s-atrocities-take-shape>

kulacja, że niektóre z działań ugrupowań podległych Kijowowi – tak regularnych wojsk, jak i batalionów ochotniczych – mogą również stanowić przypadek zbrodni wojennych (raporty organizacji pozarządowych mówią tu zwłaszcza o ochotniczym „Batalionie Ajdar”)⁵⁹. Z pewnością to stronie pro-rosyjskich separatystów przypisać można *gros* naruszeń prawa międzynarodowego, konstytuujących zbrodnie wojenne – *vide* wspomniane wcześniej „marsz hańby” z 24 sierpnia 2014 r. czy ostrzelanie osiedli mieszkaniowych w Mariupolu w styczniu i lutym 2015 r., by wymienić tylko dwa, jaskrawe przykłady. Należy jednak pamiętać, że MTK badając przypadki zbrodni zobowiązany jest do przyjrzenia się wszystkim, popełnionym przez obie strony konfliktu, tak więc Kijów również znalazłby się „pod lupą” Trybunału.

Błędem byłoby jednak twierdzenie, że władze ukraińskie nie chciały osądzić sprawców zestrzelenia MH17. We wrześniu 2014 r., w następstwie toczonych rozmów pokojowych „Mińsk-1”, Rada Najwyższa Ukrainy przyjęła szereg ustaw specjalnych dotyczących Donbasu (stanowiących inicjatywę Petra Poroszenki), w tym specjalne prawo amnestyjne, mające obejmować osoby walczące w konflikcie na wschodzie kraju⁶⁰. Zgodnie z art. 5 tego prawa, z szerokiej amnestii nie mogliby jednak skorzystać sprawcy określonych przestępstw stypulowanych przez kodeks karny Ukrainy (które śmiało określić można jako zbieżne z pojęciem zbrodni międzynarodowych, *international core crimes*)⁶¹ oraz – *expressis verbis* – osoby odpowiedzialne za strącenie malezyjskiego Boeinga. Tak zarysowana amnestia wydaje się być zgodna z prawem międzynarodowym, które nie dopuszcza stosowania amnestii w stosunku do osób popełniających zbrodnie międzynarodowe czy poważne naruszenia praw człowieka oraz prawa humanitarne⁶², jednocześnie uwypuklając intencję Kijowa co do rozwiązania sprawy samolotu MH17. Niespełnienie przez pro-rosyjskich

⁵⁹ Amnesty International, *Ukraine: Mounting evidence of war crimes and Russian involvement*, 7 September 2014, <http://www.amnesty.org/en/news/ukraine-mounting-evidence-war-crimes-and-russian-involvement-2014-09-05>.

⁶⁰ Верховна Рада України, ЗАКОН УКРАЇНИ Про недопущення переслідування та покарання осіб-учасників подій на території Донецької та Луганської областей, Офіційний веб-портал, <http://www.rada.gov.ua/news/Novyny/Povidomlennya/97812.html>

⁶¹ Верховна Рада України, ЗАКОН УКРАЇНИ Кримінальний кодекс України, Офіційний веб-портал, <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

⁶² Zob. wyrok MTKJ z 10 grudnia 1998 r. w sprawie *Prokurator przeciwko Furundžiji*, sprawa nr IT-95-17/1-T, par. 153; Decyzja Sądu Specjalnego dla Sierra Leone (SSSL) z 13 marca 2004 r. w sprawie *Prokurator przeciwko Kallonowi i Kamarze*, Decision on chal-

rebeliantów ustaleń z Mińska dotyczących zawieszenia broni, a przede wszystkim rozpisanie wyborów w obu „republikach ludowych Donbasu” na dzień 2 listopada 2014 r., skutkowałą brakiem ratyfikacji prawa amnestyjnego przez prezydenta Poroszenkę i porzuceniem omawianych regulacji. Kolejne rozmowy pokojowe „Mińsk-2” z lutego 2015 r. ponownie zakładają objęcie uczestników konfliktu amnestią – w chwili oddawania tego opracowania nie powstał żaden projekt aktu prawnego, determinujący podmiotowy i przedmiotowy zakres amnestii.

W przypadku gdyby MTK jednak posiadał jurysdykcję wobec wydarzeń z rejonu Doniecka i Ługańska – a kolejnej deklaracji *ad hoc*, pomimo wskazanych obiekcji, nie można ostatecznie wykluczyć – to należy zastanowić się, czy zestrzelenie samolotu MH17 mogłoby konstytuować przypadek jednej ze zbrodni objętych kognicją Trybunału. Z natury samego aktu rozważyć należy, czy tragedia Boeinga może być ujęta w ramach art. 8 Statutu, definiującego zbrodnie wojenne.

Warto wskazać, że na gruncie art. 4 II Protokołu Dodatkowego z 1977 r. do konwencji genewskich z 1949 r.⁶³ wraz z art. 13 tych regulacji zakazane jest prowadzenie działań wojennych przeciwko ludności cywilnej podczas trwania konfliktu zbrojnego o charakterze międzynarodowym (który bez wątpienia istniał w okresie lipca 2014 r.) – zabronione są zamachy na życie osób niebiorących udziału w działaniach zbrojnych oraz prowadzenie operacji militarnych mających na celu zastraszanie niewalczących – wymagane jest jednak wykazanie istnienia specjalnego zamiaru popełnienia naruszenia, znanego jako *dolus directus coloratus*.

Artykuł 8 Statutu Rzymskiego również stwierdza, że „zamierzone kierowane ataków przeciwko ludności cywilnej lub osobom cywilnym niebiorącym bezpośredniego udziału w działaniach wojennych” stanowi jeden z przypadków zbrodni wojennej. Co więcej, art. 30 wskazuje, że niezbędnym elementem do poniesienia odpowiedzialności jest umyślność czynu (*intent of crime*) – zamiar i świadomość jego popełnienia – *dolus directus coloratus*. Bez spełnienia tych przesłanek dany czyn nie jest zbrodnią

lenge to jurisdiction; Lomé Accord amnesty, par. 67, 71; L. Mallinder, *Amnesties, human rights and political transitions: bridging the peace and justice divide*, Oxford 2008.

⁶³ Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r. dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół II), sporządzony w Genewie dnia 8 czerwca 1977 r., Dz. U. z 1992 r. Nr 41, poz. 175 zał.

wojenną w rozumieniu Statutu Rzymskiego, *ergo* MTK nie posiada jurysdykcji by zająć się sprawą⁶⁴.

Dotychczasowe ustalenia faktyczne skłaniają raczej ku tezie, że obsługujący system SA-11 Buk nie mieli świadomości ani woli strzelać do obiektu cywilnego⁶⁵. Dostępne informacje przekonują, że celem ataku pro-rosyjskich separatystów miał być ukraiński samolot wojskowy⁶⁶. Wydaje się, że w tej sytuacji istnieje uzasadniona możliwość zastosowania tzw. zasady *Rendulica* (wydobytej przez amerykańskie Trybunały Wojskowe w Norymberdze)⁶⁷, która „nakazuje przy ocenie prawnokarnej czynu wzięcie pod uwagę informacji jakimi dysponował oskarżony w chwili podejmowania decyzji o przeprowadzeniu określonego działania”⁶⁸. Zastosowanie tej zasady pozwala wyłączyć odpowiedzialność karną na gruncie międzynarodowego prawa karnego. Zasada *Rendulica* stanowi odpowiednik krajowej instytucji prawa karnego, tj. błędu co do faktu. Najprawdopodobniej właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia analizując przypadek zestrzelenia samolotu MH17, co ostatecznie przekreśliłoby możliwość zajęcia się sprawą statku powietrznego Malaysia Airlines przez MTK⁶⁹.

Czy w braku realnej możliwości zaangażowania MTK można wyobrazić sobie proces sprawców zestrzelenia Boeinga przed sądami krajowymi? Tuż po tragedii 298 podróżujących z Amsterdamu do Kuala Lumpur to holenderska prokuratura wszczęła postępowanie przygotowawcze (*ad rem*) w celu ustalenia faktów i zidentyfikowania osób podejrzanych. W lipcu 2014 r. prokuratorzy wskazali, że badają sprawę pod kątem popeł-

⁶⁴ R. Cryer, *Prosecuting international crimes: selectivity and international criminal law regime*, Cambridge University Press 2005, s. 281.

⁶⁵ Należy przypomnieć, że w 1988 r. rakieta wystrzelona z amerykańskiego krążownika USS Vincennes trafiła przez pomyłkę w irański Airbus A300 B2-203, powodując śmierć wszystkich 290 osób znajdujących się na pokładzie samolotu linii Iran Air. Amerykanie przyznali się do pomyłki, wypłacili odszkodowanie rodzinom zmarłych, choć nie uznały swojej odpowiedzialności za tragedię irańskiego samolotu.

⁶⁶ K.J. Heller, *MH17 should be framed as murder, not as a war crime*, „Opinio Iuris” z 11.09.2014 r., <http://opiniojuris.org/2014/08/11/mh-17-framed-murder-war-crime/>

⁶⁷ Wyroki Amerykańskich Trybunałów Wojskowych w Norymberdze z 19 lutego 1948 r. w sprawie procesów dowódców na Bałkanach, *Trial of War Criminals Before The Nuremberg Military Tribunal*, vol. IX. Norymberga 1946-1949, s. 1296.

⁶⁸ Szerzej: M. Piątkowski, *Rendulic Rule and the law of aerial warfare*, „Polish Review of International and European Law” 2013, vol. 2, nr 3, s. 69-84.

⁶⁹ P. Grzebyk, *Twarde prawo, ale prawo*, „Nowa Europa Wschodnia” z 18.07.2014 r., <http://www.new.org.pl/1880,post.html>

nienia zbrodni wojennej⁷⁰. Po kilku miesiącach wrak statku powietrznego przetransportowano do holenderskiej bazy wojskowej w Gilze-Rijen. Jak wydaje się jednak, trudność w zebraniu materiału dowodowego tuż po tragedii, brak jakiegokolwiek misji ustalania faktów (*fact-finding*) oraz zasygnalizowane powyżej wątpliwości co do realnej możliwości wykazania umyślności czynu także na gruncie prawa wewnętrznego, spowoduje, że właściwy sąd krajowy najprawdopodobniej nie przychyli się do wersji o zbrodni wojennej. Raczej, jak wskazują eksperci (np. William Schabas)⁷¹, właściwsza będzie próba udowodnienia nieumyślnego pozbawienia życia (*manslaughter*)⁷². Władze ukraińskie – choćby analizując wspomniane prawo amnestyjne z 16 września 2014 r. – starają zostawić sobie „furtkę” do osądzenia sprawców tragedii, choć jak dotąd wysiłki skierowane na uspokojenie sytuacji w Donbasie nie pozwalały na prowadzenie zakrojonych na szeroką skalę ustaleń w zakresie identyfikacji sprawców. Na koniec należy przypomnieć, że do procesu karnego „potrzebny” jest przede wszystkim sprawca (sprawcy), a wykrycie ich będzie z pewnością najtrudniejszym zadaniem stojącym przed śledczymi, które – być może – okaże się ponad siły jakiegokolwiek zespołu prokuratorskiego.

Uwagi końcowe

Zestrzelenie samolotu MH17 i tragedia 298 osób podróżujących na pokładzie malezyjskiego Boeinga unaoczniała całemu światu, że konflikt rozgrywający się na wschodnich rubieżach Ukrainy, dziś, pomimo zaklania rzeczywistości przez wszystkie zaangażowane strony, przeobrażony w praktyce w międzynarodowy konflikt zbrojny Ukrainy i Federacji Rosyjskiej, nie jest wyłącznie wewnętrzną sprawą Kijowa, pro-rosyjskich separatystów czy Kremla. Pomimo szumnych zapowiedzi powzięcia wszel-

⁷⁰ D.K. Li, *Dutch prosecutors launch war-crimes probe into Flight MH17*, „New York Post 2014” z 21.07.2014 r., <http://nypost.com/2014/07/21/dutch-prosecutors-launch-war-crimes-probe-into-flight-mh17/>

⁷¹ J. Brooks, *The dilemmas of International Justice for Malaysia Airlines Flight 17*, „Advanced Training Program on Humanitarian Action (ATHA)” z 28.07.2014 r., <http://www.atha.se/blog/dilemmas-international-justice-malaysia-airlines-flight-17>

⁷² A. Flynn, *Will the MH17 disaster be prosecuted as a war crime?*, „The Wall Street Journal” z 22.07.2014 r., <http://blogs.wsj.com/law/2014/07/22/will-the-mh17-disaster-be-prosecuted-as-a-war-crime/>

kich możliwych działań w celu ustalenia przyczyn strącenia MH17 i zidentyfikowania sprawców do dziś właściwie udało się potwierdzić jedynie najbardziej prawdopodobną wersję zdarzeń, tj. że statek powietrzny runął trafiony rakieta z systemu Buk, wystrzeloną przez pro-rosyjskich bojowników. Należy odnotować w tym miejscu przede wszystkim wysiłki strony holenderskiej prowadzącej dwutorowe badania (prace specjalnej Komisji ds. Bezpieczeństwa oraz śledztwo prokuratury), choć i wobec nich rodziny ofiar tragedii mają sporo wątpliwości – krytykują Holandię za opieszałość, brak rezultatów i brak perspektyw powodzenia całej operacji.

Co znamienne, „sprawa MH17” na pierwszy rzut oka jawi się jasna i oczywista – zwłaszcza dla przeciętnych odbiorców środków masowego przekazu. Teoretycznie wiadomo wszystko. Wiadomo kto strzelał (pro-rosyjscy separatyści), kto wspierał i w dalszym ciągu wspiera ruch rebeliantów, walczących o tzw. „Noworosję” (Federacja Rosyjska), kto z pewnością nie był bezpośrednio zaangażowany w strącenie samolotu malezyjskich linii lotniczych (Ukraina). Niemniej jednak staranna analiza prawna zaistniałej sytuacji, nawet w braku pełnej wiedzy o zdarzeniu, pokazuje, że na gruncie prawa międzynarodowego niezwykle trudno będzie zdekodować właściwy podmiot odpowiedzialny.

Ze względu na prawdopodobną niemożność wykazania po stronie rosyjskiej efektywnej kontroli sprawowanej przez Moskwę nad pro-rosyjskimi bojownikami – będącymi aktorami niepaństwowymi – oraz instrukcji bądź rozkazu strącenia samolotu pasażerskiego Malaysia Airlines wydanych przez Kreml, czynu w postaci zestrzelenia MH17 nie uda się przypisać Federacji Rosyjskiej. Ergo Rosja nie poniesie odpowiedzialności za zdarzenie z 17 lipca 2014 r. na gruncie powszechnego prawa międzynarodowego.

Z drugiej strony, istotne zaniedbanie ze strony ukraińskiej, polegające na całkowitym niezamknięciu szlaków powietrznych nad rejonem Donbasu może skutkować stwierdzeniem odpowiedzialności Ukrainy na podstawie EKPC za niewypełnienie pozytywnych zobowiązań, w rezultacie naruszeniem m.in. prawa do życia ofiar lotu (art. 2). W listopadzie 2014 r. skargę przeciwko Ukrainie do ETPC złożyła niemiecka krewna ofiary tragedii MH17, domagając się odszkodowania w wysokości 1 mln euro. Dostępne w mediach informacje mówią o możliwych kolejnych skargach składanych do Strasburga przeciwko Ukrainie, ale i równolegle przeciwko Federacji Rosyjskiej. Dorobek orzecniczy Trybunału, w szczególności w odniesieniu do tzw. „spraw naddniestrzańskich” pozwala na określenie jurysdykcji obu państw względem jednego obszaru, ale trudno prze-

sądzić, czy w ocenie ETPC stopień zaangażowania Rosji we wschodniej Ukrainie, zwłaszcza w kontekście konkretnego zdarzenia w postaci zestrzelenia samolotu pozwoli na stwierdzenie odpowiedzialności również Federacji Rosyjskiej.

Wreszcie, co do odpowiedzialności karnej jednostki, wydaje się, że doprowadzenie przed właściwy sąd sprawców naruszenia będzie o ile nie niemożliwe, to na pewno bardzo utrudnione. Postulowane przez część ekspertów, ale i polityków, zaangażowanie MTK wobec braku ratyfikacji Statutu Rzymskiego przez Ukrainę i opieszałość w Kijowie w złożeniu deklaracji *ad hoc* akceptującej jurysdykcję Trybunału pozostanie raczej tylko apelem „na papierze”. Zresztą, nawet gdyby udało się uruchomić haski MTK, to najprawdopodobniej Prokurator Trybunału nie byłby w stanie otworzyć postępowania w sprawie samolotu MH17 – dostępne informacje wskazują wszak na przypadkowość całego zdarzenia, brak umyślności strzelców, co wyklucza możliwość kwalifikacji prawnej strącenia Boeinga jako zbrodni wojennej, a tym samym włączenia MTK w proces ustalenia przyczyn oraz osądzenia sprawców tragedii. Prowadzone przez holenderską prokuraturę postępowanie przygotowawcze nie rokuje większych nadziei na zidentyfikowanie i wymierzenie kary osobom odpowiedzialnym.

Na koniec warto sobie uzmysłowić, że analizowany w ramach niniejszego opracowania przypadek zestrzelenia samolotu przez aktorów niepaństwowych uwypukla niezwykle istotny, współczesny problem prawa i stosunków międzynarodowych. Aktorzy niepaństwowi, tworzący i operujący w ramach tzw. *quasi*-państw, niejednokrotnie działają w swoistej „próżni prawnej”. Parapaństwa to zatem nie tylko „czarne dziury” polityczne, ale i prawne, pozwalające na (względna) bezkarność przy popełnianiu szeregu naruszeń praw – prawo międzynarodowe wciąż zorientowane przede wszystkim na państwa nie do końca umie poradzić sobie z tym stosunkowo nowym zjawiskiem. Należy zauważyć natomiast, że liczba „podmiotów niedookreślonych” w obrocie międzynarodowym systematycznie się zwiększa (parapaństwa w przestrzeni poradzieckiej, grupa Boko Haram w Nigerii czy tzw. Państwo Islamskie), co wymusza, a przynajmniej powinno wymusić, podjęcie poważnej debaty na temat przewartościowania pewnych zastanych pojęć i instytucji w porządku prawnomiędzynarodowym.

Słowa kluczowe: MH17, odpowiedzialność państwa, odpowiedzialność kar na jednostki, aktorzy pozapaństwowi

Bibliografia

- Ackerman S., Walker S., *MH17: US intelligence says Russia 'created conditions' for plane disaster*, „The Guardian” z 22.0.2014 r., <http://www.theguardian.com/world/2014/jul/22/mh17-us-intelligence-russia-separatists-report>
- Arlak S., *Ukraina: Aleksandr Lencow, rosyjski generał, dowodził oddziałami, które zdobyły Debalcewe*, „Polska The Times” z 18.02.2015 r., <http://www.polskatimes.pl/artykul/3756731,ukraina-aleksandr-lencow-rosyjski-general-dowodzil-oddzialami-ktore-zdobyly-debalcewe,id,t.html>
- Bender J., *US Army Commander for Europe: Russian troops are currently fighting on Ukraine's front lines*, „Business Insider” z 11.02.2015 r., <http://www.businessinsider.com/russian-troops-fighting-on-ukraines-front-lines-2015-2>.
- Chodkowski K., *Lot MH-17. Ustalmy fakty*, „Eastbook.eu” z 21.07.2014 r., <http://eastbook.eu/2014/07/country/ukraine/lot-mh-17-ustalmy-fakty/>
- Crawford J., *State responsibility: the general part*, Cambridge University Press 2013.
- Cryer R., *Prosecuting international crimes: selectivity and international criminal law regime*, Cambridge University Press 2005.
- Daranowski P., Połatyńska J. (red.), *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 2011.
- Dean S., *Eight Australian families of MH17 victims will sue Russia, Ukraine, Malaysia and the airline after their loved were shot out of the sky*, „Daily Mail Australia” z 3.12.2014 r., <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2859714/Eight-Australian-families-MH17-victims-sue-Russia-Ukraine-Malaysia-airline-loved-ones-shot-sky.html>
- Dude H., Schmid F., *German intelligence claims pro-Russian separatists downed MH17*, „Der Spiegel Online International” z 19.10.2014 r., <http://www.spiegel.de/international/europe/german-intelligence-blames-pro-russian-separatists-for-mh17-downing-a-997972.html>
- Escritt T., Deutch A., *Dutch reject MH17 relatives' request for U.N.-led crash inquiry*, „Reuters” z 9.12.2014 r., <http://uk.reuters.com/article/2014/12/09/uk-ukraine-crisis-mh17-inquiry-idUKKBN0JN1YK20141209>
- Flynn A., *Will the MH17 disaster be prosecuted as a war crime?*, „The Wall Street Journal” z 22.07.2014 r., <http://blogs.wsj.com/law/2014/07/22/will-the-mh17-disaster-be-prosecuted-as-a-war-crime/>
- Halldórsdóttir Birkland B., *Reining in non-state actors: state responsibility and attribution in cases of Genocide*, „New York University Law Review” 2009, vol. 84, nr 6.
- Happold M., *The International Criminal Court and The Lord's Resistance Army*, „Melbourne Journal of International Law” 2007, vol. 8, nr 1.
- Gibney M., *The downing of MH17: Russian responsibility?*, „Human Rights Law Review” 2015, vol. 15, nr 3.

- Górecki W., *Konflikty zbrojne na obszarze postradzieckim. Stan obecny, perspektywy uregulowania, konsekwencje. Abchazja*, „Prace Ośrodka Studiów Wschodnich” 2003, nr 9.
- Grzebyk P., *Twarde prawo, ale prawo*, „Nowa Europa Wschodnia” z 18.07.2014 r., <http://www.new.org.pl/1880,post.html>
- Grzywaczewski T., *„Ludowe republiki Donbasu” – granice prawa do samostanowienia a fenomen quasi-państw*, „Studia Prawnicze KUL” 2015, nr 1.
- Hamilton R., *Justice for MH17*, „Foreign Policy” z 25.07.2014 r., <http://foreign-policy.com/2014/07/25/justice-for-mh17/>
- Heller K.J., *MH17 should be framed as murder, not as a war crime*, „Opinio Iuris” z 11.09.2014 r., <http://opiniojuris.org/2014/08/11/mh-17-framed-murder-war-crime/>
- Hudson A., *MH17 victim's mum is suing Ukraine for \$1m – for failing to close country's airspace*, „Mirror” z 30.10.2014 r., <http://www.mirror.co.uk/news/world-news/mh17-victims-mum-suing-ukraine-4724052>
- Kosienkowski M., *Naddniestrzańska Republika Mołdawska. Determinanty przetrwania*, Toruń 2010.
- Lachowski T., *Sprawa Janukowycz vs ludzkość*, „Nowa Europa Wschodnia” 2015, t. 38, nr 1.
- Leach P., *Ukraine, Russia and Crimea in the European Court of Human Rights*, „EJIL: Talk!” z 19.03.2014 r., <http://www.ejiltalk.org/ukraine-russia-and-crimea-in-the-european-court-of-human-rights/>
- Levs J., Krever M., *Ukraine President: the world must choose sides*, CNN, 22 July 2014, <http://edition.cnn.com/2014/07/21/world/europe/ukraine-poroshenko-interview/>
- Li D.K., *Dutch prosecutors launch war-crimes probe into Flight MH17*, „New York Post” z 21.07.2014 r.
- Mallinder L., *Amnesties, human rights and political transitions: bridging the peace and justice divide*, Oxford 2008.
- Meron Th., *Classification of armed conflict in the former Yugoslavia: Nicaragua's fallout*, „American Journal of International Law” 1998, vol. 92.
- Morawska E.H., *Elementy konstrukcyjne obowiązków pozytywnych państw-stron Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Uwagi na tle sprawy Opuz przeciwko Turcji*, [w:] C. Mik, K. Gałka (red.), *Między wykładnią a tworzeniem prawa. Refleksje na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i międzynarodowych trybunałów karnych*, Toruń 2011.
- Mowbray A., *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford 2004.
- Perkowski M., *Koncepcja „non-state actors” a umiędzynarodowienie regionów*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2012, z. 12.
- Piątkowski M., *Rendulic rule and the law of aerial warfare*, „Polish Review of International and European Law” 2013, vol. 2, nr 3.
- Romanov R., *In hundreds of photos and videos, Maidan's atrocities take shape*, „Open Society Voices” z 20.02.2015 r., <http://www.opensocietyfoundations.org/voices/hundreds-photos-and-videos-maidan-s-atrocities-take-shape>

- Tharoor I., *The evidence that may prove pro-Russian separatists shot down MH17*, „The Washington Post” z 20.07.2014 r., <http://www.washingtonpost.com/blogs/worldviews/wp/2014/07/20/the-evidencethat-may-prove-pro-russian-separatists-shot-down-mh17/>
- Topa I., *Ewolucja podejścia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do eksterytorialnego stosowania Konwencji*, [w:] M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapełańska-Pregowska (red.), *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej system kontrolny. Perspektywa systemowa i orzecznicza*, Toruń 2011.
- Wierczyńska K., *Odpowiedzialność państwa za eksterytorialne naruszenia prawa międzynarodowego w świetle decyzji i orzeczeń ETPCz*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 6.
- Wyrozumska A., *Prawotwórcza działalność sądów międzynarodowych i jej granice*, [w:] A. Wyrozumska (red.), *Granice swobody orzekania sądów międzynarodowych*, Łódź 2014.
- Zbaraszewska A., *Dylematy międzynarodowej odpowiedzialności państw*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, t. 69, z. 1.

**WHO DID SHOOT DOWN THE PLANE –
WHO IS TO BE HELD ACCOUNTABLE? MH17 TRAGEDY
UNDER LEGAL SCRUTINY**

S u m m a r y

On 17th July 2014 within the area of the Donbas region in the eastern part of Ukraine the Malaysian Airlines aircraft was shot down by the – most probably – pro-Russian separatists. The main aim of the paper is to determine the legal qualification of the MH17 tragedy and to identify the responsible subject. Paper deals with the law of the state responsibility under the general international law, human rights law and the individual criminal responsibility, including the possibility of the International Criminal Court interference. As pro-Russian separatists are non-state actors, the article touches the significant issue of finding the proper legal relation between non-state actors and a state itself, especially these operating within the so-called *quasi-states*, effectively diminishing the international legal order.

Key words: MH17, state responsibility, individual criminal responsibility, non-state actors

КТО СТРЕЛЯЛ – КТО БУДЕТ ОТВЕЧАТЬ? ЮРИДИЧЕСКАЯ КВАЛИФИКАЦИЯ ТРАГЕДИИ МН17

Р е з ю м е

17 июля 2014 г. в районе Донбасса на востоке Украины разбился пассажирский самолет МН17 Малайзийских авиакompаний, наивероятнее в результате выстрела пророссийских сепаратистов. Статья имеет целью предопределить правовую квалификацию трагедии 298 пассажиров и членов экипажа воздушного судна и определить лицо ответственное за действия. В рамках исследования рассматриваются следующие вопросы - определение ответственности на основании общего международного права, в защите прав человека и индивидуальной уголовной ответственности лиц, в том числе, потенциально в Международном Уголовном Суде. В связи с тем, что пророссийские сепаратисты это негосударственный субъект, статья затрагивает весомую и тяжелую проблему взаимоотношений государства с актерами внесударственными, в частности, которые орудуют в пространстве квази-государств, территориальных режимах де-факто, эффективно разрывает систему международного государственного права.

Ключевые слова: МН17, ответственность государства, уголовная ответственность лиц, негосударственные актеры