

Aleksandra Nieprzecka¹

Odpowiedzialność karna za popełnienie zbrodni międzynarodowej w świetle koncepcji sprawstwa przyjętej w orzecznictwie MTK²

Streszczenie

W art. 25 (3) (a) Statutu Rzymskiego przewidziane zostały, podobnie jak w niemieckim kodeksie karnym, trzy odmiany sprawstwa: bezpośrednie, pośrednie oraz współsprawstwo. Dokonując wykładni tego przepisu MTK konsekwentnie odrzuca zarówno obiektywne, jak i subiektywne ujęcie sprawstwa, odwołując się do koncepcji control over crime, która zakłada, że sprawcą zbrodni jest osoba, która sprawuje władztwo nad popełnionym czynem. Szczegółowa analiza orzecznictwa MTK wskazuje jednak na to, że istotą koncepcji control over crime jest w tym wypadku nie tyle kontrola nad popełnieniem zbrodni, tj. nad procesem realizacji jej znamion, a nad zorganizowaną hierarchicznie strukturą, która miała zostać wykorzystana do popełnienia zbrodni, co zasługuje na bardziej pogłębioną analizę.

Słowa kluczowe

Międzynarodowy Trybunał Karny, współsprawstwo, sprawstwo pośrednie, współdziałanie przestępne.

1. Wprowadzenie

Rosyjska agresja na Ukrainę skłania do stawiania fundamentalnych pytań o możliwość pociągnięcia wysokich przedstawicieli Federacji Rosyj-

¹ Aleksandra Nieprzecka, doktorant, Katedra Prawa Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa, Uniwersytet w Hamburgu (*Fakultät für Rechtswissenschaft, Universität Hamburg*); adwokat Krakowskiej Izby Adwokackiej, ORCID: 0000-0002-9413-3298.

² Opracowanie powstało w wyniku realizacji projektu badawczego o nr 2017/27/N/HS5/00994, finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

skiej do odpowiedzialności karnej za zbrodnie międzynarodowe popełniane na terytorium Ukrainy. Zagadnienie to można rzecz jasna analizować na wielu płaszczyznach, zarówno w perspektywie normatywnej, jak i w kontekście realnej możliwości poprowadzenia tego rodzaju postępowań karnych teraz i w przyszłości. Wydaje się przy tym oczywiste, że ta ostatnia perspektywa musiałaby także uwzględniać uwarunkowania o charakterze politycznym. Pozostając natomiast w sferze rozważań usytuowanych na płaszczyźnie prawa wskazać należy, że oświadczenie Prokuratora Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze – Karima A. A. Khana o otwarciu śledztwa w sprawie sytuacji w Ukrainie³ uczyniło z przepisów Statutu Rzymskiego MTK⁴ jeden z głównych punktów odniesienia dla rozważań dotyczących ścigania zbrodni popełnianych na terytorium Ukrainy.

Już na wstępie zaznaczyć przy tym należy, że również na gruncie Statutu Rzymskiego próba udzielenia odpowiedzi na pytanie o dopuszczalność i możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawców zbrodni popełnianych na terytorium Ukrainy wymagałaby złożonej analizy prawnej, która ze swej istoty uwikłana byłaby w niezwykle sporne kwestie dotyczące jurysdykcji MTK oraz dopuszczalności sprawy przed tym organem⁵, a dalej w niemniej skomplikowane (tak na poziomie elementów definicji zbrodni, jak i form przestępnego współdziałania) zagadnienia prawnomaterialne. Z oczywistych zatem względów przedstawienie rozważań o charakterze *quasi*-subsumcyjnym wykraczałoby poza ramy niniejszego opracowania, a jednocześnie ze względu na dynamiczny przebieg działań zbrojnych na terytorium Ukrainy i ograniczony zakres informacji, które trafiają do opinii publicznej i mogłyby stanowić asumpt dla sformułowania jednoznacznych wniosków, analiza tego rodzaju byłaby obciążona dużym ryzykiem błędu i mogłaby się szybko zdezaktualizować.

³ Zob. <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qa-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening> (dostęp: 22 kwietnia 2022 r.).

⁴ Dz. U. z 2003 r., Nr 78, poz. 708.

⁵ Zob. H. Kuczyńska, Odpowiedzialność przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym za zbrodnie prawa międzynarodowego popełnione w czasie konfliktu w Ukrainie, *Palestra* 2022, nr 4, s. 7–27; E. Wilmschurst, *The International Criminal Court*, (w:) R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge 2018, s. 146–180; W. Schabas, G. Pecorella, *Preconditions to the exercise of jurisdiction*, (w:) O. Triffterer, K. Ambos (red.), *Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Monachium 2016, s. 672–702; R. Rastan, *Jurisdiction*, (w:) C. Stahn (red.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford 2015, s. 141–178; R. Rastan, *The jurisdictional scope of situations before the International Criminal Court*, *Criminal Law Forum* 2012, nr 23, s. 1–34.

Z całą jednak pewnością nie tracą na aktualności rozważania dotyczące dogmatycznego modelu wykorzystywanego w postępowaniach o zbrodnie podlegające jurysdykcji MTK, który z jednej strony w istotnym stopniu różni się od rozwiązań przyjmowanych w tym zakresie w porządkach krajowych (co wydaje się oczywiste zważywszy na to, że regulacje krajowe tworzone są zasadniczo z myślą o przestępczości powszechnej, a nie o szczególnej kategorii zbrodni międzynarodowych zaliczanych do kategorii *international core crimes*)⁶, z drugiej nie stanowi prostego powielenia rozwiązań, które wypracowano i stosowano w praktyce orzeczniczej trybunałów *ad hoc* – dla byłej Jugosławii oraz dla Rwandy⁷. Autonomiczny charakter regulacji zawartych w Statucie Rzymskim MTK uwidacznia się przede wszystkim w odniesieniu do form przestępnego współdziałania, w szczególności na płaszczyźnie przyjętej koncepcji sprawstwa (*crime's commission*), której poświęcone jest niniejsze opracowanie.

O ile trybunały dla byłej Jugosławii i dla Rwandy, a za nimi również (choć nie bez pewnych znaczących odrębności) Specjalne Izby Wschodniego Timoru (*the Special Panels of East Timor*), Sąd Specjalny dla Sierra Leone (*the Special Court for Sierra Leone*) oraz Nadzwyczajne Izby Sądów w Kambodży (*the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*)⁸, interpretowały sprawstwo przez pryzmat tzw. związku przestępnego (*joint criminal enterprise*)⁹, o tyle MTK – odwołując się do wąskiej,

⁶ Zob. C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes. Selected Pertinent Issues*, Berlin–Heidelberg 2008, s. 56–86; K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford 2013, s. 81–101.

⁷ Zob. K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford 2013, s. 19–22; 120–179.

⁸ Zob. C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes. Selected Pertinent Issues*, Berlin–Heidelberg 2008, s. 136–182; L. Marsh, M. Ramsden, *Joint Criminal Enterprise: Cambodia's Reply to Tadić*, *International Criminal Law Review* 2011, nr 11, s. 137–154; K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford 2013, s. 135–141.

⁹ Zob. m.in. *Prosecutor v. Maximilien Turinabo, Anselme Nzabonimpa, Jean de Dieu Ndagijimana, Marie Rose Fatuma, Dick Prudence Munyeshuli*, Case No. MICT-18-116-PT, *Decision on Prosecution Appeal against Decision on Challenges to Jurisdiction*, 28 June 2019, par. 10; *Prosecutor v. Yussuf Munyakazi*, Case No. ICTR-97-36A-A, *Judgement on the appeal*, 28 September 2011, par. 163; *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Case No. IT-00-39-A, *Judgement on the appeal*, 17 March 2009, par. 215–216; *Prosecutor v. Blagoje Simić*, Case No. IT-95-9-A, *Judgement on the appeal*, 28 November 2006, par. 20; *Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović & Dragoljub Ojdanić*, Case No. IT-99-37-AR72, *Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise*, 21 May 2003, par. 21–26; *Prosecutor v. Moinina Fofana, Allieu Kondewa*, Case No. SCSL-04-14-T, 2 *Judgement*, 2 August

wyjątkowej (na tle statutów innych międzynarodowych trybunałów i sądów karnych) definicji sprawstwa z art. 25 (3) (a) Statutu Rzymskiego – konsekwentnie odcina się od tego modelu wykładni¹⁰.

W swoim orzecznictwie Międzynarodowy Trybunał Karny konsekwentnie rozwija koncepcję sprawstwa nawiązującą do teorii władztwa nad czynem (*control over crime*), choć już na wstępie zaznaczyć, że w praktyce teoria ta aplikowana była przez Trybunał w sposób twórczy i dostosowany do szczególnej specyfiki zbrodni podlegających jurysdykcji MTK. Na pierwszy plan wysuwają się zwłaszcza rozważania, które dotyczą popełnienia czynu przez zorganizowane struktury państwa (takie jak wojsko, policja i służby specjalne) lub organizacje podporządkowane, ściśle powiązane z władzą państwową. Istota sprowadza się przy tym do sformułowania przesłanek, które pozwalałyby na przypisanie odpowiedzialności głowie państwa oraz dowódcom wojskowym i cywilnym za popełnienie takich zbrodni, w których wykonanie nie byli bezpośrednio zaangażowani. Ta ostatnia perspektywa wydaje się szczególnie relewantna w kontekście postępowań dotyczących sytuacji na Ukrainie.

2. Sprawcze formy współdziałania opisane w Statucie MTK

Na przedpolu dalszych rozważań wskazać należy, że w art. 25 (3) Statutu Rzymskiego MTK zawarta została rozbudowana regulacja dotycząca form przestępnego współdziałania, które mogą stanowić podstawę przypisania odpowiedzialności karnej w postępowaniu przed Trybunałem. Szczególną podstawę dla przypisania odpowiedzialności karnej przewidziano również w art. 28 Statutu, który odnosi się do subsydiarnej – w sto-

2007, par. 207–208; Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Case No. SCSL04-16-T, Judgement, 20 June 2007, par. 66–85, 778; Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Case No. SCSL04-16-A, Judgement on the appeal, 22 February 2008, par. 72–86; Prosecutor v. Chea Nuon, Sary Ieng, Thirith Ieng, Samphan Khieu, Case No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, Decision on the Applicability on Joint Criminal Enterprise, 12 September 2011; Prosecutor v. Kaing Guek Eav alia Duch, Case No. 001/18-07-2007/ECCC/TC, Judgement, 26 July 2010, par. 511–517; Prosecutor v. Thirith Ieng, Sary Ieng, Samphan Khieu, Case No. 002-19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC38), Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise, 20 May 2010.

¹⁰ Zob. m.in. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 329–339; Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, par. 1390–1393.

sunku do form współdziałania opisanych w art. 25 (3) Statutu – odpowiedzialności karnej dowódców wojskowych i cywilnych¹¹. Charakter tego przepisu jest jednak w literaturze sporny, w szczególności wątpliwość dotyczy tego, czy art. 28 Statutu Rzymskiego można uznać za formę przestępnego współdziałania, czy też przepis ten określa tylko przesłanki, które umożliwiają przypisanie dowódcy wojskowemu lub cywilnemu odpowiedzialności karnej za czyn zrealizowany przez jego podwładnych¹².

W odniesieniu do sprawstwa zbrodni (*crime's commission/perpetration*)¹³ warto podkreślić, że Statut Rzymski istotnie różni się od regulacji statutów trybunałów *ad hoc* oraz sądów mieszanych. Co prawda we wspomnianych aktach prawnych również występował termin „popełnienie zbrodni” (*crime's commission*) jako jedna z alternatywnie ujętych podstaw dla przypisania odpowiedzialności karnej, jednak pojęcie to nie zostało w żaden sposób zdefiniowane¹⁴, co pozostawiało bardzo szerokie pole dla prawotwórczej

¹¹ Zob. Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Case No. ICC-01/05-01/08, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016, par. 173–213; Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Case No. ICC-01/05-01/08 A, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 June 2018, par. 16–192; Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé and Charles Blé Goudé, Case No. ICC-02/11-01/15-1263-AnxC-Red, Public Redacted Version of Dissenting Opinion Judge Herrera Carbuccia, 16 July 2019, par. 492–537.

¹² Zob. M. Damaška, The Shadow Side of Command Responsibility, The American Journal of Comparative Law 2001, t. 49, s. 455–496; G. Werle, Principles of International Criminal Law, Haga 2009, s. 187–197; K. Ambos, Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part, Oxford 2013, s. 206–228.

¹³ Na potrzeby niniejszego opracowania utożsamiam ze sobą pojęcia *crime's commission* oraz *perpetration*, traktując oba te pojęcia jako anglojęzyczne odpowiedniki „sprawstwa”, „popełnienia czynu”. Warto jednak zwrócić uwagę na zdanie odrębne Sędziego MTK Chile Eboe-Osuji do wyroku Izby Odwoławczej w sprawie Ntagandy, w którym zwracał on uwagę na to, że pojęcie *perpetration* jest w istocie neologizmem, który nie ma oparcia w tekście Statutu Rzymskiego, gdyż Statut pokazuje się wyłącznie terminem *crime's commission*. Zob. Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment'. Annex 5: Partly concurring opinion of Judge Chile Eboe-Osuji, 30 March 2021, par. 14–20.

¹⁴ W świetle art. 7 (1) Statutu Trybunału Jugosłowiańskiego odpowiedzialności karnej podlegała osoba, która zaplanowała, nakłoniła do popełnienia, rozkazała, popełniła lub udzieliła pomocy w planowaniu, przygotowaniu lub wykonaniu zbrodni podlegających jurysdykcji tego Trybunału (A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime). Analogiczne wyliczenie zawarte było w art. 6 (1) Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy. Analogiczne przepisy zawierały również akty założycielskie Sądu Specjalnego dla Sierra Leone oraz Nadzwyczajnych Izb Sądów w Kam-

interpretacji tego pojęcia rozwijanej przede wszystkim przez Trybunał Jugosłowiański. Na tym tle przepisy Statutu Rzymskiego z całą pewnością wyróżniają się precyzyjnym określeniem form sprawstwa.

Z art. 25 (3) (a) Statutu Rzymskiego wynika, że zbrodnię można popełnić samodzielnie, wspólnie z inną osobą lub za pośrednictwem/przez inną osobę (*commits a crime as an individual, jointly with another person or through another person*). Nie ulega wątpliwości, że formuła ta do złudzenia wręcz przypomina ujęcie sprawstwa na gruncie niemieckiego kodeksu karnego¹⁵, z tym jednak istotnym zastrzeżeniem, iż na gruncie przepisów Statutu Rzymskiego przyjęto *explicite*, że sprawca pośredni odpowiada niezależnie od tego, czy bezpośredni sprawca ponosi odpowiedzialność czy też nie. Językowe znaczenie przepisów Statutu Rzymskiego pozwala zatem na wyróżnienie trzech odmian sprawstwa (popełnienia zbrodni), tj. sprawstwa bezpośredniego, współsprawstwa i sprawstwa pośredniego. Podkreślić przy tym należy, że o ile istota sprawstwa bezpośredniego nie nastęrcza większych trudności (jako że sprowadza się do własnoręcznego wypełnienia wszystkich znamion (elementów) danej zbrodni przez tę samą osobę)¹⁶, o tyle rekonstrukcja elementów współsprawstwa oraz sprawstwa pośredniego okazała się procesem dalece bardziej skomplikowanym.

W tym względzie praktykę MTK bezsprzecznie zdominowała koncepcja *control over crime*, choć do dziś budzi ona pewne wątpliwości nawet wśród samych sędziów MTK, czego dowodem są rozbudowane

bodży. Zob. UN Security Council, Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 25 May 1993; UN Security Council, Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 8 November 1994; UN Security Council, Statute of the Special Court for Sierra Leone, 16 January 2002; Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers, with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004 (NS/RKM/1004/006).

¹⁵ Zob. F. Jessberger, J. Geneuss, On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir, *Journal of International Criminal Justice* 2008, nr 6, s. 853–869; G. Werle, Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute, *Journal of International Criminal Justice* 2007, nr 5, s. 953–975; G. Werle, B. Burghardt, Foreword, *Journal of International Criminal Justice* 2011, nr 9, s. 85–89. W odniesieniu do niemieckiej koncepcji sprawstwa zob. m.in. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 240–307; A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004, s. 79–84.

¹⁶ Zob. K. Ambos, Article 25. Individual Criminal Responsibility, (w:) O. Triffterer, K. Ambos (red.), *Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Monachium 2016, s. 987–988; K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Volume 1: Foundations and General Part*, Oxford 2013, s. 148–149.

argumentacyjnie zdania odrębne¹⁷. W koncepcji tej MTK poszukiwał kryterium odróżnienia sprawstwa od innych form przestępnego współdziałania i swoistej „trzeciej drogi” między obiektywistycznym oraz subiektywistycznym rozumieniem sprawstwa¹⁸. To pierwsze ujęcie zostało przez Trybunał odrzucone jako niedające się pogodzić z koncepcją sprawstwa pośredniego ze względu na to, że sprawca pośredni nie realizuje znamion czynu własnoręcznie¹⁹. Przeciwno subiektywistycznemu rozumieniu sprawstwa przytaczano zaś dwojakiego rodzaju argumenty. Z jednej strony wskazywano bowiem na to, że zamiar popełnienia zbrodni charakteryzuje także inne niż sprawstwo formy współdziałania, a w konsekwencji nie stanowi on miarodajnego oraz uniwersalnego kryterium dla rozdzielenia sprawców od współdziałających w formach niesprawczych²⁰. Gdyby przyjąć, że sprawcą zbrodni jest każdy kto się do niej przyczynia z zamiarem jej popełnienia, to za sprawstwo należałoby uznać również oraz zachowania opisane w art. 25 (3) Statutu Rzymskiego wyraźnie wyłączone z kategorii sprawstwa²¹. To zaś byłoby sprzeczne z wyraźnym brzmieniem i syntaktyką tego przepisu. Z drugiej strony zwracano uwagę na podobieństwo subiektywistycznej koncepcji sprawstwa do doktryny *joint criminal enterprise*²². Wskazywano przy tym nie bez racji, że gdyby w ten sposób miało być rozumiane spraw-

¹⁷ Zob. Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo, Case No. ICC-01/04-02/12, Judgment pursuant to article 74 of the Statute. Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 18 December 2012; Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled ‘Judgment’. Annex 5: Partly concurring opinion of Judge Chile Eboe-Osuji, 30 March 2021; Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled ‘Judgment’. Annex 2: Separate opinion of Judge Howard Morrison on Mr Ntaganda’s appeal, 30 March 2021.

¹⁸ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 327–332; Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, par. 1391–1394.

¹⁹ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 327–332; Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, par. 1391–1394.

²⁰ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, par. 1392.

²¹ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, par. 1392.

²² Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 335.

stwo, to twórcy Statutu przesądziłiby o tym wyraźnie w jego brzmieniu²³ (ujmując tę koncepcję w definicji sprawstwa w miejsce zakorzenionego w tradycji niemieckiej trójpodziału odmian sprawstwa na sprawstwo bezpośrednie, współsprawstwo i sprawstwo pośrednie)²⁴. Tymczasem formę zbliżoną do doktryny *joint criminal enterprise* przewidziano w art. 25 (3) (d) Statutu MTK traktując ją jako pewną subsydiarną (w stosunku do form opisanych we wcześniejszych jednostkach redakcyjnych tego przepisu), rezydującą formę współdziałania²⁵.

Z tych względów koncepcja *control over crime* uznana została przez MTK za najbardziej adekwatną i spójną z literalnym brzmieniem art. 25 (3) (a) Statutu MTK²⁶. Wskazywano przy tym jednocześnie, że w zależności od formy sprawstwa kontrola (władztwo) nad realizowanym czynem może się przejawiać w tym, że sprawca wyczerpuje swoim zachowaniem wszystkie znamiona zbrodni, w łącznym władztwie sprawowanym przez co najmniej dwie osoby (jak w przypadku współsprawstwa) lub władztwie nad osobą, która własnym zachowaniem zrealizowała wszystkie znamiona zbrodni przez „zawładnięcie jej wolą” (*subjugating one's will*)²⁷. Ta ostatnia forma władztwa miałaby rzecz jasna charakteryzować sprawstwo pośrednie oraz specyficzne złożenie ze sobą konstrukcji współsprawstwa oraz sprawstwa pośredniego określanej w doktrynie jako *indirect co-perpetration*²⁸, które zdominowało najnowsze orzecznictwo MTK²⁹.

²³ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 335.

²⁴ Zob. C. D a m g a a r d, Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes. Selected Pertinent Issues, Berlin–Heidelberg 2008, s. 255–258; K. A m b o s, Treatise on International Criminal Law. Volume 1: Foundations and General Part, Oxford 2013, s. 160–164; M. O l e w i ń s k i, Konstrukcja związku przestępnego (*joint criminal enterprise*) a Statut Rzymski Międzynarodowego Trybunału Karnego, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2015, nr 4, s. 58–84.

²⁵ Zob. Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, ICC-01/04-01/10, Decision on the confirmation of charges, 16 December 2011, par. 277; Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(1) and (b) of the Rome Statute, 23 January 2012, par. 354.

²⁶ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 330–332.

²⁷ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 333; Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2783–2786.

²⁸ Zob. S. E l d a r, Indirect Co-Perpetration, Crim Law and Philos 2014, t. 8, s. 605–617.

²⁹ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 484–539; Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Case No. ICC-02/05-01/09, Decision on

3. Współsprawstwo

Warto w tym kontekście nadmienić, że koncepcja *control over crime* nie jest w tym przypadku jedynie teoretycznym punktem odniesienia służącym oddaniu istoty każdej z odmian sprawstwa. Przeciwnie – koncepcja ta ma doniosłe znaczenie praktyczne w procesie rekonstrukcji elementów, które charakteryzują każdą z odmian sprawstwa, czy wręcz funkcjonuje *per se* jako jeden z elementów poszczególnych odmian sprawstwa (rzecz jasna z wyłączeniem sprawstwa bezpośredniego, które sprowadza się do aktu osobistego wykonania czynu z wymaganym dla danej zbrodni zamiarem bez konieczności odwołania się do żadnych innych przesłanek). Powyższe twierdzenie można zilustrować na przykładzie współsprawstwa.

W orzecznictwie MTK wielokrotnie powtarza się stwierdzenie, że nie jest konieczne, by każdy ze współdziałających osobiście chociażby częściowo wyczerpał znamiona zbrodni, ani by był on obecny na miejscu popełnienia czynu, pod warunkiem, że zostanie wykazane, iż sprawował on wspólnie z innymi osobami władztwo nad czynem³⁰. Władztwo to miałyby się zaś przejawiać w koniecznym wkładzie w realizację porozumienia (*essential contribution*), przy czym owa konieczność sprowadzana

the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009, par. 210–223; Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda, Case No. ICC-02/05-02/09, Decision on the Confirmation of Charges, 8 February 2010, par. 160–219; Prosecutor v. Muammar Mohammed Abuminyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Case No. ICC-01/11-01/11, Decision on the "Prosecution's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi", 27 June 2011, par. 68–80; Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgement pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, par. 1398–1416; Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06, Judgement, 8 July 2019, par. 774–857; Prosecutor v. Dominic Ongwen, Case No. ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2783–2787–2788; 2850–2874; 2909–2918; 3088–3095; 3105–3111.

³⁰ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06 A5, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, par. 469–473; Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Case No. ICC-01/12-01/18, Decision on the Prosecutor's Application for the Issuance of a Warrant of Arrest for Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 22 May 2018, par. 170; Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido, Case No. ICC-01/05-01/13, Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of trial Chamber VII entitled "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 March 2018, par. 824.

jest do możliwości udaremnienia popełnienia zbrodni, gdyby współsprawca nie zrealizował przypisanej mu roli³¹. Jakkolwiek powyższe rozumowanie bez wątplenia przywodzi na myśl materialno-objektywną koncepcję współsprawstwa oraz wymóg „istotnego wkładu” formułowany w orzecznictwie krajowym³², to jednak w praktyce koncepcja współdzielonego władztwa nad czynem przyjęta przez MTK jest o wiele bardziej pojemna i bezspornie rozszerzyła granice współsprawstwa, co rzecz jasna stanowi źródło kontrowersji³³.

Podkreślić w tym kontekście należy, że konieczny wkład nie ogranicza się tylko do fazy wykonawczej związanej z realizacją znamion zbrodni przez bezpośrednich wykonawców, lecz rozciąga się także na planowanie oraz przygotowanie zbrodni³⁴, czyli na etapy poprzedzające kryminalizowane na gruncie Statutu MTK usiłowanie i popełnienie zbrodni (odpowiednio art. 25 (3) (f) i (a) Statutu). W zasadzie można by wręcz stwierdzić, że chodzi tu nie tyle o konieczny wkład w popełnienie zbrodni, co o przyczynienie się do realizacji zawartego porozumienia. Jako przejaw koniecznego wkładu traktuje się bowiem chociażby udział w tworzeniu strategii lub planu, który wprost zakłada popełnienie zbrodni podlegających jurysdykcji MTK albo z którego wynika, że wcielenie w życie przyjętego planu w zwyczajnym przebiegu zdarzeń (z tzw. wirtualną pewnością) doprowadzi do realizacji czynu³⁵. Nie budzi zarazem wątpliwości, że takie rozumienie koniecznego wkładu jest podyktowane próbą rozcią-

³¹ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06 A5, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, par. 468–488.

³² Zob. postanowienie SN z dnia 15 października 2020 r., sygn. IV KK 406/20, LEX nr 3277270; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 18 czerwca 2019 r., sygn. II AKa 153/19, LEX nr 2720021.

³³ Zob. Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo, Case No. ICC-01/04-02/12, Judgment pursuant to article 74 of the Statute. Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 18 December 2012.

³⁴ Zob. Prosecutor v. Lubanga, Case No. ICC-01/04-01/06-A5, Judgment on the appeal, 1 December 2014, par. 473; Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al., Case No. ICC-01/05-01/12 A, Judgment on the appeal, 8 March 2018, par. 810; Prosecutor v. Paul Gicheru, Case No. ICC-01/09-01/20, Decision on the confirmation of charges, 15 July 2021, par. 174.

³⁵ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 344; Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06 A5, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, par. 451; Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Case No. ICC-01/12-01/18, Decision on the Prosecutor's Application for the Issuance of a Warrant of Arrest for Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 22 May 2018, par. 168–169.

gnięcia konstrukcji współsprawstwa na osoby, które choć nie brały osobistego udziału w popełnieniu zbrodni, to jednak zdecydowały o zainicjowaniu działań zbrojnych i wprowadzeniu określonej polityki, które zaowocowały popełnieniem czynu.

Istotne jest przy tym, że równolegle nie stawia się dodatkowego wymogu, by współsprawca czuwał nad wykonaniem czynu, ani – na poziomie strony podmiotowej – aby miał on wiedzę o szczegółach popełnianych zbrodni. Innymi słowy, w świetle tej koncepcji współsprawca zbrodni nie musi znać miejsca oraz czasu jej popełnienia, ani nawet mieć pewności, że zbrodnie te zostały ostatecznie popełnione. Wystarczy świadomość, że realizacja porozumienia z tzw. wirtualną pewnością doprowadziłoby do popełnienia określonych zbrodni³⁶. Nie sposób więc oprzeć się wrażeniu, że o samym popełnieniu (realizacji) zbrodni współsprawca wiedzieć może stosunkowo niewiele lub uzyskać tę wiedzę dopiero po fakcie, o ile możliwe okaże się dowodowe ustalenie, że porozumienie współdziałających obejmowało też popełnienie zbrodni. Dla spełnienia wymogu dotyczącego koniecznego wkładu wystarczające jest wszak złożenie ze sobą elementu planowania, tworzenia strategii czy planu oraz wiedzy (nawet uzyskanej *ex post*) o tym, że zbrodnie objęte porozumieniem zostały popełnione³⁷.

Znamienne jest przy tym, że porozumienie – na gruncie przepisów Statutu Rzymskiego postrzegane jako obiektywny element współsprawstwa³⁸ – nie ogranicza się bynajmniej wyłącznie do wyraźnych porozumień i planów związanych bezpośrednio z popełnieniem zbrodni³⁹. Porozumienie może mieć równie dobrze charakter milczący, jak też można wnioskować

³⁶ Zob. Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment', 30 March 2021, par. 1065.

³⁷ Zob. Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2912.

³⁸ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 343–344; Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Case No. ICC-02/05-03/09, Corrigendum of the "Decision on the confirmation of Charges", 7 March 2011, par. 129. Odmienne Gerhard W e r l e, Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute, Journal of International Criminal Justice 2007, nr 5, s. 958; Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo, Case No. ICC-01/04-02/12, Judgment pursuant to article 74 of the Statute. Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 18 December 2012, par. 32–34.

³⁹ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 345.

o jego istnieniu w oparciu o skoordynowane działania współuczestników⁴⁰. Warto przy tym nadmienić, że popełnienie zbrodni nie musi stanowić głównego czy nadrzędnego celu porozumienia. W orzecznictwie MTK wskazuje się jedynie na to, że porozumienie powinno zawierać element przestępności (*element of criminality*), który istnieje między innymi wtedy, gdy realizacja planu z wirtualną pewnością doprowadziłaby do popełnienia zbrodni⁴¹. To kryterium dotyczy sytuacji, w których w oparciu o okoliczności konkretnej sprawy można stwierdzić, że wypełnienie porozumienia prowadziłoby do popełnienia zbrodni. Dla przykładu wskazywano, że atak licznych i dobrze uzbrojonych oddziałów na stosunkowo niewielką misję pokojową ze swej istoty pozwala przyjąć z wirtualną pewnością, że atak ten doprowadzi do śmierci innych osób objętych ochroną⁴².

W najnowszym orzecznictwie zwraca się przy tym uwagę, że przesłankę dotyczącą koniecznego wkładu oceniać należy w sposób holistyczny przy uwzględnieniu tego, jakie zachowania objęte były porozumieniem między współdziałającymi⁴³. Rzecz jednak w tym, że jak wskazano wyżej istnienie i zakres porozumienia mogą być rekonstruowane w oparciu o sekwencję skoordynowanych zachowań współdziałających,

⁴⁰ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 345; Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Case No. ICC-02/05-03/09, Corrigendum of the "Decision on the confirmation of Charges", 7 March 2011, par. 129; Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(1) and (b) of the Rome Statute, 23 January 2012, par. 301; Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido, ICC-01/05-01/13, Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Belba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of trial Chamber VII entitled "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 March 2018, par. 764.

⁴¹ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 343–344; Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(1) and (b) of the Rome Statute, 23 January 2012, par. 301; Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Case No. ICC-01/12-01/18, Decision on the Prosecutor's Application for the Issuance of a Warrant of Arrest for Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 22 May 2018, par. 168–169.

⁴² Zob. Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Case No. ICC-02/05-03/09, Corrigendum of the "Decision on the confirmation of Charges", 7 March 2011, par. 156.

⁴³ Zob. Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment', 30 March 2021, par. 1067.

a więc z perspektywy *ex post* (niekoniecznie zaś na podstawie dowodów wskazujących na to, jakie ustalenia co do podziału ról zostały przyjęte przez realizacją czynu). W tym przypadku istnienie i zakres porozumienia ustalany jest zatem wtórnie na podstawie tych samych zachowań, które następnie ewaluowane są przez pryzmat tego, czy stanowiły one konieczny wkład w realizację czynu. Co przy tym wyznacza granice holistycznej oceny przesłanki koniecznego wkładu? Porozumienie między współdziałającymi, o którym wnioskuje się w oparciu o te same obiektywnie zrealizowane zachowania. Rozumowanie to musi budzić istotne wątpliwości i skłania do wniosku, że w ramach owej holistycznej ewaluacji zachowań współdziałających wszystko może zostać uznane za konieczny wkład w realizację porozumienia, a co za tym idzie za realizację znamion współsprawstwa.

Coraz bardziej oddala to istotę zachowania współsprawcy od popełnienia samej zbrodni, czyli czynu, który miał on współrealizować⁴⁴. Nie wiele przy tym wyjaśnia stwierdzenie, że wspólna kontrola nad czynem polega na tym, że niewykonanie przypisanego zadania przez współsprawcę mogłoby udaremnić popełnienie zbrodni⁴⁵. Jak trafnie zauważył bowiem w zdaniu odrębnym do wyroku Izby Odwoławczej w sprawie Ntagandy Sędzia MTK H. Morrison w przypadku zbrodni podlegających jurysdykcji Trybunału, które charakteryzują się wielością czynów i wielością sprawców istnieje zbyt wiele czynników, by sensownie rozważać, co wydarzyłoby się, gdyby jeden ze współdziałających nie zrealizował swojego zachowania⁴⁶. Innymi słowy – istnieje zbyt wiele zmiennych, które uniemożliwiają realną ocenę tego, czy wkład danego współdziałającego

⁴⁴ Zob. Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment'. Annex 5: Partly concurring opinion of Judge Chile Eboe-Osuji, 30 March 2021, par. 45, 77–78.

⁴⁵ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06 A5, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, par. 468–488; Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido, Case No. ICC-01/05-01/13, Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of trial Chamber VII entitled "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 March 2018, par. 822.

⁴⁶ Zob. Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment'. Annex 2: Separate opinion of Judge Howard Morrison on Mr Ntaganda's appeal, 30 March 2021, par. 29.

można uznać za konieczny, co niesie za sobą arbitralność oceny prawnej dokonywanej w oparciu o to kryterium.

Nie bez racji wskazuje się jednocześnie, że dominująca w orzecznictwie MTK koncepcja współsprawstwa oparta na koncepcji współdzielonego władztwa nad czynem prowadzi do zatarcia różnic między sprawstwem, a innymi formami współdziałania opisanymi w art. 25 (3) Statutu MTK. Za konieczny wkład w realizację porozumienia uznawane zostały bowiem zachowania sprowadzające się do nakłaniania do popełnienia zbrodni, wydawania instrukcji i rozkazów czy dostarczenia broni i wyposażenia⁴⁷. Jest oczywiste, że tego rodzaju zachowania z powodzeniem mogłyby być traktowane jako jedna z form przestępnego współdziałania opisanych w art. 25 (3) (b–d) Statutu Rzymskiego i stanowić wystarczającą podstawę dla przypisania odpowiedzialności karnej⁴⁸. Koncepcja *control over crime* doprowadziła zaś w praktyce do „usprawczenia” tych zachowań.

4. Sprawstwo pośrednie

Jeszcze więcej zastrzeżeń sformułować można w kontekście przyjętego przez MTK rozumienia sprawstwa pośredniego. W kolejnych orzeczeniach MTK powielane jest twierdzenie, że sprawca pośredni kontroluje osobę, która własnoręcznie realizuje znamiona zbrodni poprzez zdominowanie jej woli⁴⁹. Wskazuje się w tym kontekście, że właśnie owo zawładnięcie wolą innej osoby (bezpośredniego wykonawcy) stanowi element, który odróżnia sprawstwo pośrednie od odpowiedzialności karnej za wydanie rozkazu przewidzianej w art. 25 (3) (b) Statutu Rzymskiego⁵⁰. W literaturze nie brakuje jednak również głosów, że wydanie rozka-

⁴⁷ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 7.

⁴⁸ Zob. Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment'. Annex 5: Partly concurring opinion of Judge Chile Eboe-Osuji, 30 March 2021, par. 45, 77–78; Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment'. Annex 2: Separate opinion of Judge Howard Morrison on Mr Ntaganda's appeal, 30 March 2021, par. 29.

⁴⁹ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 333; Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2783–2786.

⁵⁰ Zob. Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2783.

zu popełnienia zbrodni (jakkolwiek wymienione wprost w art. 25 (3) (b) Statutu jako akcesoryjna niesprawcza forma współdziałania) jest tak naprawdę formą popełnienia zbrodni przez inną osobę⁵¹, a w konsekwencji stanowiłoby wystarczającą podstawę dla przypisania odpowiedzialności za sprawstwo pośrednie.

Wyeksponować przy tym należy, że na gruncie przepisów Statutu ta forma sprawstwa charakteryzowana jest w orzecznictwie jako zawładnięcie zachowaniem innej osoby lub osób do tego stopnia, że wola sprawcy bezpośredniego staje się irrelevantna, a co za tym idzie jego zachowanie może zostać przypisane sprawcy pośredniemu tak jakby stanowiło jego własny czyn⁵². Dodaje się przy tym, że odpowiedzialność za sprawstwo pośrednie jest niezależna od tego, czy bezpośredni wykonawca ponosi odpowiedzialność karną za swój czyn, czy też nie. Nie ulega wątpliwości, że to ostatnie twierdzenie jest zgodne z literalnym brzmieniem art. 25 (3) (a) Statutu Rzymskiego *in fine*, choć zarazem jest ono problematyczne na płaszczyźnie przyjętej przez MTK koncepcji *control over crime*.

Zauważyć bowiem należy, że o ile w przypadku braku odpowiedzialności sprawcy bezpośredniego (czy to ze względu na wiek – jak w przypadku tzw. dziecięcych żołnierzy wykorzystywanych do popełnienia zbrodni jako członkowie organizacji zbrojnych, czy też z uwagi na niepoczytalność albo przymus)⁵³ można wnioskować o tym, że sprawca pośredni zdominował wolę bezpośredniego wykonawcy do tego stopnia, że ta ostatnia stała się właściwie irrelevantna, a właściwe władztwo nad czynem niejako „przejął” sprawca pośredni, o tyle rozumowanie to wydaje się mniej przekonujące w przypadku w pełni odpowiedzialnego bezpośredniego sprawcy. W tym układzie sytuacyjnym – również w świetle założeń koncepcji *control over crime* – przedstawianych w orzecznictwie – sprawca bezpośredni nie traci władztwa nad czynem, co przejawia się we własnoręcznym zrealizowaniu przez niego wszystkich elementów zbrodni w warunkach umożliwiających

⁵¹ K. Ambos, Article 25. Individual criminal responsibility, (w:) O. Triffterer, K. Ambos (red.), Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, Monachium 2016, s. 1002.

⁵² Zob. Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, 23 March 2016, par. 39–41; Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2783.

⁵³ Zob. A. Eser, Grounds for excluding criminal responsibility, (w:) O. Triffterer, K. Ambos (red.), Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, Monachium 2016, s. 1128–1160; O. Triffterer, R. Clark, Exclusion of jurisdiction over persons under eighteen, (w:) O. Triffterer, K. Ambos (red.), Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, Monachium 2016, s. 1030–1036.

pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej⁵⁴. Trudno więc zakładać, że sprawca pośredni „przejmuje” kontrolę nad czynem, a z jakichś względów bezpośredni wykonawca tę kontrolę traci.

Nie można tracić z pola widzenia, że niezależnie od potrzeby pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osoby (często formalnego lub nieformalnego dowódcy czy zwierzchnika), która niejako stoi za sprawcą bezpośrednim nie sposób deprecjonować czy pomijać znaczenia czynu tego ostatniego. To on ostatecznie decyduje o tym, w jaki sposób i w jakich okoliczności popełniona zostanie zbrodnia, własnoręcznie realizuje jej znamiona i to on ma bezpośredni kontakt z ofiarą. Zbrodnie podlegające jurysdykcji MTK cechują się szczególnym okrucieństwem i brutalnością, którą wykazują się konkretni sprawcy bezpośredni. Jeśli więc mamy do czynienia ze sprawcą, który może ponosić odpowiedzialność karną za swój czyn nie ma żadnych powodów, by zakładać, że traci on władztwo nad zrealizowanym czynem. Trudno także twierdzić, że wola sprawcy bezpośredniego staje się w tego rodzaju sytuacjach irrelewantna – wszak finalnie to ona ma decydujące znaczenie dla sposobu popełnienia czynu.

Nasuwa się zatem wniosek, że w przypadku popełnienia zbrodni przez zdanego do poniesienia odpowiedzialności bezpośredniego wykonawcę (niezależnie, czy *in casu* wykonawca ów poniesie odpowiedzialność czy też nie) władztwo nad czynem sprawowane jest jednocześnie przez co najmniej dwie osoby, choć odmiennie niż w przypadku współsprawstwa nie mamy tu do czynienia ze współdzieloną kontrolą nad czynem, której podstawą jest co najmniej konkludentne porozumienie współdziałających. W przypadku sprawcy bezpośredniego władztwo nad czynem przejawia się we własnoręcznym wykonaniu czynu (co nie budzi wątpliwości), ale konstrukcja sprawstwa pośredniego wskazuje, że jednocześnie staje się on „ludzkim narzędziem”, instrumentem w rękach sprawcy pośredniego. Pozostaje odpowiedzieć na pytanie, w czym przejawia się w tym wypadku władztwo nad czynem sprawowane przez sprawcę pośredniego.

Wydaje się bezsporne, że sprawstwo pośrednie wymaga specyficznej podległości sprawcy bezpośredniego wobec sprawcy pośredniego, choć w mojej ocenie podległość ta nie musi mieć formalnego charakteru. Bez wątplenia jednak sprawstwo pośredni powinien dysponować możliwością kontrolowania oraz wpływania na przebieg akcji przestępnej, wydawania

⁵⁴ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 332; Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 488.

instrukcji i poleceń bezpośrednio wykonawcy. Innymi słowy, by przyjąć, że sprawca pośredni równolegle do sprawcy bezpośredniego sprawował kontrolę nad realizowanym przez tego ostatniego czynem, oddziaływanie sprawcy pośredniego powinno rozciągać się na fazę wykonania zbrodni. To właśnie na wykonanie czynu, a więc *par excellence* popełnienie zbrodni sprawca pośredni powinien mieć realny wpływ. Samo natomiast wydanie rozkazu (pozbawione późniejszej kontroli nad sposobem wykonania tego rozkazu, która przejawiać się może choćby w osobistym udziale w ataku prowadzonym na podstawie rozkazu) powinno być zaś kwalifikowane na podstawie art. 25 (3) (b) Statutu Rzymskiego, w którym wymieniono wprost wydanie rozkazu jako jedną z alternatywnie ujętych podstaw przypisania odpowiedzialności.

Zauważyć należy, że wszystkie opisane w art. 25 (3) (b) Statutu formy współdziałania mają akcesoryjny charakter, a odpowiedzialność karna wydającego rozkaz popełnienia zbrodni uzależniona jest od tego, czy zbrodnia weszła co najmniej w fazę usiłowania. Klauzula akcesoryjności odwołuje się przy tym wyraźnie do zbrodni usiłowanych oraz dokonanych, co pośrednio potwierdza, że w zamierzeniu twórców Statutu Rzymskiego wydanie rozkazu miało być kwalifikowane na podstawie art. 25 (3) (b) i to zarówno w przypadku zbrodni popełnionej, jak i usiłowanej. Traktowanie wydania rozkazu jako odmiany sprawstwa pośredniego nie znajduje także uzasadnienia w perspektywie możliwej do wymierzenia kary – granice kary są bowiem jednakowe zarówno dla sprawstwa, jak i dla wydania rozkazu jej popełnienia. Nie ma więc przeszkód, by społeczną szkodliwość danego zachowania adekwatnie odzwierciedlić na poziomie kary.

Prowadzi to do wniosku, że wydanie rozkazu popełnienia zbrodni może świadczyć o popełnieniu zbrodni w formie sprawstwa pośredniego, o ile rozkazowi temu towarzyszy zaangażowanie na etapie wykonawczym tej zbrodni (np. wydawanie instrukcji, podejmowanie istotnych decyzji, stały kontakt z wykonawcami), co z uwagi na charakter zbrodni podlegających jurysdykcji MTK nie jest bynajmniej kryterium niemożliwym do spełnienia. Wiele z tych zbrodni sprowadza się do bezprawnego ataku na określony cel lub popełnianych jest w trakcie trwającego już ataku. Nie należy tym samym do rzadkości sytuacja, w której potencjalny sprawca pośredni jest obecny na szeroko rozumianym miejscu popełnienia zbrodni (choć może niekoniecznie w tej samej części atakowanej dzielnicy czy miejscowości), pozostaje z podległymi mu oddziałami w stałym kontakcie oraz decyduje o rozpoczęciu, kontynuowaniu czy zakończeniu akcji przestępnej.

W takich przypadkach rola potencjalnego sprawcy pośredniego nie sprowadza się tylko i wyłącznie do wydania rozkazu, czy zaangażowania

na etapie przygotowania ataku, lecz możliwe jest zidentyfikowanie bardzo konkretnych przejawów władztwa nad czynem na kluczowym etapie, tj. na moment realizacji znamion. Nie można przy tym tracić z pola widzenia, że zasadniczo faza wykonawcza zbrodni międzynarodowych jest procesem rozciągniętym w czasie i o ile nie sposób oczekiwać, by sprawca pośredni był wręcz onnipotentny i kontrolował zachowanie każdego z wykonawców zbrodni (co w konfiguracjach wielopodmiotowych byłoby niemożliwe), to jednak jeśli istota sprawstwa pośredniego sprowadza się do swoistej instrumentalizacji roli sprawcy bezpośredniego, który osobiście wypełnia znamiona zbrodni, zachowanie sprawcy pośredniego nie powinno się ograniczać jedynie do wydania rozkazu przed popełnieniem czynu oraz działań podjętych na przedpolu.

Jakkolwiek w orzecznictwie MTK nie budzi zasadniczych wątpliwości, że dla przyjęcia sprawstwa pośredniego nie jest wystarczające samo wydanie rozkazu popełnienia zbrodni⁵⁵, nie udało się jak do tej pory wypracować w sposób kompleksowy zestawu kryteriów czy czynników, które powinny być brane pod uwagę w ramach oceny, czy zachowanie danej osoby stanowiło już sprawstwo pośrednie, czy też powinno być kwalifikowane na podstawie art. 25 (3) (b) Statutu Rzymskiego jako wydanie rozkazu lub inna z form zbliżonych do podżegania. Z perspektywy subsumcyjnej ogólne założenie, że sprawca pośredni sprawuje władztwo nad czynem przez zawładnięcie wolą sprawcy bezpośredniego jak się wydaje niesie za sobą ograniczoną wartość poznawczą. Pewnych wskazań co do rozumienia tego założenia można co prawda poszukiwać w orzeczeniach dotyczących popełnienia czynu za pośrednictwem organizacji (*Organisationsherrschaft*), jednakże nie są to kryteria uniwersalne dla całej koncepcji sprawstwa pośredniego, lecz dotyczące wyłącznie jednej z jego odmian⁵⁶, której dopuszczalność stanowi *notabene* źródło dodatkowych kontrowersji w praktyce MTK.

5. Sprawstwo pośrednie przez wykorzystanie organizacji

Fundamentem tej odmiany sprawstwa pośredniego jest przekonanie, że zawarte w art. 25 (3) (a) Statutu Rzymskiego określenie „przez inną

⁵⁵ Zob. Prosecutor v. Dominic Ongwen, Case No. ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2783.

⁵⁶ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 498–502; Prosecutor v. Dominic Ongwen, Case No. ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2784.

osobę” można również interpretować jako „za pośrednictwem zorganizowanej struktury”/„przez organizację”⁵⁷, w nawiązaniu do Roxinowskiej koncepcji „sprawcy za sprawcą” (*der Täter hinter dem Täter*)⁵⁸. Choć założenie to bezsprzecznie zdominowało praktykę orzeczniczą Trybunału, to jednak dla porządku zaznaczyć należy, że od samego początku część Sędziów MTK podchodziła do tego założenia z dużą ostrożnością⁵⁹ argumentując między innymi, że koncepcja popełnienia zbrodni przez podległą sprawcy organizację nie znajduje oparcia w przepisach Statutu Rzymskiego⁶⁰. Ten sceptycyzm towarzyszy zresztą tej koncepcji do dziś, o czym świadczą zdania odrębne złożone do wyroku Izby Odwoławczej w sprawie Ntagandy wydanego w 2021 r.

Już samo określenie „sprawstwo za pośrednictwem organizacji” sugeruje, że kontrola nad popełnieniem zbrodni ma być w tym wypadku sprawowana poprzez pewną zorganizowaną strukturę zrzeszającą jednostki. Struktura ta musi się przy tym cechować odpowiednim stopniem zorganizowania, liczebnością⁶¹ oraz – jak określa się to w orzecznictwie – hierarchicznym aparatem władzy⁶². Wykluczone wydaje się przy tym ujęciu

⁵⁷ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 498–502; Prosecutor v. Dominic Ongwen, Case No. ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2784.

⁵⁸ Zob. F. Jessberger, J. Geneuss, On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir, *Journal of International Criminal Justice* 2008, nr 6, s. 859–868; C. Roxin, Crimes as Part of Organized Power Structures, *Journal of International Criminal Justice* 2011, nr 9, s. 193–205; T. Weigend, Perpetration through an Organization, *Journal of International Criminal Justice* 2011, nr 9, s. 91–111. Zob. także Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 496–499; Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, par. 1404–1415.

⁵⁹ Zob. Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled ‘Judgment’. Annex 2: Separate opinion of Judge Howard Morrison on Mr Ntaganda’s appeal, 30 March 2021, par. 5–11.

⁶⁰ Zob. Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo, Case No. ICC-01/04-02/12, Judgment pursuant to article 74 of the Statute. Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 18 December 2012, par. 7–14.

⁶¹ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 516.

⁶² Zob. Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 514–515; Prosecutor v. Muammar Mohammed Abuminyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Case No. ICC-01/11-01/11, Decision on the “Prosecution’s Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-

sprawstwo pośrednie poprzez wykorzystanie organizacji o spłaszczonej, poziomej strukturze. To właśnie hierarchiczność relacji i podporządkowanie osób pozostających w strukturze danej organizacji pozwala na przypisanie odpowiedzialności karnej za zbrodnie popełniane przez członków tych organizacji. W tym kontekście wskazuje się, że dominacja pośredniego sprawcy nad popełnieniem zbrodni jest zabezpieczone przez automatyzm „napędzany” poprzez hierarchiczną władzę funkcjonującą w ramach organizacji⁶³. Hierarchiczność stosunków w ramach istniejącej struktury gwarantuje bowiem, że zbrodnie zostaną popełnione – jeśli nie przez jednego członka grupy, to przez innego (*interchangeability*)⁶⁴. Warunek „zastępowalności” wykonawców jest przy tym wzmacniany przez wymóg, by organizacja miała odpowiednią liczebność, która zapewnia możliwość wyboru ostatecznych wykonawców i ich wymiany w razie potrzeby.

Nie sposób nie zgodzić się z twierdzeniem, że w istocie takie hierarchiczne struktury, charakteryzujące się rozbudowanymi mechanizmami służącymi wymuszeniu posłuchu wskazują na instrumentalizację roli bezpośredniego wykonawcy, który potencjalnie może być zastąpiony przez jakiegokolwiek innego członka organizacji. W tym sensie bezpośrednim sprawcą może stać się każdy, działając jako „trybik w cudzej maszynie”⁶⁵ i z perspektywy sprawcy pośredniego jest w zasadzie całkowicie anonimowym żołnierzem, wykonawcą cudzej woli. Rzecz jednak w tym, że to ujęcie przenosi akcent z kontroli nad popełnieniem zbrodni, czyli nad aktem realizacji jej znamion na charakterystykę konkretnej organizacji czy struktury, która miała zostać wykorzystana do popełnienia tej zbrodni i opisanie roli, którą dana osoba pełniła w ramach tej struktury. Nieuchronnie zbliża to takie rozumienie sprawstwa pośredniego do odpowiedzialności karnej za zaangażowanie w działalność organizacji

Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi”, 27 June 2011, par. 69; Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Case No. ICC-01/09-02/11, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 January 2012, par. 407; Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, 9 June 2014, par. 104.

⁶³ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, par. 1408.

⁶⁴ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 514–515; Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, par. 1408.

⁶⁵ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 514–515.

przestępczej⁶⁶. Szczególnego znaczenia nabiera bowiem w tym przypadku istnienie określonej organizacji, jej wewnętrzna struktura, hierarchia i cele, mechanizmy wymuszania posłuszeństwa oraz ewentualny system nagród i kar, zaś właściwe popełnienie zbrodni, która podlega jurysdykcji MTK staje się elementem, który „jedynie” tego obrazu dopełnia. Dopełnienie takie istnieje przy tym ilekroć sprawca bezpośredni był członkiem organizacji albo osobą z nią związaną, zaś zbrodnia była wpisana w działalność lub cele szerszej struktury.

Sprawca pośredni nie musi w takim układzie znać wykonawców czynu – można by wręcz powiedzieć, że im dalej usytuowany jest on w hierarchii od wykonawcy, tym bardziej przekonujące zdawać się może twierdzenie, że bezpośredni sprawca traktowany był przez sprawcę pośredniego jako „ludzkie narzędzie” wykorzystane instrumentalnie do popełnienia czynu. W takim układzie sprawca nie musi również znać szczegółów popełnienia zbrodni, choć rzecz jasna musi wypełniać znamiona strony podmiotowej zarzuconej zbrodni⁶⁷. Wskazuje się przy tym, że sprawca pośredni używa intencjonalnie co najmniej części podległego mu aparatu władzy po to, by nakierować go na popełnienie zbrodni, nie pozostawiając podwładnym wyboru co do tego, czy dojdzie do popełnienia zbrodni, czy też nie⁶⁸. Wciąż jednak charakteryzuje to w mojej ocenie raczej wewnętrzną strukturę oraz stosunki w ramach organizacji (struktury hierarchicznej), aniżeli sposób popełnienia zbrodni. Rzecz jasna zbrodnia podlegająca jurysdykcji MTK musi zostać obiektywnie dokonana, jednak okoliczności jej popełnienia opisuje się w sposób podobny do tego, w jaki dowodowo weryfikuje się popełnienie zbrodni przy warunku akcesoryjności, mianowicie – oceniając czy oddziały lub struktury podległe potencjalnemu sprawcy pośredniemu dopuściły się popełnienia zbrodni. Jego udział czy zaangażowanie w fazie wykonawczej (np. poprzez wydawanie instrukcji wykonawcom czy kontakt z nimi w czasie popełniania zbrodni) nie są niezbędne dla przypisania odpowiedzialności.

Wskazany model przypisania ma jeszcze pewną dodatkową modalność w postaci wspomnianego na wstępie współsprawstwa pośredniego (*indirect co-perpetration*), które stanowi kombinację elementów konstytutywnych dla sprawstwa pośredniego oraz współsprawstwa. Forma ta –

⁶⁶ Zob. K. A m b o s, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford 2013, s. 113–120.

⁶⁷ Zob. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2789.

⁶⁸ Zob. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2784.

podobnie jak w przypadku współsprawstwa – zakłada istnienie porozumienia między dwoma lub więcej osobami, przy czym jak była o tym mowa powyżej to porozumienie może być również zawarte konkludentnie i nie musi mieć *stricte* przestępnego charakteru⁶⁹. Wystarczy, że zrealizowanie zawartego porozumienia skutkowałoby popełnieniem zbrodni⁷⁰. Istota pośredniego charakteru współsprawstwa sprowadza się w tym wypadku do tego, że konieczny wkład w popełnienie zbrodni realizowany jest poprzez władztwo nad czynem wykonanym przez sprawcę bezpośredniego (a przy odmianie zakładającej wykorzystanie organizacji do popełnienia przestępstwa – poprzez kontrolę nad hierarchicznie zorganizowaną podległą strukturą). Innymi słowy, konieczny wkład polega na popełnieniu zbrodni przez inną osobę, która własnoręcznie popełnia zbrodnię i nie jest stroną zawartego porozumienia⁷¹.

Można by więc krótko skonstatować, że w przypadku tej formy popełnienia zbrodni istnieją dwa rodzaje współzależności między sprawcami – z jednej strony współsprawcy pośredni są ze sobą połączeni węzłem porozumienia i działają w oparciu o przyjęty podział ról, z drugiej ze względu na to, na czym polega rola przypisana każdemu z nich współsprawcy pośredni zasadniczo nie działają w porozumieniu z osobami, które własnoręcznie popełniają zbrodnie, lecz instrumentalnie wykorzystują wykonawców do popełnienia czynu. Jest to jednak tylko pewne uproszczenie – nie można bowiem wykluczyć, że współsprawca pośredni może być jednocześnie co najmniej częściowo zaangażowany w wykonanie konkretnych zbrodni (np. brać czynny udział w ataku na jeden z wybranych celów czy osobiście brać udział w przesłuchaniach bezprawnie zatrzymanych osób i poddawać je nieludzkiemu traktowaniu), a tym samym konieczny wkład

⁶⁹ Zob. Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(1) and (b) of the Rome Statute, 23 January 2012, par. 301.

⁷⁰ Zob. Prosecutor v. Muammar Mohammed Abuminyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Case No. ICC-01/11-01/11, Decision on the “Prosecution’s Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi”, 27 June 2011, par. 69; Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2787.

⁷¹ Zob. Prosecutor v. Muammar Mohammed Abuminyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Case No. ICC-01/11-01/11, Decision on the “Prosecution’s Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi”, 27 June 2011, par. 69; Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(1) and (b) of the Rome Statute, 23 January 2012, par. 292; Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2787.

współsprawcy pośredniego w popełnienie zbrodni może polegać częściowo na realizacji zbrodni przez inne osoby, a więc pośrednio; z drugiej zaś na osobistym wypełnieniu co najmniej części znamion zbrodni⁷².

W perspektywie współczesnych wyzwań, przed którymi bezsprzecznie stoi międzynarodowe prawo karne szczególnego znaczenia nabiera przekonanie, że wspomnianą „organizacją”, która wykorzystywana jest przez sprawcę pośredniego do popełnienia zbrodni może być państwo i struktury związane z państwem⁷³. Ujmując to od innej strony – za sprawcę pośredniego może zostać uznana osoba sprawująca władzę w państwie, której kontrola rozciąga się na najważniejsze sfery funkcjonowania państwa (takie jak wojskowość, wywiad, siły specjalne, policja, wymiar sprawiedliwości, ale również gospodarka oraz logistyka)⁷⁴. Chodzi przy tym nie tyle o formalnie powierzoną funkcję (głowy państwa, członków rządu etc.), lecz o faktyczną i rzeczywistą władzę w państwie⁷⁵, czemu nie zawsze towarzyszy oficjalnie przypisana funkcja. Tym samym, podstawowa trudność sprowadza się do zrekonstruowania rzeczywistej sfery wpływów danej osoby i instrumentów pozwalających na wymuszenie posłuszeństwa.

Ten układ sytuacyjny wydaje się o tyle interesujący, że państwo pozostaje podmiotem prawa międzynarodowego i samo w sobie nie jest strukturą stworzoną czy przeznaczoną do popełniania przestępstw. Jednocześnie nie budzi wątpliwości, że państwo, a raczej wchodzącego w jego skład struktury polityczne i militarne, mogą zostać wykorzystane do popełnienia zbrodni. W ramach każdego państwa istnieją zarazem struktury o ściśle zhierarchizowanym charakterze takie jak armia, policja, służby ochrony państwowej, których prawidłowe funkcjonowanie wymaga dyscypliny oraz posłuszeństwa wydawanym rozkazom. Bez tego żadna taka struktura nie mogłaby istnieć i należycie pełnić swojej roli. Można by wręcz twierdzić, że z istoty rzeczy armia państwa stanowi strukturę, która spełnia wszystkie sformułowane w orzecznictwie MTK przesłanki przyję-

⁷² Zob. S. El d a r, *Indirect Co-Perpetration*, *Crim Law and Philos* 2014, t. 8, s. 605–617.

⁷³ Zob. *Prosecutor v. Muammar Mohammed Abuminyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Case No. ICC-01/11-01/11, Decision on the “Prosecution’s Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi”, 27 June 2011, par. 71–76.

⁷⁴ Zob. *Prosecutor v. Muammar Mohammed Abuminyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Case No. ICC-01/11-01/11, Decision on the “Prosecution’s Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi”, 27 June 2011, par. 72–73.

⁷⁵ Zob. *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo*, Case No. ICC-01/04-02/12, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 18 December 2012, par. 430–442.

cia tej szczególnej odmiany sprawstwa pośredniego. Jest to bowiem zawsze struktura o dużej liczebności, a zarazem o sformalizowanej i wielopoziomowej strukturze. Jej funkcjonowanie opiera się na wydawanych rozkazach, a jednocześnie w odniesieniu do struktur takich jak armia niemal zawsze spełniony jest wspomniany wyżej warunek „zastępowalności”. Z drugiej jednak strony są to cechy efektywnie funkcjonującej armii państwowej i tak długo, jak nie jest ona wykorzystywana do realizacji przestępnych przedsięwzięć trudno kwestionować taką charakterystykę struktur wojskowych państwa. To zaś skłania do wniosku, że w przypadku sprawstwa pośredniego, które miało być realizowane za pośrednictwem struktur państwa chodzi tak naprawdę o nadużycie państwowych struktur i o wypaczenie ich istoty oraz celów.

Z orzecznictwa MTK można przy tym odczytać – choć w sposób pośredni – pewne dodatkowe elementy, które ujawniają się w przypadku struktur militarnych lub paramilitarnych wykorzystywanych dla popełniania zbrodni. W pierwszej kolejności zwraca uwagę przymusowy pobór do wojska (w tym wcielanie do oddziałów zbrojnych ludności cywilnej, w tym dzieci), któremu towarzyszą brutalne rytuały inicjacyjne nakierowane na to, by już od samego początku wymusić bezwzględne posłuszeństwo. Nie należą przy tym do rzadkości przypadki zmuszania osób wcielonych do oddziałów zbrojnych do dokonywania brutalnych zabójstw i innych aktów przemocy i prezentowania im publicznych egzekucji⁷⁶. Działaniom takim towarzyszą przemówienia, które mają na celu wzbudzenie nienawiści w stosunku do potencjalnych ofiar oraz „zmobilizowanie” żołnierzy do jak największego zaangażowania (przez które rozumie się jak największe bestialstwo), zaś szkolenie wojskowe prowadzone jest z pogwałceniem fundamentalnych standardów obowiązujących w czasie trwania konfliktu zbrojnego⁷⁷. Za brak podporządkowania rozkazom grożą przy tym nie tyle typowe sankcje dyscyplinarne, co kary mutilacyjne i kara śmierci; natomiast popełnianie zbrodni i brutalność (zwłaszcza w stosunku do jeńców i ludności cywilnej) spotyka się z nagrodą w postaci awansu w hierarchii⁷⁸.

W odniesieniu do ukształtowanych w ten sposób struktur militarnych oraz paramilitarnych, zdeprawowanych przez swoje zwierzchnictwo wojskowe oraz cywilne, konstrukcja sprawstwa pośredniego realizowa-

⁷⁶ Zob. Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2856.

⁷⁷ Zob. Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2856.

⁷⁸ Zob. Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo, Case No. ICC-01/04-02/12, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 18 December 2012, par. 434.

nego poprzez organizację (zorganizowaną strukturę) nie wydaje się budzić aż tak daleko idących kontrowersji. Bezspornie bowiem na płaszczyźnie aksjologicznej i kryminalno-politycznej ujęcie takie wydawać się może uzasadnione czy wręcz pożądane, choć wątpliwości natury dogmatycznej wydają się trudne do wyeliminowania. Elementy charakterystyczne dla tej formy sprawstwa pośredniego nie znajdują bowiem żadnego potwierdzenia w Statucie MTK. Problematyczne na każdym poziomie pozostaje jednocześnie to, czy za strukturę spełniającą wykreowane w doktrynie i orzecznictwie przesłanki tej formy sprawstwa pośredniego mogą zostać uznane zhierarchizowane struktury państwa, nawet jeśli w ramach tych struktur nie były stosowane oczywiście bezprawne sposoby wymuszania posłuszeństwa.

Nadmienić przy tym należy, że choć koncepcja sprawstwa pośredniego (współsprawstwa pośredniego) poprzez wykorzystanie zorganizowanych struktur funkcjonuje w orzecznictwie MTK od lat, to jednak nie doczekała się systematycznego opracowania. Wykorzystuje się ją w praktyce po to, aby przypisać odpowiedzialność karną osobom usytuowanym na szczycie hierarchii w danej strukturze (zwierzchnikom cywilnym oraz wojskowym), jednak stosunkowo niewiele uwagi poświęca się przy tym zwierzchnikom średniego i niższego szczebla, którzy również wydają rozkazy i pozostają w relacjach zarówno z bezpośrednimi wykonawcami, jak i najwyższym zwierzchnictwem. Koncepcja *control over crime* zakłada, że w przypadku popełnienia zbrodni poprzez zorganizowaną strukturę sprawca pośredni przez kontrolę nad strukturą sprawuje władztwo nad popełnieniem samej zbrodni. Oczywiście jest zarazem, że między najwyższym zwierzchnictwem a bezpośrednimi wykonawcami może istnieć wiele szczebli pośrednich, na których usytuowani są dowódcy i urzędnicy średniego i niskiego szczebla, którzy albo bezpośrednio wydają instrukcje osobom zaangażowanym w wykonanie zbrodni albo przekazują je swoim podwładnym, którzy wydają bardziej szczegółowe rozkazy wykonawcom.

Co do zasady ta kategoria zwierzchników również nie popełnia zbrodni „własnoręcznie”, a w konsekwencji sprawstwo pośrednie wydaje się *prima facie* najbardziej adekwatną konstrukcją normatywną dla ewaluacji ich zachowania. Jednocześnie jednak zwierzchnicy ci nie są usytuowani na szczycie hierarchii, nie są „pomysłodawcami” popełnienia zbrodni i sami pozostają w określonej relacji podległości w stosunku do najwyższego zwierzchnictwa. Z jednej więc strony na pewno mają oni większą swobodę decyzyjną niż bezpośredni wykonawcy i wydają im wiążące instrukcje, ale z drugiej nie są podmiotami całkowicie samodzielnymi, którzy kreują całe „przedsięwzięcie przestępne”. Rozwijana w orzecznictwie MTK koncepcja

control over crime niestety nie pozwala udzielić jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o to, w jaki sposób oceniać zachowanie osób usytuowanych na poszczególnych szczeblach w hierarchii (za wyjątkiem bezpośrednich wykonawców, w przypadku których kwalifikacja prawna jest oczywista). Jeśli przyjąć, że zwierzchnicy wojskowi i cywilni średniego oraz niskiego szczebla odpowiadać powinni za sprawstwo pośrednie, to tym samym najwyższe zwierzchnictwo sprawowałoby swoje władztwo nie tyle nad bezpośrednimi wykonawcami, co nad sprawcami pośrednimi, którzy są usytuowani na niższym szczeblu w hierarchii. Prowadziłoby to w istocie do powstania kaskadowej struktury sprawstwa pośredniego nad sprawcą pośrednim usytuowanym niżej w hierarchii. W tym wypadku należałoby skonstatować, że nie tyle mamy tu do czynienia z przejęciem władztwa nad czynem przez sprawcę pośredniego (jak uznaje się w orzecznictwie MTK), co – jak sygnalizowano powyżej – ze współistnieniem różnych form władztwa nad czynem, przy czym sprawcy pośredni różniliby zakresem realnie sprawowanej kontroli stosownie do uprawnień przypisanych do szczebla, na którym zostali usytuowani w hierarchii.

Alternatywnie można by argumentować, że sprawstwo pośrednie opisuje w istocie wyłącznie relacje między bezpośrednimi wykonawcami, a ich zwierzchnictwem (niezależnie od szczebla w hierarchii). Osoby, które nie popełniają zbrodni własnoręcznie powinny być natomiast traktowane w relacjach wewnętrznych jako współsprawcy działający w ramach szeroko rozumianego porozumienia istniejącego między zwierzchnictwem różnych szczebli. Takie porozumienie miałoby jednak wyjątkowo szeroki zakres, co koniec końców prowadziłoby do wniosku, że głowa państwa albo zwierzchnik sił zbrojnych działał w porozumieniu z dowódcą dywizji, plutonu czy brygady, którego być może nigdy osobiście nie poznał, co wydaje się rozwiązaniem cokolwiek nieintuicyjnym. Z drugiej jednak strony trudno przyjąć, że to najwyższe zwierzchnictwo jako sprawcy pośredni sprawowało wyłączną kontrolę nad realizacją zbrodni, podczas gdy w praktyce wiele decyzji (np. wyborze celów bojowych, miejscu i godzinie operacji, liczbie wysyłanych żołnierzy, amunicji, metodach ataku) zapaść mogło na niższych szczeblach i stanowiło emanację kontroli nad zbrodnią sprawowaną przez inne osoby (również niezaangażowane bezpośrednio w wykonanie zbrodni).

6. Podsumowanie

Podsumowując powyższe uwagi wskazać należy, że choć zawarta w art. 25 (3) (a) Statutu Rzymskiego definicja sprawstwa wykazuje *prima*

facie duże podobieństwo do regulacji zawartej w niemieckim kodeksie karnym, a dominująca w orzecznictwie MTK koncepcja sprawstwa nawiązuje bez wątpienia do dorobku niemieckiej doktryny, to jednak rozważania prawne prezentowane w orzecznictwie Trybunału mają charakter w dużej mierze autonomiczny. Zawarta w Statucie definicja sprawstwa funkcjonuje wszak w zgoła odmiennym otoczeniu normatywnym i uzupełniana jest przez takie formy współdziałania, które nie są znane niemieckiemu ustawodawstwu. Nie można tracić z pola widzenia, że to, co w sądownictwie krajowym miało charakter wyjątku od klasycznego rozumienia sprawstwa pośredniego i nie weszło na stałe do praktyki, na gruncie orzecznictwa MTK stanowi zasadę aplikowaną do zbrodni we wszystkich stadiach postępowania.

Fundamentalnego znaczenia nabiera zatem wskazanie jednoznacznych kryteriów, które umożliwiają przypisanie odpowiedzialności za sprawstwo pośrednie i współsprawstwo. Niewątpliwą słabością koncepcji sprawstwa pośredniego przy wykorzystaniu zorganizowanej struktury (organizacji), jak i współsprawstwa pośredniego (*indirect co-perpetration*) jest w tym kontekście to, że przesłanki przypisania odpowiedzialności karnej nie mają bezpośredniej podstawy w tekście Statutu Rzymskiego, lecz są owocem prawotwórczej działalności Trybunału⁷⁹. Wnikliwa analiza tych przesłanek wskazuje, że mają one charakter ocenny i w dużej mierze zależne są od tego, w jaki sposób ukształtowane są przedstawione przez Prokuratora i zatwierdzone przez Izbę Przygotowawczą zarzuty. To one określają to, jak rekonstruowane będzie porozumienie (przy współsprawstwie pośrednim i bezpośrednim) oraz jak ustalony zostanie krąg potencjalnych sprawców bezpośrednich i pośrednich w ramach istniejącej struktury.

Nie sposób również oprzeć się wrażeniu, że koncepcja *control over crime* choć odnosi się do władztwa, to jednak nie nad popełnieniem zbrodni, której sprawstwo jest *in casu* przypisywane, lecz raczej nawiązuje do dominacji nad określoną organizacją lub strukturą, co wydaje się aktualne zwłaszcza w odniesieniu do przyjętego w orzecznictwie MTK rozumienia sprawstwa pośredniego. W praktyce prowadzi to przede wszystkim do „usprawczenia” zachowań, które w wielu przypadkach zostały już wprost wskazane w Statucie Rzymskim (m.in. wydawanie rozkazów, dostarczanie środków do popełnienia zbrodni, przekazywanie instrukcji, namawianie do popełnienia zbrodni). Warto jednocześnie

⁷⁹ Zob. Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled ‘Judgment’. Annex 5: Partly concurring opinion of Judge Chile Eboe-Osuji, 30 March 2021, par. 16.

zauważyć, że art. 25 (3) Statutu Rzymskiego zawiera niezwykle szczegółową regulację dotyczącą form współdziałania, która pozwala na zróżnicowanie ról pełnionych przez każdego ze współuczestników i to zarówno na poziomie przypisania, jak i wymiaru kary. Fundamentalne pytanie sprowadza się natomiast do tego, czy prawidłowa ocena prawna i kategoryzacja zachowań poszczególnych uczestników (określana niekiedy w orzecznictwie oraz literaturze jako *fair labelling*)⁸⁰ wymaga „usprawczenia” zachowań władz politycznych oraz wojskowych, czy wystarczające jest zakwalifikowanie tych zachowań na podstawie właściwych przepisów art. 25 (3) (b–d) oraz art. 28 Statutu Rzymskiego. Dotychczasowa praktyka Trybunału zdaje się wspierać pierwszą z tych perspektyw, choć błędem byłoby założenie, że po ponad 10 latach funkcjonowania koncepcji *control over crime* w orzecznictwie MTK ujęcie to nie budzi już fundamentalnych wątpliwości.

Bibliografia

1. Ambos K., Article 25. Individual Criminal Responsibility, (w:) O. Triffterer, K. Ambos (red.), Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, Monachium 2016.
2. Ambos K., Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part, Oxford 2013.
3. Damaska M., The Shadow Side of Command Responsibility, The American Journal of Comparative Law 2001, t. 49.
4. Damgaard C., Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes. Selected Pertinent Issues, Berlin–Heidelberg 2008.
5. Eser A., Grounds for excluding criminal responsibility, (w:) O. Triffterer, K. Ambos (red.), Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, Monachium 2016.
6. Jessberger F., Geneuss J., On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir, Journal of International Criminal Justice 2008, nr 6.
7. Kardas P., Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie, Kraków 2001.
8. Kuczyńska H., Odpowiedzialność przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym za zbrodnie prawa międzynarodowego popełnione w czasie konfliktu w Ukrainie, Palestra 2022, nr 4.

⁸⁰ Zob. Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Case No. ICC-01/12-01/15, Judgment and Sentence, 27 September 2016, par. 60.

9. Liszewska A., Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna, Łódź 2004.
10. Marsh L., Ramsden M., Joint Criminal Enterprise: Cambodia's Reply to Tadić, *International Criminal Law Review* 2011, nr 11.
11. Olewiński M., Konstrukcja związku przestępnego (*joint criminal enterprise*) a Statut Rzymski Międzynarodowego Trybunału Karnego, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2015, nr 4.
12. Rastan R., Jurisdiction, (w:) C. Stahn (red.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford 2015.
13. Rastan R., The jurisdictional scope of situations before the International Criminal Court, *Criminal Law Forum* 2012, nr 23.
14. Roxin C., Crimes as Part of Organized Power Structures, *Journal of International Criminal Justice* 2011, nr 9.
15. Schabas W., Pecorella G., Preconditions to the exercise of jurisdiction, (w:) O. Triffterer, K. Ambos (red.), *Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Monachium 2016.
16. Triffterer O., Clark R., Exclusion of jurisdiction over persons under eighteen, (w:) O. Triffterer, K. Ambos (red.), *Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Monachium 2016.
17. Weigend T., Perpetration through an Organization, *Journal of International Criminal Justice* 2011, nr 9.
18. Werle G., Burghardt B., Foreword, *Journal of International Criminal Justice* 2011, nr 9.
19. Werle G., Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute, *Journal of International Criminal Justice* 2007, nr 5.
20. Werle G., *Principles of International Criminal Law*, Haga 2009.
21. Wilmschurst E., *The International Criminal Court*, (w:) R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge 2018.

Criminal responsibility for the commission of an international crime in the light of the concept of perpetration adopted in ICC jurisprudence

Abstract

Article 25(3)(a) of the Rome Statute, like the German Criminal Code, provides for three types of perpetration: direct, indirect and co-

perpetration. When interpreting this provision the ICC consistently rejects both objective and subjective approach towards perpetration, referring to the concept of control over crime, which assumes that the perpetrator of a crime is the person who exercises authority over the committed act. However, a detailed analysis of the ICC case law indicates that the essence of the control over crime concept in this case is not so much about the control over the commission of the crime, i.e. the process of implementing its elements, but about dominance over the organised hierarchical structure that was to be used to commit the crime. The latter with no doubt deserves a more in-depth analysis.

Key words

International Criminal Court, co-perpetration, indirect perpetration, criminal co-operation (participation in crime).