


<https://doi.org/10.12797/Poliarchia.05.2017.09.03>

Dariusz STOLICKI

dariusz.stolicki@uj.edu.pl

 <https://orcid.org/0000-0002-8295-0848>

ORGANIZACYJNE I PERSONALNE RAMY „GLOBALNEJ WOJNY Z TERRORYZMEM” W ŚWIELE ORZECZNICTWA SĄDÓW AMERYKAŃSKICH

ABSTRACT

The Organizational and Personal Framework of the “Global War on Terror” in the Light of the Decisions of the United States Courts

The article analyses the law of military detention applicable to the ongoing conflict with Al-Qaeda and associated forces, to the extent that that law emerges from the jurisprudence of U.S. federal courts, and particularly of the D.C. Circuit. It discusses four major issues: the types of organizations against which military force can be used in accordance with the Congressional authorization, the range of persons subject to military detention in connection with such use of force (in terms of both legal categories and factual predicates), the scope of the battlefield on which the use of force is authorized, and the extent to which American citizens or foreigners lawfully present in the U.S. territory enjoy special immunity from military detention. The article concludes that the impact of the D.C. Circuit decisions on those questions extends beyond the issue of military detention, and provides the general legal framework applicable to other military operations directed against terrorist organizations in the Middle East, such as target strikes or the campaign against the self-styled Islamic State.

KEYWORDS

military detention, terrorism, Guantanamo, al-Bihani v. Obama, global war on terror

WSTĘP

Rozpoczęty przez Stany Zjednoczone w 2001 r. globalny konflikt zbrojny z organizacjami i osobami uznanymi przez rząd federalny USA za odpowiedzialne za ataki terrorystyczne z 11 września 2001 r.¹, a znany pod nazwą „globalnej wojny z terroryzmem”², jest pod wieloma względami radykalnie odmienny od klasycznych międzypaństwowych czy nawet wewnętrznych konfliktów zbrojnych, w kontekście których powstawało współczesne *ius in bello*. Od konwencjonalnego konfliktu różni go charakter walczących stron, stosowane przez nie metody prowadzenia walk oraz niedookreślone ramy geograficzne i czasowe. Przeciwnikiem nie jest regularna armia czy nawet zorganizowane w podobny sposób formacje partyzanckie, ale rozproszona, międzynarodowa organizacja terrorystyczna³, w dużym stopniu oparta o ideologiczne, a nie organizacyjne kryterium przynależności⁴, której członkowie działają w tajemnicy i ukrywają się wśród ludności cywilnej. Metody walki al-Kaidy i powiązanych z nią organizacji w sposób rażący nie przystają do norm klasycznego *ius in bello*. Również odpowiedź Stanów Zjednoczonych i ich sojuszników jest niekonwencjonalna – w wielu przypadkach mamy do czynienia z działaniami na styku sfery militarnej i dochodzeniowo-śledczej (*law enforcement*), a nawet klasyczne operacje wojskowe pociągają za sobą problemy dotychczas nieznane, na przykład te związane z precyzyjnie nakierowanymi, zindywidualizowanymi atakami przy użyciu samolotów bezzałogowych (tzw. dronów)⁵. Kolejnym nietypowym aspektem jest fakt, że konflikt ma charakter transnarodowy –

¹ Uchwalona 18 września 2001 r. wspólna rezolucja obu izb Kongresu upoważniła Prezydenta do użycia wszelkiej potrzebnej i odpowiedniej siły [*all necessary and appropriate force*] przeciwko krajom, organizacjom i osobom, które uzna on za odpowiedzialne za zaplanowanie, autoryzowanie, przeprowadzenie lub pomoc w przeprowadzeniu ataków terrorystycznych z 11 września 2001 r., bądź też za ochranianie takich osób i organizacji, w celu zapobieżenia wszelkim dalszym aktom terroryzmu przeciwko Stanom Zjednoczonym ze strony takich krajów, organizacji i osób. Zob. *Authorization for Use of Military Force*, Sept. 18, 2001, Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224 (2001).

² Wielu autorów wskazuje na głębokie niedoskonałości tego terminu, który błędnie sugeruje, że rzeczona „wojna” prowadzona jest przeciwko „terroryzmowi” *in abstracto*, a nie przeciwko konkretnym organizacjom terrorystycznym. Niemniej jednak przyjął się on już w piśmiennictwie naukowym i popularnym. Zob. m.in. J. S. Baker Jr., *A War, Yes; Against Terror, No*, „Michigan State Journal of International Law” 2011, vol. 19, nr 1, s. 119 i n.

³ Na temat rozproszonego charakteru al-Kaidy zob. m.in. J. Rollins, *Al Qaeda and Affiliates: Historical Perspective, Global Presence, and Implications for U.S. Policy*, CRS Report R41070, Congressional Research Service, Washington, D.C. 2011, [online] <https://fas.org/sgp/crs/terror/R41070.pdf>, 31 I 2018.

⁴ R. M. Chesney, *The Use of Force Regime and Unconventional Threats: Anwar al-Awlaki as a Case Study*, [w:] *Counterinsurgency Law: New Directions in Asymmetric Warfare*, red. W. C. Banks, Oxford–New York 2013, s. 161, 163–164.

⁵ Przegląd problemów związanych z tego typu atakami przedstawiają m.in. C. O. Finkelstein, J. D. Ohlin, A. Altman, red., *Targeted Killings: Law and Morality in an Asymmetrical World*, Oxford 2012; J. D. Rae, J. T. Crist, *Analyzing the Drone Debates: Targeted Killings, Remote Warfare, and Military Technology*, New York 2014; zaś w literaturze krajowej m.in. Ł. Kulaga, *Używanie dronów w celu zwalczania międzynarodowego terroryzmu w świetle „ius ad bellum”*, „Zeszyty Prawnicze” 2016,

działania zbrojne miały i mają miejsce w różnych krajach, przeważnie na terytorium państw formalnie neutralnych, i zwykle na skalę mniejszą niż w typowym konflikcie zbrojnym (np. w formie pojedynczych nalotów)⁶, a utajone struktury i współpracowników al-Kaidy wykrywano często w znacznej odległości od klasycznego pola bitwy. Wreszcie trudno precyzyjnie wskazać datę rozpoczęcia konfliktu⁷, a jeszcze trudniej określić, kiedy będzie można uznać, że dobiegł on końca⁸.

Zważywszy na wszystkie wymienione różnice, część komentatorów kwestionowała, czy w ogóle możemy mówić o konflikcie zbrojnym, i w związku z tym, czy zasadne jest stosowanie do działań USA od 2001 r. reżimu prawnego prawa konfliktu zbrojnego (*law of armed conflict*, LOAC)⁹. Nawet przyjmując założenie, że mamy do czynienia z konfliktem zbrojnym, nie sposób zaprzeczyć, że jest to konflikt wysoce niekonwencjonalny. Stąd też zrozumiałe jest, że środki dobrze ugruntowane w przypadku „klasycznego” prawa konfliktu zbrojnego, jak stosowanie detencji wojskowej wobec pojmanych nieprzyjaciół czy użycie broni śmiertelnej wobec kombatanatów nawet z dala od pola bitwy, budzą poważne kontrowersje. Szczególnie wskazuje się, że brak gwarancji proceduralnych czy kontroli sądowej nad stosowaniem rzeczonych środków podkopuje legitymację ich stosowania w warunkach konfliktu mającego wymienione w poprzednim akapicie cechy. Identyfikacja nieprzyjaciela przestaje być oczywista, konflikt staje się zindywidualizowany (co osłabia argumenty *ex necessitate militari*, tak istotne w klasycznym konflikcie międzypaństwowym), a granice między stanem wojny a poko-

vol. 16, z. 2, s. 141–162; tenże, *Używanie dronów w celu zwalczania międzynarodowego terroryzmu w świetle „ius in bello”*, „Zeszyty Prawnicze” 2016, vol. 17, z. 1, s. 107–134.

⁶ Zob. m.in. K. Anderson, *Targeted Killing and Drone Warfare: How We Came to Debate Whether There is a ‘Legal Geography of War’*, Future Challenges in National Security and Law, Hoover Institution, 14 VI 2010, [online] https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/futurechallenges_anderson.pdf, 31 I 2018; M. W. Lewis, *Drones and the Boundaries of the Battlefield*, „Texas International Law Journal” 2012, vol. 46, nr 2, s. 293 i n.

⁷ Zob. Defense Motion to Dismiss Because the Convening Authority Exceeded His Powers in Referring the Case to the Commission (Docket #AE 104), *United States v. Al-Nashiri* (U.S. Mil. Comm. 2012) (30 VIII 2012) (konflikt zbrojny trwa od 2001 r.); Government’s Response to Defense Motion to Dismiss (Docket #AE 104 B), *United States v. Al-Nashiri* (U.S. Mil. Comm. 2012) (13 IX 2012) (konflikt zbrojny trwa od 1996 r.). Zob. szerzej M. S. Lederman, *The Important and Difficult Issues in the Al-Nashiri Case: When Did the War Begin? And Was the Cole Bombing a War Crime?*, Just Security, 11 VIII 2014, [online] <https://www.justsecurity.org/13873/war-begin-feigning-civilian-status-unlawful-perfidy-al-nashiri-case/>, 31 I 2018.

⁸ Zob. np. A. Klein, *The End of al Qaeda? Rethinking the Legal End of the War on Terror*, „Columbia Law Review” 2010, vol. 110, nr 7, s. 1865 i n.

⁹ Zob. m.in. J. Fitzpatrick, *Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War on Terrorism*, „American Journal of International Law” 2002, vol. 96, nr 2, s. 345–354; J. J. Paust, *Post-9/11 Overreaction and Fallacies Regarding War and Defense, Guantanamo, the Status of Persons, Treatment, Judicial Review of Detention, and Due Process in Military Commissions*, „Notre Dame Law Review” 2004, vol. 79, nr 4, s. 1335 i n.; M. E. O’Connell, *The Legal Case Against the Global War on Terror*, „Case Western Reserve Journal of International Law” 2004, vol. 36, s. 349 i n.; C. Greenwood, *War, Terrorism, and International Law*, „Current Legal Problems” 2004, vol. 56, s. 505 i n.; R. E. Brooks, *War Everywhere: Rights, National Security Law, and the Law of Armed Conflict in the Age of Terror*, „University of Pennsylvania Law Review” 2004, vol. 153, s. 675 i n.

ju i operacjami wojskowymi i policyjnymi zacierają się. W związku z powyższym wskazuje się w doktrynie na tendencję ku konwergencji „cywilnego” prawa antyterrorystycznego, opartego na paradygmacie prawa karnego, i wywodzącego się z prawa konfliktu zbrojnego prawa „wojny z terroryzmem”¹⁰.

Jednym z aspektów tej konwergencji jest poddanie tradycyjnych środków militarnych stosowanych w konflikcie przeciwko al-Kaidzie i jej sojusznikom niespotykanej wcześniej kontroli sądowej¹¹. „Globalna wojna z terroryzmem”, jak chyba żaden poprzedzający ją konflikt (być może z wyjątkiem wojny secesyjnej¹²), uległa judykalizacji. Koronnym przykładem są tutaj decyzje Sądu Najwyższego USA, które zaowocowały przyznaniem osobom poddanym detencji wojskowej w bazie Marynarki Wojennej USA w Zatoce Guantanamo na Kubie przywileju *habeas corpus*, tj. prawa do kwestionowania przed sądami powszechnymi (a dokładniej Sądem Dystryktowym dla Dystryktu Columbii oraz Sądem Apelacyjnym dla Okręgu D.C.) legalności ich uwięzienia¹³. Rozpatrując te wnioski, sądy musiały zmierzyć się z problemem wyznaczenia ram organizacyjnych, personalnych, geograficznych i czasowych trwającego konfliktu¹⁴. Daje to badaczom wyjątkową okazję przeanalizowania norm prawnych obowiązujących w nowym typie konfliktów na poziomie skonkretyzowanej praktyki orzeczniczej.

Niniejszy artykuł podejmuje wątki po raz pierwszy poruszone przez autora w artykule *Ramy prawne reżimu detencji wojskowej w prawie amerykańskim w świetle aktualnego orzecznictwa*¹⁵, przechodząc jednak od ogólnych kwestii stosowności poszczególnych reżimów prawnych do omawianego konfliktu do konkretnych pytań wytyczających jego granice organizacyjne i personalne. Pytania te brzmią: przeciwko komu prowadzony jest konflikt zbrojny? Kto dokładnie należy do sił nieprzyjacielskich i może w związku z tym być legalnym celem użycia siły? Czy prawo w tej kwestii różnicuje obywateli amerykańskich od obcokrajowców? Część pierwsza artykułu odpowiada na pytanie o strony wojujące (czy też właściwie o strony nieprzyjacielskie, gdyż orzecznictwo federalne zajmowało się problemem z tego punktu widzenia). Część

¹⁰ R. M. Chesney, J. L. Goldsmith, *Terrorism and the Convergence of Criminal and Military Detention Models*, „Stanford Law Review” 2008, vol. 60, nr 4, s. 1079 i n.

¹¹ A. R. Pearlman, *Meaningful Review and Process Due: How Guantanamo Detention is Changing the Battlefield*, „Harvard National Security Journal” 2015, vol. 6, s. 293–294.

¹² Na wyjątkową judykalizację wojny secesyjnej zwraca uwagę S. C. Neff, *Justice in Blue and Gray: A Legal History of the Civil War*, Cambridge, MA 2010, s. 1–2.

¹³ Zob. *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004) oraz *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

¹⁴ Na rolę sądownictwa w tej kwestii wskazują m.in. R. M. Chesney, *Who May be Held? Military Detention through the Habeas Lens*, „Boston College Law Review” 2011, vol. 52, nr 3, s. 769 i n. oraz B. Wittes, R. M. Chesney, L. Reynolds, *The Emerging Law of Detention 2.0. The Guantanamo Habeas Cases as Lawmaking*, Brookings Institution Governance Series, Washington, D.C. 2012, [online] http://www.brookings.edu/~media/research/files/reports/2011/5/guantanamo%20wittes/05_guantanamo_wittes.pdf, 31 I 2018.

¹⁵ D. Stolicki, *Ramy prawne reżimu detencji wojskowej w prawie amerykańskim w świetle aktualnego orzecznictwa*, „Politeja. Pismo Wydziału Studiów Międzynarodowych i Politycznych Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2014, vol. 27, nr 1, s. 31–60.

druga przedstawia spór o kryteria prawne określające, kto personalnie może być celem użycia siły zbrojnej jako nieprzyjacielski kombatan, zakończony w znacznym stopniu orzeczeniem *Al-Bihani v. Obama* z 2010 r.¹⁶ Część trzecia poświęcona jest późniejszemu orzecznictwu operacjonalizującemu standard prawny wypracowany w *Al-Bihani*. Wreszcie część czwarta omawia zagadnienie negatywnych przesłanek stosowania detencji wojskowej, na czele z problemem stosowania detencji wojskowej i innych środków militarnych wobec obywateli amerykańskich.

Autor przyjmuje perspektywę metodologiczną, jaką na mocy zasady *stare decisis* byłby zobowiązany przyjąć panel Sądu Apelacyjnego dla Okręgu D.C. (jako że tylko sądy tego Okręgu są właściwe w sprawach o *habeas corpus* wnoszonych przez osadzonych w Guantanamo¹⁷), a więc za wiążące uznaje precedensowe rozstrzygnięcia prawne Sądu Najwyższego USA i Sądu Apelacyjnego Okręgu D.C.¹⁸ Orzeczenia innych sądów federalnych, opinie Urzędu Doradztwa Prawnego (OLC) oraz poglądy doktryny są przywoływane w sposób uzupełniający, ale nie są traktowane jako wiążące. Problem będzie rozpatrywany wyłącznie z perspektywy prawa amerykańskiego, uwzględniając prawo międzynarodowe tylko w tym zakresie, w jakim uległo ono inkorporacji do porządku prawnego USA i było stosowane przez amerykańskie sądy federalne jako jego część¹⁹.

Problemy związane ze stosowaniem prawa konfliktów zbrojnych do działań antyterrorystycznych Stanów Zjednoczonych po 2001 r. były już podejmowane w literaturze krajowej. W pierwszych latach po 2001 r. największe zainteresowanie badaczy krajowych budziła w ogóle kwalifikacja „wojny z terroryzmem” jako konfliktu zbrojnego²⁰ oraz – przede wszystkim – zastosowanie do detencji wojskowej w jej ramach

¹⁶ *Al-Bihani v. Obama*, 590 F.3d 866 (D.C. Cir. 2010) (“Al Bihani I”), *en banc rehearing denied*, 619 F.3d 1 (D.C. Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S. Ct. 1814 (2011).

¹⁷ S. I. Vladeck, *The D.C. Circuit After Boumediene*, „Seton Hall Law Review” 2011, vol. 41, s. 1452, fn. 14; *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 795-796 (2008).

¹⁸ B. A. Garner, C. Bea, R. W. Berch, N. M. Gorsuch et al., *The Law of Judicial Precedent*, St. Paul, MN 2016, s. 28–30, 37–40.

¹⁹ W szczególności oznacza to, że nie będą uwzględniane umowy międzynarodowe podpisane, ale nieraetyfikowane przez Prezydenta (np. protokoły dodatkowe do konwencji genewskich) lub niestosowne w sposób bezpośredni (*non-self-executing*) (zob. *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491, 504-505 [2008] [*This Court has long recognized the distinction between treaties that automatically have effect as domestic law, and those that – while they constitute international law commitments – do not by themselves function as binding federal law*]), jak również przepisy traktatowe sprzeczne z Konstytucją lub późniejszą ustawą (*Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190, 194 [1888] [*By the constitution, a treaty is placed on the same footing, and made of like obligation, with an act of legislation [...]; but, if the two are inconsistent, the one last in date will control the other*]). Ze względu na trwającą dyskusję co do statusu prawa międzynarodowego zwyczajowego (zob. np. C. A. Bradley, J. L. Goldsmith, *Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position*, „Harvard Law Review” 1997, vol. 110, nr 4, s. 815 i n. oraz E. A. Young, *Sorting Out the Debate Over Customary International Law*, „Virginia Journal of International Law” 2002, vol. 42, s. 365 i n.), uwzględniane ono będzie tylko w tym zakresie, w jakim znalazło odzwierciedlenie w obowiązującym orzecznictwie sądów federalnych.

²⁰ Przy czym większość z nich opowiadała się przeciwko takiej kwalifikacji, status konfliktu zbrojnego przyznając jedynie działaniom prowadzonym na terytorium Afganistanu. Zob. m.in. R. Mizerski, *W ogniu „wojny z terroryzmem”: o statusie kombatan*, [w:] *Wybrane aktualne problemy międzynarodowego prawa humanitarne*, red. M. Lubiszewski, T. Jasudowicz, R. Fordoński, Olsztyn 2005, s. 144;

przepisów III konwencji genewskiej odnoszących się do traktowania jeńców wojennych w konfliktach o charakterze międzynarodowym²¹. W kolejnych latach zwróciło się ono także ku problemom kontroli sądowej nad stosowaniem detencji wojskowej²², sposobu traktowania pojmanych uczestników konfliktu (w szczególności pod kątem współodpowiedzialność Polski za ewentualne naruszenia mające miejsce na terytorium RP)²³, dopuszczalności powoływania specjalnych trybunałów wojskowych dla sądenia osadzonych w Guantanamo²⁴ czy wreszcie kategorii bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych, do której – jak to szerzej przedstawiono w części drugiej tego artykułu – odwoływały się niektóre orzeczenia poświęcone ramom personalnym konfliktu²⁵.

M. Balcerzak, *Terroryzm a międzynarodowe prawo humanitarne – kilka refleksji*, [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie. Osiągnięcia i wyzwania*, red. T. Jasudowicz, Toruń 2007, s. 149–150; S. Zaręba, *Międzynarodowe prawo humanitarne a wojna w Afganistanie – wybrane zagadnienia*, „Studenckie Zeszyty Naukowe UMCS” 2010, z. 20, s. 8–9.

²¹ Tu znów przeważało stanowisko, że zastosowanie takie powinien mieć przynajmniej art. 5 konwencji określający tryb rozstrzygania o statusie pojmanych uczestników działań zbrojnych. Zob. m.in. J. Barcik, *Status prawny Talibów i członków al-Qaeda zatrzymanych przez władze USA*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 1, s. 91–102; M. Marcinko, „Status terrorysty” w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego, [w:] *Walka z terroryzmem w świetle prawa międzynarodowego*, red. K. Lankosz, P. Czubik, M. Chorośnicki, Bielsko-Biała 2004, s. 133–141; A. Szpak, *Status zatrzymanych w Guantanamo Bay na Kubie*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005, vol. 5, nr 3, s. 184–191; M. Makieła, *Wojna z terroryzmem a traktowanie jeńców wojennych*, [w:] *Wybrane aktualne problemy...*, s. 183–200; A. Bieńczyk-Missala, P. Grenich, *Międzynarodowe prawo humanitarne w świetle współczesnych konfliktów zbrojnych*, [w:] *Stosunki międzynarodowe w XXI wieku*, red. E. Haliżak et al., Warszawa 2006, s. 322–325; A. Szpak, *Implementacja międzynarodowego prawa humanitarnego na tle aktualnych naruszeń tego prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 2006, vol. 68, z. 4, s. 73–75; W. Malendowski, *Status „wrogich bojowników” uwięzionych w amerykańskiej bazie wojskowej w Guantanamo*, [w:] *Amerykomania: Księga jubileuszowa prof. dr hab. Andrzeja Mani*, red. W. Bernacki, A. Walaszek, Kraków 2009, t. 2, s. 543–545; S. Zaręba, *Międzynarodowe prawo humanitarne...*, s. 19–25; A. Szpak, „Wojna z terroryzmem” jako zagrożenie dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa XXI wieku, [w:] *Current Challenges to Peacebuilding Efforts and Development Assistance*, red. K. Pędziwiatr, P. Kugiel, A. Dańda, Kraków 2011, s. 113–118.

²² A. Szpak, *Granting Judicial Protection to the Guantanamo Detainees by the American Courts*, „Polish Yearbook of International Law” 2005, vol. 27, s. 105–129; też, *Judicial Protection of the Guantanamo Detainees and American Nationals Held on the U.S. Territory – Analysis of the Judgments of the American Courts*, „Studia Prawnicze” 2007, nr 1(171), s. 145–174.

²³ K. Wierczyńska, *Some Remarks on Poland's Potential Responsibility for the Treatment of Detainees in a CIA Prison In Poland*, „Polish Yearbook of International Law” 2011, vol. 31, s. 259–284; M. Latacz, *Dopuszczalność wykorzystania wybranych form walki z terroryzmem z punktu widzenia praw podstawowych*, [w:] *Oblicza współczesnego terroryzmu*, red. G. Libor, Będzin 2016, s. 81–101; A. Zbaraszewska, *Tajne więzienia CIA w Europie – implikacje dla Polski*, „Przegląd Strategiczny” 2017, nr 10, s. 239–258.

²⁴ J. Barcik, *Prawnomiędzynarodowe aspekty dotyczące organu właściwego do sądenia terrorystów*, [w:] *Współczesny wymiar terroryzmu: konferencja naukowa, Zielonka, 5 października 2006 r.*, red. Z. Piątek, Warszawa 2006, s. 300–313; Ł. Lizis, *Military commissions w walce z terroryzmem międzynarodowym – aspekty prawne*, „Bezpieczeństwo. Teoria i Praktyka” 2015, nr 3(20), s. 37–49.

²⁵ P. Grzebyk, *Pojęcia „osoba cywilna” oraz „bezpośredni udział w działaniach zbrojnych” (wytyczne Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża)*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 2, s. 60–72; A. Szpak, *Bezpośredni udział w działaniach zbrojnych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*, Toruń 2013; M. Marcinko, *Direct Participation in Hostilities and Respect for the Lives of Civilians During*

Podkreślić jednak należy, że wszystkie te prace rozpatrywały wymienione problemy z perspektywy porządku międzynarodowego prawa humanitarnego, podczas gdy niniejszy artykuł przyjmuje perspektywę amerykańskiego prawa wewnętrznego, a ze względu na obowiązywanie w Stanach Zjednoczonych umiarkowanie dualistycznego modelu relacji między prawem międzynarodowym i krajowym²⁶ porządku te nie są tożsame. Wymienione prace stosowały zatem inne metody wykładni oraz odnosiły się w znacznym stopniu do innych źródeł. Ponadto koncentrują się na ogólnym charakterze prawnym „wojny z terroryzmem” oraz jego konsekwencjach dla statusu uczestników, a nie na konkretnych ramach organizacyjnych i personalnych konfliktu, które zresztą przed 2010 r. – a więc w okresie, gdy powstawała większość przytaczanych prac – były wciąż niedookreślone²⁷.

1. ZAKRES ORGANIZACYJNY KONFLIKTU – OKREŚLENIE STRON WOJUJĄCYCH

Jedną z podstawowych zasad prawa konfliktu zbrojnego jest rozróżnienie stron wojujących, przeciwko którym dozwolone są działania zaczepne, i stron neutralnych, które – jak długo przestrzegają obowiązków wynikających z prawa neutralności – co do zasady nie mogą być celem użycia siły²⁸ (aczkolwiek prawo wojny morskiej dopuszcza w ograniczonych wypadkach zbrojne opanowanie i konfiskatę statków neutralnych, nieuczestniczących w działaniach wojennych²⁹). Określenie, kto dokładnie jest stroną wojującą w konflikcie, jest więc pierwszym krokiem do ustalenia, przeciwko komu można zastosować siłę zbrojną – w tym również detencję wojskową.

Nie ma wątpliwości co do tego, że w amerykańskim prawie konstytucyjnym określenie nieprzyjaciela mieści się w kompetencji Kongresu do wypowiedzania wojny³⁰. Najczęściej – zwłaszcza w przypadku konfliktów międzypaństwowych – Kongres dokonuje tego bezpośrednio, wskazując nieprzyjaciela z nazwy. Od pierwszych lat istnienia Unii zdarzały się jednak wypadki, że upoważnienie do użycia siły miało charakter

Armed Conflicts, [w:] *Promoting Changes in Times of Transition and Crisis: Reflections on Human Rights Education*, red. K. Mazur, P. Musiewicz, B. Szlachta, Kraków 2013, s. 455–476, [online] <https://doi.org/10.12797/9788376383651.31>.

²⁶ Zob. *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* (1987), §§ 111 i nast. (2010 Cum. Sup.).

²⁷ Zauważyć można, że spośród decyzji sądowych Okręgu D.C. odnośnie do zakresu stosowania detencji wojskowej jedynie sprawa *Al-Bihani I* była omawiana w literaturze krajowej. Zob. R. Tarnogórski, *USA a prawo wojny (Al-Bihani v. Obama)*, „Biuletyn PISM” 2010, nr 4(612), s. 2111.

²⁸ L. F. L. Oppenheim, *International Law*, vol. 2, London 1906, s. 97.

²⁹ Zob. np. *Declaration Concerning the Laws of Naval War (London Declaration)*, Feb. 26, 1909, 208 Consol. T.S. 338 (1909), art. 37 oraz szerzej J. Farrant, *Modern Maritime Neutrality Law*, „International Law Studies” 2014, vol. 90, s. 229–250.

³⁰ Zob. art. I, § 8, cl. 11 (*The Congress shall have power [...] to declare war, grant letters of marque and reprisal, and make rules concerning captures on land and water*).

ogólny i abstrakcyjny, zostawiając egzekutywie jego konkretyzację³¹. Choć niektórzy badacze wyrażali wątpliwości, czy nie jest to forma niekonstytucyjnej delegacji władzy ustawodawczej³², to w świetle orzecznictwa dopuszczającego delegację pod warunkiem ograniczenia dowolności organu upoważnionego przez odpowiednio precyzyjne wytyczne co do sposobu jej wykorzystania³³ nie wydaje się, by taka praktyka budziła obiektywne wątpliwości konstytucyjnej.

Taka właśnie konstrukcja prawna znalazła zastosowanie właśnie w przytaczanej już rezolucji Kongresu z 18 września 2001 r. (AUMF), dopuszczającej użycie siły przeciwko krajom, organizacjom i osobom, które uznaje on [Prezydent] za odpowiedzialne za zaplanowanie, autoryzowanie, przeprowadzenie lub pomoc w przeprowadzeniu ataków terrorystycznych z 11 września 2001 r., bądź też za ochranianie takich osób i organizacji³⁴. Prezydent George W. Bush uznał za takowe al-Kaidę i afgański reżim talibów³⁵. W świetle bogatego materiału dowodowego świadczącego o roli kierowniczej al-Kaidy w atakach z 11 września³⁶, a także polityki reżimu talibów w sprawie zapewniania schronienia przywódcom i strukturom al-Kaidy zarówno przed, jak i po 11 września, decyzja prezydencka o użyciu siły przeciwko nim nie była kwestionowana ani przez sądy, ani przez Kongres³⁷.

³¹ Zob. np. *An Act Authorizing the Employment of the Land and Naval Forces of the United States, in Cases of Insurrections*, Mar. 3, 1807, 9th Cong., 2nd Sess., c. 39, 2 Stat. 443 (1807) (przeciwko osobom i zgromadzeniom, które siłą i zbrojnie opierają się wykonywaniu praw Unii) i *An Act to Protect the Commerce of the United States, and Punish the Crime of Piracy*, Mar. 3, 1819, 15th Cong., 2nd Sess., c. 77, § 2, 3 Stat. 510 (1819) (przeciwko okrętom pirackim). Wpółcześnie zob. m.in. *A Joint Resolution Authorizing the President to Employ the Armed Forces of the United States for Protecting the Security of Formosa, the Pescadores and Related Positions and Territories of that Area*, Pub. L. No. 84-4, 69 Stat. 7 (1955) (przeciwko krajom zagrażającym bezpieczeństwu Tajwanu); *A Joint Resolution to Promote Peace and Stability in the Middle East*, Pub. L. No. 85-7, 71 Stat. 5 (1957) (przeciwko ewentualnej komunistycznej agresji na Bliskim Wschodzie) oraz *Gulf of Tonkin Resolution*, Pub. L. No. 88-408, 78 Stat. 384 (1964) (przeciwko krajom zagrażającym bezpieczeństwu sił amerykańskich w Indochinach oraz sojuszników z SEATO).

³² Pogląd ten omawia J. H. Ely, *War and Responsibility*, Princeton, NJ 1993, s. 23–25.

³³ Zob. m.in. *J.W. Hampton, Jr., & Co. v. United States*, 276 U.S. 394 (1928); *Lichter v. United States*, 334 U.S. 742 (1948); *Skinner v. Mid-America Pipeline Co.*, 490 U.S. 212 (1989). Zob. szerzej E. A. Posner, A. Vermeule, *Interring the Nondelegation Doctrine*, „University of Chicago Law Review” 2001, vol. 69, s. 1721 i n.

³⁴ *Authorization for Use of Military Force*, Sept. 18, 2001, Pub. L. No. 107-40, § 1, 115 Stat. 224 (2001).

³⁵ *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, Presidential Military Order, 66 Fed.Reg. 57,833, § 1, 13 XI 2001.

³⁶ Zob. *Final Report*, National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, Washington, D.C. 2004.

³⁷ Z tej przyczyny nierozstrzygnięte pozostają liczne problemy interpretacyjne, jakie budzi omawiany fragment AUMF. Nie jest na przykład jasne, czy – gdyby jednak decyzja Prezydenta o uznaniu danej organizacji za odpowiedzialną za ataki z 11 września wzbudziła kontrowersje – to sądy mogłyby skontrolować jej poprawność, czy też – na mocy doktryny kwestii politycznych (zob. *Chicago & S. Air Lines v. Waterman S.S. Corp.*, 333 U.S. 103 [1948]) – uznałyby ją za wiążącą. Nie wiadomo też, jaki standard kontroli powinny zastosować, gdyby wybrały tę pierwszą możliwość: kontrolę *de novo*, uznając związek z atakami z 11 września za fakt jurysdykcyjny (zob. *Crowell v. Benson*, 285

Zasadniczym problemem jest natomiast rozstrzygnięcie, czy AUMF pozwala również na użycie siły przeciw organizacjom, które przed 2001 r. nie miały wystarczających związków z al-Ka'idą³⁸. Zagadnienie to zyskuje na znaczeniu w miarę eliminacji przez siły amerykańskie centralnego kierownictwa al-Ka'idy w Pakistanie i rozwoju nowych zagrożeń ze strony organizacji terrorystycznych działających w innych rejonach, jak na przykład al-Ka'ida na Półwyspie Arabskim (AQAP) czy tzw. Państwo Islamskie Iraku i Syrii (ISIS)³⁹. Wskazuje się na dwie konstrukcje prawne pozwalające rozszerzyć kategorię organizacji nieprzyjacielskich. Po pierwsze, jakkolwiek AUMF definiuje podmioty nieprzyjacielskie przez ich przeszły związek z atakami z 11 września, a więc w sposób statyczny, to prawo egzekutywy do użycia siły dotyczy wszystkich struktur i członków tych organizacji – włącznie z tymi, którzy przystąpili do nich już po uchwaleniu rezolucji, a sami nie mieli związku z zamachami z 2001 r.⁴⁰ Tak więc nieprzyjacielski charakter mają również te ugrupowania, które powstały lub rozwinęły się po 2001 r., o ile ich związki z al-Ka'idą są na tyle bliskie, że można je uznać za część składową tej ostatniej. Jako przykłady takich organizacji wymienia się AQAP⁴¹ i al-Ka'idę w krajach Maghrebu (AQIM)⁴² – struktury uznawane za częściowo autonomiczne, ale wciąż ściśle powiązane z kierownictwem al-Ka'idy⁴³. Rozproszona i sekretna struktura organizacji terrorystycznych poważnie utrudnia jednak wypracowanie precyzyjnych kryteriów,

U.S. 22, 54-64 [1932]), doktrynę *hard look*, zaproponowaną w *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971) jako standard kontroli nieformalnych rozstrzygnięć administracyjnych, czy doktrynę *Chevron* (zob. szerzej m.in. *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 [1984] oraz C. A. Bradley, *Chevron Deference and Foreign Affairs*, „Virginia Law Review” 2000, vol. 86, nr 4, s. 649 i n., a w literaturze krajowej M. Bernatt, *Kontrola sądowa nad interpretacją prawa dokonaną przez organy władzy wykonawczej (perspektywa amerykańska)*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 6, s. 39) stosowaną przy kontroli rozstrzygnięć regulacyjnych i interpretacyjnych? Na pewno niemożliwa byłaby typowa dla amerykańskiego prawa administracyjnego kontrola pod kątem istnienia znaczących podstaw dowodowych wspierających rozstrzygnięcie administracyjne, gdyż zakłada ona podjęcie tego rozstrzygnięcia na podstawie sformalizowanego materiału dowodowego (*record*) zebranego w postępowaniu o charakterze *quasi-sądowym*, a AUMF nie przewiduje takiej procedury.

³⁸ C. A. Bradley, J. L. Goldsmith, *Congressional Authorization and the War on Terrorism*, „Harvard Law Review” 2005, vol. 118, nr 7, s. 2109–2110.

³⁹ Zob. m.in. R. M. Chesney, *Beyond the Battlefield, Beyond Al Qaeda: The Destabilizing Legal Architecture of Counterterrorism*, „Michigan Law Review” 2013, vol. 112, s. 163 i n.

⁴⁰ C. Bradley, J. Goldsmith, *Congressional Authorization...*, s. 2110–2011. Zob. też R. M. Chesney, *Thoughts on the Brennan Speech: Scope of the AUMF, CCF, JSOC, and Other Issues*, Lawfare, 2 V 2012, [online] <http://www.lawfareblog.com/2012/05/thoughts-on-the-brennan-speech-scope-of-the-aumf-ccf-jsoc-and-other-issues>, 31 I 2018 (*The AUMF certainly does require a link to the 9/11 attacks, but that link according to the plain language of the AUMF can be supplied at the organizational rather than the individual level*).

⁴¹ Opposition to the Plaintiff's Motion for Preliminary Injunction and Memorandum in Support of Defendant's Motion to Dismiss pursuant to Fed. Rule of Civ. Proc. 12(b)(1) (Docket #15-1), *Al-Aulaqi v. Obama*, Civ. A. No. 10-cv-1469, 727 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2010) (25 IX 2010), s. 5.

⁴² Z. Laub, J. Masters, *Al-Qaeda in the Islamic Maghreb (AQIM)*, Council of Foreign Relations, 27 III 2015, [online] <http://www.cfr.org/north-africa/al-qaeda-islamic-maghreb-aqim/p12717>, 31 I 2018.

⁴³ R. M. Chesney, *The Use of Force Regime...*, s. 163–164; tenże, *Beyond the Battlefield...*, s. 26–27.

kiedy dane ugrupowanie może zostać uznane za część składową innego⁴⁴. W doktrynie wskazuje się na takie czynniki jak geneza danej organizacji, czy powstała ona samostannie, czy też została założona jako filia ugrupowania macierzystego⁴⁵ oraz jej relację do tego ostatniego, zwłaszcza formalne⁴⁶ oraz funkcjonalne⁴⁷ podporządkowanie jego kierownictwu.

Drugą konstrukcją prawną pozwalającą na użycie siły w oparciu o AUMF przeciwko organizacjom, do których rezolucja ta nie odnosi się wprost, jest formuła „sił stowarzyszonych” (*associated forces*), używana przez egzekutywę w kolejnych dokumentach określających osoby podległe detencji wojskowej⁴⁸. Konstrukcja ta zakłada, że ugrupowania włączające się do konfliktu zbrojnego między USA a al-Kaidą i talibami po stronie tych ostatnich z perspektywy amerykańskiej automatycznie stają się siłami nieprzyjacielskimi. Odwołuje się ona do znanej w prawie konfliktu zbrojnego instytucji współuczestnictwa (*cobelligerency*), polegającej na włączeniu się do konfliktu państwa uprzednio neutralnego po stronie jednego lub większej liczby uczestników⁴⁹. Państwo takie automatycznie staje się uczestnikiem konfliktu i nabywa prawa i obowiązki z tym związane (tracąc równocześnie przywileje i immunitety związane ze statusem strony neutralnej), bez względu na to, czy zostanie za takie uznane przez pozostałych⁵⁰. Prawo współuczestnictwa po-

⁴⁴ Tamże, s. 28–31.

⁴⁵ R. M. Chesney, *Is There a Significant Distinction Between “al Qaeda” and “al Qaeda in the Arabian Peninsula”?*, Lawfare, 3 XI 2010, [online] <http://www.lawfareblog.com/2010/11/is-there-a-significant-distinction-between-al-qaeda-and-al-qaeda-in-the-arabian-peninsula>, 31 I 2018.

⁴⁶ Tenże, *AQAP Is Not Beyond the AUMF: A Response to Ackerman*, Lawfare, 24 IV 2012, [online] <http://www.lawfareblog.com/2012/04/aqap-is-not-beyond-the-aumf-a-response-to-ackerman>, 31 I 2018.

⁴⁷ Tenże, *Is AQAP Part-and-Parcel of al Qaeda? Some New Evidence*, Lawfare, 28 VIII 2011, [online] <http://www.lawfareblog.com/2011/08/is-aqap-part-and-parcel-of-al-qaeda-some-new-evidence>, 31 I 2018.

⁴⁸ Zob. m.in. *Order Establishing Combatant Status Review Tribunal*, 7 VII 2004, (a); Respondents’ Memorandum Regarding the Government’s Detention Authority Relative to Detainees Held at Guantanamo Bay (Docket #1690), *In re: Guantanamo Bay Detainee Litigation*, Misc. No. 08-442 (TFH), 05-0763 (JDB) & consolidated cases, 616 F. Supp. 2d 63 (D.D.C. 2009) (13 III 2009), s. 1.

⁴⁹ J. Johnson, General Counsel, U.S. Dep’t of Defense, *National Security Law, Lawyers and Lawyering in the Obama Administration*, Speech at Yale Law School, New Haven [CT], 22 II 2012, [online] <http://www.cfr.org/defense-and-security/jeh-johnsons-speech-national-security-law-lawyers-lawyering-obama-administration/p27448>, 31 I 2018 (*Nor is the concept of an “associated force” an open-ended one, as some suggest. This concept, too, has been upheld by the courts in the detention context, and it is based on the well-established concept of co-belligerency in the law of war*).

⁵⁰ Oznacza to, że do użycia siły przeciwko współuczestnikowi włączającemu się do konfliktu po stronie nieprzyjacielskiej nie jest potrzebna zgoda Kongresu, co potwierdzają m.in. precedensy z czasów II wojny światowej (działania przeciwko siłom francuskim w Afryce Północnej w ramach operacji Torch) i wojny w Wietnamie (ataki na bazy Wietkongu i sprzymierzonych z nim partyzantek w Kambodży). Zob. szerzej W. H. Rehnquist, *The President and the War Power: South Vietnam and the Cambodian Sanctuaries*, 1 Op. O.L.C. (Supp.) 321, 22 V 1970. Warto podkreślić, że w tym sensie instytucja współuczestnictwa jest naturalną konsekwencją zasady, że istnienie konfliktu zbrojnego jest kwestią faktyczną i nie zależy od uznania go przez państwa-strony. Zob. *Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War*, Aug. 12, 1949, art. 2 cl. 1, 6 U.S.T. 3316, T.I.A.S. No. 3364 (1949).

wstało jednak z myślą o konfliktach międzypaństwowych i jego zastosowanie w konflikcie międzynarodowym⁵¹ budziło kontrowersje części doktryny⁵².

Pomimo tych wątpliwości od samego początku istnienia najpierw administracyjnych, a później sądowych procedur rozstrzygania o legalności stosowania detencji wojskowej organy rozpatrujące te sprawy uznawały „siły stowarzyszone” za uczestników konfliktu. W przypadku wojskowych trybunałów funkcjonujących przed 2009 r., tzw. CSRT (Combatant Status Review Tribunals), wynikało to z samego ich mandatu, wyrażonego w rozkazie sekretarza obrony ustanawiającym CSRT i rozkazie wykonawczym z 2006 r.⁵³ Ale gdy po *Boumediene v. Bush*⁵⁴ dla osadzonych w Guantanamo otworzyła się ścieżka sądowa, sądy nie były związane poglądem egzekutywy na status „sił stowarzyszonych”. Już w 2009 r. Sąd Dystryktowy dla Dystryktu Columbii w sprawie *Hamli v. Obama* zaakceptował jednak ten pogląd, uznając „siły stowarzyszone” za uczestników konfliktu⁵⁵.

Sąd Apelacyjny definitywnie odniósł się do problemu „sił stowarzyszonych” w sprawie *Al-Bihani v. Obama*⁵⁶. Apelant Ghaleb Nassar al-Bihani w 2001 r. służył (jako kucharz) w 55 Brygadzie Arabskiej, ochotniczej organizacji walczącej po stronie talibów z wojskami Sojuszu Północnego⁵⁷. Przed sądem powoływał się na trzy alternatywne argumenty: 1) że upoważnienie Prezydenta do użycia siły nie obejmowało sił stowarzyszonych, 2) że 55 Brygada nie była stowarzyszona z talibami w konflikcie przeciw USA, a jedynie przeciw Sojuszowi Północnemu, wreszcie 3) że prawo neutralności gwarantuje stronom konfliktu możliwość zachowania neutralności wobec nowych państw włączających się do walki, a tymczasem USA nie dały takiej możliwości sojusznikom talibów⁵⁸. Sąd Apelacyjny w opinii sędzi Janice Rogers Brown odrzucił wszystkie trzy argumenty. Po pierwsze uznał, że międzynarodowe prawo konfliktu zbrojnego w ogóle nie jest relewantne dla interpretacji AUMF⁵⁹, zaś o uznaniu członków „sił stowarzy-

⁵¹ Decyzja Sądu Najwyższego USA w *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006) przesądziła o uznaniu przez Stany Zjednoczone konfliktu z al-Kaidą za konflikt o charakterze międzynarodowym.

⁵² Zob. m.in. K. J. Heller, *The Law of Neutrality Does Not Apply to the Conflict with Al-Qaeda, and It's a Good Thing, Too: A Response to Chang*, „Texas International Law Journal” 2011, vol. 47, nr 1, s. 115 i n.; N. Weizmann, *Associated Forces and Co-belligerency*, Just Security, 24 II 2015, [online] <https://www.justsecurity.org/20344/isil-aumf-forces-co-belligerency>, 31 I 2018.

⁵³ Zob. Deputy Secretary of Defense, *Order Establishing Combatant Status Review Tribunal*, 7 VII 2004; Deputy Secretary of Defense, *Implementation of Combatant Status Review Tribunal Procedures for Enemy Combatants Detained at Guantanamo Bay Naval Base, Cuba*, 14 VII 2006.

⁵⁴ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008).

⁵⁵ *Hamli v. Obama*, 616 F. Supp. 2d 63, 70 (D.D.C. 2009).

⁵⁶ *Al-Bihani v. Obama*, 590 F.3d 866 (D.C. Cir. 2010), *en banc rehearing denied*, 619 F.3d 1 (D.C. Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S. Ct. 1814 (2011).

⁵⁷ Tamże, s. 869.

⁵⁸ Tamże, s. 870–871.

⁵⁹ Tamże, s. 871 ([W]hile the international laws of war are helpful to courts when identifying the general set of war powers to which the AUMF speaks, see *Hamdi*, 542 U.S. at 520, 124 S.Ct. 2633, their lack of controlling legal force and firm definition render their use both inapposite and inadvisable when courts seek to determine the limits of the President's war powers).

szonych” za wrogich kombatanów przesądza prawo wewnętrzne – uchwalone przez Kongres w 2006 i 2009 r. ustawy o trybunałach wojskowych⁶⁰. Po drugie Sąd zauważył, że nawet jeżeli prawo międzynarodowe miałoby zastosowanie, to prawo neutralności chroni jedynie suwerenne państwa, a nie nieregularne organizacje zbrojne w rodzaju 55 Brygady⁶¹.

Co prawda fragmenty decyzji w sprawie *Al-Bihani* dotyczące znaczenia międzynarodowego prawa konfliktu zbrojnego dla interpretacji AUMF spotkały się z krytyką innych sędziów Okręgu D.C. i ich moc precedensowa jest niejasna⁶², ale późniejsze orzecznictwo nie pozostawiło żadnych wątpliwości co do tego, że w zakresie uznania „sił stowarzyszonych” za uczestników konfliktu rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego pozostaje wiążące⁶³. W 2011 r. kodyfikacji tej interpretacji AUMF dokonał również Kongres⁶⁴. Głównym przedmiotem dyskusji stała się natomiast definicja pojęcia „sił stowarzyszonych”. Pomimo wątpliwości wyrażonych w sprawie *Al-Bihani* punktem wyjścia zarówno dla administracji, jak i dla komentatorów stało się prawo neutralności⁶⁵: o uznaniu organizacji za „siłę stowarzyszoną” przesądzałyby więc takie same działania, jakie przesądziłyby o uznaniu państwa formalnie neutralnego za współuczestnika konfliktu międzynarodowego⁶⁶. W oparciu o to kryterium kolejni generalni radcy prawni Departamentu Obrony – Jeh Johnson i Stephen W. Preston – definiowali „siły stowarzyszone” jako (1) zorganizowane grupy zbrojne, które (2) włączyły się do konfliktu u boku (*alongside*) al-Kaidy i talibów i (3) uczestniczą w działaniach zbrojnych przeciwko Stanom Zjednoczonym lub ich partnerom koalicyjnym⁶⁷.

⁶⁰ *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (2006); *Military Commissions Act of 2009*, Pub. L. No. 111-84, Div. A, Title XVIII, 123 Stat. 2190, 2574 (2009).

⁶¹ Tamże, s. 873 ([T]he laws of co-belligerency affording notice of war and the choice to remain neutral have only applied to nation states).

⁶² Zob. ogólnie *Al-Bihani v. Obama*, 619 F.3d 1 (D.C. Cir. 2010) (“Al Bihani II”), *cert. denied*, 131 S. Ct. 1814 (2011); D. Stolicki, *Ramy prawne...*, s. 39–41.

⁶³ Zob. *infra*, części II i III.

⁶⁴ *National Defense Authorization Act for FY 2012*, Pub. L. No. 112-81, § 1021 (b)(2), 125 Stat. 1298 (2011) (10 U.S.C. § 801 note).

⁶⁵ K. S. Chang, *Enemy Status and Military Detention in the War Against Al-Qaeda*, „Texas International Law Journal” 2011, vol. 47, nr 1, s. 1 i n. Jack Goldsmith zauważył, że nie oznacza to akceptacji dla odrzuconego w *Al-Bihani* poglądu o obowiązywaniu prawa neutralności w konfliktach niemiędzynarodowych: po prostu sądy, wobec braku relewantnych norm mających zastosowanie do takich konfliktów, *per analogiam* stosują zasady prawa międzynarodowych konfliktów zbrojnych. J. Goldsmith, *The D.C. Circuit Has Not Rejected Co-Belligerency*, *Lawfare*, 18 X 2010, [online] <http://www.lawfareblog.com/dc-circuit-has-not-rejected-co-belligerency>, 31 I 2018.

⁶⁶ C. Bradley, J. Goldsmith, *Congressional Authorization...*, s. 2109–2110.

⁶⁷ J. Johnson, *National Security Law...*; S. W. Preston, *Remarks by the General Counsel of the Department of Defense on the Legal Framework for the United States’ Use of Military Force Since 9/11*, Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, D.C., 10 IV 2015; tenże, *Prepared Statement on the Framework Under U.S. Law for Current Military Operations*, [w:] Senate Committee on Foreign Relations, *Hearings on Authorization for Use of Military Force after Iraq and Afghanistan*, 21 V 2014.

Orzecznictwo wskazało tylko na dwa istotne ograniczenia przy stosowaniu kategorii „sił stowarzyszonych”: w *Parhat v. Gates* Sąd Apelacyjny dla Okręgu D.C. stwierdził, że Islamski Ruch Wschodniego Turkiestanu (ETIM), uznany przez Departament Stanu za organizację terrorystyczną, ale kierujący swoje działania przeciwko Chinom, nie jest stowarzyszony z talibami (pomimo że przed 11 września 2001 r. otrzymywał od nich materialne wsparcie), gdyż nie uczestniczył po ich stronie w konflikcie zbrojnym z USA lub z ich partnerami koalicyjnymi (co najwyżej w odrębnym konflikcie z ChRL)⁶⁸. W *Hamli v. Obama* sędzia John Bates podkreślił natomiast, że siły stowarzyszone muszą współdziałać z al-Kaidą lub talibami (lub z innymi siłami stowarzyszonymi) w konflikcie przeciw USA – nie wystarczą jedynie związki ideologiczne czy zbieżność celów⁶⁹.

Współczesna praktyka polityczna wskazuje na bardzo szerokie traktowanie kategorii sił stowarzyszonych przez administrację. Była ona przywoływana, by uzasadniać działania zbrojne m.in. w Jemenie i Libii (przeciwko lokalnym filiom al-Kaidy)⁷⁰, a przede wszystkim w Syrii – początkowo przeciwko blisko związanej z al-Kaidą organizacji al-Nusra i grupie Khorasan⁷¹, ale później głównie przeciwko Państwu Islamskiemu (ISIL)⁷². Zwłaszcza ten ostatni przypadek wzbudził wątpliwości, gdyż ISIL co prawda wywodziło się ze struktur al-Kaidy w Iraku, ale w 2014 r. zerwało więzy organizacyjne z jej centralnym kierownictwem⁷³. Sądownictwo nie miało okazji ustosunkować się do tych interpretacji. Jedynie w sprawie *Al-Aulaqi v. Obama* z 2010 r. podniesiona została kwestia, czy można uznać AQAP (filie al-Kaidy na Półwyspie Arabskim) za „siłę stowarzyszoną” (jak twierdziła administracja⁷⁴), ale sąd dystryktowy nie odniósł się do tego problemu, umarzając powództwo na podstawie reguły kwestii politycznych⁷⁵.

⁶⁸ *Parhat v. Gates*, 532 F.3d 834 (D.C. Cir. 2008).

⁶⁹ *Hamli v. Obama*, 616 F. Supp. 2d 63, 75 fn. 17 (D.D.C. 2009).

⁷⁰ Opposition to the Plaintiff's Motion for Preliminary Injunction and Memorandum in Support of Defendant's Motion to Dismiss, *Al-Aulaqi v. Obama* (Civ. A. No. 10-cv-1469) (D.D.C. 2010).

⁷¹ S. W. Preston, *Prepared Statement...*

⁷² M. S. Lederman, *The Legal Theory behind the President's New Military Initiative Against ISIL*, Just Security, 10 IX 2014, [online] <https://www.justsecurity.org/14799/legal-theory-presidents-military-initiative-isil>. Szerzej problem uznania ISIS za siłę stowarzyszoną analizuje G. LoGaglio, *Crisis With ISIS: Using ISIS's Development to Analyze "Associated Forces" Under the AUMF*, „National Security Law Brief” 2014, vol. 5, s. 127 i n.

⁷³ R. Azoulay, *ISIS: Past, Present, and Future*, „Przegląd Strategiczny” 2016, nr 9, s. 161–164; T. Clayton, *Al Qaeda and U.S. Policy: Middle East and Africa*, CRS Report R43756, Congressional Research Service, Washington, D.C. 2018, s. 4– 5, [online] <https://fas.org/sgp/crs/mideast/R43756.pdf>, 19 II 2018.

⁷⁴ Opposition to the Plaintiff's Motion for Preliminary Injunction and Memorandum in Support of Defendant's Motion to Dismiss pursuant to Fed. Rule of Civ. Proc. 12(b)(1) (Docket #15-1), *Al-Aulaqi v. Obama*, Civ. A. No. 10-cv-1469, 727 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2010) (25 IX 2010).

⁷⁵ *Al-Aulaqi v. Obama*, 727 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2010).

2. ZAKRES PERSONALNY KONFLIKTU – USTALENIE KRĘGU OSÓB PODLEGAJĄCYCH DETENCJI WOJSKOWEJ

Centralnym problemem prawnym związanym ze stosowaniem detencji wojskowej, który w największym stopniu zajmował uwagę sądów, jest określenie osób podlegających takiej formie pozbawienia wolności. Rozkaz prezydenta Busha z 13 listopada 2001 r., pierwszy akt urzędowy odnoszący się do tej kwestii, wskazywał trzy kategorie takich osób: członkowie al-Kaidy, współuczestnicy i organizatorzy zamachów terrorystycznych skierowanych przeciw USA lub ich obywatelom oraz osoby świadomie ochraniające wymienionych⁷⁶. Wyliczenie to nie miało jednak charakteru zupełnego⁷⁷.

Opinie OLC z przełomu 2001 i 2002 r. określały osoby podlegające detencji wojskowej przez odwołanie się do kategorii „wrogich kombatanów” (*enemy combatants*)⁷⁸. Kategoria ta ma długą tradycję w prawie wojny, jakkolwiek jej zakres pojęciowy podlegał ewolucji⁷⁹. O ile jednak w kontekście klasycznego konfliktu międzynarodowego definicja kombatananta jest stosunkowo jasna⁸⁰, to w kontekście konfliktu z al-Kaidą, organizacją pozbawioną sformalizowanej struktury, której członkowie ukrywają się wśród ludności cywilnej, zakres omawianego pojęcia jest – jak to zauważył Sąd Najwyższy – zdecydowanie mniej precyzyjny⁸¹. Dodatkowym problemem jest fakt, że w prawie wojny termin „kombatan” używany jest w dwóch wypadkach: dla określenia osób, które legalnie mogą uczestniczyć w działaniach wojennych i które w tym zakresie chroni

⁷⁶ *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, Presidential Military Order, 66 Fed.Reg. 57,833, 13 XI 2001, §§ 2(a), 3.

⁷⁷ *Id.* § 7(a)(3) (*Nothing in this order shall be construed to [...] limit the lawful authority of the Secretary of Defense, any military commander, or any other officer or agent of the United States or of any State to detain or try any person who is not an individual subject to this order*).

⁷⁸ P. F. Philbin, *Legality of the Use of Military Commissions to Try Terrorists*, 25 Op. O.L.C., 2001 WL 36175681, 6 XI 2001 (preliminary print); J. S. Bybee, *Determination of Enemy Belligerency and Military Detention*, 26 Op. O.L.C., 2002 WL 34482990, 8 VI 2002 (preliminary print); J. C. Yoo, *Applicability of 18 U.S.C. § 4001(a) to Military Detention of United States Citizens*, 26 Op. O.L.C., 2002 WL 34482988, 27 VI 2002 (preliminary print); J. S. Bybee, *Re: The President's Power as Commander in Chief to Transfer Captured Terrorists to the Control and Custody of Foreign Nations*, 26 Op. O.L.C., 2002 WL 34482991, 13 III 2002 (preliminary print).

⁷⁹ Zob. Oppenheim, *International Law*, vol. 2, §§ 115 i nast. (ujęcie „klasyczne” – początek XX w.); *The Juridical Basis of the Distinction between Lawful Combatant and Unprivileged Belligerent*, The Judge Advocate General's School, U.S. Army, Charlottesville, VA 1959; W. A. Solf, *The Status of Combatants in Non-International Armed Conflicts Under Domestic Law and Transnational Practice*, „American University Law Review” 1983, vol. 33, s. 53 i n.; W. H. Parks, *Combatants*, [w:] *The War in Afghanistan: A Legal Analysis*, red. M. N. Schmitt, Newport, RI 2009, s. 247 i n.

⁸⁰ *Operational Law Handbook*, red. S. Condron, Charlottesville, VA 2011, chap. 2, pt. VIII, § A(1), s. 16, definiuje kombatanów jako personel wojskowy uczestniczący w działaniach zbrojnych z ramienia strony konfliktu (*Generally, combatants are military personnel engaging in hostilities in an armed conflict on behalf of a party to the conflict*).

⁸¹ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 516 (2004) (*There is some debate as to the proper scope of [the term 'enemy combatant']*).

immunitet kombatanta⁸², oraz osób, które przez uczestniczenie w działaniach wojennych stają się uprawnionym celem ataku (w odróżnieniu od cywilów)⁸³. W warunkach konfliktu międzynarodowego te dwie kategorie są zasadniczo zbieżne, ale w konflikcie niemiędzynarodowym ta pierwsza występuje tylko po jednej stronie (państwa zaangażowanego w konflikt), podczas gdy zakres drugiej – do której odwoływała się administracja, określając osoby podlegające detencji – jest kwestią sporną⁸⁴.

Pierwsza definicja pojęcia *enemy combatant*, przedstawiona przez egzekutywę w sprawie *Hamdi v. Rumsfeld*⁸⁵, za wrogich kombatantów uznawała wszystkich *będących częścią lub wspierających siły wrogie Stanom Zjednoczonym lub ich partnerów koalicyjnych, uczestniczące w konflikcie zbrojnym przeciwko Stanom Zjednoczonym*⁸⁶. Sąd Najwyższy nie miał w tej sprawie okazji odnieść się do tej definicji, gdyż dotyczyła ona apelanta ujętego z bronią w rękę na polu bitwy (a więc objętego nawet najwęższą możliwą definicją wrogiego kombatanta), ale sędzia Sandra Day O'Connor zaznaczyła, że dookreślenie omawianej kategorii należy do sądów niższych instancji w kolejnych sprawach⁸⁷.

Definicja zaproponowana przez Urząd Solicytora Generalnego w sprawie *Hamdi* została rozwinięta i doprecyzowana w zarządzeniu zastępcy sekretarza obrony ustanawiającym trybunały CSRT⁸⁸. Za wrogich kombatantów uznawało ono osoby będące członkami lub wspierające al-Kaidę, talibów oraz stowarzyszone z nimi ugrupowania uczestniczące w konflikcie zbrojnym przeciwko Stanom Zjednoczonym bądź ich partnerom koalicyjnym, w tym wszystkich, którzy dopuścili się aktów wojennych (*belligerent acts*) lub bezpośrednio wspomagali działania zbrojne na rzecz wspomnianych wrogich sił⁸⁹. Formuła ta stała się podstawą stanowiska egzekutywy w kolejnych sprawach sądowych, jak również definicji „nielegalnych kombatantów” zawartej w przedstawionym przez administrację projekcie ustawy autoryzującej stosowanie trybunałów wojсковых wobec członków al-Kaidy⁹⁰.

⁸² W. R. LaFave, *Substantive Criminal Law*, Eagan, MN 2003, § 10.2(c), vol. 2, s. 136; *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763, 793 (1950) (Black, J. dissenting); *United States v. Khadr*, 717 F. Supp. 2d 1215, 1222 (U.S.C.M.C.R. 2007).

⁸³ *Department of Defense Law of War Manual*, U.S. Dep't of Defense, Arlington, VA, 2015, § 2.5, s. 62–65.

⁸⁴ Zob. ogólnie G. S. Corn, *Thinking the Unthinkable: Has the Time Come to Offer Combatant Immunity to Non-State Actors?*, „Stanford Law & Policy Review” 2011, vol. 22, nr 1, s. 253 i n.

⁸⁵ Brief for the Respondents, *Hamdi v. Rumsfeld*, Docket No. 03-6696, 542 U.S. 507 (2004) (29 III 2004), s. 3.

⁸⁶ Tamże (*When an individual is captured, commanders in the field [...] make a determination as to whether the individual is an enemy combatant, i.e., whether the individual 'was part of or supporting forces hostile to the United States or coalition partners, and engaged in an armed conflict against the United States'*).

⁸⁷ *Hamdi*, 542 U.S. 522, fn. 1.

⁸⁸ *Order Establishing Combatant Status Review Tribunal*, 7 VII 2004.

⁸⁹ Tamże, (a).

⁹⁰ *Message from the President Transmitting a Draft of Proposed Legislation Entitled The "Military Commissions Act of 2006"*, H. Doc. No. 109-33, 109th Cong., 2nd Sess., 6 IX 2006, sec. 4(a)(1), § 948a(7).

Po objęciu urzędu w 2009 r. prezydent Barack Obama zarządził kompleksowy przegląd polityki detencji wojskowej⁹¹, obejmujący również opracowanie nowego standardu prawnego określającego osoby podlegające takiej formie pozbawienia wolności⁹². Kwestia ta budziła istotne kontrowersje wewnątrz administracji⁹³, ale presja spraw o *habeas corpus* toczących się przed Sądem Dystryktowym dla Dystryktu Columbii, w których egzekutywa musiała zająć stanowisko co do prawnego zdefiniowania osób podlegających detencji wojskowej, wymusiła ich szybkie rozstrzygnięcie⁹⁴. 13 marca 2009 r. Departament Sprawiedliwości przedstawił w sprawie *Hamli v. Obama* brief określający stanowisko nowej administracji w omawianej kwestii⁹⁵. Jakkolwiek sam termin „wroży kombatanci” (obciążony kontrowersjami politycznymi z czasów jego stosowania przez administrację Busha) uległ wycofaniu z oficjalnego użycia⁹⁶, to jego definicja z 2004 r. została zachowana z jedną zmianą: zasięg kryterium wspierania al-Kaidy i powiązanych z nią sił ograniczono do przypadków „istotnego” (*substantial*) poparcia⁹⁷. Standard ten został rok później potwierdzony przez zespół roboczy ds. przeglądu polityki detencji wojskowej⁹⁸.

Decyzje Sądu Najwyższego w sprawach: *Hamdi*⁹⁹, *Rasul*¹⁰⁰ i *Boumediene*¹⁰¹, otwierając drogę do sądowej kontroli legalności stosowania detencji wojskowej, oznaczały równocześnie, że (pomijając ewentualność interwencji legislacyjnej) ostatecznie kategorię osób podlegających tej formie pozbawienia wolności określą sądy rozpatrujące sprawy o *habeas corpus*. Przed *Boumediene* niewiele sądów miało jednak okazję odnieść się do omawianego problemu. Jedyna głębsza analiza została przedstawiona w opiniach sądowych w sprawie *Al-Marri v. Wright*¹⁰². Ali Saleh Kahlal al-Marri, obywatel

⁹¹ Executive Order 13,493, *Review of Detention Policy Options*, 74 Fed. Reg. 4901, 27 I 2009. Zob. też Executive Order 13,492, *Review and Disposition of Individuals Detained At the Guantanamo Bay Naval Base and Closure of Detention Facilities*, 74 Fed. Reg. 4893, 27 I 2009.

⁹² Tamże, § 2(d).

⁹³ Zob. m.in. C. Savage, *Obama Team Is Divided on Anti-Terror Tactics*, „The New York Times” 2010, 28 III (cyt. za B. Wittes, R. M. Chesney, L. Reynolds, *The Emerging Law of Detention* 2.0, s. 31).

⁹⁴ R. M. Chesney, *Who May be Held?...*, s. 830; B. Wittes, *Klaidman Post #1: Where that March 13 Brief Came From*, Lawfare, 10 VI 2012, [online] <http://www.lawfareblog.com/2012/06/klaidman-post-1-where-that-march-13-brief-came-from>, 31 I 2018.

⁹⁵ Respondents’ Memorandum Regarding the Government’s Detention Authority Relative to Detainees Held at Guantanamo Bay, *Hamli v. Obama* (Misc. No. 08-442 (TFH), 05-0763 (JDB) & consolidated cases) (D.D.C. 2009).

⁹⁶ R. M. Chesney, *Who May be Held?...*, s. 791–792. Sam termin *wrogi kombatant* ani razu nie pojawia się w *Hamli v. Obama*, a uchwalona pod koniec 2009 r. nowelizacja ustawy o trybunałach wojskowych (*Military Commissions Act of 2009*, Pub. L. No. 111-84, Div. A, Title XVIII, 123 Stat. 2190, 2574 [2009]) zastąpiła go mniej kontrowersyjnym określeniem *unprivileged enemy belligerent*.

⁹⁷ *Hamli v. Obama*, s. 2.

⁹⁸ Guantanamo Review Task Force, *Final Report*, 22 I 2010, s. 9.

⁹⁹ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

¹⁰⁰ *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

¹⁰¹ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008).

¹⁰² *Al-Marri ex rel. Berman v. Wright*, 378 F. Supp. 2d 673 (D.S.C. 2005), *rev’d sub. nom. al-Marri*

Kataru i „uśpiony” agent al-Kaidy¹⁰³, został zatrzymany w grudniu 2001 r. w związku ze śledztwem w sprawie ataków z 11 września, początkowo oskarżony o posiadanie fałszywych dokumentów i kart kredytowych, zaś ostatecznie uznany za wrogiego kombatan-ta i przekazany do detencji wojskowej¹⁰⁴. Administracja opierała się na danych wy-wiadowczych świadczących o tym, że al-Marri wykonywał polecenia liderów al-Kaidy i przygotowywał akty terrorystyczne¹⁰⁵. Al-Marri wystąpił o *habeas corpus* w Dystrykcie Południowej Karoliny¹⁰⁶.

Istotą sprawy *al-Marri* był spór o to, czy egzekutywa ma prawo traktować jako kombatantów osoby, które nie tylko zostały ujęte poza konwencjonalnym polem bi-twy, ale nigdy nie uczestniczyły bezpośrednio w walkach, w oparciu o ich przynależ-ność do wrogiej strony konfliktu. W 1942 r. w sprawie *Ex parte Quirin* Sąd Najwyższy udzielił twierdzącej odpowiedzi na to pytanie, uznając, że członkowie niemieckich sił zbrojnych, którzy w sekrecie przedostali się na terytorium USA, by dokonać tam ak-tów sabotażu, mogą być traktowani jako kombatanci, chociaż zostali ujęci przed do-konaniem jakiegokolwiek aktu wojny¹⁰⁷. W 1866 r. w *Ex parte Milligan* ten sam Sąd postanowił jednak, że osoby planujące akty wojny poza obszarem konfliktu i niebędą-ce członkami sił nieprzyjacielskich (w tym wypadku zbuntowanych stanów południo-wych) nie mogą być sądzone przez trybunał wojskowy jako wrody kombatanci¹⁰⁸. Rozstrzygająca była więc kwestia, czy przynależność do al-Kaidy i wykonywanie na jej rzecz zadań o charakterze wojennym, niebędące jednak bezpośrednim uczestnic-twem w działaniach zbrojnych, może być podstawą do uznania al-Marriego za wrogie-go kombatanta.

Krytycy stanowiska, że członkowie al-Kaidy podlegają detencji wojskowej jako kom-batanci, powoływali się przede wszystkim na argument, że prawo konfliktu zbrojnego uznaje status kombatanta jedynie w kontekście międzynarodowego konfliktu zbrojne-go, kiedy to kombatantami są członkowie sił zbrojnych państwa-strony oraz inne osoby wymienione w artykule 4 III konwencji genewskiej¹⁰⁹. Zdaniem zwolenników tej tezy członkowie organizacji terrorystycznej niepowiązani z siłami zbrojnymi żadnego pań-

v. Pucciarelli, 534 F.3d 213 (4th Cir. 2005) (*en banc*), *vacated sub nom. al-Marri v. Spagone with instruc-tions to dismiss as moot*, 555 U.S. 1220 (2009).

¹⁰³ *United States v. al-Marri*, No. 09-CR-10030, Plea Agreement and Stipulation of Facts (C.D. Ill. Apr. 30, 2009) (*guilty plea*), s. 9–17.

¹⁰⁴ *Al-Marri ex rel. Berman v. Wright*, 378 F. Supp. 2d 673, 674–676 (D.S.C. 2005).

¹⁰⁵ *Zob. al-Marri v. Pucciarelli*, 534 F.3d 213 (4th Cir. 2008) (*en banc*), *vacated sub nom. al-Marri v. Spagone with instructions to dismiss as moot*, 555 U.S. 1220 (2009).

¹⁰⁶ Jego wcześniejsza petycja o *habeas corpus*, złożona w Centralnym Dystrykcie Illinois, została odrzuco-na z powodu braku właściwości personalnej tamtejszego sądu dystryktowego. *Zob. Al-Marri v. Bush*, 274 F. Supp. 2d 1003 (C.D.Ill. 2003), *aff'd*, 360 F.3d 707 (7th Cir. 2004), *cert. denied*, 543 U.S. 809 (2004).

¹⁰⁷ *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942).

¹⁰⁸ *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2 (1866).

¹⁰⁹ Brief of Amici Curiae Specialists in the Law of War in Support of Petitioner, *al-Marri v. Wright*, No. 06-7427, 487 F.3d 160 (4th Cir. 2007) (20 XI 2006).

stwa są zatem cywilami, którzy mogą być traktowani jako kombatan ci tylko w sytuacji bezpośredniego uczestnictwa w walkach (*direct participation in hostilities*)¹¹⁰. Niemniej jednak zarówno zastosowanie tego kryterium (które powstało w kontekście określenia, kiedy cywile mogą stać się celem ataku), jak i jego precyzyjne znaczenie są wciąż przedmiotem kontrowersji¹¹¹.

Zwolennicy traktowania członków al-Kaidy jako kombatan tów wskazują z kolei przede wszystkim na tekst samej AUMF¹¹². Zauważają oni, że Kongres autoryzował użycie siły nie tylko przeciw krajom wspierającym terroryzm, ale przede wszystkim przeciw organizacjom odpowiedzialnym za ataki z 11 września. Nie ulega wątpliwości, że ustawodawcy chodziło przede wszystkim o samą al-Kaidę. W tej sytuacji uznanie, że członkowie al-Kaidy nie mogą być celem użycia siły, o ile sami nie narażają się na to przez udział w działaniach zbrojnych na polu bitwy, prowadzi do absurdu, gdyż daje im możliwość udaremnienia wymierzonego przeciwko nim zamysłu ustawodawcy. Niektóre opinie sądowe wskazują również na fakt, że standard prawny, w którym uczestnicy konfliktu międzynarodowego nie są kombatan tami, o ile nie uczestniczą bezpośrednio w walkach, jest głęboko dysfunkcyjny¹¹³, gdyż pozwalałby on jedynie na defensywne użycie siły w takim konflikcie. Prowadziłoby to do wniosku, że prawo wojny istotnie bardziej ogranicza państwa w warunkach konfliktu wewnętrznego niż międzynarodowego, co stoi w jaskrawej sprzeczności z *travaux préparatoires* konwencji genewskich¹¹⁴.

Sąd dystryktowy w sprawie *al-Marri* opowiedział się za drugim z omawianych stanowisk, uznając członków al-Kaidy za podległych detencji¹¹⁵. Rozpatrujący apelację panel Sądu Apelacyjnego dla Czwartego Okręgu, w opinii sędzi Diany Gribbon Motz, doszedł do całkowicie odmiennych wniosków¹¹⁶. Po ponownym rozpatrzeniu sprawy *en banc* pięcioro z dziewięciu sędziów pełnego składu sądu uznało jednak (w serii

¹¹⁰ Zob. N. Melzer, Int'l Comm. of the Red Cross, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross” 2008, vol. 90, nr 872, s. 991 i n. Cytowane wytyczne w zakresie definicji bezpośredniego udziału w działaniach wojennych omawiają m.in. A. Szpak, *Bezpośredni udział w działaniach zbrojnych...*, s. 56 i n.; P. Grzebyk, *Pojęcia...*, s. 66–71; M. Marcinko, *Direct Participation...*, s. 455 i n.

¹¹¹ R. M. Chesney, J. Goldsmith, *Terrorism and the Convergence...*, s. 1123–1125.

¹¹² J. T. Benson, *International Laws-of-War, What are They Good For? The District of Columbia Circuit in Al-Bihani v. Obama Correctly Clarified That International Laws-of-War do not Limit the President's Authority to Detain Enemy Combatants*, „Creighton Law Review” 2011, vol. 44, s. 1277 i n.

¹¹³ Zob. m.in. *Gherebi v. Obama*, 609 F. Supp. 2d 43, 64 (D.D.C. 2009) (przypis 15, powołujący J. K. Kleffner, *From “Belligerents” to “Fighters” and Civilians Directly Participating in Hostilities – on the Principle of Distinction in Non-International Armed Conflicts One Hundred Years After the Second Hague Peace Conference*, „Netherlands International Law Review” 2007, vol. 54, nr 2, s. 332–333) oraz *Hamliily v. Obama*, 616 F. Supp. 2d 63, 73–74 (D.D.C. 2009).

¹¹⁴ G. S. Corn, *Thinking the Unthinkable...*, s. 263–265, wskazuje, że państwa-strony konwencji genewskich z 1949 r. *explicite* odrzuciły propozycję Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża, by niepaństwowym uczestnikom konfliktów międzynarodowych przyznać taką samą ochronę prawną jak kombatan tom w konfliktach międzynarodowych. Tym bardziej trudno sobie wyobrazić, by ich intensjną było przyznanie im szerszej ochrony.

¹¹⁵ *Al-Marri ex rel. Berman v. Wright*, 378 F. Supp. 2d 673, 680 (D.S.C. 2005).

¹¹⁶ Zob. *Al-Marri v. Wright*, 487 F.3d 160 (4th Cir. 2007), *superseded on reh'g sub. nom. al-Marri*

opinii odrębnych), że al-Marri podlega detencji wojskowej jako wrogi kombatant¹¹⁷. Opinie sędziów Williama B. Traxlera, Karen J. Williams i J. Harvie'ego Wilkinsona (do których dołączyli sędziowie Paul V. Niemeyer i Allyson K. Duncan) zgadzały się co do przyjęcia drugiego z omawianych stanowisk¹¹⁸. Między wymienionymi opiniami powstała jednak różnica zdań co do tego, którzy członkowie al-Kaidy są kombatantami (jakkolwiek panował konsensus co do tego, że al-Marri mieści się w tej kategorii ze względu na analogię między sytuacją jego i niemieckich sabotażystów z *Ex parte Quirin*¹¹⁹). Sędzia Traxler nie sformułował żadnej ogólnej reguły, ograniczając się tylko do uznania, że osoby *przystające do nieprzyjaciela* (*associating with the enemy*) i na jego polecenie przybywające do USA z intencją popełniania wrogich aktów (*hostile acts*) na pewno zaliczają się do kombatantów¹²⁰. Sędzia Williams, analizując decyzje Sądu Najwyższego w sprawach *Hamdi*¹²¹ i *Quirin*¹²², wyprowadziła z nich ogólną definicję wrogiego kombatanta jako osoby uczestniczącej w aktach wojennych przeciwko Stanom Zjednoczonym bądź w ich przygotowaniu z ramienia sił nieprzyjacielskich¹²³. Wreszcie sędzia Wilkinson, opierając się na analogii z normami mającymi zastosowanie w konflikcie międzynarodowym, za kombatantów uznał tych członków al-Kaidy, którzy świadomie *planują lub uczestniczą w działaniach wymierzonych przeciwko osobom lub mieniu i dążącym do realizacji celów wojskowych nieprzyjacielskiego kraju lub organizacji*¹²⁴.

Ostatecznie żadne z zaprezentowanych w *al-Marri* stanowisk nie nabrało mocy precedensowej. W grudniu 2008 r. Sąd Najwyższy przyznał *certiorari*¹²⁵, ale dwa

v. Pucciarelli, 534 F.3d 213 (4th Cir. 2008) (*en banc*), vacated sub nom. *al-Marri v. Spagone with instructions to dismiss as moot*, 555 U.S. 1220 (2009).

¹¹⁷ *Al-Marri v. Pucciarelli*, 534 F.3d 213, 216 (4th Cir. 2008) (*en banc*) (*per curiam*).

¹¹⁸ Tamże, s. 259–261 (Traxler, J., concurring in the judgment), 286–287 (Williams, C.J., concurring in part and dissenting in part), s. 297–303 (Wilkinson, J., concurring in part and dissenting in part).

¹¹⁹ Tamże, s. 260 (Traxler, J.) ([W]hen they [al-Qaeda operatives] cross our borders with the intent to attack our country from within on behalf of those forces, they are not appreciably different from the soldiers in *Quirin*, who infiltrated our borders to commit acts of sabotage against our military installations here).

¹²⁰ Tamże, s. 261 (Traxler, J.).

¹²¹ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

¹²² *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942).

¹²³ *Al-Marri v. Pucciarelli*, 534 F.3d 213, 285 (4th Cir. 2008) (*en banc*) (Williams, C.J.) ([A]n enemy combatant subject to detention pursuant to Congressional authorizations [is] an individual [who] [1] attempts or engages in belligerent acts against the United States, either domestically or in a foreign combat zone; [2] on behalf of an enemy force).

¹²⁴ Tamże, s. 324 (Wilkinson, J.) (In light of today's realities, a "combatant" is a person who knowingly plans or engages in conduct that harms or aims to harm persons or property for the purpose of furthering the military goals of an enemy nation or organization).

¹²⁵ *Al-Marri v. Pucciarelli*, 555 U.S. 1066 (2008) (No. 08-368). Jurysdykcja apelacyjna Sądu Najwyższego USA jest w przeważającym stopniu dyskrejonalna (zob. 28 U.S.C. §§ 1254, 1257), tj. sąd uznaniowo decyduje, w których sprawach rozpatrzy środki odwoławcze od decyzji federalnych sądów apelacyjnych i sądów stanowych. *Certiorari* jest narzędziem wykonywania tego uprawnienia – jest to zarządzenie o przyjęciu sprawy do rozpoznania, połączone z nakazem przekazania akt przez sąd niższej instancji.

miesiące później nowa administracja Baracka Obamy zdecydowała się przekazać al-Marriego sądom cywilnym¹²⁶, w związku z czym Sąd postanowił uchylić decyzję sądu apelacyjnego i zwrócić sprawę z poleceniem umorzenia jej jako nieaktualnej¹²⁷. W międzyczasie jednak Sąd Najwyższy swoją decyzją w *Boumediene* otworzył dostęp do *habeas corpus* osadzonym z Guantanamo¹²⁸, przez co pierwszoplanową rolę w określeniu kategorii osób podlegających detencji wojskowej przejęły sądy federalne Okręgu D.C.¹²⁹ Jakkolwiek wśród sędziów dystryktowych bardzo szybko pojawiły się rozbieżności w tej kwestii¹³⁰, to odrzucili oni stanowisko procesowe większości osadzonych, uznając, że kategoria kombatantów w ogóle nie występuje w konflikcie z al-Kaidą. Sędzia Richard Leon w sprawie *Boumediene v. Bush*¹³¹ przyjął definicję proponowaną przez egzekutywę, uznając ją za zgodną z AUMF¹³². Sędzia Reggie Walton w postępowaniu *Gherebi v. Obama*¹³³ zajął bardziej restrykcyjne stanowisko, dopuszczając kryterium przynależności do al-Kaidy i sprzymierzonych z nią ugrupowań jako podstawę detencji, ale ograniczając je tylko do struktur bojowych tych organizacji¹³⁴. Sędzia John D. Bates w sprawie *Hamli v. Obama*¹³⁵ doszedł do zbliżonych wniosków, jeżeli chodzi o członków al-Kaidy¹³⁶, odrzucił natomiast zdecydowanie alternatywne kryterium „istotnego wsparcia” dla wrogich stron konfliktu¹³⁷. Identyczny standard przyjęli sędzia Royce Lamberth w *Mattan v. Obama*¹³⁸, sędzia Thomas Francis Hogan

cji. Zob. m.in. R. L. Stern, E. Gressman, *Supreme Court Practice*, Washington, D.C. 2002, s. 77–89, 312–369; P. Laidler, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: od prawa do polityki*, Kraków 2011, s. 45–53. Podkreślić należy, że odmowa przyznania *certiorari* nie jest rozstrzygnięciem merytorycznym, a więc nie oznacza aprobaty Sądu Najwyższego dla rozstrzygnięcia sądu niższej instancji (ani jego *ratio decidendi*), nie tworzy też wiążącego precedensu. P. Linzer, *The Meaning of Certiorari Denials*, „Columbia Law Review” 1979, vol. 79, nr 7, s. 1227 i n.

¹²⁶ *Memorandum from President Barack Obama on Transfer of Detainee to Control of the Attorney General to Secretary of Defense*, 2009 Daily Comp. Pres. Doc. No. DCPD200900110, 27 II 2009.

¹²⁷ *Al-Marri v. Spagone*, 555 U.S. 1220 (2009).

¹²⁸ Warto zaznaczyć, że apelanci w *Boumediene*, którzy w petycji o *certiorari* podnosili nie tylko kwestie jurysdykcyjne, ale też problem legalności stosowania wobec nich detencji wojskowej (zob. *Petition for a Writ of Certiorari, Boumediene v. Bush*, No. 06-1195, 553 U.S. 723 [2008] [5 III 2007]), także opowiadali się za zdefiniowaniem kombatantów w identyczny sposób jak sędzia Motz w *al-Marri* – odmawiając zaliczenia do tej grupy członków al-Kaidy nieuczestniczących bezpośrednio w walkach w Afganistanie. *Reply Brief for the Boumediene Petitioners, Boumediene v. Bush*, No. 06-1195, 553 U.S. 723 (2008) (13 XI 2007), s. 36–43.

¹²⁹ I. Vladeck, *The D.C. Circuit After Boumediene...*

¹³⁰ B. Wittes, R. M. Chesney, L. Reynolds, *The Emerging Law of Detention 2.0*, s. 27–29. Zob. szerzej *infra*.

¹³¹ *Boumediene v. Bush*, 583 F. Supp. 2d 133 (D.D.C. 2008).

¹³² Tamże, s. 134–135.

¹³³ *Gherebi v. Obama*, 609 F. Supp. 2d 43 (D.D.C. 2009).

¹³⁴ Tamże, s. 67.

¹³⁵ *Hamli v. Obama*, 616 F. Supp. 2d 63 (D.D.C. 2009).

¹³⁶ Tamże, s. 70–75.

¹³⁷ Tamże, s. 75–77.

¹³⁸ *Mattan v. Obama*, 618 F. Supp. 2d 24 (D.D.C. 2009).

w *Anam v. Obama*¹³⁹, sędzia Colleen Kollar-Kotelly w *Al Odah*¹⁴⁰ oraz sędzia James Robertson w *Awad*¹⁴¹, a w częściowo zmodyfikowanej wersji także sędzia Ricardo Urbina w *Hatim v. Obama*¹⁴².

Sąd Apelacyjny dla Okręgu D.C. po raz pierwszy odniósł się do problemu określenia kategorii osób podlegających detencji wojskowej w sprawie *Al-Bihani v. Obama*¹⁴³. Uznał on wówczas, że należy ją określać przede wszystkim przez odwołanie do prawa wewnętrznego, w szczególności zaś ustawy o trybunałach wojskowych z 2009 r.¹⁴⁴ Jakkolwiek ustawa ta nie dotyczyła bezpośrednio detencji wojskowej, to definiowała kategorię *unprivileged enemy belligerents*, podległych jurysdykcji trybunałów wojskowych, obejmującą osoby (niebędące legalnymi kombatantami w świetle prawa wojny) uczestniczące w walkach zbrojnych przeciw USA, celowo i materialnie wspierające takie walki lub przynależące do al-Kaidy¹⁴⁵. Panel rozstrzygający sprawę *Al-Bihani* uznał, że osoby takie podlegają nie tylko wojskowej jurysdykcji karnej, ale też – *a fortiori* – detencji wojskowej na okres trwania konfliktu¹⁴⁶. W przeciwieństwie do kontrowersyjnej analizy znaczenia międzynarodowego prawa wojny dla interpretacji AUMF¹⁴⁷, to rozstrzygnięcie sądu było bezpośrednią podstawą decyzji i w kolejnych sprawach zostało uznane za wiążące¹⁴⁸. Również późniejsze decyzje Okręgu D.C. jednoznacznie odrzucały tezę, że przynależność do al-Kaidy lub ugrupowań z nią sprzymierzonych nie jest wystarczającą podstawą detencji¹⁴⁹.

Podobnie jak w wypadku uznania „sił stowarzyszonych” za uczestników konfliktu ostatnie słowo należało jednak do Kongresu. W ustawie autoryzacyjnej Departamentu Obrony na 2012 r. (NDAA) dokonał on rekodyfikacji podstawowych zasad prawa

¹³⁹ *Anam v. Obama*, 653 F. Supp. 2d 62 (D.D.C. 2009).

¹⁴⁰ *Al Odah v. United States*, 648 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2009), *aff'd*, 611 F.3d 8 (D.C. Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S.Ct. 1812 (2011).

¹⁴¹ *Awad v. Obama*, 646 F. Supp. 2d 20 (D.D.C. 2009), *aff'd*, 608 F.3d 1 (D.C. Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S.Ct. 1814 (2011).

¹⁴² *Hatim v. Obama*, 677 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2009), *vacated sub nom. Hatim v. Gates*, 632 F.3d 720 (D.C.Cir. 2011).

¹⁴³ *Al-Bihani v. Obama*, 590 F.3d 866 (D.C. Cir. 2010) („Al Bihani I”), *en banc rehearing denied*, 619 F.3d 1 (D.C. Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S. Ct. 1814 (2011).

¹⁴⁴ Tamże, s. 871–872.

¹⁴⁵ 10 U.S.C. § 948(a)(7) (*The term «unprivileged enemy belligerent» means an individual (other than a privileged belligerent) who: [A] has engaged in hostilities against the United States or its coalition partners; [B] has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its coalition partners; or [C] was a part of al Qaeda at the time of the alleged offense under this chapter*).

¹⁴⁶ *Al-Bihani I*, 590 F.3d 872.

¹⁴⁷ Zob. *supra*, część I.

¹⁴⁸ B. Wittes, R. M. Chesney, L. Reynolds, *The Emerging Law of Detention 2.0*, s. 30. Zob. m.in. *Al-Adahi v. Obama*, 613 F.3d 1102 (D.C. Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S. Ct. 1001 (2011); *Hatim v. Gates*, 632 F.3d 720, 721 (D.C. Cir. 2011) (*per curiam*).

¹⁴⁹ Zob. m.in. *Awad v. Obama*, 608 F.3d 1, 11–12 (D.C. Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S. Ct. 1814 (2011); *Bensayah v. Obama*, 610 F.3d 718, 724–725 (D.C. Cir. 2010).

detencji wojskowej¹⁵⁰. Sekcja 1021 ustawy (skodyfikowana jako przypis do 10 U.S.C. § 801) potwierdziła, że przyznane w 2001 r. w AUMF uprawnienie do użycia siły zbrojnej przeciwko organizacjom odpowiedzialnym za ataki z 11 września obejmuje uprawnienie do stosowania detencji wojskowej wobec osób będących członkami lub materialnie wspierającymi al-Kaidę, reżim talibów lub siły z nimi stowarzyszone w konflikcie przeciwko USA lub ich partnerom koalicyjnym. Tym samym – przynajmniej z punktu widzenia prawa wewnętrznego – przedstawiona debata wydaje się zamknięta.

3. ZAKRES PERSONALNY KONFLIKTU – OPERACJONALIZACJA

Ustalenie, że detencji wojskowej podlegają członkowie nieprzyjacielskich organizacji, jest jednak dopiero pierwszym krokiem do wyznaczenia ram personalnych stosowania tego środka. Zarówno reżim talibów (zwłaszcza po 2001 r.), jak i al-Kaida nie mają wyraźnych, sformalizowanych granic organizacyjnych, ale opierają się na strukturze sieciowej. Powstają więc rozliczne pytania: kogo można uznać za członka takich organizacji? Czy wystarczy afiliacja symboliczna, wynikająca np. ze złożenia przysięgi wierności i posłuszeństwa (*baja*) kierownictwu organizacji, czy też konieczne jest rzeczywiste wykonywanie poleceń tego kierownictwa? Czy przynależność do organizacji nieprzyjacielskiej można wykazać na podstawie dowodów pośrednich – np. okoliczności odbycia przeszkolenia w obozie al-Kaidy, podróżowania na koszt tej organizacji lub pojmania w towarzystwie jej członków? Jak wygląda standard dowodu?

Pierwsze decyzje sądów dystryktowych po *Boumediene* próbowały dokonać operacjonalizacji pojęcia „przynależności” do al-Kaidy, talibów lub siły stowarzyszonej przez poszukiwanie analogii z normami prawa konfliktów zbrojnych mającymi zastosowanie w konfliktach międzynarodowych¹⁵¹, w których podstawowym (aczkolwiek nie jedynym) kryterium podlegania detencji wojskowej jest przynależność do sił zbrojnych strony konfliktu¹⁵². Stosując tę analogię, sędzia Walton w *Gherebi* zauważył, że podstawową cechą charakterystyczną każdej „siły zbrojnej” jest hierarchiczna organizacja dowodzenia¹⁵³, a zatem o przynależności do takiej siły można mówić w wypadku „strukturalnej” podległości takiej „hierarchii”¹⁵⁴. W związku z tym sformułował on regułę, zgodnie z którą detencji wojskowej podlegają osoby przyjmujące lub wykonujące rozkazy od „struktury dowodzenia” wrogich organizacji¹⁵⁵ (nawet jeżeli ich rola w tej struk-

¹⁵⁰ *National Defense Authorization Act for FY 2012*, Pub. L. No. 112-81, 125 Stat. 1298 (2011).

¹⁵¹ *Gherebi v. Obama*, 609 F. Supp. 2d 43, 63-67 (D.D.C. 2009) (Walton, J.).

¹⁵² *Department of Defense Law of War Manual*, § 4.3.3, s. 105; Oppenheim, *International Law*, § 78, v. 2, s. 88.

¹⁵³ *Gherebi*, 609 F. Supp. 2d 68 (*Foremost among these basic distinguishing characteristics of an “armed force” is the notion that the group in question be “organized [...] under a command responsible [...] for the conduct of its subordinates,” Additional Protocol I, art. 43.1*).

¹⁵⁴ Tamże (*The individual must have some sort of “structured” role in the “hierarchy” of the enemy force*).

¹⁵⁵ Tamże (*Only “persons who receive and execute orders” from the enemy’s “command structure” can be considered members of the enemy’s armed forces*).

turze ma charakter logistyczny, a nie bojowy¹⁵⁶), ale nie luźno stowarzyszeni z takimi organizacjami sympatycy, propagandziści czy donatorzy¹⁵⁷. Podobnie postąpił sędzia Bates w *Hamliły*, zastrzegając jednak przy tym, że jest to tylko punkt wyjścia dla zindywidualizowanej analizy całości okoliczności¹⁵⁸. Standard sformułowany w *Hamliły* został przyjęty przez większość sędziów dystryktowych w kolejnych sprawach¹⁵⁹. Istotna, acz subtelna różnica między *Gherebi* a *Hamliły* dotyczyła tego, czy konieczne do zastosowania detencji wojskowej jest, aby dana osoba przyjmowała i wykonywała rozkazy w ramach „wojskowego”, a nie „cywilnego” skrzydła organizacji, ale w żadnej sprawie rozróżnienie to nie stało się *ratio decidendi*.

Sąd Apelacyjny dla Okręgu D.C. już w sprawie *Al-Bihani* podał w wątpliwość stanowisko, że przynależność do „struktury dowodzenia” al-Kaidy jest warunkiem koniecznym detencji wojskowej¹⁶⁰. Ponieważ jednak apelant był członkiem jednostki paramilitarnej stowarzyszonej z talibami, jakkolwiek pełnił w niej tylko funkcję logistyczną¹⁶¹, więc podlegałby on detencji wojskowej nawet na podstawie standardu wypracowanego przez sąd dystryktowy, Sąd Apelacyjny nie sformułował własnego standardu¹⁶², sygnalizując jedynie w *dicta*, że byłby skłonny przyjąć bardziej ekspansywną interpretację AUMF¹⁶³. Kilka miesięcy później odmienny panel sądu (sędziowie David Sentelle, Merrick Garland i Laurence Silberman) w *Awad v. Obama* wprost odrzucił wymóg przynależności do „struktury dowodzenia”, zauważając, że podległość takiej strukturze jest warunkiem wystarczającym, ale nie koniecznym dla uznania osadzonego za członka

¹⁵⁶ Tamże, s. 69.

¹⁵⁷ Tamże, s. 68–69.

¹⁵⁸ *Hamliły v. Obama*, 616 F. Supp. 2d 63, 75 (D.D.C. 2009).

¹⁵⁹ Zob. m.in. *Al Odah v. United States*, 648 F. Supp. 2d 1, 6 (D.D.C. 2009), *aff'd*, 611 F.3d 8 (D.C. Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S.Ct. 1812 (2011) (Kollar-Kotelly, J.); *Mattan v. Obama*, 618 F. Supp. 2d 24 (D.D.C. 2009) (Lamberth, C.J.); *Awad v. Obama*, 646 F. Supp. 2d 20 (D.D.C. 2009), *aff'd*, 608 F.3d 1 (D.C. Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S.Ct. 1814 (2011) (Robertson, J.); *Anam v. Obama*, 653 F. Supp. 2d 62 (D.D.C. 2009) (Hogan, J.); *Hatim v. Obama*, 677 F. Supp. 2d 1, 6-7 (D.D.C. 2009), *vacated sub nom. Hatim v. Gates*, 632 F.3d 720 (D.C. Cir. 2011) (Urbina, J.). Zob. również M. C. Waxman, *Administrative Detention of Terrorists: Why Detain, and Detain Whom?*, „Journal of National Security Law & Policy” 2009, vol. 3, s. 31. Warto też nadmienić, że zbliżoną (aczkolwiek bardziej restrykcyjną) konstrukcję prawną przedstawił w 2009 r. ICRC, proponując, by w konfliktach międzynarodowych za *quasi*-kombatantów (będących uprawnionym celem użycia siły, ale pozbawionych immunitetu przysługującego kombatantom w konfliktach międzypaństwowych) uznawać osoby przynależące do zorganizowanych grup zbrojnych (*organized armed groups*), a za kryterium takiej przynależności przyjąć pełnienie w strukturze danej grupy „funkcji bojowej o charakterze ciągłym” (*continuous combat function*). Zob. Melzer, *Interpretive Guidance...*; P. Grzebyk, *Pojęcia...*, s. 63.

¹⁶⁰ *Al-Bihani v. Obama*, 590 F.3d 866 (D.C. Cir. 2010) (“Al Bihani I”).

¹⁶¹ Tamże, s. 869.

¹⁶² Zob. tamże, s. 884–885 (Williams, J., concurring in the judgment).

¹⁶³ Zob. m.in. tamże, s. 873, fn 2 ([W]e need not rely on the evidence suggesting that Al-Bihani attended Al Qaeda training camps in Afghanistan and visited Al Qaeda guesthouses. We do note, however, that evidence supporting [...] either of those two facts with respect to a non-citizen seized abroad during the ongoing war on terror would seem to overwhelmingly, if not definitively, justify the government’s detention of such a non-citizen).

danej organizacji¹⁶⁴. Sąd Apelacyjny odrzucił również zdecydowanie rozróżnienie między skrzydłem wojskowym i cywilnym ugrupowań nieprzyjacielskich¹⁶⁵.

Awad zapoczątkował formułowanie przez Okręg D.C. nowych reguł orzekania o przynależności osadzonych do al-Kaidy lub siły stowarzyszonej, zgodnie z którymi sądy dystryktowe powinny rozstrzygać takie kwestie w sposób zindywidualizowany, opierając się na całokształcie okoliczności (*totality of the circumstances*)¹⁶⁶ i traktując omawiany problem jako mieszaną kwestię prawa i faktu¹⁶⁷. Niemniej jednak kolejne decyzje wskazywały przykładowe kryteria wymagające uznania faktu przynależności lub silnie wskazujące na jego istnienie. I tak w *Awad*, *Bensayah* oraz *Barhoumi v. Obama* Sąd uznał, że podległość „strukturze dowodzenia” organizacji – przyjmowanie lub wykonywanie rozkazów – konkluzywnie świadczy o przynależności do danego ugrupowania¹⁶⁸. Podobne znaczenie miała w *Al Alwi* oraz *Al Bihani* przynależność do zorganizowanej grupy zbrojnej będącej „siłą stowarzyszoną”¹⁶⁹, zaś w *Khairkhwa v. Obama* – zajmowanie stanowisk rządowych w administracji talibów (gubernatora prowincji i ministra spraw wewnętrznych), powiązanych również z zadaniami militarnymi¹⁷⁰. W *Salahi v. Obama* sąd wskazał też na złożenie przysięgi posłuszeństwa kierownictwu al-Kaidy jako tworzącej domniemanie przynależności¹⁷¹.

Wiele decyzji (m.in. *Al-Bihani* [w *dictum*], *Al-Adahi*, *Esmail*, *Al-Madhwani* i *Al Alwi*) podkreśla także znaczenie pobytu w obozach szkoleniowych al-Kaidy¹⁷², wskazując, że jest on „przemogłym” (*overwhelming*)¹⁷³ czy nawet „nieodpartym”

¹⁶⁴ *Awad v. Obama*, 608 F.3d 1, 11-12 (D.C. Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S. Ct. 1814 (2011). Zob. również *Bensayah v. Obama*, 610 F.3d 718, 725 (D.C. Cir. 2010).

¹⁶⁵ R. M. Chesney, *Who May be Held?*..., s. 38.

¹⁶⁶ *Almerfedi v. Obama*, 654 F.3d 1, 5 (D.C. Cir. 2011), *cert. denied*, 132 S. Ct. 2739 (2012) (*On review, we ask whether the evidence in the whole record [...] establishes that a petitioner's detainability is more likely justified than not*); *Bensayah*, 610 F.3d 725 (*[I]t is impossible to provide an exhaustive list of criteria for determining whether an individual is "part of" al Qaeda. That determination must be made on a case-by-case basis by using a functional rather than a formal approach*).

¹⁶⁷ *Awad v. Obama*, 608 F.3d 1, 10 (D.C. Cir. 2010). Rozstrzygnięcie, czy fakty dowiedzione w pierwszej instancji pozwalają na uznanie osadzonego za członka al-Kaidy, jest jednak kwestią prawa rozpatrywaną *de novo* przez sąd apelacyjny. *Barhoumi v. Obama*, 609 F.3d 416, 423 (D.C. Cir. 2010).

¹⁶⁸ *Awad v. Obama*, 608 F.3d 1 (D.C. Cir. 2010); *Bensayah v. Obama*, 610 F.3d 718 (D.C. Cir. 2010); *Barhoumi v. Obama*, 609 F.3d 416 (D.C. Cir. 2010). Zob. również *Khairkhwa v. Obama*, 703 F.3d 547 (D.C. Cir. 2012).

¹⁶⁹ *Al Alwi v. Obama*, 653 F.3d 11 (D.C. Cir. 2011), *cert. denied*, 132 S. Ct. 2739 (2012); *Al-Bihani v. Obama*, 590 F.3d 866 (D.C. Cir. 2010).

¹⁷⁰ *Khairkhwa v. Obama*, 703 F.3d 547, 548-550 (D.C. Cir. 2012).

¹⁷¹ *Salahi v. Obama*, 625 F.3d 745, 750 (D.C. Cir. 2010).

¹⁷² *Al-Bihani v. Obama*, 590 F.3d 866, 873 (D.C. Cir. 2010); *Barhoumi v. Obama*, 609 F.3d 416, 427 (D.C. Cir. 2010); *Al-Adahi v. Obama*, 613 F.3d 1102, 1109 (D.C. Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S. Ct. 1001 (2011); *Esmail v. Obama*, 639 F.3d 1075, 1076 (D.C. Cir. 2011); *Al-Madhwani v. Obama*, 642 F.3d 1071, 1075 (D.C. Cir. 2011), *cert. denied*, 132 S. Ct. 2739 (2012); *Al Alwi v. Obama*, 653 F.3d 11, 18 (D.C. Cir. 2011).

¹⁷³ *Al-Adahi*, 613 F.3d 1109.

(*compelling*)¹⁷⁴ dowodem przynależności do tej organizacji. Opinie te sugerują, że taki pobyt byłby samodzielnie wystarczającą przesłanką do stwierdzenia przynależności do al-Kaidy¹⁷⁵, ale (przynajmniej do początku 2013 r.) Sąd Apelacyjny nie miał okazji w żadnej sprawie podnieść tej konkluzji do rangi *ratio decidendi*. Za podobnie znaczącą przesłankę Sąd uznał także pobyt w domach gościnnych al-Kaidy, talibów lub powiązanych z nimi organizacji¹⁷⁶.

W znacznej większości spraw Sąd Apelacyjny oparł jednak swoje rozstrzygnięcia nie na pojedynczych kryteriach, ale na kombinacji czynników, które same w sobie były zapewne niewystarczające do uznania osadzonego za członka al-Kaidy lub siły stowarzyszonej, ale w połączeniu z innymi faktami stają się dostateczne. Przykładem są personalne związki osadzonego z członkami wrogiej organizacji¹⁷⁷. W *Al-Adahi* Sąd Apelacyjny wskazał na kilkukrotne spotkania apelanta z Osamą bin Ladenem jako element uprawdopodobniający jego przynależność do al-Kaidy¹⁷⁸. Podobnie w *Al-Madhwani* takim czynnikiem była przynależność apelanta do kompanii rekrutów dowodzonej przez instruktora z al-Kaidy¹⁷⁹, zaś w *Al Odah* – fakt, że apelant po przybyciu do Afganistanu udał się po instrukcję postępowania do jednego z lokalnych liderów talibów, a następnie, wykonując jego polecenia, przyłączył się do grupy „bojowników”¹⁸⁰. Wreszcie w licznych sprawach za jeden z dowodów świadczących o przynależności osadzonego do grupy terrorystycznej sąd uznał pojmanie go w towarzystwie zidentyfikowanych terrorystów lub wycofujących się jednostek zbrojnych¹⁸¹.

Wśród innych czynników uprawdopodobniających przynależność osadzonego do al-Kaidy opinie sądowe wskazują też na okoliczności jego podróży na teren działań wojennych. Znaczenie ma tu na przykład fakt, że osadzony udał się do Afganistanu, aby walczyć po stronie talibów w wojnie domowej przeciw Sojuszowi Północnemu¹⁸², bądź jego podróż została zorganizowana i opłacona przez agentów rekrutacyjnych al-Kaidy¹⁸³, czy też wykorzystanie kanałów przerzutu rekrutów użytkowanych przez or-

¹⁷⁴ *Esmail*, 639 F.3d 1076.

¹⁷⁵ Tamże ([*Al-Adahi*, 613 F.3d 1102.] suggest[ed], but not rel[ied] on, the proposition that such evidence would be sufficient on its own).

¹⁷⁶ Zob. m.in. *Uthman v. Obama*, 637 F.3d 400, 406 (D.C. Cir. 2011), cert. denied, 132 S. Ct. 2739 (2012); *Al Alwi v. Obama*, 653 F.3d 11, 17-18 (D.C. Cir. 2011); *Al-Adahi v. Obama*, 613 F.3d 1102, 1108 (D.C. Cir. 2010). Zob. też *Sulayman v. Obama*, 729 F. Supp. 2d 26, 46-47 (D.D.C. 2010).

¹⁷⁷ Zob. np. *Salahi v. Obama*, 625 F.3d 745, 753 (D.C. Cir. 2010).

¹⁷⁸ *Al-Adahi v. Obama*, 613 F.3d 1102, 1106-7 (D.C. Cir. 2010), cert. denied, 131 S. Ct. 1001 (2011).

¹⁷⁹ *Al-Madhwani v. Obama*, 642 F.3d 1071, 1075-76 (D.C. Cir. 2011), cert. denied, 132 S. Ct. 2739 (2012).

¹⁸⁰ *Al Odah v. United States*, 611 F.3d 8, 16 (D.C. Cir. 2010), cert. denied, 131 S. Ct. 1812 (2011).

¹⁸¹ Zob. m.in. *Uthman v. Obama*, 637 F.3d 400 (D.C. Cir. 2011); *Al-Madhwani v. Obama*, 642 F.3d 1071 (D.C. Cir. 2011); *Barhoumi v. Obama*, 609 F.3d 416, 425-27 (D.C. Cir. 2010); *Al-Adahi v. Obama*, 613 F.3d 1102, 1110 (D.C. Cir. 2010).

¹⁸² *Al Alwi v. Obama*, 653 F.3d 11, 17 (D.C. Cir. 2011), cert. denied, 132 S. Ct. 2739 (2012).

¹⁸³ *Sulayman v. Obama*, 729 F. Supp. 2d 26, 44-46 (D.D.C. 2010).

ganizacje terrorystyczne¹⁸⁴. Wymienić można również posiadanie broni wydanej przez organizację terrorystyczną¹⁸⁵, bliskie związki z instytucjami funkcjonującymi jako przykrywką dla działalności terrorystycznej¹⁸⁶ czy też liczne niespójności w wersji wydarzeń przedstawianej przez osadzonego¹⁸⁷. Nawet miejsce pojmnięcia danej osoby może wskazywać na jej przynależność do wrogiego ugrupowania – przede wszystkim dotyczy to jeńców pojmanych w pobliżu kompleksu Tora Bora, który był jednym z ostatnich punktów oporu talibów w kampanii z 2001 r.¹⁸⁸

Orzecznictwo wskazuje również, że przynależność musi być badana dla danej osoby w punkcie w czasie, tj. dla momentu pojmnięcia osadzonego¹⁸⁹. Wydaje się jednak, że wzorując się na prawie konspiracji, można dopuścić domniemanie, że raz rozpoczęta przynależność miała charakter trwały¹⁹⁰. Na osadzonym spoczywałby wówczas ciężar udowodnienia, że jego związki z al-Kaidą lub siłą stowarzyszoną zostały zerwane¹⁹¹. Niemniej jednak w *Salahi v. Obama*¹⁹² Sąd Apelacyjny zauważył, że dostatecznie długi upływ czasu (w tym wypadku 10 lat) od ostatnich wydarzeń świadczących o przynależności do danej organizacji może wykluczać przedstawione powyżej domniemanie¹⁹³,

¹⁸⁴ *Al Odah v. United States*, 611 F.3d 8, 16 (D.C. Cir. 2010); *Uthman v. Obama*, 637 F.3d 400, 405 (D.C. Cir. 2011); *Latif v. Obama*, 666 F.3d 746, 760 (D.C. Cir. 2011), *cert. denied*, 132 S. Ct. 2739 (2012).

¹⁸⁵ *Al Odah v. United States*, 611 F.3d 8, 15-16 (D.C. Cir. 2010); *Al-Madhwani v. Obama*, 642 F.3d 1071, 1075-76 (D.C. Cir. 2011); *Sulayman v. Obama*, 729 F. Supp. 2d 26, 51 (D.D.C. 2010).

¹⁸⁶ *Almerfedi v. Obama*, 654 F.3d 1, 6 (D.C. Cir. 2011); *Uthman v. Obama*, 637 F.3d 400, 405 (D.C. Cir. 2011).

¹⁸⁷ *Esmail v. Obama*, 639 F.3d 1075, 77 (D.C. Cir. 2011); *Al-Adabi v. Obama*, 613 F.3d 1102, 11 (D.C. Cir. 2010).

¹⁸⁸ Zob. m.in. *Al Odah v. United States*, 611 F.3d 8, 12 (D.C. Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S. Ct. 1812 (2011); *Uthman v. Obama*, 637 F.3d 400, 404 (D.C. Cir. 2011); *Esmail v. Obama*, 639 F.3d 1075, 1077 (D.C. Cir. 2011); *Alsawam v. Obama*, 864 F. Supp. 2d 1, 9-10 (D.D.C. 2012).

¹⁸⁹ *Salahi v. Obama*, 625 F.3d 745, 747 (D.C. Cir. 2010); *Al Gincio v. Obama*, 626 F. Supp. 2d 123 (D.D.C. 2009); B. Wittes, R. M. Chesney, L. Reynolds, *The Emerging Law of Detention 2.0*, s. 46-49. Zob. też szerzej A. Tunison, *Once a Terrorist Always a Terrorist: The Law of Detention Becomes Clear When Applied to Past Terrorists Post Salahi v. Obama II*, „University of La Verne Law Review” 2011, vol. 32, s. 357 i n.

¹⁹⁰ *Salahi*, 625 F.3d 747 ([A] *presumption [of continued membership] may be warranted in some cases, such as where an individual swore allegiance to al-Qaida on September 12, 2001, and was captured soon thereafter*). Zob. *United States v. Mardian*, 546 F.2d 973, 978 fn. 5 (D.C. Cir. 1976); *United States v. Lash*, 937 F.2d 1077, 1083-84 (6th Cir. 1991); *United States v. Zimmer*, 299 F.3d 710, 718 (8th Cir. 2002); R. M. Cassidy, G. I. Massing, *The Model Penal Code's Wrong Turn: Renunciation as a Defense to Criminal Conspiracy*, „Florida Law Review” 2012, vol. 64, nr 2, s. 373-375; L. Waters, *Federal Criminal Conspiracy*, „American Criminal Law Review” 2012, vol. 49, s. 757.

¹⁹¹ A. Tunison, *Once a Terrorist...*, s. 364, 372; B. Wittes, R. M. Chesney, L. Reynolds, *The Emerging Law of Detention 2.0*, s. 50-51.

¹⁹² *Salahi v. Obama*, 625 F.3d 745 (D.C. Cir. 2010).

¹⁹³ Tamże, s. 751 (*Salahi's March 1991 oath of bayat is insufficiently probative of his relationship with al-Qaida at the time of his capture in November 2001 to justify shifting the burden to him to prove that he disassociated from the organization*).

o ile egzekutywa nie wykaże, że kontakty osadzonego z organizacją były przez ten okres kontynuowane¹⁹⁴.

Niejasne natomiast pozostaje, czy i w jakim stopniu stwierdzenie przynależności do al-Kaidy lub organizacji stowarzyszonej wymaga określonego stanu *mens rea*¹⁹⁵. Sądy dystryktowe sugerują, że pewien stopień świadomości i intencjonalności w działaniach osadzonego jest konieczny, aby uznać, że świadczą one o jego przynależności do danej organizacji terrorystycznej¹⁹⁶, jakkolwiek ich decyzje nie rozwijają tego wątku. Nie sposób też ocenić, czy Sąd Apelacyjny przyjmie takie samo stanowisko, zważywszy na fakt, że wymóg określonego *mens rea* jako kryterium detencji wojskowej nie był dotychczas spotykany w prawie konfliktu zbrojnego.

O ile kryterium przynależności do organizacji nieprzyjacielskiej zostało przez orzecznictwo nie tylko jednoznacznie zaakceptowane, ale też istotnie rozwinięte, to zupełnie inaczej przedstawia się sytuacja w odniesieniu do drugiej przesłanki dla detencji wojskowej zaproponowanej przez egzekutywę – wspierania (*supporting*) organizacji zaangażowanych w konflikt zbrojny przeciwko Stanom Zjednoczonym. Zarówno sądy, jak i sama egzekutywa unikały uzasadniania stosowania detencji wojskowej w konkretnych przypadkach przy pomocy przesłanki „wsparcia” dla wrogich organizacji, co niewątpliwie wynikało z faktu, że (w przeciwieństwie do kryterium asocjacyjnego) nie miało ono jednoznacznego wsparcia w konwencjonalnym prawie konfliktu zbrojnego¹⁹⁷ (administracja uzasadniała je przez analogię z mającą zastosowanie do organizacji konstrukcją współuczestnictwa). Z jednej strony pojęcie „wsparcia” jest potencjalnie bardzo pojemne¹⁹⁸, co, w połączeniu z brakiem dobrze rozwiniętej praktyki historycznej i sądowej nadającej mu bardziej zawężone znaczenie, mogło rodzić obawy o szerokość uprawnień do stosowania w oparciu o nie detencji wojskowej. Z drugiej strony kategoryczne wykluczenie formuły wsparcia dla nieprzyjaciela mogłoby uniemożliwić zastosowanie AUMF przeciw osobom (a nie organizacjom) „stowarzyszonym” z al-Kaidą, ale nienależącym do niej¹⁹⁹,

¹⁹⁴ Tamże, s. 751–753.

¹⁹⁵ B. Wittes, R. M. Chesney, L. Reynolds, *The Emerging Law of Detention* 2.0, s. 37–38.

¹⁹⁶ Zob. m.in. *Hamliyl v. Obama*, 616 F. Supp. 2d 63, 75 (D.D.C. 2009); *Khan v. Obama*, 741 F. Supp. 2d 1, 5 (D.D.C. 2010); *Al Adabi v. Obama (Al Nadhi)*, 692 F. Supp. 2d 85, 93 (D.D.C. 2010).

¹⁹⁷ Ale zob. R. M. Chesney, *More on “Substantial Support”, “Material Support”, LOAC, and the First Amendment*, Lawfare, 19 IX 2012, [online] <http://www.lawfareblog.com/2012/09/more-on-substantial-support-material-support-loac-and-the-first-amendment>, 31 I 2018.

¹⁹⁸ Zob. Transcript of Motion Hearing held on Dec. 1, 2004, before Judge Joyce Hens Green, Re: Motion to Dismiss (Docket #134), *In Re Guantanamo Detainee Cases*, Nos. Civ.A. 02-cv-0299 (CKK) & al., 355 F. Supp. 2d 443 (D.D.C. 2004) (7 XII 2004), s. 25–29 (hipotetyczne przypadki brzegowe, m.in. słynne później *hypo* staruszki ze Szwajcarii finansującej organizację dobroczynną będącą przykrywką dla działalności al-Kaidy).

¹⁹⁹ Na przykład Khalid Sheikh Mohammed, główny architekt zamachów z 11 września, dopiero po atakach zdecydował się na formalne przystąpienie do al-Kaidy, gdyż wcześniej nie chciał ograniczać swojej autonomii przysięgą posłuszeństwa Osamie bin-Ladenowi. Zob. National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, *Final Report*, s. 150; K. S. Chang, *Enemy Status...*, s. 14, fn. 61. W świetle obecnego orzecznictwa przypadek Mohammeda zostałby zapewne i tak uznany za formę „funkcjonalnej” przynależności do al-Kaidy, ale Okręg D.C. wskazał w *Bensayah*, że formuła ta ma

utrudniając tym samym nie tylko prowadzenie konfliktu, ale i realizację głównego celu AUMF – zapobieżenia dalszym atakom²⁰⁰.

Odpowiadając na przytoczoną powyżej krytykę, zarówno Kongres, jak i egzekutywa w kolejnych latach zaproponowały zawężenie formuły „wsparcia” dla organizacji terrorystycznych: Kongres w ustawie o trybunałach wojskowych z 2006 r. uznał za nielegalnych wrogich kombatanów jedynie osoby, które „celowo i istotnie” (*purposefully and materially*) wspierały wrogie działania zbrojne przeciwko Stanom Zjednoczonym²⁰¹, zaś administracja w *Hamliely Brief* ograniczyła kategorię osób podlegających detencji wojskowej w oparciu o przesłankę wsparcia do tych „znacząco” (*substantially*) wspierających al-Kaidę, talibów i siły stowarzyszone²⁰². Pomimo tego sędziowie dystryktowi sceptycznie odnieśli się do omawianego kryterium. Właściwie jedynie sędzia Leon w *Boumediene* zaakceptował je bez znaczących ograniczeń²⁰³, podczas gdy sędzia Walton w *Gherebi* zinterpretował „znaczące wsparcie” tak zawężająco, że zredukował jego zastosowanie do osób *będących de facto częścią sił zbrojnych nieprzyjaciela*²⁰⁴. Sędzia Bates w *Hamliely* odrzucił natomiast omawiane kryterium całkowicie, uznając je za pozbawione oparcia w prawie wojny²⁰⁵.

Bardziej przychylny wobec kryterium znaczącego wsparcia okazał się Sąd Apelacyjny Okręgu D.C. Otóż w *Al Bihani*, powołując się na wspomnianą ustawę o trybunałach wojskowych, zaakceptował on całość definicji proponowanej przez egzekutywę, w tym kryterium znaczącego wsparcia²⁰⁶. Nie jest jednak jasne, czy fragment ten stanowił alternatywne *ratio decidendi*, czy jedynie *dictum*. Został on jednak potwierdzony jako rozstrzygnięcie Sądu w *Hatim*²⁰⁷. Administracja, wewnętrznie podzielona co do legalności kryterium wystarczającego wsparcia²⁰⁸, unikała powoływania się na nie jako na podstawę detencji wojskowej²⁰⁹, zamiast tego preferując ekspansywną interpretację kry-

jednak swoje ograniczenia i nie może być zastosowana do w pełni autonomicznego „wolnego strzelca” (*freelancer*). *Bensayah v. Obama*, 610 F.3d 718, 725 (D.C. Cir. 2010).

²⁰⁰ N. H. Nesbitt, *Meeting Boumediene's Challenge: The Emergence of an Effective Habeas Jurisprudence and Obsolescence of New Detention Legislation*, „Minnesota Law Review” 2010, vol. 95, nr 3, s. 263–264.

²⁰¹ *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. No. 109-366, sec. 3, § 948a(1)(A)(i), 120 Stat. 2600 (2006); zob. również *Military Commissions Act of 2009*, Pub. L. No. 111-84, Div. A, Title XVIII, Div. A, Title XVIII, sec. 1802, § 948a(7)(B), 123 Stat. 2190, 2574 (2009).

²⁰² *Hamliely Brief*..., s. 2.

²⁰³ *Boumediene v. Bush*, 583 F. Supp. 2d 133 (D.D.C. 2008).

²⁰⁴ *Gherebi v. Obama*, 609 F. Supp. 2d 43, 70 (D.D.C. 2009).

²⁰⁵ *Hamliely v. Obama*, 616 F. Supp. 2d 63, 76 (D.D.C. 2009).

²⁰⁶ *Al-Bihani v. Obama*, 590 F.3d 866, 872 (D.C. Cir. 2010).

²⁰⁷ *Hatim v. Gates*, 632 F.3d 720 (D.C. Cir. 2011) (*per curiam*). Zob. też S. I. Vladeck, *Judge Randolph Pulls Another Fast One – But Will Anyone Notice?*, PrawfsBlawg, 19 II 2011, [online] <http://prawfsblawg.blogspot.com/prawfsblawg/2011/02/judge-randolph-pulls-another-fast-one-but-will-anyone-notice.html>, 31 I 2018.

²⁰⁸ B. Wittes, R. M. Chesney, L. Reynolds, *The Emerging Law of Detention 2.0*, s. 31–32.

²⁰⁹ Zob. Letter from Sharon Swingle of the Justice Department's Civil Division to the Clerk of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Bensayah v. Obama*, No. 08-5537,

terium funkcjonalnej przynależności do al-Kaidy lub powiązanych organizacji²¹⁰. Stąd też, aż do uchwalenia ustawy NDAA w 2011 r., status prawny omawianego kryterium pozostawał niejasny.

Omawiana sytuacja sprawiła, że orzecznictwo nie miało okazji wypracować żadnej definicji czy testu „znaczącego wsparcia” dla nieprzyjaciela. Również administracja unikała sformułowania precyzyjnego stanowiska²¹¹, wskazując jedynie, że pojęcie znaczącego wsparcia winno być interpretowane w świetle prawa konfliktu zbrojnego²¹². W tej sytuacji jedyne próby operacjonalizacji omawianego kryterium podjęła doktryna. Część komentatorów uznaje²¹³, że „znaczące wsparcie” należy interpretować przez odwołanie się do formuły „materialnego wsparcia” (*material support*) dla organizacji terrorystycznych używanej w wewnętrznym prawie karnym²¹⁴, której konstytucyjność została potwierdzona przez Sąd Najwyższy²¹⁵. Do pojęcia „materialnego wsparcia” nawiązuje ustawa o trybunałach wojskowych z 2009 r., w której znajduje się określenie *celowe i materialne wsparcie*²¹⁶. W oparciu o ten przepis Okręg D.C. w *Al Bihani* również dopuścił *celowe i materialne wsparcie* jako podstawę detencji wojskowej²¹⁷. Wiele natomiast wskazuje, że administracja uznawała swój standard za jeszcze bardziej zawężający, gdyż ograniczał on kryterium *materialnego wsparcia* przez nawiązanie do prawa wojny²¹⁸. Spośród innych interpretacji „znaczącego wsparcia” chyba najbardziej interesującą zaproponował natomiast Karl Chang, odwołując się do międzynarodowego prawa neutralności²¹⁹. Bez odniesienia do faktów konkretnych spraw trudno jednak określić, w jakim zakresie definicje te są koekstensywne, zaś w jakich aspektach występują między nimi różnice.

W 2012 r. konstytucyjność przepisów NDAA kodyfikujących kryterium „znaczącego wsparcia” stała się przedmiotem głośnej sprawy *Hedges v. Obama*²²⁰, w której gru-

610 F.3d 718 (D.C. Cir. 2010) (22 IX 2009); *Salahi v. Obama*, 625 F.3d 745, 747 (D.C. Cir. 2010) (*Although the government previously claimed authority to detain Salahi [...] because he “purposefully and materially support[ed]” forces associated with al-Qaida [...] – it has since dropped those claims and now relies solely on the allegation that Salahi was “part of” al-Qaida at the time of his capture.*)

²¹⁰ *Zob. Bensayah v. Obama*, 610 F.3d 718, 722 (D.C. Cir. 2010).

²¹¹ *Hamliely Brief...*, s. 2 (*It is neither possible nor advisable, however, to attempt to identify, in the abstract, the precise nature and degree of “substantial support”*).

²¹² Transcript of Oral Argument, Pt. 1, *Hatim v. Gates*, No. 10-5048, 632 F.3d 720 (D.C. Cir. 2011) (15 II 2011) (*per curiam*), s. 1–4; *Hamliely Brief...*, s. 1, 7.

²¹³ *Zob. np. R. M. Chesney, More on “Substantial Support”...*

²¹⁴ 18 U.S.C. §§ 2339A, 2339B.

²¹⁵ *Zob. m.in. Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1, 130 S.Ct. 2705 (2010).

²¹⁶ 10 U.S.C. § 948a(7)(B).

²¹⁷ *Al-Bihani v. Obama*, 590 F.3d 866, 872-873 (D.C. Cir. 2010).

²¹⁸ B. Wittes, *Is the NDAA Vague or Overbroad?*, Lawfare, 19 IX 2012, [online] <http://www.lawfareblog.com/2012/09/is-the-ndaa-vague-or-overbroad>, 31 I 2018.

²¹⁹ K. S. Chang, *Enemy Status...*

²²⁰ *Hedges v. Obama*, No. 12 Civ. 331 (KBF), 2012 WL 3999839 (S.D.N.Y., op. and order granting motion for permanent injunction Sep. 12, 2012), *stayed pending appeal*, Docket No. 12-3176, Entry

pa aktywistów i dziennikarzy zarzucała, że pojęcie to jest niejasne (*vague*) i niekonstytucyjnie szerokie (*overbroad*), przez co stwarza pośrednie zagrożenie dla wolności wypowiedzi (tzw. *chilling effect*)²²¹. Sąd Dystryktowy dla Południowego Dystryktu stanu Nowy Jork, w opinii autorstwa sędzi Katherine B. Forrest, uznał zaskarżone przepisy za niekonstytucyjne²²². Wielu komentatorów krytycznie odniosło się do decyzji w *Hedges*, zauważając, że nie tylko błędnie interpretuje ona NDAA jako rozszerzenie autoryzacji zawartej w AUMF (co stoi w sprzeczności z tekstem samej ustawy)²²³, ale ponadto ignoruje zawarte w NDAA *proviso* (tzw. poprawkę Feinstein)²²⁴, które zastrzega, że ustawa nie zmienia prawa dotyczącego stosowania detencji wojskowej wobec obywateli i rezydentów Stanów Zjednoczonych oraz osób zatrzymanych na terenie USA²²⁵. Sąd Apelacyjny Drugiego Okręgu uchylił decyzję sędziego Forresta, ale nie odniósł się do jej meritum, uznając, że powódka nie wykazała koniecznego zindywidualizowanego interesu prawnego (*standing*)²²⁶.

4. PRZESŁANKI „NEGATYWNE” DETENCJI WOJSKOWEJ – PROBLEM DETENCJI OBYWATELI

Robert Chesney zauważa, że oprócz „pozytywnych” przesłanek, które muszą być spełnione dla zastosowania w danej sytuacji detencji wojskowej, można jeszcze próbować wskazać przesłanki „negatywne”, wykluczające jej zastosowanie w danej sytuacji bez względu na spełnienie innych kryteriów²²⁷. Spośród nich zdecydowanie najwięcej kontrowersji budzi kwestia tego, czy obywatele amerykańscy podlegają detencji na takich samych zasadach, co obcokrajowcy²²⁸.

Dwa podstawowe argumenty przemawiają za wyłączeniem obywateli z kategorii osób podlegających detencji wojskowej na mocy AUMF: po pierwsze konstytucyjne gwarancje praw i wolności, w tym klauzula *due process*, mają w pełni eksterytorialne zastosowanie do obywateli²²⁹. Po drugie uchwalona w 1971 r. ustawa (tzw. *Non-Detention Act*) zakazuje egzekutywie pozbawiania wolności obywateli amerykańskich bez pod-

No. 78 (2nd Cir. Oct. 2, 2012), [online] <http://www.lawfareblog.com/wp-content/uploads/2012/10/Hedges-stay-order.pdf>, 31 I 2018.

²²¹ Complaint (Docket #1), *Hedges v. Obama*, No. 12 Civ. 331 (KBF), 2012 WL 3999839 (S.D.N.Y. 2012) (13 I 2012).

²²² *Hedges*, 2012 WL 3999839.

²²³ B. Wittes, *Initial Thoughts on Hedges*, Lawfare, 13 IX 2012, [online] <http://www.lawfareblog.com/2012/09/initial-thoughts-on-hedges>, 31 I 2018.

²²⁴ NDAA, § 1021(e).

²²⁵ S. I. Vladeck, *Hedges and the Feinstein Amendment*, Lawfare, 13 IX 2012, [online] <http://www.lawfareblog.com/2012/09/hedges-and-the-feinstein-amendment>, 31 I 2018.

²²⁶ *Hedges v. Obama*, 724 F.3d 170 (2nd Cir. 2013), *cert. denied*, 134 S.Ct. 1936 (2014).

²²⁷ R. M. Chesney, *Who May be Held?...*, s. 779.

²²⁸ *Zob. Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

²²⁹ *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1 (1957).

stawy ustawowej²³⁰. Ustawa ta była odpowiedzią na nadużycia, do jakich dochodziło w poprzednich konfliktach zbrojnych, w szczególności na internowanie obywateli pochodzenia japońskiego na Zachodnim Wybrzeżu podczas II wojny światowej²³¹.

Po uchwaleniu AUMF egzekutywa stanęła na stanowisku, że rezolucja ta jest wystarczającą podstawą ustawową w rozumieniu sekcji 4001(a), a ponadto że przepis ten nie powinien być interpretowany jako mający zastosowanie do wojskowej detencji wrogich kombatanów podczas konfliktu zbrojnego, gdyż to nie do tego przypadku Kongres chciał odnieść się w 1971 r.²³² Pierwszym sądem, który odniósł się do tych argumentów, był Sąd Dystryktowy dla Południowego Dystryktu stanu Nowy Jork w sprawie *Padilla v. Bush*²³³, dotyczącej obywatela – agenta al-Kaidy, zatrzymanego na terenie USA podczas przygotowań do zamachu²³⁴. Sędzia Mukasey odrzucił stanowisko, że sekcja 4001(a) nie ma zastosowania do detencji wojskowej, ale uznał, że AUMF jest wystarczającym upoważnieniem ustawowym w rozumieniu tej sekcji²³⁵. Sąd Apelacyjny dla Drugiego Okręgu zajął odmienne stanowisko²³⁶, przyjmując, że sekcja 4001(a) wymaga, by Kongres autoryzował detencję obywateli USA *expressis verbis*, a nie tylko przez implikację²³⁷. Sąd Najwyższy przyznał *certiorari*²³⁸.

Równocześnie we Wschodnim Dystrykcie Wirginii rozwijała się druga sprawa dotycząca detencji wojskowej obywatela, Yasera Esama Hamdiego, który jednak, w przeciwieństwie do Joségo Padilli, został pojmany z bronią w rękę na polu bitwy w Afganistanie i osadzony najpierw w Guantanamo, a następnie w bazie wojskowej w Południowej Karolinie²³⁹. Sąd Apelacyjny dla Czwartego Okręgu uznał, że detencja Hamdiego nie narusza sekcji 4001(a), gdyż ma podstawę ustawową w postaci AUMF²⁴⁰. Również w tej sprawie Sąd Najwyższy przyznał *certiorari*²⁴¹, by w sprawie *Hamdi v. Rumsfeld* potwierdzić, że AUMF spełnia wymogi sekcji 4001(a) w zakresie upoważnienia do stosowania detencji wojskowej²⁴².

²³⁰ *Non-Detention Act of 1971*, Pub. L. No. 92-128, 85 Stat. 347 (1971), obecnie 18 U.S.C. § 4001(a).

²³¹ Zob. House Committee on the Judiciary, *Report to Accompany H.R. 234 (Criminal Procedure – Detention Camps)*, H.R. Rep. No. 92-116, 92nd Cong., 1st Sess., 6 IV 1971, 1971 U.S.C.C.A.N. 1435, s. 4.

²³² J. C. Yoo, *Applicability of 18 U.S.C. § 4001(a) to Military Detention of United States Citizens*, 26 Op. O.L.C., 2002 WL 34482988, 27 VI 2002 (preliminary print).

²³³ *Padilla ex rel. Newman v. Bush*, 233 F. Supp. 2d 564 (S.D.N.Y. 2002).

²³⁴ Tamże, s. 570–575. Podstawowe twierdzenia faktyczne administracji w tej sprawie zostały udowodnione w późniejszej sprawie karnej przeciw J. Padilli. Zob. *United States v. Jayyousi*, 657 F.3d 1085 (11th Cir. 2011), *rehg. en banc denied*, 452 Fed.Appx. 943, *cert. denied*, 133 S.Ct. 29 (2012).

²³⁵ *Padilla ex rel. Newman v. Bush*, 233 F. Supp. 2d 596-599.

²³⁶ *Padilla v. Rumsfeld*, 352 F.3d 695 (2nd Cir. 2003), *rev'd and remanded*, 542 U.S. 426 (2004).

²³⁷ Tamże, s. 722–724.

²³⁸ 540 U.S. 1173, 124 S.Ct. 1353, 157 L.Ed.2d 1226 (2004).

²³⁹ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 510-511 (2004).

²⁴⁰ *Hamdi v. Rumsfeld*, 316 F.3d 450, 567-568 (4th Cir. 2003), *reh'g en banc denied*, 337 F.3d 335, *vacated and remanded*, 542 U.S. 507 (2003).

²⁴¹ 540 U.S. 1099, 124 S.Ct. 981, 157 L.Ed.2d 812 (2004).

²⁴² *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 517-521 (2004).

Spór o detencję wojskową obywateli nadal toczył się jednak w kontekście mniej konwencjonalnych faktów sprawy Padilli. Sąd Najwyższy uchylił decyzję Drugiego Okręgu ze względów jurysdykcyjnych²⁴³, stwierdzając, że petycja o *habeas corpus* powinna być wniesiona we Wschodnim Dystrykcie Wirginii. W 2005 r. sąd dystryktowy tego dystryktu, w opinii sędziego Henry'ego F. Floyda, powołując się na opinię Drugiego Okręgu, zinterpretował AUMF zawężająco i uznał, że jakkolwiek detencja wojskowa obywateli pojmanych na polu bitwy jest *potrzebna i odpowiednia* w rozumieniu rezolucji, to nie jest tak w wypadku osób pojmanych na terenie USA²⁴⁴. Sąd Apelacyjny dla Czwartego Okręgu uchylił tę decyzję²⁴⁵, powołując się na decyzje Sądu Najwyższego w sprawach *Hamdi* i *Ex parte Quirin*²⁴⁶. Zgodnie z opinią sędziego J. Michaela Luttiga, skoro Padilla mógł być uznany za wrogiego kombatanę, to ani obywatelstwo (*Hamdi*), ani miejsce pojmania (*Quirin*) nie stały na przeszkodzie osadzenia go w detencji wojskowej²⁴⁷. Niedługo później Padilla został przekazany cywilnemu wymiarowi sprawiedliwości²⁴⁸, przez co Sąd Najwyższy odmówił *certiorari*²⁴⁹, zaś opinia Czwartego Okręgu pozostała w mocy²⁵⁰.

Poza Czwartym Okręgiem (gdzie sprawa *Padilla v. Hanft* wciąż ma moc precedensową) stan prawny w kwestii stosowania detencji wojskowej wobec obywateli amerykańskich pozostaje wciąż niejasny. Taką sytuację przedłuża NDAA, gdyż sekcja 1021(e) tej ustawy, tzw. poprawka Feinstein, zastrzega, że nie wprowadza ona żadnych zmian prawnych w zakresie omawianego problemu²⁵¹. Nową szansę na jednoznaczne sądowe rozstrzygnięcie przedstawionego sporu stwarza jednak pierwszy od lat przypadek zastosowania detencji wojskowej wobec Amerykanina: we wrześniu 2017 r. nieznaną z nazwiska obywatel USA (posiadający również obywatelstwo saudyjskie), walczący w szeregach tzw. Państwa Islamskiego, został pojmany w Syrii i przekazany siłom amerykańskim²⁵². Amerykański Związek na rzecz Wolności Obywatelskich (ACLU) złożył w jego imieniu (jako *prochein ami*) petycję o *habeas corpus*, która na dzień złożenia do druku tego artykułu jest wciąż rozpatrywana przez sąd dystryktowy²⁵³.

²⁴³ *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426 (2004).

²⁴⁴ *Padilla v. Hanft*, 389 F. Supp. 2d 678 (D.S.C. 2005), *rev'd*, 423 F.3d 386 (4th Cir. 2005), *cert. denied*, 547 U.S. 1062, 126 S.Ct. 1649 (2006) (*mem.*).

²⁴⁵ *Padilla v. Hanft*, 423 F.3d 386 (4th Cir. 2005), *cert. denied*, 547 U.S. 1062, 126 S.Ct. 1649 (2006) (*mem.*).

²⁴⁶ *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942).

²⁴⁷ *Padilla v. Hanft*, 423 F.3d 386, 392-395 (4th Cir. 2005).

²⁴⁸ *Hanft v. Padilla*, 546 U.S. 1084 (2006) (*mem. order*).

²⁴⁹ 547 U.S. 1062, 126 S.Ct. 1649 (2006) (*mem.*).

²⁵⁰ 432 F.3d 582 (4th Cir., Dec. 21, 2005) (*order denying government's suggestion to vacate the Court's opinion*).

²⁵¹ NDAA, § 1021(e).

²⁵² *Doe v. Mattis*, No. 17-cv-2069 (TSC), Mem. Op., s. 2-4 (D.D.C. Dec. 23, 2017). Zob. także Transcript of Motions Hearing Before the Hon. Tanya S. Chutkan, U.S. District Judge, 30 XI 2017.

²⁵³ Petition for a Writ of Habeas Corpus, Docket. No. 4 (5 X 2017), *Doe v. Mattis*. W cytowanej w poprzednim przypisie opinii z 23 grudnia 2017 r. sąd odrzucił wniosek Departamentu Obrony o oddale-

PODSUMOWANIE

Niewątpliwie orzecznictwo sądów Okręgu D.C. odegrało istotną rolę w rozwoju amerykańskiego prawa detencji wojskowej od czasu *Boumediene*. Rozstrzygnęło ono (na potrzeby prawa wewnętrznego) część kwestii o znaczeniu zasadniczym – m.in. spór o definicję kombatanta w konflikcie międzynarodowym, przesądzając o dopuszczalności stosowania detencji wojskowej wobec wszystkich członków al-Kaidy, a nie tylko tych bezpośrednio uczestniczących w konflikcie, a także spór o status „sił stowarzyszonych”, uznając je za uczestników konfliktu. Szczególny wkład wniosło w kwestię operacjonalizacji przedstawionych definicji, przekładając ogólne pojęcia (np. członkostwa w organizacji) na konkretne reguły dowodowe. Na przestrzeni lat ustaliła się jednolita linia orzecznictwa, milcząco zaakceptowana przez Sąd Najwyższy (seria odmów *certiorari*) oraz przez Kongres (ustawa NDAA, kodyfikująca znaczną część omawianych rozstrzygnięć sądowych), nadając prawu detencji wojskowej niespotykaną we wcześniejszych latach stabilność. Znaczenie tych ram prawnych wydaje się szczególnie istotne obecnie, gdyż po okresie utrzymywania się wątpliwości co do przyszłości detencji wojskowej, związanych z planami prezydenta Obamy w zakresie zamknięcia obozu detencyjnego w Guantanamo²⁵⁴, administracja Donalda Trumpa zadeklarowała powrót do detencji wojskowej jako środka zwalczania terroryzmu²⁵⁵.

Znaczenie orzecznictwo sądów Okręgu D.C. wykracza jednak poza problem detencji wojskowej. Jest ono bowiem jednym z nielicznych źródeł niezależnej od egzekutywy, ale autorytatywnej interpretacji AUMF. Wyznacza zatem granice konfliktu mające zastosowanie nie tylko do detencji wojskowej, ale również do innych środków militarnych, na przykład operacji przeprowadzanych z wykorzystaniem jednostek specjalnych lub dronów, które w obecnym stanie prawnym nie podlegają bezpośredniej kontroli sądowej²⁵⁶.

Oczywiście nie wszystkie kwestie sporne dotyczące zakresu trwającego konfliktu zostały wyjaśnione przez orzecznictwo. Nadal pozostaje niejasność co do tego, jakie kryteria przesądzają o uznaniu organizacji niezależnej od al-Kaidy i talibów za współuczestnika konfliktu; jak należy rozumieć istotne wsparcie, uznane przez Kongres za jedną z przesłanek detencji (i, jak można domniemywać, również innych form użycia siły); wreszcie jakie normy miałyby zastosowanie w wypadku detencji obywatela amerykańskiego albo cudzoziemca pojmanego na terenie USA²⁵⁷. Brak rozstrzygnięć sądo-

nie pozwu w trybie punktu 12(b)(1) Federalnego Regulaminu Procedury Cywilnej (tj. ze względu na brak właściwości przedmiotowej i legitymacji procesowej wnioskodawców).

²⁵⁴ Executive Order 13,492, *Review and Disposition of Individuals Detained At the Guantanamo Bay Naval Base and Closure of Detention Facilities*, § 3, 74 Fed. Reg. 4893, 27 I 2009.

²⁵⁵ Executive Order 13,823, *Presidential Executive Order on Protecting America Through Lawful Detention of Terrorists*, 83 Fed. Reg. 4831, 30 I 2018.

²⁵⁶ Zob. np. *Al-Aulaqi v. Obama*, 727 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2010).

²⁵⁷ Wypada w tym miejscu wskazać, że zarówno dla legitymacji demokratycznej prowadzonych działań, jak i dla pewności prawa optymalne byłoby rozstrzygnięcie tych wątpliwości w drodze interwencji usta-

wych w tych kwestiach wynika jednak przede wszystkim z tego, że egzekutywa świadomie unikała podnoszenia ich przed sądami. Jeszcze administracja Busha zarzuciła kontrowersyjną politykę stosowania detencji wojskowej wobec obywateli i rezydentów amerykańskich, zaś w pozostałych przypadkach – osadzonych w Guantanamo cudzoziemców – administracja Obamy była w stanie uzasadnić detencję bez odwoływania się do wymienionych bardziej kontrowersyjnych konstrukcji prawnych. Trudno powiedzieć, czy wspomniana już sprawa *Doe v. Mattis* zapowiada szerszą zmianę polityki nowej administracji w tym zakresie.

Nie oznacza to jednak, że wymienione na początku poprzedniego akapitu problemy mają charakter czysto akademicki. Wprost przeciwnie, omawiane konstrukcje prawne mają decydujące znaczenie dla działań antyterrorystycznych podejmowanych przez administrację Obamy w Iraku i Syrii (przeciwko ISIS), w Jemenie (przeciwko AQAP) czy nawet w Somalii i Libii. Jakkolwiek jednak administracja Obamy kontynuowała program detencji wojskowej wobec osób pojmanych już przez administrację George'a W. Busha, to od 2009 r. żaden z pojmanych członków al-Kaidy lub organizacji stowarzyszonych (składających niewielkiej grupy, co wynika z reorientacji działań antyterrorystycznych w kierunku ataków dronów) nie trafił na stałe do detencji wojskowej – ani w Guantanamo, ani gdzie indziej. Zamiast tego zostali oni albo przekazani państwom trzecim, albo cywilnemu wymiarowi sprawiedliwości. Za swoisty paradoks można uznać fakt, że polityka ta, wynikająca z kontrowersji wokół stosowania detencji wojskowej przez administrację Busha, zamknęła drogę do sądowych rozstrzygnięć odnoszących się do innych, nie mniej kontrowersyjnych działań jej następczyni.

BIBLIOGRAFIA

I. Materiały drukowane:

Literatura źródłowa:

– akty prawne:

- *A Joint Resolution Authorizing the President to Employ the Armed Forces of the United States for Protecting the Security of Formosa, the Pescadores and Related Positions and Territories of that Area*, Pub. L. No. 84-4, 69 Stat. 7 (1955).

wodawczej Kongresu – zwłaszcza że okoliczności, w jakich AUMF znajduje zastosowania współcześnie, coraz bardziej odbiegają od tych, które antycypował Kongres w 2001 r. Zob. m.in. J. B. Bellinger, III, *A Counterterrorism Law in Need of Updating*, „The Washington Post” 2010, 26 XI, [online] <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/11/25/AR2010112503116.html>, 29 III 2018; R. M. Chesney et al., *A Statutory Framework for Next-Generation Threats*, Hoover Institution, 25 II 2013, s. 2–5, [online] <https://www.scribd.com/document/127191153/A-Statutory-Framework-for-Next-Generation-Terrorist-Threats>, 29 III 2018. Docenić należy fakt, że idące w tym kierunku projekty ustaw były zgłaszane (w obecnym 115. Kongresie przez kongresmanów Adama Schiffa [D-CA] [H. J. Res. 100] i Mike'a Coffmana [R-CO-6] [H. J. Res. 118] oraz senatorów Jeffa Flake'a [R-AZ] i Timę Kaine'a [D-VA] [S. J. Res. 43]). Wszystkie one zakładały m.in. obowiązek informowania Kongresu i opinii publicznej o liście organizacji uznanych za współuczestników konfliktu oraz *explicite* autoryzowały użycie siły przeciwko ISIL.

- *A Joint Resolution to Promote Peace and Stability in the Middle East*, Pub. L. No. 85-7, 71 Stat. 5 (1957).
- *An Act Authorizing the Employment of the Land and Naval Forces of the United States, in Cases of Insurrections*, Mar. 3, 1807, 9th Cong., 2nd Sess., c. 39, 2 Stat. 443 (1807).
- *An Act to Protect the Commerce of the United States, and Punish the Crime of Piracy*, Mar. 3, 1819, 15th Cong., 2nd Sess., c. 77, § 2, 3 Stat. 510 (1819).
- *Authorization for Use of Military Force*, Sept. 18, 2001, Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224 (2001) (50 U.S.C. § 1541 note).
- *Declaration Concerning the Laws of Naval War (London Declaration)*, Feb. 26, 1909, 208 Consol. T.S. 338 (1909).
- *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, Presidential Military Order, 66 Fed.Reg. 57,833, 13 XI 2001.
- Executive Order 13,492, *Review and Disposition of Individuals Detained at the Guantanamo Bay Naval Base and Closure of Detention Facilities*, 74 Fed. Reg. 4893, 27 I 2009.
- Executive Order 13,493, *Review of Detention Policy Options*, 74 Fed. Reg. 4901, 27 I 2009.
- Executive Order 13,823, *Presidential Executive Order on Protecting America Through Lawful Detention of Terrorists*, 83 Fed. Reg. 4831, 30 I 2018.
- *Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War*, Aug. 12, 1949, art. 2 cl. 1, 6 U.S.T. 3316, T.I.A.S. No. 3364 (1949).
- *Gulf of Tonkin Resolution*, Pub. L. No. 88-408, 78 Stat. 384 (1964).
- *Implementation of Combatant Status Review Tribunal Procedures for Enemy Combatants Detained at Guantanamo Bay Naval Base, Cuba*, Deputy Secretary of Defense, 14 VII 2006.
- *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (2006).
- *Military Commissions Act of 2009*, Pub. L. No. 111-84, Div. A, Title XVIII, 123 Stat. 2190, 2574 (2009) (10 U.S.C. ch. 47a).
- *National Defense Authorization Act for FY 2012*, Pub. L. No. 112-81, § 1021, 125 Stat. 1298 (2011) (10 U.S.C. § 801 note).
- *Non-Detention Act of 1971*, Pub. L. No. 92-128, 85 Stat. 347 (1971) (18 U.S.C. § 4001(a)).
- *Order Establishing Combatant Status Review Tribunal*, Deputy Secretary of Defense, 7 VII 2004.
- **wyroki:**
 - *Al Gincio v. Obama*, 626 F. Supp. 2d 123 (D.D.C. 2009).
 - *Al Odah v. United States*, 648 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2009), *aff'd*, 611 F.3d 8 (D.C. Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S.Ct. 1812 (2011).
 - *Al-Adahi v. Obama*, 613 F.3d 1102 (D.C. Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S. Ct. 1001 (2011).
 - *Al-Aulaqi v. Obama*, 727 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2010).
 - *Al-Bihani v. Obama*, 590 F.3d 866 (D.C. Cir. 2010), *en banc rehearing denied*, 619 F.3d 1 (D.C. Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S. Ct. 1814 (2011).
 - *Al-Bihani v. Obama*, 619 F.3d 1 (D.C. Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S. Ct. 1814 (2011).
 - *Al-Marri ex rel. Berman v. Wright*, 378 F. Supp. 2d 673 (D.S.C. 2005), *rev'd sub. nom. al-Marri v. Pucciarelli*, 534 F.3d 213 (4th Cir. 2005) (*en banc*), *vacated sub nom. al-Marri v. Spagone with instructions to dismiss as moot*, 555 U.S. 1220 (2009).

- *Al-Marri v. Bush*, 274 F. Supp. 2d 1003 (C.D.Ill. 2003), *aff'd*, 360 F.3d 707 (7th Cir. 2004), *cert. denied*, 543 U.S. 809 (2004).
- *Al-Marri v. Pucciarelli*, 534 F.3d 213 (4th Cir. 2008) (*en banc*), *vacated sub nom. al-Marri v. Spagone with instructions to dismiss as moot*, 555 U.S. 1220 (2009).
- *Al-Marri v. Wright*, 487 F.3d 160 (4th Cir. 2007), *superseded on reh'g sub. nom. al-Marri v. Pucciarelli*, 534 F.3d 213 (4th Cir. 2008) (*en banc*), *vacated sub nom. al-Marri v. Spagone with instructions to dismiss as moot*, 555 U.S. 1220 (2009).
- *Almerfedi v. Obama*, 654 F.3d 1 (D.C. Cir. 2011), *cert. denied*, 132 S. Ct. 2739 (2012).
- *Anam v. Obama*, 653 F. Supp. 2d 62 (D.D.C. 2009).
- *Awad v. Obama*, 608 F.3d 1 (D.C. Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S. Ct. 1814 (2011) 18, 20, 21.
- *Awad v. Obama*, 646 F. Supp. 2d 20 (D.D.C. 2009), *aff'd*, 608 F.3d 1 (D.C. Cir. 2010), *cert. denied*, 131 S.Ct. 1814 (2011).
- *Barhoumi v. Obama*, 609 F.3d 416 (D.C. Cir. 2010).
- *Bensayah v. Obama*, 610 F.3d 718 (D.C. Cir. 2010).
- *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 128 S.Ct. 2229, 171 L.Ed.2d 41 (2008).
- *Boumediene v. Bush*, 583 F. Supp. 2d 133 (D.D.C. 2008).
- *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 104 S.Ct. 2778, 81 L.Ed.2d 694 (1984).
- *Chicago & S. Air Lines v. Waterman S.S. Corp.*, 333 U.S. 103, 68 S.Ct. 431, 92 L.Ed. 568 (1948).
- *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402, 91 S.Ct. 814, 28 L.Ed.2d 136 (1971).
- *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22, 52 S.Ct. 285, 76 L.Ed. 598 (1932).
- *Doe v. Mattis*, No. 17-cv-2069 (TSC), Mem. Op., s. 2–4 (D.D.C. Dec. 23, 2017).
- *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2 (1866).
- *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1, 63 S. Ct. 2, 87 L. Ed. 3 (1942).
- *Gherebi v. Obama*, 609 F. Supp. 2d 43 (D.D.C. 2009).
- *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 126 S.Ct. 2749, 165 L.Ed.2d 723 (2006).
- *Hamdi v. Rumsfeld*, 316 F.3d 450, 185 A.L.R. Fed. 751 (4th Cir. 2003), *reh'g en banc denied*, 337 F.3d 335, *vacated and remanded*, 542 U.S. 507 (2003).
- *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 124 S. Ct. 2633, 159 L. Ed. 2d 578 (2004).
- *Hamlily v. Obama*, 616 F. Supp. 2d 63 (D.D.C. 2009).
- *Hanft v. Padilla*, 546 U.S. 1084, 126 S.Ct. 978, 163 L.Ed.2d 721 (2006) (*mem. order*).
- *Hatim v. Gates*, 632 F.3d 720 (D.C. Cir. 2011) (*per curiam*).
- *Hatim v. Obama*, 677 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2009), *vacated sub nom. Hatim v. Gates*, 632 F.3d 720 (D.C.Cir. 2011).
- *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1, 130 S.Ct. 2705, 177 L.Ed.2d 355, 49 A.L.R. Fed. 2d 567 (2010).
- *J.W. Hampton, Jr., & Co. v. United States*, 276 U.S. 394, 48 S.Ct. 348, 72 L.Ed. 624 (1928).
- *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763, 70 S. Ct. 936, 94 L. Ed. 1255 (1950).
- *Khan v. Obama*, 741 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2010).
- *Lichter v. United States*, 334 U.S. 742, 68 S.Ct. 1294, 92 L.Ed. 1694 (1948).
- *Mattan v. Obama*, 618 F. Supp. 2d 24 (D.D.C. 2009).

- *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491, 128 S.Ct. 1346, 170 L.Ed.2d 190 (2008).
- *Padilla ex rel. Newman v. Bush*, 233 F. Supp. 2d 564 (S.D.N.Y. 2002), *opinion adhered to on reconsideration*, 243 F. Supp. 2d 42, *motion to certify appeal granted*, 256 F. Supp. 2d 218, *aff'd in part and rev'd in part*, 352 F.3d 695 (2nd Cir. 2003), *rev'd and remanded*, 542 U.S. 426 (2004).
- *Padilla v. Hanft*, 389 F. Supp. 2d 678 (D.S.C. 2005), *rev'd*, 423 F.3d 386 (4th Cir. 2005), *cert. denied*, 547 U.S. 1062, 126 S.Ct. 1649 (2006) (*mem.*).
- *Padilla v. Hanft*, 423 F.3d 386 (4th Cir. 2005), *cert. denied*, 547 U.S. 1062, 126 S.Ct. 1649 (2006) (*mem.*).
- *Padilla v. Rumsfeld*, 352 F.3d 695 (2nd Cir. 2003), *rev'd and remanded*, 542 U.S. 426 (2004).
- *Parbat v. Gates*, 532 F.3d 834 (D.C. Cir. 2008).
- *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466, 124 S. Ct. 2686, 159 L. Ed. 2d 548 (2004).
- *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1, 77 S. Ct. 1222, 1 L. Ed. 2d 1148 (1957).
- *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426, 124 S.Ct. 2711, 159 L.Ed.2d 513 (2004).
- *Salahi v. Obama*, 625 F.3d 745 (D.C. Cir. 2010).
- *Skinner v. Mid-America Pipeline Co.*, 490 U.S. 212, 109 S.Ct. 1726, 104 L.Ed.2d 250 (1989).
- *United States v. al-Marri*, No. 09-CR-10030, Plea Agreement and Stipulation of Facts (C.D. Ill. Apr. 30, 2009) (*guilty plea*).
- *United States v. Jayyousi*, 657 F.3d 1085, 86 Fed. R. Evid. Serv. 745 (11th Cir. 2011), *rehg. en banc denied*, 452 Fed.Appx. 943, *cert. denied*, 133 S.Ct. 29 (2012).
- *United States v. Khadr*, 717 F. Supp. 2d 1215 (U.S.C.M.C.R. 2007).
- *United States v. Lash*, 937 F.2d 1077 (6th Cir. 1991).
- *United States v. Mardian*, 546 F.2d 973 (D.C. Cir. 1976).
- *United States v. Zimmer*, 299 F.3d 710 (8th Cir. 2002).
- *Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190, 8 S.Ct. 456, 31 L.Ed. 386 (1888).

– **opinie prawne:**

- Bybee J. S., *Determination of Enemy Belligerency and Military Detention*, 26 Op. O.L.C., 2002 WL 34482990, 8 VI 2002 (preliminary print).
- Bybee J. S., *Re: The President's Power as Commander in Chief to Transfer Captured Terrorists to the Control and Custody of Foreign Nations*, 26 Op. O.L.C., 2002 WL 34482991, 13 III 2002 (preliminary print).
- Philbin P. F., *Legality of the Use of Military Commissions to Try Terrorists*, 25 Op. O.L.C., 2001 WL 36175681, 6 XI 2001 (preliminary print).
- Rehnquist W. H., *The President and the War Power: South Vietnam and the Cambodian Sanctuaries*, 1 Op. O.L.C. (Supp.) 321, 22 V 1970.
- Yoo J. C., *Applicability of 18 U.S.C. § 4001(a) to Military Detention of United States Citizens*, 26 Op. O.L.C., 2002 WL 34482988, 27 VI 2002 (preliminary print).

– **materiały legislacyjne:**

- Bush G. W., *Message from the President Transmitting a Draft of Proposed Legislation Entitled The "Military Commissions Act of 2006"*, H. Doc. No. 109-33, 109th Cong., 2nd Sess., 6 IX 2006.

- House Committee on the Judiciary, *Report to Accompany H.R. 234 (Criminal Procedure – Detention Camps)*, H.R. Rep. No. 92-116, 92nd Cong., 1st Sess., 6 IV 1971, 1971 U.S.C.C.A.N. 1435.
- Senate Committee on Foreign Relations, *Hearings on Authorization for Use of Military Force after Iraq and Afghanistan*, 21 V 2014.
- Preston S. W., *Prepared Statement on the Framework Under U.S. Law for Current Military Operations*, [w:] Senate Committee on Foreign Relations, *Hearings on Authorization for Use of Military Force after Iraq and Afghanistan*, 21 V 2014.
- **pisma procesowe:**
 - Brief for the Respondents, *Hamdi v. Rumsfeld*, Docket No. 03-6696, 542 U.S. 507 (2004) (29 III 2004).
 - Brief of Amici Curiae Specialists in the Law of War in Support of Petitioner, *al-Marri v. Wright*, No. 06-7427, 487 F.3d 160 (4th Cir. 2007) (20 XI 2006).
 - Complaint (Docket #1), *Hedges v. Obama*, No. 12 Civ. 331 (KBF), 2012 WL 3999839 (S.D.N.Y. 2012) (13 I 2012).
 - Defense Motion to Dismiss Because the Convening Authority Exceeded His Powers in Referring the Case to the Commission (Docket #AE 104), *United States v. Al-Nashiri* (U.S. Mil. Comm. 2012) (30 VIII 2012).
 - Government's Response to Defense Motion to Dismiss (Docket #AE 104 B), *United States v. Al-Nashiri* (U.S. Mil. Comm. 2012) (13 IX 2012).
 - Letter from Sharon Swingle of the Justice Department's Civil Division to the Clerk of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Bensayah v. Obama*, No. 08-5537, 610 F.3d 718 (D.C. Cir. 2010) (22 IX 2009).
 - Opposition to the Plaintiff's Motion for Preliminary Injunction and Memorandum in Support of Defendant's Motion to Dismiss Pursuant to Fed. Rule of Civ. Proc. 12(b)(1) (Docket #15-1), *Al-Aulaqi v. Obama*, Civ. A. No. 10-cv-1469, 727 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2010) (25 IX 2010).
 - Petition for a Writ of Certiorari, *Boumediene v. Bush*, No. 06-1195, 553 U.S. 723 (2008) (5 III 2007).
 - Petition for a Writ of Habeas Corpus, Docket. No. 4, *Doe v. Mattis*, No. 17-cv-2069 (TSC) (D.D.C. 2017) (5 X 2017).
 - Reply Brief for the *Boumediene* Petitioners, *Boumediene v. Bush*, No. 06-1195, 553 U.S. 723 (2008) (13 XI 2007).
 - Respondents' Memorandum Regarding the Government's Detention Authority Relative to Detainees Held at Guantanamo Bay (Docket #1690), *In Re: Guantanamo Bay Detainee Litigation*, Misc. No. 08-442 (TFH), 05-0763 (JDB) & consolidated cases, 616 F. Supp. 2d 63 (D.D.C. 2009) (13 III 2009).
- **stenogramy rozpraw:**
 - Transcript of Motion Hearing Held on Dec. 1, 2004, before Judge Joyce Hens Green, Re: Motion to Dismiss (Docket #134), *In Re Guantanamo Detainee Cases*, Nos. Civ.A. 02-cv-0299 (CKK) & al., 355 F. Supp. 2d 443 (D.D.C. 2004) (7 XII 2004).

- Transcript of Motions Hearing Before the Hon. Tanya S. Chutkan, U.S. District Judge, Nov. 30, 2017, *Doe v. Mattis*, No. 17-cv-2069 (TSC) (D.D.C. 2017) (5 XII 2017).
- Transcript of Oral Argument, Pt. 1, *Hatim v. Gates*, No. 10-5048, 632 F.3d 720 (D.C. Cir. 2011) (15 II 2011).
- **sprawozdania i raporty:**
 - Guantanamo Review Task Force, *Final Report*, 22 I 2010, [online] <https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2010/06/02/guantanamo-review-final-report.pdf>.
- **stenogramy wystąpień publicznych:**
 - Johnson J., General Counsel, U.S. Dep't of Defense, *National Security Law, Lawyers and Lawyering in the Obama Administration*, Speech at Yale Law School, New Haven [CT], 22 II 2012, [online] <https://www.cfr.org/defense-and-security/jeh-johnsons-speech-national-security-law-lawyers-lawyering-obama-administration/p27448>.
 - Preston S. W., *Remarks by the General Counsel of the Department of Defense on the Legal Framework for the United States' Use of Military Force Since 9/11*, Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, D.C. 10 IV 2015.

Literatura pomocnicza:

- **monografie i opracowania:**
 - Garner B. A. et al., *The Law of Judicial Precedent*, St. Paul, MN 2016.
 - *Department of Defense Law of War Manual*, U.S. Department of Defense, Arlington, VA 2015.
 - Ely J. H., *War and Responsibility*, Princeton, NJ 1993.
 - LaFave W. R., *Substantive Criminal Law*, Eagan, MN 2003.
 - Laidler P., *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: od prawa do polityki*, Kraków 2011.
 - Neff S. C., *Justice in Blue and Gray: A Legal History of the Civil War*, Cambridge, MA 2010.
 - *Operational Law Handbook*, red. S. Condrón, Charlottesville, VA 2011.
 - Oppenheim L. F. L., *International Law*, London 1906.
 - Rae J. D., Crist J., *Analyzing the Drone Debates: Targeted Killings, Remote Warfare, and Military Technology*, New York 2014.
 - Stern R. L., Gressman E., *Supreme Court Practice*, Washington, D.C. 2002.
 - Szpak A., *Bezpośredni udział w działaniach zbrojnych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*, Toruń 2013.
 - *The Juridical Basis of the Distinction between Lawful Combatant and Unprivileged Belligerent*, The Judge Advocate General's School, U.S. Army, Charlottesville, VA 1959.
- **prace zbiorowe:**
 - *Targeted Killings: Law and Morality in an Asymmetrical World*, red. C. Finkelstein, J. D. Ohlin, A. Altman, Oxford 2012.

– rozdziały w pracach zbiorowych:

- Balcerzak M., *Terroryzm a międzynarodowe prawo humanitarne – kilka refleksji*, [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie. Osiągnięcia i wyzwania*, red. T. Jasudowicz, Toruń 2007.
- Barcik J., *Prawnomiędzynarodowe aspekty dotyczące organu właściwego do sądzenia terrorystów*, [w:] *Współczesny wymiar terroryzmu: konferencja naukowa, Zielonka, 5 października 2006 r.*, red. Z. Piątek, Warszawa 2006.
- Bieńczyk-Missala A., Grenich P., *Międzynarodowe prawo humanitarne w świetle współczesnych konfliktów zbrojnych*, [w:] *Stosunki międzynarodowe w XXI wieku. Księga jubileuszowa z okazji 30-lecia Instytutu Stosunków Międzynarodowych Uniwersytetu Warszawskiego*, red. E. Halizak et al., Warszawa 2006.
- Chesney R. M., *The Use of Force Regime and Unconventional Threats: Anwar al-Awlaki as a Case Study*, [w:] *Counterinsurgency Law: New Directions in Asymmetric Warfare*, red. W. C. Banks, Oxford–New York 2013.
- Latacz M., *Dopuszczalność wykorzystania wybranych form walki z terroryzmem z punktu widzenia praw podstawowych*, [w:] *Oblicza współczesnego terroryzmu*, red. G. Libor, Będzin 2016.
- Makiela M., *Wojna z terroryzmem a traktowanie jeńców wojennych*, [w:] *Wybrane aktualne problemy międzynarodowego prawa humanitarnego*, red. M. Lubiszewski, T. Jasudowicz, R. Fordoński, Olsztyn 2005.
- Malendowski W., *Status „wrogich bojowników” uwięzionych w amerykańskiej bazie wojskowej w Guantanamo*, [w:] *Amerykomania: Księga jubileuszowa prof. dr hab. Andrzeja Mani*, t. 2, red. W. Bernacki, A. Walaszek, Kraków 2009.
- Marcinko M., *„Nielegalny kombatan” – problem z definicją*, [w:] *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Wyzwania XXI wieku*, red. D. R. Bugajski, Gdynia 2008.
- Marcinko M., *„Status terrorysty” w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*, [w:] *Walka z terroryzmem w świetle prawa międzynarodowego*, red. K. Lankosz, P. Czubik, M. Chorośnicki, Bielsko-Biała 2004.
- Marcinko M., *Direct Participation in Hostilities and Respect for the Lives of Civilians During Armed Conflicts*, [w:] *Promoting Changes in Times of Transition and Crisis: Reflections on Human Rights Education*, red. K. Mazur, P. Musiewicz, B. Szlachta, Kraków 2013, [online] DOI: 10.12797/9788376383651.31.
- Mizerski R., *W ogniu „wojny z terroryzmem”: o statusie kombatanta*, [w:] *Wybrane aktualne problemy międzynarodowego prawa humanitarnego*, red. M. Lubiszewski, T. Jasudowicz, R. Fordoński, Olsztyn 2005.
- Parks W. H., *Combatants*, [w:] *The War in Afghanistan: A Legal Analysis*, red. M. N. Schmitt, Newport, RI 2009.
- Szpak A., *„Wojna z terroryzmem” jako zagrożenie dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa XXI wieku*, [w:] *Current Challenges to Peacebuilding Efforts and Development Assistance*, red. K. Pędziwiatr, P. Kugiel, A. Dańda, Kraków 2011.

– artykuły w czasopismach naukowych:

- Azoulay R., *ISIS: Past, Present, and Future*, „Przegląd Strategiczny” 2016, nr 9, [online] DOI: 10.14746/ps.2016.1.12.

- Baker J. S. Jr., *A War, Yes; Against Terror, No.*, „Michigan State Journal of International Law” 2011, vol. 19, nr 1.
- Barcik J., *Status prawny Talibów i członków al.-Qaedy zatrzymanych przez władze USA*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 1.
- Benson J. T., *International Laws-of-War, What are They Good For? The District of Columbia Circuit in Al-Bihani v. Obama Correctly Clarified That International Laws-of-War do Not Limit the President’s Authority to Detain Enemy Combatants*, „Creighton Law Review” 2011, vol. 44.
- Bernatt M., *Kontrola sądowa nad interpretacją prawa dokonaną przez organy władzy wykonawczej (perspektywa amerykańska)*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 6.
- Bradley C. A., *Chevron Deference and Foreign Affairs*, „Virginia Law Review” 2000, vol. 86, nr 4.
- Bradley C. A., Goldsmith J. L., *Congressional Authorization and the War on Terrorism*, „Harvard Law Review” 2005, vol. 118, nr 7.
- Bradley C. A., Goldsmith J. L., *Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position*, „Harvard Law Review” 1997, vol. 110, nr 4.
- Brooks R. E., *War Everywhere: Rights, National Security Law, and the Law of Armed Conflict in the Age of Terror*, „University of Pennsylvania Law Review” 2004, vol. 153.
- Cassidy R. M., Massing G. I., *The Model Penal Code’s Wrong Turn: Renunciation as a Defense to Criminal Conspiracy*, „Florida Law Review” 2012, vol. 64, nr 2.
- Chang K. S., *Enemy Status and Military Detention in the War Against Al-Qaeda*, „Texas International Law Journal” 2011, vol. 47, nr 1.
- Chesney R. M., *Beyond the Battlefield, Beyond Al Qaeda: The Destabilizing Legal Architecture of Counterterrorism*, „Michigan Law Review” 2013, vol. 112.
- Chesney R. M., Goldsmith J. L., *Terrorism and the Convergence of Criminal and Military Detention Models*, „Stanford Law Review” 2008, vol. 60, nr 4.
- Chesney R. M., *Who May be Held? Military Detention Through the Habeas Lens*, „Boston College Law Review” 2011, vol. 52, nr 3.
- Corn G. S., *Thinking the Unthinkable: Has the Time Come to Offer Combatant Immunity to Non-State Actors?*, „Stanford Law & Policy Review” 2011, vol. 22, nr 1.
- Farrant J., *Modern Maritime Neutrality Law*, „International Law Studies” 2014, vol. 90.
- Fitzpatrick J., *Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War on Terrorism*, „American Journal of International Law” 2002, vol. 96, nr 2.
- Greenwood C., *War, Terrorism, and International Law*, „Current Legal Problems” 2004, vol. 56.
- Grzebyk P., *Pojęcia „osoba cywilna” oraz „bezpośredni udział w działaniach zbrojnych” (wytłumaczenie Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża)*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 2.
- Heller K. J., *The Law of Neutrality Does Not Apply to the Conflict with Al-Qaeda, and It’s a Good Thing, Too: A Response to Chang*, „Texas International Law Journal” 2011, vol. 47, nr 1.
- Kleffner J. K., *From „Belligerents” to „Fighters” and Civilians Directly Participating in Hostilities – on the Principle of Distinction in Non-International Armed Conflicts One Hundred Years After the Second Hague Peace Conference*, „Netherlands International Law Review” 2007, vol. 54, nr 2, [online] DOI: 10.1017/S0165070X07003154.

- Klein A., *The End of al Qaeda? Rethinking the Legal End of the War on Terror*, „Columbia Law Review” 2010, vol. 110, nr 7.
- Kułaga Ł., *Używanie dronów w celu zwalczania międzynarodowego terroryzmu w świetle „ius ad bellum”*, „Zeszyty Prawnicze” 2016, vol. 16, z. 2.
- Kułaga Ł., *Używanie dronów w celu zwalczania międzynarodowego terroryzmu w świetle „ius in bello”*, „Zeszyty Prawnicze” 2016, vol. 17, z. 1.
- Lewis M. W., *Drones and the Boundaries of the Battlefield*, „Texas International Law Journal” 2012, vol. 46, nr 2.
- Linzer P., *The Meaning of Certiorari Denials*, „Columbia Law Review” 1979, vol. 79, nr 7.
- Lizis Ł., *Military commissions w walce z terroryzmem międzynarodowym – aspekty prawne*, „Bezpieczeństwo. Teoria i Praktyka” 2015, nr 3(20).
- LoGaglio G., *Crisis With ISIS: Using ISIS’s Development to Analyze „Associated Forces” Under the AUMF*, „National Security Law Brief” 2014, vol. 5, nr 1.
- Melzer N., Int’l Comm. of the Red Cross, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross” 2008, vol. 90, nr 872.
- Nesbitt N. H., *Meeting Boumediene’s Challenge: The Emergence of an Effective Habeas Jurisprudence and Obsolescence of New Detention Legislation*, „Minnesota Law Review” 2010, vol. 95, nr 3.
- O’Connell M. E., *The Legal Case Against the Global War on Terror*, „Case Western Reserve Journal of International Law” 2004, vol. 36.
- Paust J. J., *Post-9/11 Overreaction and Fallacies Regarding War and Defense, Guantanamo, the Status of Persons, Treatment, Judicial Review of Detention, and Due Process in Military Commissions*, „Notre Dame Law Review” 2004, vol. 79, nr 4.
- Pearlman A. R., *Meaningful Review and Process Due: How Guantanamo Detention is Changing the Battlefield*, „Harvard National Security Journal” 2015, vol. 6.
- Posner E. A., Vermeule A., *Interring the Nondelegation Doctrine*, „University of Chicago Law Review” 2001, vol. 69.
- Solf W. A., *The Status of Combatants in Non-International Armed Conflicts Under Domestic Law and Transnational Practice*, „American University Law Review” 1983, vol. 33.
- Stolicki D., *Ramy prawne reżimu detencji wojskowej w prawie amerykańskim w świetle aktualnego orzecznictwa*, „Politeja. Pismo Wydziału Studiów Międzynarodowych i Politycznych Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2014, vol. 27, nr 1.
- Szpak A., *Granting Judicial Protection to the Guantanamo Detainees by the American Courts*, „Polish Yearbook of International Law” 2005, vol. 27.
- Szpak A., *Implementacja międzynarodowego prawa humanitarnego na tle aktualnych naruszeń tego prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 2006, vol. 68, z. 4.
- Szpak A., *Judicial Protection of the Guantanamo Detainees and American Nationals Held on the U.S. Territory – Analysis of the Judgments of the American Courts*, „Studia Prawnicze” 2007, nr 1 (171).
- Szpak A., *Status zatrzymanych w Guantanamo Bay na Kubie*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005, vol. 5, nr 3.

- Tunison A., *Once a Terrorist Always a Terrorist: The Law of Detention Becomes Clear When Applied to Past Terrorists Post Salahi v. Obama II*, „University of La Verne Law Review” 2011, vol. 32.
- Vladeck S. I., *The D.C. Circuit After Boumediene*, „Seton Hall Law Review” 2011, vol. 41.
- Waters L., *Federal Criminal Conspiracy*, „American Criminal Law Review” 2012, vol. 49.
- Waxman M. C., *Administrative Detention of Terrorists: Why Detain, and Detain Whom?*, „Journal of National Security Law & Policy” 2009, vol. 3.
- Wierczyńska K., *Some Remarks on Poland's Potential Responsibility for the Treatment of Detainees in a CIA Prison In Poland*, „Polish Yearbook of International Law” 2011, vol. 31.
- Young E. A., *Sorting Out the Debate Over Customary International Law*, „Virginia Journal of International Law” 2002, vol. 42.
- Zaręba S., *Międzynarodowe prawo humanitarne a wojna w Afganistanie – wybrane zagadnienia*, „Studenckie Zeszyty Naukowe UMCS” 2010, z. 20.
- Zbaraszewska A., *Tajne więzienia CIA w Europie – implikacje dla Polski*, „Przegląd Strategiczny” 2017, nr 10.

II. Materiały elektroniczne:

Literatura źródłowa:

- Clayton T., *Al Qaeda and U.S. Policy: Middle East and Africa*, CRS Report R43756, Congressional Research Service, Washington, D.C. 2018, [online] <https://fas.org/sgp/crs/mideast/R43756.pdf>.
- *Hedges v. Obama*, No. 12 Civ. 331 (KBF), 2012 WL 3999839 (S.D.N.Y., op. and order granting motion for permanent injunction Sep. 12, 2012), *stayed pending appeal*, Docket No. 12-3176, Entry No. 78 (2nd Cir. Oct. 2, 2012), [online] <http://www.lawfareblog.com/wp-content/uploads/2012/10/Hedges-stay-order.pdf>.
- National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, *Final Report*, Washington, D.C. 2004, [online] <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-911REPORT/pdf/GPO-911REPORT.pdf>.
- Rollins J., *Al Qaeda and Affiliates: Historical Perspective, Global Presence, and Implications for U.S. Policy*, CRS Report R41070, Congressional Research Service, Washington, D.C. 2011, [online] <https://fas.org/sgp/crs/terror/R41070.pdf>.

Literatura pomocnicza:

– opracowania ośrodków analitycznych:

- Anderson K., *Targeted Killing and Drone Warfare: How We Came to Debate Whether There is a “Legal Geography of War”*, „Future Challenges in National Security and Law”, Hoover Institution, 14 VI 2010, [online] https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/futurechallenges_anderson.pdf.
- Bellinger III J. B., *A Counterterrorism Law in Need of Updating*, „The Washington Post” 2010, 26 XI, [online] <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/11/25/AR2010112503116.html>.

- Chesney R. M., *AQAP Is Not Beyond the AUMF: A Response to Ackerman*, Lawfare, 24 IV 2012, [online] <http://www.lawfareblog.com/2012/04/aqap-is-not-beyond-the-aumf-a-response-to-ackerman/>.
- Chesney R. M. et al., *A Statutory Framework for Next-Generation Threats*, Hoover Institution, 25 II 2013, [online] <https://www.scribd.com/document/127191153/A-Statutory-Framework-for-Next-Generation-Terrorist-Threats>.
- Chesney R. M., *Is AQAP Part-and-Parcel of al Qaeda? Some New Evidence*, Lawfare, 28 VIII 2011, [online] <http://www.lawfareblog.com/2011/08/is-aqap-part-and-parcel-of-al-qaeda-some-new-evidence/>.
- Chesney R. M., *Is There a Significant Distinction Between „al Qaeda” and „al Qaeda in the Arabian Peninsula”?*, Lawfare, 3 XI 2010, [online] <http://www.lawfareblog.com/2010/11/is-there-a-significant-distinction-between-al-qaeda-and-al-qaeda-in-the-arabian-peninsula>.
- Chesney R. M., *More on „Substantial Support”, „Material Support”, LOAC, and the First Amendment*, Lawfare, 19 IX 2012, [online] <http://www.lawfareblog.com/2012/09/more-on-substantial-support-material-support-loac-and-the-first-amendment>.
- Chesney R. M., *Thoughts on the Brennan Speech: Scope of the AUMF, CCF, JSOC, and Other Issues*, Lawfare, 2 V 2012, [online] <http://www.lawfareblog.com/2012/05/thoughts-on-the-brennan-speech-scope-of-the-aumf-ccf-jsoc-and-other-issues>.
- Goldsmith J. L., *The D.C. Circuit Has Not Rejected Co-Belligerency*, Lawfare, 18 X 2010, [online] <https://www.lawfareblog.com/dc-circuit-has-not-rejected-co-belligerency>.
- Laub Z., Masters J., *Al-Qaeda in the Islamic Maghreb (AQIM)*, Council of Foreign Relations, 27 III 2015, [online] <http://www.cfr.org/north-africa/al-qaeda-islamic-maghreb-aqim/p12717>.
- Lederman M. S., *The Important and Difficult Issues in the al-Nashiri Case: When Did the War Begin? And Was the Cole Bombing a War Crime?*, Just Security, 11 VIII 2014, [online] <https://www.justsecurity.org/13873/war-begin-feigning-civilian-status-unlawful-perfidy-al-nashiri-case>.
- Lederman M. S., *The legal theory behind the President’s new military initiative against ISIL*, Just Security, 10 IX 2014, [online] <https://www.justsecurity.org/14799/legal-theory-presidents-military-initiative-isil>.
- Tarnogórski R., *USA a prawo wojny (Al-Bihani v. Obama)*, „Biuletyn PISM” 2010, nr 4 (612), [online] https://www.pism.pl/files/?id_plik=789.
- Vladeck S. I., *Hedges and the Feinstein Amendment*, Lawfare, 13 IX 2012, [online] <http://www.lawfareblog.com/2012/09/hedges-and-the-feinstein-amendment>.
- Vladeck S. I., *Judge Randolph Pulls Another Fast One--But Will Anyone Notice?*, PrawfsBlawg, 19 II 2011, [online] <http://prawfsblawg.blogs.com/prawfsblawg/2011/02/judge-randolph-pulls-another-fast-one-but-will-anyone-notice.html>.
- Weizmann N., *Associated Forces and Co-belligerency*, Just Security, 24 II 2015, [online] <https://www.justsecurity.org/20344/isil-aumf-forces-co-belligerency>.
- Wittes B., Chesney R. M., Reynolds L., *The Emerging Law of Detention 2.0. The Guantanamo Habeas Cases as Lawmaking*, Brookings Institution Governance Series, Washington, D.C. 2012, [online] http://www.brookings.edu/~media/research/files/reports/2011/5/guantanamo%20wittes/05_guantanamo_wittes.pdf.

- Wittes B., *Initial Thoughts on Hedges*, Lawfare, 13 IX 2012, [online] <http://www.lawfareblog.com/2012/09/initial-thoughts-on-hedges>.
- Wittes B., *Is the NDAA Vague or Overbroad?*, Lawfare, 19 IX 2012, [online] <http://www.lawfareblog.com/2012/09/is-the-ndaa-vague-or-overbroad>.
- Wittes B., *Klaidman Post #1: Where that March 13 Brief Came From*, Lawfare, 10 VI 2012, [online] <http://www.lawfareblog.com/2012/06/klaidman-post-1-where-that-march-13-brief-came-from>.

Dariusz STOLICKI, doktorant w Katedrze Konstytucjonalizmu i Ustrojów Państwowych Instytutu Nauk Politycznych i Stosunków Międzynarodowych Uniwersytetu Jagiellońskiego. Jego zainteresowania badawcze koncentrują się na prawie publicznym i polityce Stanów Zjednoczonych, matematyce wyborczej oraz studiach normatywnych i empirycznych nad legislaturami.