

Marcin Marcinko

Między humanitaryzmem a koniecznością wojskową – znaczenie zasady proporcjonalności w planowaniu i prowadzeniu operacji militarnych

Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego 6, 183-205

2015

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

MIĘDZYNARODOWE PRAWO HUMANITARNE KONFLIKTÓW ZBROJNYCH

Marcin Marcinko

Zakład Prawa Międzynarodowego Publicznego Uniwersytetu Jagiellońskiego

Między humanitaryzmem a koniecznością wojskową – znaczenie zasady proporcjonalności w planowaniu i prowadzeniu operacji militarnych

Słowa kluczowe: międzynarodowe prawo humanitarne, zasada proporcjonalności, operacja militarna, korzyść wojskowa, collateral damage

1. Wprowadzenie

Proporcjonalność – w znaczeniu teoretycznym, jako pewna koncepcja – nie zawiera żadnych gotowych wzorców bądź standardów, lecz raczej odnosi się do właściwej równowagi między wszystkimi branymi pod uwagę czynnikami. Według *Słownika języka polskiego*, termin „proporcjonalność” to „harmonijny stosunek części składowych jakiejś całości do siebie nawzajem lub do tej całości”¹. Słowo to wywodzi się z łacińskiego rzeczownika *proportio*, tłumaczonego jako współmierność, harmonia, stosunek (jednej części do drugiej albo do całości), równowaga, symetria². Koncepcja proporcjonalności znajduje zatem zastosowanie nie tylko w prawie, lecz także w wielu innych dziedzinach, np. w matematyce. W sensie ogólnym, celem zasady proporcjonalności jest wypracowanie możliwie najlepszego rezultatu. Ideałem jest osiągnięcie „właściwej proporcji”. W prawie proporcjonalność jest jednym z pojęć kluczowych dla osiągnięcia sprawiedliwości. Proporcjonalność zawie-

¹ *Słownik języka polskiego* (wersja elektroniczna) – <http://sjp.pwn.pl/szukaj/proporcjonalność> (dostęp: 11.6.2014).

² Zob. *Słownik łacińsko-polski* (oprac. K. Kumaniecki), Warszawa 1983, s. 402. Por. W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 1983, s. 345.

ra w sobie rozmaite funkcje i zalety: z pozoru jest pojęciem abstrakcyjnym i formalnym i dzięki temu sugeruje „obiektywność” i neutralność prawa. Jednakże uwzględnia także oceny subiektywne i oparte na wartościowaniu. Ponadto, jest pojęciem zorientowanym na cel i nie narzucającym z góry określonych wyników³.

Zasada proporcjonalności występuje właściwie w każdej dziedzinie prawa – funkcjonuje np. w prawie konstytucyjnym, karnym, administracyjnym oraz w prawie Unii Europejskiej. W prawie międzynarodowym zasada proporcjonalności przyjmuje specyficzne znaczenie w zależności od kwestii, której dotyczy, szerzej zaś – w zależności od dziedziny prawa międzynarodowego, w której znajduje zastosowanie. Zasada ta pojawia się m.in. jako wymóg legalnego użycia siły w ramach realizacji prawa państwa do samoobrony, jako warunek zgodnego z prawem zastosowania środków odwetowych (np. represaliów), jako obowiązek wynikający z międzynarodowych standardów praw człowieka, ciążyący na państwie, które odwołuje się do użycia siły przez służby bezpieczeństwa i porządku publicznego i które powinno użyć tej siły w odpowiedniej proporcji do wagi zagrożenia oraz uzasadnionego celu działania, wreszcie jako zobowiązanie stron walczących, że w trakcie ataku nie dojdzie do nieproporcjonalnych skutków ubocznych⁴. W tym ostatnim znaczeniu, stanowiącym przedmiot analizy w niniejszym artykule, zasada proporcjonalności obowiązuje zarówno na gruncie zwyczajowego, jak i traktatowego międzynarodowego prawa humanitarnego (MPH) – ucieleśnieniem koncepcji proporcjonalności w tym prawie są postanowienia Protokołu Dodatkowego I z 1977 roku do konwencji genewskich z 1949 roku, dotyczącego międzynarodowych konfliktów zbrojnych (PD I)⁵, zaś najbardziej wyrazistym z tych postanowień jest art. 51 ust. 5 lit. (b). Zasada proporcjonalności w prawie humanitarnym służy zatem do ustalenia legalności ataku i polega na określeniu relacji między spodziewaną korzyścią wojskową a przewidywanymi stratami wśród ludności cywilnej i w dobrach o charakterze cywilnym. Innymi słowy, chodzi o ustalenie, czy spodziewane straty cywilne są proporcjonalne w stosunku do oczekiwanej korzyści wojskowej.

³ G. Nolte, *Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law*, „Law & Ethics of Human Rights” 2010, Vol. 4, issue 2, s. 245, 247.

⁴ Zob. J. D. Wright, *‘Excessive’ ambiguity: analysing and refining the proportionality standard*, „International Review of the Red Cross” 2012, Vol. 94, No. 886, s. 826. Warto wspomnieć, iż w maju 2014 roku ukazała się obszerna publikacja poświęcona proporcjonalności w prawie międzynarodowym, obejmująca takie zagadnienia, jak proporcjonalność w koncepcji wojny sprawiedliwej, zasada proporcjonalności a *ius ad bellum* i *ius in bello*, proporcjonalność z perspektywy praw człowieka i moralności oraz szereg kwestii szczegółowych, np. proporcjonalność a taktyka *targeted killing* czy proporcjonalność a natura wojny i idea „cyberwojny” – zob. M. Newton, L. May, *Proportionality in International Law*, Oxford 2014.

⁵ Protokół Dodatkowy I do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych, Genewa, 8.6.1977, Dz.U. 1992, Nr 41, poz. 175, załącznik.

Tak ujęta zasada proporcjonalności w międzynarodowym prawie humanitarnym budzi jednak sporo trudności interpretacyjnych oraz niejasności, wynikających ze sformułowań użytych w Protokole Dodatkowym I, trudno więc ją zaakceptować zarówno dowódcom polowym, jak i ekspertom w dziedzinie prawa. Z jednej strony, daje ona przyzwolenie siłom zbrojnym na zabijanie niewinnych osób cywilnych pod warunkiem, że zamierzonym celem operacji są siły wroga, a nie ludność cywilna. Nawet jeśli z góry wiadomo, że ofiarami mogą być osoby cywilne, nie dyskwalifikuje to operacji, chyba że szacowana wielkość ofiar wśród ludności cywilnej jest nadmierna w stosunku do oczekiwanej korzyści wojskowej, którą ma przynieść planowany atak. Z drugiej strony, zasada proporcjonalności narzuca pewne ograniczenia na działania militarne, nawet jeśli atak dotyczy uzasadnionego celu wojskowego, w przypadku, gdy działania te mogą spowodować nadmierne straty wśród ludności cywilnej⁶. Spośród zatem wielu kwestii, które wiążą się z interpretacją omawianej zasady, najistotniejsze wydaje się znalezienie odpowiedniej równowagi między względami humanitarnymi a interesami wojskowymi, sporo kłopotu nastrocza też ocena wartości życia ludzkiego na tle korzyści wojskowej. Kluczem do rozwiązania tego dylematu może być właściwa ocena „nadmierności” strat cywilnych, o której mowa w art. 51 ust. 5 lit. (b) i art. 57 ust. 2 PD I, jak również określenie standardów służących ustaleniu wymienionej w Protokole „oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej” i w rezultacie znalezienie owej proporcji między stratami cywilnymi a korzyścią wojskową podczas prowadzenia działań zbrojnych. O kwestiach tych traktuje niniejszy artykuł, jednak w celu zachowania jasności wyводу, ich analizę poprzedza ogólna prezentacja istoty zasady proporcjonalności.

2. Istota zasady proporcjonalności w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego

Zasada proporcjonalności, jako jednak z naczelných zasad międzynarodowego prawa humanitarnego, stanowi próbę zbalansowania pozostających ze sobą często w konflikcie interesów wojskowych i humanitarnych i jest jednocześnie mocno powiązana z ograniczaniem przypadkowych szkód powstałych w wyniku operacji militarnych⁷. Znajduje ona zastosowanie przy podejmowaniu ataku na dozwolony cel wojskowy, gdy w grę wchodzić mogą straty wśród ludności cywilnej i w dobrach o charakterze cywilnym. Istotne jest zatem, że zasada proporcjonalności nie odnosi się do jakichkolwiek działań zbrojnych, lecz ma zastosowanie w przypadku ataku na cel wojskowy, nie

⁶ A. Cohen, *Proportionality in Modern Asymmetrical Wars*, Jerusalem Center for Public Affairs, Jerusalem 2010, s. 8.

⁷ A. P. V. Rogers, *Law on the Battlefield*, 2nd ed., Manchester 2004, s. 17.

zaś na osoby lub obiekty cywilne⁸. Zasada ta wymaga określenia oczekiwań związanych z atakiem oraz ustalenia proporcji – w oparciu o niejasne pojęcie „nadmierności” – między pozostającymi na przeciwległych biegunach stratami i szkodami cywilnymi a oczekiwaną konkretną i bezpośrednią korzyścią wojskową⁹.

Wzrastające znaczenie zasady proporcjonalności w prawie humanitarnym oraz coraz większa świadomość, że należy jej przestrzegać podczas planowania i prowadzenia działań zbrojnych, doprowadziły do skodyfikowania tej zasady w Protokole Dodatkowym I, pierwszej umowie międzynarodowej, w której podjęto próbę określenia, jaki poziom przypadkowych strat i szkód, do których dochodzi w trakcie ataku, jest w świetle prawa dopuszczalny, a także jakie środki ostrożności należy podjąć w czasie takiego ataku¹⁰. Co interesujące, w zawartych w PD I postanowieniach dotyczących omawianej zasady nie użyto jednak słowa „proporcjonalność” ani żadnego zbliżonego znaczeniowo terminu, skupiono się raczej na takich kwestiach, jak „ataki bez rozróżnienia” oraz „środki ostrożności”¹¹.

W świetle art. 51 ust. 5 lit. (b) „zabrania się dokonywania ataków, co do których można przypuszczać, że spowodują niezamierzone straty wśród ludności cywilnej, ranienie osób cywilnych, szkody w dobrach o charakterze cywilnym lub takie straty i szkody łącznie nadmierne w porównaniu z oczekiwaną konkretną i bezpośrednią korzyścią wojskową”. W artykule tym sformułowano zasadę proporcjonalności w kontekście wspomnianych ataków bez rozróżnienia oraz wyraźnego zakazu ich dokonywania. Kolejne artykuły PD I, w których wymaga się przestrzegania zasady proporcjonalności, dotyczą natomiast zachowania środków ostrożności w czasie ataku. W świetle art. 57 ust. 2 lit. (a) p. (iii), strony walczące powinny „powstrzymać się od podjęcia ataku, który mógłby spowodować nie zamierzone straty w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienie osób cywilnych, szkody w dobrach o charakterze cywilnym lub takie straty i szkody łącznie, których rozmiary byłyby nadmierne do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej”. Zgodnie zaś z art. 57 ust. 2 lit. (b), strony wojujące mają obowiązek „odstąpić od ataku lub go przerwać, gdy okaże się, że jego cel nie ma charakteru wojskowego lub korzysta ze szczególnej ochrony albo że można oczekiwać, iż wywoła on nie zamierzone straty w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych lub szkody w dobrach o charakterze cywilnym albo

⁸ Zob. A. Szpak, *Bezpośredni udział w działaniach zbrojnych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*, Toruń 2013, s. 41–42.

⁹ R. P. Barnidge, Jr., *The Principle of Proportionality under International Humanitarian Law and Operation Cast Lead*, W. C. Banks (red.), *New Battlefields/Old Laws: Critical Debates on Asymmetric Warfare*, New York 2011, s. 175.

¹⁰ I. Henderson, *The Contemporary Law of Targeting*, Leiden – Boston 2009, s. 247.

¹¹ Por. S. Estreicher, *Privileging Asymmetric Warfare (Part II)?: The „Proportionality” Principle Under International Humanitarian Law*, „New York University School of Law – Public Law & Legal Theory Research Paper Series” 2011, Working Paper No. 11–32, s. 7.

takie straty i szkody łącznie, których rozmiary byłyby nadmierne w stosunku do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej”. Mówiąc ogólnie, art. 57 określa sposób postępowania pozwalający na realizację zobowiązań wynikających z treści art. 51.

Do obowiązku przestrzegania zasady proporcjonalności nawiązuje ponadto art. 85 PD I. W ustępie 3 lit. (b) tego artykułu jest mowa o ciężkim naruszeniu protokołu, polegającym na podejmowaniu „ataku bez rozróżnienia, dotyczącego ludność cywilną lub dobra o charakterze cywilnym, ze świadomością, że taki atak wywoła straty w życiu ludzkim, ranienia osób cywilnych oraz szkody w dobrach cywilnych, nadmierne w rozumieniu ustępu 2 (a) (iii) artykułu 57”. Określenie „ze świadomością” wskazuje na celowe działanie sprawcy, sama zaś kwalifikacja tego działania jako „ciężkiego naruszenia” oznacza, że w istocie czyn ten stanowi zbrodnię wojenną.

Wiele aspektów (jeśli nie wszystkie) zasady proporcjonalności wyrażonych w PD I ma wiążący charakter również na gruncie zwyczajowego prawa humanitarnego, i to zarówno w odniesieniu do zakazu ataków powodujących straty cywilne nadmierne w zestawieniu z korzyścią wojskową, jak i w ramach środków ostrożności. Stanowisko takie prezentuje Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża (MKCK), który dał temu wyraz w „Studium poświęconym zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitarnemu”¹², będącym rezultatem prowadzonej pod auspicjami Komitetu dziesięcioletniej pracy międzynarodowej grupy ekspertów (wspieranej przez narodowe zespoły specjalistów cywilnych i wojskowych). Celem tego projektu było ustalenie, jakie normy zwyczajowego MPH można drogą indukcji wywieść z praktyki państw i organizacji międzynarodowych. Zgodnie z zasadą 14 „Studium”, zwyczajowe międzynarodowe prawo humanitarne zakazuje wszczynania ataku, co do którego można przypuszczać, że wywoła również straty w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych, szkody w dobrach o charakterze cywilnym lub połączenie tych strat i szkód, jeśli byłyby one nadmierne w porównaniu z oczekiwaną konkretną i bezpośrednią korzyścią wojskową¹³. Natomiast w świetle zasady 15, należy przedsięwziąć wszystkie praktycznie możliwe środki ostrożności w celu uniknięcia, a przynajmniej sprowadzenia do minimum, niezamierzonych strat w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych i szkód w dobrach o charakterze

¹² Zob. J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck (red.), *Customary International Humanitarian Law: Rules*, Cambridge 2005; J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck (red.), *Customary International Humanitarian Law: Practice*, Cambridge 2005. Katalog zasad zwyczajowego MPH oraz przykłady z praktyki państw w zakresie MPH znaleźć też można na specjalnej stronie internetowej administrowanej przez MKCK – zob. International Committee of the Red Cross, *Customary IHL Database*, <http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/Home> (dostęp: 11.6.2014).

¹³ Zob. J.-M. Henckaerts, *Studium poświęcone zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitarnemu: wkład w zrozumienie i poszanowanie zasad prawa dotyczących konfliktu zbrojnego* (tłum. M. Sajkowski), Warszawa 2006, s. 31.

cywilnym¹⁴. Co istotne, zasada proporcjonalności, stanowiąc część zwyczajowego MPH, znajduje zastosowanie również w przypadku międzynarodowych konfliktów zbrojnych. Jej zwyczajowy charakter w prawie międzynarodowym potwierdził również Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, który w swojej opinii doradczej w sprawie legalności grożenia użyciem lub użycia broni jądrowej stwierdził, iż podstawowe zasady międzynarodowego prawa humanitarnego stanowią „nieprzekraczalne zasady” (*intransgressible principles*) międzynarodowego prawa zwyczajowego¹⁵.

W świetle komentarza MKCK do PD I, „siły zbrojne i ich bazy stanowią cele, które mogą być atakowane bez względu na to, gdzie się znajdują, z wyjątkiem sytuacji, gdy atak mógłby doprowadzić do niezamierzonych strat w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych i szkód w dobrach o charakterze cywilnym, których rozmiary byłyby nadmierne do oczekiwanej bezpośredniej i konkretnej korzyści wojskowej. W strefie działań wojennych często zdarza się, że typowe obiekty cywilne lub dobra o charakterze cywilnym są zajmowane lub wykorzystywane przez siły zbrojne i wówczas takie cele mogą być atakowane, z zastrzeżeniem, że nie prowadzi to do nadmiernych strat wśród ludności cywilnej (...). Poza strefą działań wojennych, wojskowy charakter celów, które mają zostać zaatakowane, musi być wyraźnie ustalony i potwierdzony”¹⁶. Innymi słowy, zasada proporcjonalności ma zapewnić równowagę między dwoma różnymi interesami – z jednej strony koniecznością uwzględnienia potrzeb wojskowych, a z drugiej strony koniecznością uwzględnienia wymogów humanitaryzmu wtedy, gdy prawa czy obowiązki nie zostały sformułowane w sposób bezwzględny¹⁷.

Wspomniana wyżej konieczność wojskowa jest pojęciem sankcjonującym stosowanie przymusu i wszelkiego rodzaju siły w zakresie koniecznym do realizacji celów wojennych, czyli zmuszenia wroga do częściowego lub całkowitego poddania się, w możliwie najszybszym czasie, jak najmniejszym

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, par. 79. Polskie tłumaczenie fragmentów tej opinii – zob. P. Daranowski, J. Połatyńska (red.), *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 2011, s. 172–178.

¹⁶ Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (red.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva 1987, s. 620–621, par. 1953–1954.

¹⁷ Polski Czerwony Krzyż, *Międzynarodowe prawo humanitarne – odpowiadamy na twoje pytania*, http://www.pck.org.pl/warszawa/zarzad/dokumenty/MPH_odpowiadamy_na_twoje_pytania.pdf (dostęp: 12.9.2013). Proporcjonalność uznać zatem można za pojęcie elastyczne, ale nie „elastyczne w nieskończoność” – wskazuje ona na dopuszczalność niezamierzonych strat cywilnych, ale tylko do pewnego stopnia; aby doszło do naruszenia zasady proporcjonalności, stosunek strat wśród ludności cywilnej i szkód w dobrach o charakterze cywilnym musi być nieproporcjonalny do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej (zob. G. D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge 2010, s. 274).

nakładem środków i pieniędzy oraz życia ludzkiego. Pojęcie to zatem zakłada, że użycie siły może być kontrolowane i w istocie podlega kontroli, że użycie siły jest niezbędne, aby w możliwie najkrótszym czasie zmusić wroga do częściowego lub całkowitego poddania się oraz, że zakres zastosowanej siły wobec wroga jest nie większy niż wymaga tego konieczność jego pokonania. Konieczności wojskowej nie można rozpatrywać w oderwaniu od reszty aspektów prawa humanitarnego. W szczególności, nie usprawiedliwia ona pogwałcenia tego prawa, gdyż podczas formułowania norm MPH uwzględniono również konieczność wojskową¹⁸.

Co istotne, aby w sposób skuteczny i zgodny z prawem stosować zasadę proporcjonalności, należy najpierw zrozumieć, że konieczność wojskowa jest warunkiem jej realizacji. Konieczność określa bowiem dolną granicę proporcjonalności. Straty cywilne, które nie są konieczne, nigdy nie będą proporcjonalne¹⁹.

Pojęciem związanym z koniecznością wojskową i niejako zawierającym się w niej jest pojęcie humanitaryzmu, które zabrania zadawania cierpienia i ran oraz powodowania zniszczeń, o ile nie jest to konieczne dla osiągnięcia uzasadnionych celów wojskowych. Cel nie uświęca środków i walczący muszą w każdym przypadku respektować co najmniej „wymagania społecznego sumienia” – jeśli więc nie wiedzą, jak się zachować, powinni zachować się w sposób humanitarny. Pojęcie humanitaryzmu zaowocowało wypracowaniem wielu szczegółowych reguł, a w szczególności zakazu zadawania nieuzasadnionego cierpienia. Ponadto, potwierdza podstawową nietykalność osób cywilnych i ich własności, które nie mogą stanowić celów ataków podczas konfliktów zbrojnych. Nietykalność ta nie wyklucza nieuniknionych i przypadkowych ofiar wśród ludności cywilnej, które mogą mieć miejsce w trakcie zgodnych z prawem ataków na cele wojskowe²⁰. Nadrzędnym celem międzynarodowego prawa humanitarnego jest wyeliminowanie i ograniczenie niepotrzebnych strat wśród ludności cywilnej, które nieuchronnie niosą ze sobą działania wojenne. Ryzyko strat wiąże się z działaniami tak obrońców, jak i atakujących i jako takie musi podlegać regulacjom prawnym²¹.

Zasada proporcjonalności ma zatem na celu równoważenie celów wojskowych i wymogów humanitarnych. Dowódca wojskowy nie ma prawa narażać osób cywilnych na straty ani zezwalać na zniszczenia obiektów cywilnych, jeśli pozostają one w dysproporcji do korzyści wojskowej osiągananej w wyniku

¹⁸ W. J. Fenrick, *The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare*, „Military Law Review” 1982, Vol. 98, s. 93.

¹⁹ J. Dill, *Applying the Principle of Proportionality in Combat Operations*, Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict, „Policy Briefing”, December 2010, s. 6.

²⁰ W. J. Fenrick, *op. cit.*, s. 93–94.

²¹ S. Estreicher, *op. cit.*, s. 2–3. Por. N. Neuman, *Applying the Rule of Proportionality: Force Protection and Cumulative Assessment in International Law and Morality*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2004, Vol. 7, s. 82.

prowadzonej operacji. Jak jednak słusznie zauważa William J. Fenrick, zdecydowanie łatwiej jest sformułować zasadę proporcjonalności w sposób ogólny niż zastosować ją w konkretnym przypadku, w dużej mierze dlatego, że w ramach tej zasady porównuje się praktycznie nieporównywalne wartości. Trudno bowiem oszacować wartość życia niewinnych osób, gdy zestawiamy ją z korzyścią wynikającą z zajęcia określonego celu wojskowego, np. wzgórze²². Międzynarodowe prawo humanitarne, choć zawiera odnośne normy zwyczajowe i traktatowe dotyczące zasady proporcjonalności, nie określa jednak, jak w trakcie planowania i prowadzenia działań zbrojnych dokładnie porównać ze sobą dwie tak odmienne wartości, jak życie ludzkie i korzyść wojskowa²³.

3. Zasada proporcjonalności a planowanie i prowadzenie operacji militarnych

Potrzeby wojskowe i względy humanitarne są dla ofiar działań wojennych przeciwnymi aspektami wojny, wzajemnie modelującymi swoje wpływy – z jednej strony pojawia się wymóg zwycięstwa i w jego konsekwencji tendencja do używania wszystkich sił i środków dla osiągnięcia celu, z drugiej strony – świadomość życia i niehumanitarności wojny. Wymagania dyktowane potrzebami wojskowymi powinny być jednak realizowane w ramach zachowania proporcji w stosunku do bezpośrednich sukcesów militarnych oczekiwanych po planowanej operacji²⁴.

Przed podjęciem ostatecznej decyzji o przeprowadzeniu ataku należy zatem oszacować jego potencjalne konsekwencje, biorąc pod uwagę konieczność wojskową i spodziewane korzyści militarne (ale i możliwe straty własne), jak również wymagane prawem środki ostrożności oraz jak najmniejsze zagrożenie dla osób i obiektów cywilnych. Do dokonania tej oceny i podjęcia decyzji siły zbrojne posługują się specjalną procedurą, określaną również w polskiej armii angielskim terminem *targeting*. Jest to „proces selekcji i szeregowania pod względem ważności celów oraz dobór odpowiedniego działania, uwzględniając wymagania i możliwości operacyjne”²⁵. Wszystkie decyzje dotyczące namierzania celów, gdy w grę wchodzi ataki, muszą być zgodne z zasadami użycia siły (*rules of engagement* – ROE)²⁶ i międzynarodowym

²² W. J. Fenrick, *op. cit.*, s. 94–95.

²³ Zob. J. Dill, *op. cit.*, s. 3.

²⁴ P. Żarkowski, D. Radziwiłowicz (red.), *Materiał szkoleniowy dla instruktorów do nauczania prawa wojennego*, Warszawa 2002, s. 12.

²⁵ U.S. Department of Defense, Joint Publication 1-02, *Dictionary of Military and Associated Terms*, 2009, s. 538.

²⁶ Ogólnie mówiąc, pod tym pojęciem kryją się „wytyczne, wydane przez kompetentną władzę wojskową, krajową lub międzynarodową, określające okoliczności i ograniczenia, pod jakimi siły zbrojne mogą wszczynać lub kontynuować swe zbrojne zaangażowanie” (A. Tokarczyk, *Mandat operacji pokojowych a uprawnienia żołnierzy do użycia siły w świetle*

prawem humanitarnym, a także uwzględniać fundamentalne zasady konieczności wojskowej, proporcjonalności i rozróżniania oraz zakaz zadawania niepotrzebnego cierpienia. Ponadto, w ramach procedury *targetingu* siły zbrojne obowiązują ogólne ograniczenia prawne: (a) osoby cywilne i ich mienie nie mogą stanowić celu świadomego ataku, (b) akty przemocy mające na celu tylko i wyłącznie sterroryzowanie ludności cywilnej są zabronione i (c) atakować można tylko legalne cele wojskowe. Planiści muszą również podjąć środki ostrożności w celu uniknięcia nadmiernych przypadkowych ofiar wśród ludności cywilnej oraz zniszczeń ich mienia²⁷.

Przypadkowe ofiary wśród ludności cywilnej, jak również zniszczenie ich mienia określa się mianem „szkod ubocznych”, co oznacza „niezamierzone bądź przypadkowe straty lub zniszczenia mienia i osób, które w danych okolicznościach nie są uznawane jako legalne cele wojskowe”²⁸. Planiści i dowódcy przeprowadzający atak oraz każda osoba sprawująca efektywną kontrolę nad atakiem musi go odwołać lub zawiesić, jeśli okaże się, że: (a) dany obiekt nie kwalifikuje się już jako cel wojskowy, (b) obiekt podlega ochronie specjalnej, lub (c) spodziewane straty i skutki uboczne będą nadmierne w stosunku do oczekiwanej korzyści wojskowej²⁹.

Określając wzajemny związek między zasadą humanitaryzmu i zasadą konieczności wojskowej, zasada proporcjonalności wskazuje zatem na potrzebę umiarkowania w doborze metod i środków szkodenia nieprzyjacielowi³⁰. Zasada proporcjonalności stanowi więc istotny czynnik, który powinno się uwzględniać przy wyborze celu ataku. Jeśli straty wśród ludności cywilnej są nieuniknione, z uwagi na łączenie obiektów cywilnych i celów wojskowych lub z uwagi na podwójny charakter (cywilno-wojskowy) danego celu, należy odpowiednio wyważyć korzyść wojskową. Należy też ocenić charakter dostępnych metod i środków walki, niektóre rodzaje broni mogą bowiem ze swej natury bądź wskutek ich określonego wykorzystania powodować nadmierne i niepotrzebne straty i szkody³¹. Najlepiej zatem, by atakujący używał tzw. broni precyzyjnej, która pozwoli uderzyć wyłącznie w cel wojskowy. Jeśli jednak strona atakująca nie posiada takiej broni, zobowiązana jest do rozważenia możliwości przeprowadzenia ataku za pomocą innych metod i środków

międzynarodowego prawa humanitarnego na przykładzie PKW w Iraku i Afganistanie, B. Janusz-Pawletta (red.), *Konwencje genewskie 60 lat później. Nowe wyzwania dla międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych*, Warszawa 2010, s. 50).

²⁷ Szerzej – zob. J. D. Wright, „*Excessive Ambiguity: Proportionality from the Practitioner’s Perspective*”, http://law.huji.ac.il/upload/24_JasonWright_p.pdf, s. 2 (dostęp: 11.6.2014).

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ I. Henderson, *op. cit.*, s. 235.

³⁰ E. Mikos-Skuza, *Wprowadzenie do międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych*, K. Lankosz (red.), *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych*, Dęblin 2006, s. 36.

³¹ J. Gardam, *Proportionality and Force in International Law*, „*American Journal of International Law*” 1993, Vol. 87, s. 407.

walki, które pozwolą osiągnąć ten sam rezultat przy możliwie maksymalnym ograniczeniu niezamierzonych zniszczeń i strat w życiu ludzkim³². Atak nie może być więc lekkomyślnym działaniem, powodującym niepotrzebne straty wśród ludności cywilnej.

Zasadę proporcjonalności łatwiej jednak sformułować w teorii niż zastosować w praktyce, szczególnie w przypadku, gdy decydując się na metodę walki, która ograniczy przypadkowe straty, strona wojująca zwiększa ryzyko strat wśród własnych oddziałów. Zasada nie precyzuje ani stopnia staranności, jaką żołnierz musi zachować, ani stopnia ryzyka, jakie musi podjąć. Wydaje się jednak, że ryzyko, jakie może ponieść strona atakująca, powinno być czynnikiem branym pod uwagę przy stosowaniu zasady proporcjonalności³³. Dla stron wojujących z pewnością istotne będzie, by nie marnować życia żołnierzy, czasu i amunicji na nieproporcjonalne operacje zbrojne.

Z punktu widzenia wojskowego, zasada proporcjonalności jest użyteczna jako swoiste potwierdzenie przykrej nieuchronności przypadkowych ofiar wśród ludności cywilnej w czasie wojny. Zasady użycia siły (ROE), które zakazywałyby powodowania przypadkowych ofiar wśród osób cywilnych, mogłyby się okazać nieskuteczne. Z kolei reguły dotyczące ataku, które bagatelizowałyby omawianą zasadę, mogłyby nawet doprowadzić do uznawania przez dowódców, że ofiar cywilnych nie da się uniknąć, zatem można je zignorować. Wreszcie, reguły walki, których częścią stałaby się szeroko pojęta zasada obiektywnej proporcjonalności, mogłyby równie dobrze okazać się zbyt mało elastyczne, by je zastosować w nieskończonej liczbie przypadków prowadzenia działań zbrojnych³⁴. Niestety, mimo istniejących uregulowań prawnych, w odniesieniu do *targetingu*, zasadniczym problemem nadal pozostaje to, że niezwykle trudno jest określić, jak w danym przypadku rozumieć „nadmierność” strat cywilnych³⁵.

³² A. P. V. Rogers, *Law...*, s. 19.

³³ *Ibidem*, s. 20. Por. R. J. Barber, *The Proportionality Equation: Balancing Military Objectives with Civilian Lives in Armed Conflict in Afghanistan*, „Journal of Conflict & Security Law” 2010, Vol. 15, issue 3, s. 481 („Ryzyko poniesienia ‘strat własnych’ nie jest częścią równania proporcjonalności, opisanego w Protokole I. Niemniej jednak uznaje się powszechnie, że dowódcy wojskowi mają prawo podjąć pewne środki, by zminimalizować ryzyko zagrażające ich żołnierzom”). W podobnym duchu sformułowano tę kwestię w brytyjskim podręczniku prawa konfliktów zbrojnych: „Czasami metoda ataku, która minimalizuje zagrożenie dla osób cywilnych, może zwiększyć zagrożenie dla sił strony atakującej. Prawo nie wyraża się jasno, jeśli chodzi o stopień ryzyka, które atakujący musi zaakceptować. Sama zasada proporcjonalności nie wymaga od napastnika zaakceptowania zwiększonego ryzyka. Wymaga od niego natomiast powstrzymania się od ataków, po których można oczekiwać, że spowodują nadmierne straty i skutki uboczne” (UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford 2004, par. 2.7.1).

³⁴ W. J. Fenrick, *op. cit.*, s. 126.

³⁵ I. Henderson, *op. cit.*, s. 247.

3.1. Kwestia określenia poziomu niezamierzonych strat po stronie osób cywilnych

Jednym ze sposobów, w jaki Protokół Dodatkowy I godzi względy humanitarne z nieuniknionym stosowaniem siły w trakcie działań wojennych, jest akceptacja prawdopodobieństwa spowodowania przypadkowych szkód w dobrach o charakterze cywilnym oraz ranienia osób cywilnych w sytuacji, gdy operacje militarne prowadzone są przeciw celom wojskowym. Najlepszym przykładem powyższego dostosowania jest zakaz powodowania „nadmiernych”, niezamierzonych strat wśród osób i obiektów cywilnych, wyrażony w art. 51 ust. 5, art. 57 ust. 2 i art. 85 ust. 3 lit. (b) PD I. Pośrednio zakaz ten przyjmuje, że sporadycznie przypadkowe straty mogą okazać się nieuniknione i będą dopuszczalne, o ile nie są „nadmierne”³⁶.

Nie jest jednak jasne, jaki poziom strat po stronie osób cywilnych uznać należy za nieproporcjonalny – w PD I jest jedynie mowa o stratach i szkodach „nadmiernych”, które należy odnosić do „oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej”. Obecność osób cywilnych nie czyni zatem danego obiektu nietykalnym, jednak strona atakująca zobowiązana jest podjąć odpowiednie środki ostrożności, by zminimalizować przypadkowe, niezamierzone straty wśród ludności cywilnej lub szkody w dobrach o charakterze cywilnym, uwzględniając przy tym cel misji i dopuszczalne ryzyko dla sił atakującego³⁷. Co ciekawe, sformułowanie „nadmierne straty” użyte w PD I wydaje się być nie tylko bardziej pasujące do treści tego protokołu, lecz także zapewnia solidniejszą, bardziej zasadną podstawę do sądenia naruszeń niż bardziej elastyczne i podatne na manipulację określenie „proporcjonalność”³⁸. Niemniej jednak nie zmienia to faktu, że przymiotnik „nadmierne” nie został w protokole sprecyzowany. Nie jest bowiem możliwe – zdaniem W. Fenricka – ustalenie jakiegokolwiek rozsądnego, dokładnego „równania proporcjonalności” między stratami wśród ludności cywilnej a korzyścią wojskową. Skoro ataki wymierzone w ludność cywilną są już zakazane na mocy art. 51 ust. 2, jasne jest, że ataki teoretycznie skierowane przeciw celom wojskowym, które powodują takie straty wśród osób cywilnych, iż staje się oczywiste, że w rzeczywistości ataki skierowane były przeciw tym osobom, potraktować można jako ataki powodujące „nadmierne straty”. Protokół Dodatkowy I nie daje jednak odpowiedzi, jak wysoko należy ustawić standard „proporcjonalności” i związany z nim poziom „nadmierności”³⁹.

³⁶ Zob. W. J. Fenrick, *op. cit.*, s. 92.

³⁷ Zob. G. D. Solis, *op. cit.*, s. 276.

³⁸ S. Estreicher, *op. cit.*, s. 3.

³⁹ W. J. Fenrick, *op. cit.*, s. 102. Por. M. N. Schmitt, *The Law of Targeting*, E. Wilmshurst, S. Breau (red.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge 2007, s. 156 (zasada proporcjonalności to „zasada, która stronom wojującym sprawia najwięcej trudności w jej praktycznym zastosowaniu, ponieważ wymaga rozpatrzenia wzajemnych relacji między odmiennymi wartościami, poprzez zastosowanie wysoce subiektywnego standardu, nadmierności”).

Historia negocjacji prowadzonych podczas konferencji dyplomatycznej w celu przyjęcia treści PD I wskazuje jednak, że użycie określenia „nadmierne straty” nie było przypadkowe. W zaproponowanej przez MKCK początkowej wersji art. 46, który był poprzednikiem obecnego art. 51 PD I, mowa jest o stratach „nieproporcjonalnych”:

„Zakazane jest stosowanie środków walki oraz jakichkolwiek metod, które w sposób nieukierunkowany uderzają lub wpływają na ludność cywilną i kombatantów bądź na dobra cywilne i cele wojskowe. W szczególności, zabronione jest (...) (b) przeprowadzanie ataków, po których można się spodziewać, że pociągną za sobą przypadkowe straty wśród ludności cywilnej i spowodują zniszczenia obiektów cywilnych w stopniu nieproporcjonalnym do oczekiwanej, bezpośredniej i istotnej korzyści wojskowej”⁴⁰.

W trakcie negocjacji nad postanowieniami Protokołu dotyczącymi proporcjonalności wykształciły się jednak trzy pozostające w sprzeczności stanowiska: wyraźne, ogólne uznanie proporcjonalności za istotny składnik każdej obowiązującej normy prawnej regulującej prowadzenie działań wojennych, odmowa uznania w jakiegokolwiek formie prawnego znaczenia proporcjonalności z uwagi na fakt, że nie była ona uznana zasadą prawa wojny i jest sprzeczna z humanitarnym celem konferencji oraz częściowe uznanie proporcjonalności, to znaczy akceptacja nieuchronności przypadkowych strat na pewnych ograniczonych obszarach z jednoczesnym zakazem powodowania przypadkowych strat w określonej odległości od celu wojskowego⁴¹.

W odniesieniu do propozycji MKCK, kilka państw bloku wschodniego (w tym Rumunia, Węgry oraz Polska), a także Syria, sprzeciwiły się stanowczo wprowadzeniu do wspomnianych postanowień Protokołu terminu „nieproporcjonalny”, w obawie, że będzie on wymagał porównywania odmiennych wartości i zbyt łatwo będzie można tym terminem manipulować⁴². Ostatecznie omawiana zasada znalazła się w Protokole, jednak postanowiono we wszystkich wymienionych wyżej artykułach PD I zamiast pojęcia „nieproporcjonalne” użyć słowa „nadmierne”⁴³.

Rezygnacja ze słowa „proporcjonalność” wpłynęła jednak negatywnie na próbę utożsamienia „nadmiernych” strat ze „znacznymi/rozległymi” (*extensive*) stratami, którą to próbę podjął MKCK w komentarzu opracowanym dziesięć lat po podpisaniu PD I:

⁴⁰ Cyt. za: W. J. Fenrick, *op. cit.*, s. 103.

⁴¹ Szerzej – zob. W. J. Fenrick, *op. cit.*, s. 102.

⁴² Warto przytoczyć tu polskie stanowisko w omawianej kwestii: „Zasada proporcjonalności wyrażona w propozycji MKCK mogłaby przyznać dowódcom wojskowym praktycznie nieograniczone prawo do decydowania o przeprowadzeniu ataku, jeśli uznaliby, że przyniosłby on korzyść wojskową. Cierpienie osób cywilnych i korzyść wojskowa to dwie wartości, których porównywanie trudno byłoby sobie wyobrazić” (Poland, *Statement at the CDDH*, „Official Records”, Vol. XIV, CDDH/III/SR.8, 19.3.1974, s. 61, par. 13).

⁴³ S. Estreicher, *op. cit.*, s. 7–8.

„Wysunięto koncepcję (...) w świetle której nawet jeśli straty i zniszczenia dotyczące osób cywilnych są bardzo duże, mogą one być usprawiedliwione w przypadku, gdy wchodząca w grę korzyść wojskowa jest niezmiernie ważna. Koncepcja ta pozostaje w sprzeczności z fundamentalnymi zasadami Protokołu, w szczególności z artykułem 48 (*zasada podstawowa*) i paragrafami 1 i 2 obecnego artykułu 51. Protokół bowiem nie przewiduje jakiegokolwiek usprawiedliwienia dla ataków powodujących znaczne straty i zniszczenia dotyczące osób cywilnych. Przypadkowe straty i zniszczenia nigdy nie powinny być znaczne”⁴⁴.

Niektórzy autorzy, w tym Yoram Dinstein, uważają, że w komentarzu MKCK po prostu pomyłono pojawiające się w PD I pojęcie „nadmierne” ze słowem „znaczne”⁴⁵. W istocie, to co jest „nadmierne”, niekoniecznie musi być, chociaż może być, „znaczne”, a co z kolei jest „znaczne”, może, ale nie musi być „nadmierne”⁴⁶. Do podobnych wniosków doszli autorzy komentarza do *Podręcznika prawa międzynarodowego stosowanego w wojnie powietrznej i raketowej* z 2009 roku, opracowanego przez międzynarodową grupę ekspertów w ramach *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research* Uniwersytetu Harvarda⁴⁷. Odnośnie do pojęciowego zamieszania wokół słowa „nadmierne”, eksperci biorący udział w projekcie wyjaśnili, iż: „termin *nadmierne* jest często błędnie interpretowany. Nie chodzi o liczbę ofiar cywilnych i porównywanie jej z liczbą kombatantów przeciwnika, którzy zostali wyeliminowani z działania. [Pojęcie to] znajduje zastosowanie, gdy zachodzi znaczna dysproporcja pomiędzy oczekiwaną korzyścią wojskową z jednej strony a spodziewanymi stratami wśród osób cywilnych i szkodami w dobrach o charakterze cywilnym z drugiej strony”⁴⁸. W kwestii stosowania testu proporcjonalności, eksperci podkreślają, że skutki uboczne, które są znaczne, niekoniecznie muszą być nadmierne. Pojęcie „nadmierności” nie jest bowiem absolutne. Mierzy się ją zawsze w oparciu o korzyść wojskową, którą atakujący spodziewa się uzyskać w wyniku ataku. Jeśli oczekiwana korzyść wojskowa jest marginalna, przewidywane skutki uboczne nie muszą

⁴⁴ Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (red.), *op. cit.*, s. 626, par. 1980.

⁴⁵ Zob. Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge 2004, s. 120.

⁴⁶ R. P. Barnidge Jr., *op. cit.*, s. 181.

⁴⁷ Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Bern, 15.5.2009, <http://www.ihlresearch.org/amw/manual/> (dostęp: 11.6.2014). Podręcznik sam w sobie nie jest źródłem wiążących norm prawnych, może jednak służyć jako pomoc przy opracowywaniu krajowych podręczników wojny powietrznej oraz jako punkt wyjścia przy tworzeniu zasad użycia siły (*rules of engagement*, ROE) na potrzeby operacji militarnych prowadzonych przez wielonarodowe siły zbrojne.

⁴⁸ Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, 2010, s. 92, <http://ihlresearch.org/amw/Commentary%20on%20the%20HPCR%20Manual.pdf> (dostęp: 11.6.2014).

być znaczne, aby być nadmierne – i odwrotnie, znaczne skutki uboczne mogą być prawnie uzasadnione militarną wartością atakowanego celu, z uwagi na wysoką korzyść wojskową spodziewaną jako rezultat ataku⁴⁹.

Wydaje się jednak, że występujące w opracowanym przez MKCK komentarzu do PD I powiązanie strat „nadmiernych” ze „znacznymi” w rzeczywistości nie jest błędną interpretacją czy skutkiem pomyłki, lecz może być konsekwencją przekonania ideologicznego, iż międzynarodowe prawo humanitarne nie może być wykorzystywane w celu sankcjonowania znacznej liczby ofiar śmiertelnych, bez względu na to, na jakie sformułowania w Protokole należały państwa⁵⁰.

Przynajmniej co do jednej kwestii przedstawiciele doktryny (tak prawnicy cywilni, jak i wojskowi) są zgodni – terminu „nadmierne” nie można zdefiniować bądź określić ilościowo, ale można dokonać jego jakościowej oceny, bazując na jednym z dających się zastosować standardów – subiektywnym (odwołującym się do własnej oceny dokonanej przez dowódcę), obiektywnym (opierającym się na wzorcu rozsądnego dowódcy) lub na swoistej hybrydzie obu tych standardów (podejście subiektywno-obiektywne)⁵¹.

3.1.1. Podejście subiektywne

W literaturze przedmiotu tradycyjnie dominuje pogląd preferujący standard subiektywny. W jego ujęciu, określenie nadmierności należy do dowódcy, który powinien dokonać oceny w dobrej wierze, w oparciu o zaistniałe okoliczności⁵². W świetle tego standardu, dowódcy posiadają znaczny margines swobody w decydowaniu o tym, jak wypada porównanie oczekiwanej korzyści wojskowej w stosunku do spodziewanych skutków ubocznych. Takie podejście w zakresie określania nadmierności opiera się zatem wyłącznie na informacjach posiadanych przez dowódcę oraz jego ocenie, dokonanej w dobrej wierze⁵³. Innymi słowy, standard ten jest subiektywny w tym sensie, że oceniając działania dowódcy, należy spojrzeć na sytuację tak, jak on ją widział w chwili podejmowania decyzji, uwzględniając przy tym informacje, które posiadał⁵⁴.

Decyzja o podjęciu takiego ataku, który nie naruszy zasady proporcjonalności i nie będzie powodować nadmiernych strat cywilnych, należy zatem do danego dowódcy. Musi on określić stosunek korzyści wojskowej do przypadkowych strat. Musi ustalić, jakich środków należy użyć, by potwierdzić,

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ A. Cohen, *op. cit.*, s. 15.

⁵¹ J. D. Wright, „*Excessive*” *Ambiguity: Proportionality...*, s. 9.

⁵² Y. Dinstein, *op. cit.*, s. 122; J. Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge 2004, s. 105–106.

⁵³ J. D. Wright, „*Excessive*” *ambiguity: analyzing...*, s. 839. Por. Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (red.), *op. cit.*, s. 684, par. 2210.

⁵⁴ A. P. V. Rogers, *Law...*, s. 110; Y. Dinstein, *op. cit.*, s. 122.

że obiekty będące przedmiotem ataku są celami wojskowymi i jakie praktycznie możliwe środki ostrożności można zastosować, by zminimalizować przypadkowe straty. Powinien też porównać różnorodne metody przeprowadzenia ataku, by wybrać tę z nich, która stanowi odpowiednio proporcjonalną metodę prowadzącą do osiągnięcia celu militarnego⁵⁵. Mimo jednak subiektywnego charakteru tej decyzji, powinna być ona podjęta w dobrej wierze, a standard oceny jej legalności powinien odnosić się do wkładu w osiągnięcie wspomnianego celu militarnego całej operacji w stosunku do innych skutków podjętych działań, takich jak ich wpływ na osoby cywilne i dobra o charakterze cywilnym⁵⁶.

3.1.2. Podejście obiektywne

W przeciwieństwie do doktryny prawa międzynarodowego, orzecznictwo międzynarodowych i krajowych sądów i trybunałów, dotyczące zasady proporcjonalności w konfliktach zbrojnych, hołduje podejściu obiektywnemu w zakresie oceny nadmierności skutków ubocznych ataku. Jako przykład, warto przytoczyć dwa orzeczenia (odpowiednio – sądu międzynarodowego i krajowego), w których odniesiono się do standardu proporcjonalności i określenia „nadmierności”. Pierwsze z orzeczeń wydał Międzynarodowy Trybunał Karny do spraw Zbrodni popełnionych w byłej Jugosławii (MTKJ) w sprawie *Prosecutor v. Stanislav Galić*⁵⁷. W 2003 roku MTKJ uznał generała Galića winnym zarzucanych mu zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości, polegających m.in. na naruszaniu zasady proporcjonalności w czasie, gdy dowodził oddziałami bośniackich Serbów podczas trwającego 23 miesiące oblężenia Sarajewa. Działania zbrojne oblegających obejmowały wówczas częsty ostrzał artyleryjski i ataki snajperów, zaś ich efektem były tysiące zabitych i rannych osób cywilnych. Odnosząc się do oceny spodziewanych nadmiernych strat, Trybunał przyjął podejście obiektywne – ustalili zatem, iż atak będzie nieproporcjonalny, jeśli „wystarczająco dobrze poinformowana osoba w okolicznościach, w jakich znajduje się rzeczywisty sprawca, czyniąc rozsądny użytek z dostępnych jej informacji, może spodziewać się, że rezultatem ataku będą nadmierne straty wśród ludności cywilnej”⁵⁸. Jeśli zachodzi taka sytuacja, dowódca strony atakującej powinien zaprzestać

⁵⁵ A. P. V. Rogers, *Conduct of Combat and Risks Run by the Civilian Population*, „Military Law and Law of War Review” 1982, Vol. 21, s. 311.

⁵⁶ L. C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd ed., Manchester 2000, s. 351. Por. Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (red.), *op. cit.*, s. 683–684, par. 2208 („[I]nterpretacja dokonana przez dowódców wojskowych musi być przede wszystkim oparta o zdrowy rozsądek i dobrą wiarę. W przypadku każdego ataku muszą oni starannie wyważyć wchodzące w grę interesy humanitarne i wojskowe”).

⁵⁷ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-T, Judgement, 5.12.2003.

⁵⁸ *Ibidem*, par. 58.

ataku, przełożyć atak lub odpowiednio go zmodyfikować, łagodząc jego skutki⁵⁹.

Z kolei w orzeczeniu izraelskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Targeted Killing* z 2006 roku pojawia się dostosowana do współczesnych potrzeb interpretacja „nadmiernych strat w stosunku do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej”, odnosząca się nie tylko do ogólnej zasady proporcjonalności, lecz także do działalności terrorystycznej⁶⁰. W omawianej sprawie Sąd zajmował się kwestią legalności prowadzonej przez rząd izraelski polityki *targeted killing*, polegającej na dokonywaniu zabójstw osób uznawanych przez władze za terrorystów, przy czym podczas takich akcji zdarzało się, że przypadkowo ginęły lub były ranne osoby postronne, nie związane z celem ataku. Próbuąc ustalić, czy likwidowanie takim sposobem palestyńskich bojowników można uznać za legalne przy spełnieniu pewnych warunków, Sąd podkreślił, że przy wyborze i ocenie legalności celu ataku zasada proporcjonalności jest przede wszystkim testem opartym na ocenie wartości, zależnym od równowagi pomiędzy sprzecznymi wartościami i interesami⁶¹. W kwestii określenia „nadmierności” Sąd przyjął, podobnie jak MTKJ, że właściwe jest tu podejście obiektywne, bazujące na wzorcu rozsądnego dowódcy. Należy zatem ustalić, czy decyzja, którą podjął dowódca wojskowy, jest decyzją, która mogłaby zostać zgodnie z prawem podjęta przez rozsądnego dowódcę⁶².

3.1.3. Podejście subiektywno-obiektywne

Trzecie podejście w zakresie oceny „nadmierności” stanowi w istocie połączenie obu wyżej omówionych: subiektywnego i obiektywnego. Ma być ono swoistym „złotym środkiem”, rozwiązaniem proponowanym przede wszystkim prawnikom wojskowym w czynnej służbie, którzy biorą udział w planowaniu i podejmowaniu decyzji dotyczących prowadzenia operacji militarnych. Fakt ten nie powinien zresztą dziwić, zważywszy, że podejście subiektywno-obiektywne proponują właśnie prawnicy wojskowi – Australijczyk, pułkownik Ian Henderson oraz Amerykanin, major Jason D. Wright.

W świetle modelu subiektywno-obiektywnego, ocena oczekiwanej korzyści wojskowej i przewidywalnych skutków ubocznych podlega dowódcy, następnie jednak określenie proporcjonalności wypływające z oceny subiektywnej jest obiektywne. Ogólnie mówiąc, ocena proporcjonalności ataku opiera się na okolicznościach, w których znajduje się dowódca i dostępnych mu informacjach. Jednakże, wyciągnięcie wniosków, czy skutki uboczne są

⁵⁹ G. D. Solis, *op. cit.*, s. 283.

⁶⁰ The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice, *Public Committee against Torture in Israel v. Israel*, HCJ 769/02, Judgment, 13.12.2006.

⁶¹ *Ibidem*, par. 45.

⁶² *Ibidem*, par. 57.

„spodziewane” i czy są one „proporcjonalne” oparte jest na tym, co racjonalnie myśląca osoba wydedukowałaby z tych informacji⁶³.

Model subiektywno-obiektywny rozбивa test proporcjonalności na dwie części: (1) *subiektywną* ocenę dokonywaną przez dowódcę operacji mającej przynieść oczekiwaną korzyść wojskową (OKW) i spodziewane skutki uboczne (SSU) oraz (2) *wyznacznik obiektywny* oparty na równoważeniu tych interesów z perspektywy „racjonalnego dowódcy wojskowego”. Innymi słowy, planiści i dowódcy muszą w dobrej wierze dokonać oceny OKW i SSU w świetle istniejących w danym momencie uwarunkowań. Wynikająca z powyższej oceny subiektywnej kalkulacja musi być obiektywnie racjonalna i gwarantować, że liczba ofiar śmiertelnych wśród ludności cywilnej oraz straty i zniszczenia mienia cywilnego nie będą nadmierne⁶⁴.

3.2. Określona korzyść wojskowa

Poza sformułowaniem „nadmierne straty”, terminem, który również nie został sprecyzowany w PD I i wywołuje wątpliwości interpretacyjne, jest „korzyść wojskowa”, a dokładniej – „oczekiwana konkretna i bezpośrednia korzyść wojskowa”. Zgodnie z art. 52 ust. 2, przedmiotem ataku mogą być cele wojskowe, które „wnoszą istotny wkład do działalności wojskowej i których całkowite lub częściowe zniszczenie (...) daje określoną korzyść w danej sytuacji”. Protokół Dodatkowy I nie reguluje jednak, co dla dowódców mogłoby stanowić ową korzyść wojskową i jak ją oceniać. Wymóg stawiany stronom walczącym nie polega bowiem na zadawaniu jak najmniejszych strat osobom i obiektom cywilnym w sensie abstrakcyjnym, lecz na sprowadzaniu do niezbędnego minimum tych strat przy uwzględnieniu „oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej”⁶⁵. Dążąc do osiągnięcia tej korzyści, dowódca ma obowiązek w rozsądny sposób zminimalizować straty wśród ludności cywilnej⁶⁶. Korzyść tę należy więc rozumieć raczej jako „konkretną i zauważalną”, nie zaś „hipotetyczną i opartą na domysłach”, w praktyce natomiast odpowiedzialny dowódca powinien być w stanie jasno określić rodzaj oczekiwanej korzyści wojskowej, którą ma przynieść atak i dostarczyć dowody na poparcie tych oczekiwań⁶⁷.

Nie ma wątpliwości, że przydawki „konkretna” i „bezpośrednia” sugerują istnienie prawdziwego i niebagatelnego celu wojskowego. Zgodnie z intencją autorów komentarza MKCK do PD I, określenie „konkretna i bezpośrednia”

⁶³ I. Henderson, *op. cit.*, s. 222.

⁶⁴ J. D. Wright, „Excessive” Ambiguity: Proportionality..., s. 9.

⁶⁵ S. Estreicher, *op. cit.*, s. 11.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 12.

⁶⁷ A. Boivin, *The Legal Regime Applicable to Targeting Military Objectives in the Context of Contemporary Warfare*, University Centre for International Humanitarian Law, Research Paper Series, 2006, No. 2, s. 21.

miało wskazywać, że oczekiwana korzyść powinna być „znacząca i stosunkowo osiągalna”, w odróżnieniu od korzyści, które są „ledwo zauważalne” i „osiągalne jedynie w dłuższej perspektywie”⁶⁸. Stosownie do powyższego, „korzyść wojskowa” powinna być mierzona w oparciu o konkretny cel taktyczny danej akcji, uwzględniając fakt, że „korzyść wojskowa” w ujęciu kumulatywnym jest, przynajmniej w większości wypadków, „ledwo zauważalna” i „osiągalna jedynie w dłuższej perspektywie”⁶⁹.

Brak przejrzystości zawartego w Protokole pojęcia „korzyści wojskowej” wiąże się z faktem, że nie został sprecyzowany jej rodzaj. W tekście PD I podjęto próbę ograniczenia zastosowania zwrotu do korzyści wojskowych, które są „konkretne i bezpośrednie”, a które MKCK interpretuje jako „znaczące i stosunkowo osiągalne” w odniesieniu do związku przyczynowego. Z uwagi na powyższe, korzyści o mglistym zarysie i nie posiadające przejrzystego związku przyczynowego z atakiem powinny być pomijane. Interpretacja zaproponowana przez niektóre państwa podkreśla jednak, że korzyść wojskowa, którą należy brać pod uwagę, to taka, która jest rezultatem operacji jako całości, nie zaś jednego z jej elementów⁷⁰. Ten punkt widzenia wydaje się uzasadniać pogląd, że osiągniętą korzyść należy oceniać jako efekt całej kampanii, a nie pojedynczej akcji zbrojnej. Zrozumiałe jest, że interpretacja ta podlega pewnym ograniczeniom, ale pozostaje niejasne, jakie one powinny być⁷¹.

Praktyka państw wskazuje zatem na szerszą akceptację „podejścia kumulatywnego”, w świetle którego korzyść wojskowa, oczekiwana w rezultacie przeprowadzenia ataku, w zamierzeniu odnosi się do korzyści oczekiwanej po ataku ocenianym całościowo, z perspektywy operacji militarnej, nie zaś tylko po ataku traktowanym w odizolowaniu lub w odniesieniu do jego poszczególnych części⁷². Podobne stanowisko zajął komitet ustanowiony w celu dokonania oceny kampanii powietrznej NATO przeciw Federalnej Republice Jugosławii – w opinii komitetu, zasada proporcjonalności nie odnosi się do konkretnych zdarzeń, lecz raczej do „całościowej oceny ogółu ofiar cywilnych w zestawieniu z celami kampanii militarnej”⁷³. Biorąc pod uwagę, że

⁶⁸ Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (red.), *op. cit.*, s. 684, par. 2209.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Szerzej – zob. J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck (red.), *op. cit.*, tom I, s. 49. Zdaniem Samuela Estreichera, „poprawne jest założenie, że oczekiwana korzyść wojskowa nie ogranicza się do najbliższej bitwy, lecz dotyczy ataku jako całej operacji. Tekst [Protokołu] mówi o *oczekiwanej korzyści wojskowej* lecz nie zawęża tej korzyści do jednej bitwy, gdyż miałyby to niewielki sens militarny. Nie dziwi zatem, że w tym kontekście, przepisy dotyczące odpowiedzialności karnej zawarte w Statucie Rzymskim odnoszą się do *całkowitej korzyści wojskowej*” (S. Estreicher, *op. cit.*, s. 9).

⁷¹ A. Cohen, *op. cit.*, s. 11.

⁷² Zob. N. Neuman, *op. cit.*, s. 99–100.

⁷³ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, <http://www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf>, par. 52 (dostęp: 11.6.2014).

w świetle MPH korzyść wojskową uważa się za odnoszącą do kampanii jako całości, a nie do pojedynczych ataków, wydaje się konieczne określić, co sprzyja, a co nie osiągnięciu celów kampanii. Bez aktywnej oceny operacji, dowódca wojskowy nie jest bowiem w stanie zestawić spodziewanych strat wśród ludności cywilnej z oczekiwaną korzyścią wojskową, ponieważ nieznaną mu jest ta korzyść w odniesieniu do konkretnego ataku⁷⁴.

3.3. Stosunek oczekiwanej korzyści wojskowej do spodziewanych skutków ubocznych

Z powyższych rozważań wynika, że rozwiązanie „równania proporcjonalności” wymaga określenia relatywnej wartości korzyści wojskowej uzyskanej przez jedną ze stron konfliktu oraz ofiar wśród osób cywilnych lub szkód wyrządzonych dobrom o charakterze cywilnym znajdującym się na obszarach kontrolowanych przez drugą stronę konfliktu⁷⁵. Dysponując jednak wartościami tak odmiennymi i trudno porównywalnymi, a na dodatek podawanymi różnorodnym interpretacjom, nie jest łatwo rozwiązać to równanie, zwłaszcza, że nie chodzi tu o czystą arytmetykę⁷⁶. Jak zatem przeprowadzić test proporcjonalności? Zdaniem Michaela N. Schmitta, błędem jest przedstawianie tego testu jako zwykłego wyważenia dwóch wartości, tzn. oceny, czy konkretna i bezpośrednia korzyść wojskowa przeważa wynikające z ataku skutki uboczne i przypadkowe ranienia. Jeśli tak, atak jest dozwolony, jeśli nie, atak jest zabroniony. Test taki jest zwykle przedstawiany jako skala, w której najmniejsza różnica przeważa szalę. W takim ujęciu zakazane są jedynie te ataki, w których w ogóle nie zachodzi proporcjonalność między celami do osiągnięcia a spodziewanymi stratami wśród osób cywilnych i szkodami w dobrach o charakterze cywilnym⁷⁷.

Próby stworzenia jakiejś formuły równoważenia korzyści wojskowej i skutków ubocznych wciąż są jednak podejmowane, a wyrazem tych starań jest chociażby dodanie w art. 8 ust. 2 lit. (b) p. (iv) Statutu MTK

⁷⁴ G. Noll, *Analogy at War: Proportionality, Equality and the Law of Targeting*, s. 12, http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=gregor_noll (dostęp: 22.5.2014).

⁷⁵ W. J. Fenrick, *Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign Against Yugoslavia*, „European Journal of International Law” 2001, Vol. 12, s. 501.

⁷⁶ Jedyną chyba próbą wyrażenia omawianego porównania za pomocą działania matematycznego jest propozycja Javiera Gómeza, który wskaźnik proporcjonalności (WP) przedstawia jako wynik stosunku korzyści wojskowej (KW) do skutków ubocznych (SU), w następujący sposób: $WP = KW/SU$. Autor ten nie wyjaśnia jednak, jak wstawić w to równanie odpowiednie liczby (zob. J. G. Gómez, *El Principio de la Proporcionalidad y los Daños Colaterales, un Enfoque Pragmático*, R. P. Sanjuán (red.), *Conduccion de Hostilidades y Derecho Internacional Humanitario*, Bogotá 2007, s. 197–243).

⁷⁷ M. N. Schmitt, *Fault Lines in the Law of Attack*, S. C. Breau, A. Jachec-Neale (red.), *Testing the Boundaries of International Humanitarian Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2006, s. 293.

przysłówka „wyraźnie” do przymiotnika „nadmierne”, co stwarza pewną gradację, jeśli chodzi o naruszenia zasady proporcjonalności⁷⁸. Szczególnie zaś interesujące rozwiązanie omawianego problemu, opracowane w oparciu o omówione wyżej podejście subiektywno-obiektywne w zakresie określania poziomu nadmiernych strat, proponuje Jason Wright. Stosując hybrydowy model subiektywno-obiektywny, pewne wspólne punkty odniesienia mogą okazać się pomocne przy klasyfikowaniu oczekiwanej korzyści wojskowej (OKW) i spodziewanych skutków ubocznych (SSU) w celu zdefiniowania terminu „nadmierny”. W przypadku części pierwszej metody subiektywno-obiektywnej – czyli subiektywnej oceny w dobrej wierze czynników OKW i SSU – obydwie zmienne można odpowiednio wyskalować, aby określić, czy odpowiednie wartości mają charakter marginalny, umiarkowany czy znaczący. Po przyporządkowaniu subiektywnych wartości dla OKW i SSU, wartości te można następnie zważyć w sposób obiektywny⁷⁹.

Atak byłby zatem proporcjonalny, jeśli:

- OKW jest marginalna i SSU są marginalne;
- OKW jest umiarkowana, a SSU są marginalne;
- OKW jest znacząca, a SSU są marginalne⁸⁰;
- OKW jest umiarkowana i SSU są umiarkowane;
- OKW jest znacząca, a SSU są umiarkowane⁸¹.

W przypadku dysproporcji w ocenianych wartościach, atak będzie „nadmierny” w sensie obiektywnym według międzynarodowego prawa humanitarnego, a zatem strona atakująca powinna zrezygnować z przeprowadzenia ataku (np. marginalna OKW i umiarkowane SSU albo umiarkowana OKW i znaczące SSU). Jeśli pomimo tego atak zostanie rozmyślnie przeprowadzony ze świadomością, że jest on nieproporcjonalny, państwo, które za tym stoi, winne jest ciężkiego naruszenia PD I. Jeśli pomiędzy wartościami zachodzi istotna dysproporcja (np. marginalna OKW i znaczące SSU), atak uważa się za „wyraźnie nadmierny”, a jeśli zostanie przeprowadzony, państwo, które się tego dopuszcza, z całą pewnością popełnia ciężkie naruszenie, zaś osoby odpowiedzialne za wydanie rozkazu ataku podlegają odpowiedzialności karnej⁸².

Jason Wright waha się jednak przy jednoznacznej ocenie sytuacji, gdy oczekiwana korzyść wojskowa wynikająca z ataku jest znacząca, ale znaczące są też spodziewane skutki uboczne. Wright ostatecznie decyduje się uznać

⁷⁸ W myśl art. 8 ust. 2 lit. (b) p. (iv) Statutu MTK, zbrodnią wojenną jest „zamierzone przeprowadzanie ataku ze świadomością, iż atak ten spowoduje przypadkową utratę życia lub zranienie osób cywilnych lub szkodę w obiektach cywilnych, lub rozległą, długotrwałą i poważną szkodę w środowisku naturalnym, które byłyby wyraźnie nadmierne w stosunku do konkretnej, bezpośredniej i całkowitej spodziewanej korzyści wojskowej” (Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, Rzym, 17.7.1998, Dz.U. 2003, Nr 78, poz. 708).

⁷⁹ J. D. Wright, „*Excessive*” *Ambiguity: Proportionality...*, s. 9–10.

⁸⁰ Według J. Wrighta, atak byłby wtedy nawet „wyraźnie proporcjonalny”.

⁸¹ Zob. J. D. Wright, „*Excessive*” *ambiguity: analyzing...*, s. 852.

⁸² J. D. Wright, „*Excessive*” *Ambiguity: Proportionality...*, s. 10.

taki atak za proporcjonalny, stawiając jednak przy tym znak zapytania. Być może jest to dowód na to, że określanie sztywnych kryteriów oceny jest – jak zauważył Michael Schmitt – błędne i bezcelowe, być może zaś w takich przypadkach należy zwrócić większą uwagę na względy moralne i zasady etyczne, a nie polegać tylko na „chłodnej” kalkulacji militarno-prawnej. Praktyka państw wynikająca z klasycznych, międzynarodowych konfliktów zbrojnych, zwłaszcza zaś z operacji prowadzonych podczas II wojny światowej (np. zdobycie Saint-Lô przez wojska amerykańskie, walki o Manilę czy choćby zrzućenie bomby atomowej na Hiroszimę i Nagasaki) wskazuje jednak, że w tego rodzaju sytuacjach przeważały względy natury wojskowej⁸³.

4. Wnioski

Zasada proporcjonalności, w takim ujęciu, w jakim została ona określona w art. 51 i 57 PD I, choć wiąże się z koniecznością wojskową, może przynieść znaczące korzyści humanitarne, o ile będzie ona stosowana w dobrej wierze. W świetle tej zasady, personel odpowiedzialny za planowanie operacji militarnych, prawdopodobnie na poziomie dywizji lub wyższym, zobowiązany jest do podjęcia wszelkich możliwych środków w celu oceny potencjalnych, przypadkowych strat cywilnych, do których może dojść w trakcie ataku. Dowódcy i planiści mają obowiązek porównać korzyść wojskową ze stratami cywilnymi, by ustalić, czy straty te będą nadmierne⁸⁴.

⁸³ Przykładowo, w lipcu 1944 r. generał Omar Bradley, dowódca amerykańskiej I Armii operującej w Normandii, stanął przed trudną decyzją wyważenia proporcji między stratami i szkodami wśród ludności cywilnej i w dobrach o charakterze cywilnym a korzyścią wojskową. Plan generała zakładał naloty dywanowe na obszar obejmujący pięć mil kwadratowych, w którym znajdowało się niewielkie miasteczko Saint-Lô. Miało ono kluczowe znaczenie dla sił amerykańskich, gdyż pozwalało kontrolować całą sieć drogową zachodniej Normandii, jego zdobycie mogło też przyczynić się do przełamania niemieckiej obrony i otworzyć drogę na Caen. Bombardowanie miało zniszczyć lub przetrzebić oddziały niemieckie na tym obszarze i w rezultacie umożliwić siłom amerykańskim szybkie natarcie. Generał nie zdecydował się jednak ostrzec ludności cywilnej mieszkającej w granicach tego obszaru, obawiając się, że tym samym uprzędzi stacjonujące tam siły niemieckie, które mogą się wycofać, wezwać posiłki i przygotować do kontruderzenia. Zdaniem generała Bradley’a, powodzenie całej operacji zależało od zaskoczenia, nawet jeśli miałyby się to wiązać z masakrą niewinnych mieszkańców. Generał osiągnął zakładany cel, naloty okazały się jednak nieprecyzyjne, bomby spadały poza przewidzianym obszarem, powodując większe szkody, a w rezultacie walk zniszczeniu uległo około 95% miasta (zob. S. Badsey, *Normandia 1944. Upadek „Festung Europa”*, Poznań 2010, s. 44). Czy generał Bradley naruszył zasadę proporcjonalności, pozostaje pytaniem otwartym – choć zdaniem Michaela Walzera, amerykańskiego intelektualisty i filozofa polityki, śmierć francuskich cywili prawdopodobnie nie była wygórowaną ceną za przełom, który nastąpił w Normandii i który mógł się okazać zwiastunem końca wojny, a ofiary nie były nadmierne w porównaniu z oczekiwaną, konkretną i bezpośrednią korzyścią wojskową (M. Walzer, *Wojny sprawiedliwe i niesprawiedliwe*, Warszawa 2010, s. 453).

⁸⁴ W. J. Fenrick, *op. cit.*, s. 127.

Procedura *targetingu*, której ocena proporcjonalności stanowi integralną część, jest jednak iteracyjna i dynamiczna. Wspomniana ocena musi zatem wybiegać w przyszłość – chodzi o pewne prawdopodobieństwo. Z pewnością wymaga ona od dowódcy dobrej wiary i zdrowego rozsądku. Problem w tym, że poza ustaleniem, jakie wartości należy porównać (straty cywilne i korzyść wojskowa), doktryna prawa humanitarnego nie wyjaśnia, w jaki sposób przeprowadzić tę ocenę, właśnie w sensie proceduralnym. Niektórzy autorzy twierdzą, iż ocena proporcjonalności w prawie humanitarnym ma charakter subiektywny. Inni uważają, że ocena ta powinna być obiektywna. Są też autorzy, według których ocena proporcjonalności odnosi się do wartości nieporównywalnych, niewspółmiernych do siebie⁸⁵. Możliwe jest też obiektywne określenie proporcjonalności na podstawie subiektywnych ocen, niemniej jednak ustalenia te będą trudne do osiągnięcia, ponieważ ludzie mogą w różny sposób oceniać wartość ludzkiego życia oraz interesy humanitarne i wojskowe. Biorąc zaś pod uwagę, że atak, który spowodował nadmierne straty, rodzi odpowiedzialność zarówno strony wojującej, jak i jednostki, ocena proporcjonalności wymaga uwzględnienia czynników obiektywnych⁸⁶.

Wyznaczenie standardu proporcjonalności w działaniach militarnych może prowadzić do „konstruktywnej wieloznaczności” (choćby z uwagi na nie do końca sprecyzowane elementy definicyjne omawianej zasady), jednak standard ten powinien być tak skonstruowany, by wspierać ochronę ludności cywilnej. Intencją twórców PD I było wypracowanie równowagi pomiędzy wymogami konieczności wojskowej a ochroną ludności cywilnej w taki sposób, aby zachować stosunkowo przejrzyste rozróżnienie w interesie osób cywilnych nie zaangażowanych w działania zbrojne, nawet jeśli miałyby to zostać osiągnięte kosztem ochrony pewnych jednostek, które, praktycznie rzecz biorąc, są bojownikami tylko dlatego, że działają w „szarej strefie”⁸⁷. Ma to szczególne znaczenie zwłaszcza w operacjach mających na celu zwalczanie rebelii. Planiści, dowódcy oraz prawnicy wojskowi uczestniczący w takich operacjach zobowiązani są postępować zgodnie z zasadami i normami MPH, lecz przy tym uwzględniać założenia doktrynalne tego typu operacji, bowiem nadmierne straty i szkody nie tylko zwiększają cierpienie ludzkie, lecz także podważają strategiczne cele o charakterze militarnym⁸⁸.

Niewątpliwie, stosowanie zasady proporcjonalności w międzynarodowym prawie humanitarnym jest skomplikowane. Nie czyni to jednak tej zasady nieistotną lub niestosowną. Odpowiednio sformułowana, zasada proporcjonalności może służyć jako pomocna, a nawet niezbędna zasada regulująca postępowanie sił zbrojnych, m.in. w walce z tzw. przeciwnikiem nieregular-

⁸⁵ G. Noll, *op. cit.*, s. 13.

⁸⁶ Zob. J. D. Wright, *'Excessive' ambiguity: analyzing...*, s. 840.

⁸⁷ Zob. G. Nolte, *Thin or Thick...*, s. 255.

⁸⁸ J. D. Wright, *'Excessive' ambiguity: analyzing...*, s. 853.

nym – podmiotami niepaństwowymi, organizacjami terrorystycznymi, ugrupowaniami paramilitarnymi i wszystkimi, którzy nie przestrzegają prawa humanitarnego. Tak było w wojnach przeszłych, tak powinno być w wojnach współczesnych i prowadzonych w przyszłości⁸⁹.

**BETWEEN HUMANITY AND MILITARY NECESSITY
– THE IMPORTANCE OF THE PRINCIPLE
OF PROPORTIONALITY IN PLANNING
AND CONDUCTING MILITARY OPERATIONS**

Key words: international humanitarian law, principle of proportionality, military operation, military advantage, collateral damage

Summary

The principle of proportionality is one of the basic principles of international humanitarian law. According to that principle, a disproportionate attack is an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated. This rule is aimed at establishing an equitable balance between humanitarian requirements and the necessities of war. However, in practice, the principle of proportionality raises some interpretative ambiguities, and the most salient questions relate to the difficulties of balancing humanitarian and military interests. It is difficult enough to evaluate the value of human lives against military advantages. Nevertheless, the principle of proportionality, properly defined, could serve as a useful, and even necessary guiding principle for armed forces, e.g. in asymmetrical conflicts, or within the framework of counterinsurgency operations.

⁸⁹ A. Cohen, *op. cit.*, s. 37.