

על מידתיות צנועה בדיני מלחמה

מאת

משה כהן אליה*

מבוא

על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, כשישראל תוקפת בעזה בתגובה לאירוע הטרור ההמוני והחמור ביותר בהיסטוריה האנושית שהתבצע ב-7 באוקטובר 2023, עליה להימנע מפגיעה לא מידתית באזרחים שהם בלתי מעורבים. ברשימה קצרה זו אציע כמה תובנות אנליטיות, אפיסטמיות (הכרתיות), והשוואתיות בנוגע לתפקידו של בית המשפט בהערכת מידתיותו של הנזק האגבי. בתמצית, אקרא לשופטים לאמץ גישה שמבטאת צניעות אפיסטמית במימוש מבחני המידתיות.

1. המידתיות

יש הבדל במקורות ההיסטוריים של האיסור על נזק אגבי לא מידתי (excessive) שקבוע בפרוטוקול הראשון לאמנת ז'נבה משנת 1977¹ לבין דרישת המידתיות (proportionality) במשפט החוקתי. האיסור על נזק אגבי מופרז הוא איסור מתחום המשפט הבינלאומי ההומניטרי המנהגי, שאפשר למצוא לו עיגון בהכרזת סנט פטרסבורג משנת 1868 (המטרה הלגיטימית היחידה של המלחמה היא החלשת הכוח הצבאי של האויב) ולאחר מכן בתקנות האג משנת 1907 (איסור על תקיפה מכוונת של אזרחים). לעומת זאת, דרישת המידתיות נולדה בפסיקותיו של בית המשפט המנהלי העליון של פרוסיה כפרשנות של המילה "הכרחי" שהופיעה בחקיקה המנהלית הפרוסית, ומשם עברה לאחר מלחמת העולם השנייה למשפט החוקתי הגרמני, ולאחר מכן הופצה כמעט לכל מדינות העולם, למעט לארצות

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים.
¹ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and 111 Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, 1125 U.N.T.S. 3

הברית.² עם זאת, למרות המקורות ההיסטוריים השונים, ולמרות העיגון הטקסטואלי המעט שונה של הדוקטרינה, נדמה שהמבנה האנליטי של שתי הדרישות הוא זהה.

המבנה הוא כזה: לאחר שהמדינה הצביעה על תכלית ראויה (בהקשר של דיני המלחמה: תכלית צבאית), עליה להראות שהפגיעה בזכויות (בהקשר של דיני מלחמה: הפגיעה האגבית באזרחים בלתי מעורבים) ממלאת את שלוש דרישות המשנה הבאות: ראשית, שמתקיים קשר רציונלי בין האמצעי ובין המטרה (רציונליות); שנית, שננקטו אמצעים שהם פוגעניים פחות, כל עוד הם אפקטיביים באותה מידה בהשגת המטרה הלגיטימית (הכרחיות); ושלישית, שמתקיים יחס ראוי בין התועלת הצבאית הלגיטימית בשימוש באמצעים ובין עוצמת הפגיעה בזכויות הבלתי מעורבים (מידתיות במובן הצר, איזון).

בעוד שני מבחני המשנה הראשונים של המידתיות (רציונליות והכרחיות) הם מבחנים שמבחינה אנליטית אינם כרוכים "באיזון" פתוח, אלא מהווים מנגנון של Pareto optimality (כלומר, "זה נהנה וזה לא חסר"),³ מבחן המידתיות השלישי הוא מבחן של איזון שמושפע מקשת מאוד נרחבת של שיקולים. לכן מבחן האיזון הוא המבחן המורכב ביותר ליישום, כי נדרש כאן לאזן בין שיקולים מאוד מורכבים שכוללים בין היתר הרתעה, ושיקולים גאופוליטיים מורכבים ביותר. בחינה לוגית, קשה לערוך גם איזון בין ערכים שכלל אינם ניתנים להשוואה (incommensurability).⁴

2. העמימות

הטריבונלים הבינלאומיים, שפירשו את דרישת המידתיות במשפט הבינלאומי ההומניטרי, התקשו לקבוע אמות מידה ברורות בנוגע ליישום האיסור על נזק אגבי מופרז לאזרחים שהם בלתי מעורבים.⁵ כך למשל, הטריבונל שחקר פשעי מלחמה במהלך המלחמה ביוגוסלביה בתחילת שנות התשעים גילה גישה סלחנית ביחס להפצצות המסיביות של נאט"ו על סרביה במהלך המלחמה (החיל סטנדרט מחמיר יותר של clearly disproportionate),⁶ וגישה סלחנית פחות להתקפות של כוחות קרואטיים על כפרים בוסניים (הסיק מכמות האזרחים ההרוגים שההתקפות

² Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German* L. 263. J. CON L'INT Proportionality: The Historical Origins, 8 I-CON: (2010).

³ John Hart Ely, *Flag desecration a case study in the roles of categorization and balancing in First Amendment analysis*, 88 HARV. L. REV. 1482, 1485 (1975).

⁴ David Luban, *Incommensurable values, rational choice and moral absolutes*, 38 CLEV. ST. L. REV. 65, 75 (1990); Paul-Erik N. Veel, *Incommensurability, proportionality, and rational legal decision-making*, 4 L. & ETHICS HUM. RTS. 176 (2010).

⁵ לסקירה ראו: יובל שני השימוש בעקרון המידתיות במשפט הבינלאומי (המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקרי מדיניות 75, 2009).

⁶ Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia: www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm, at para. 77

לא היו מידתיות).⁷ לא ניתן שלא להתרשם שמתחת לפני השטח ומבלי להודות בכך הטריבוניל הושפע גם משאלת ההצדקות למלחמה (נאט"ו היו "הצודקים"), וכן מהשאלה המעמד בינלאומי של היישות הנחקרת (לנאט"ו יש מעמד חזק יותר).⁸

גם המחקר האמפירי מתקף את הרושם בדבר העמימות של הדרישה למידתיות הנוק האגבי שנגרם לבלתי מעורבים. כך, ממחקר אמפירי שקיים פרופ' רענן סוליציאנו קינן (עם שותפים) שבו נשאלו 331 מומחים התברר שהערכת המידתיות של פעילות בתחום הסיכול הממוקד באופן מובהק מוטה מהעמדות הפוליטיות וההנחות הנורמטיביות המוקדמות של הנשאלים.⁹ במחקר אחר של סטטמן, סוליציאנו וקינן ושותפים נשאלו 289 מומחים צבאיים, מומחים במשפט בינלאומי הומניטרי, ואזרחים שאינם מומחים, בין היתר, את השאלה הבאה: בהנחה שמדינה תוקפת בסיס צבאי של מדינת אויב, מה המספר של של נפגעים אזרחים הוא לגיטימי (כלומר, מידתי)? מהמחקר אומנם עולה שהמומחים המשפטנים ואנשי הצבא נטו לבחור אופציות פחות קיצוניות בהשוואה לאזרחים שאינם מומחים, והיו גם רגישים לנתונים עובדתיים שהשפיעו על הערכת מידתיות התגובה, אבל גם אצל המומחים היתה תפרוסת מאוד גדולה של מספר הנפגעים שיכול להיחשב כמידתי (נע מכמה עשרות ועד לאלף נפגעים).¹⁰ במילים אחרות, כשמדובר בדוקטרינה כה "פתוחה" כמו המידתיות, דוקטרינה שמכילה בתוכה שיקול דעת נרחב, גם המומחים אינם יכולים לתת תשובות ברורות ואחידות למהי פגיעה אגבית "מידתית".

מחקר אחרון זה מתמקד בהערכת המידתיות לפי מספר הבלתי מעורבים הנפגעים. ואולם, כפי שהראו באופן די משכנע גרונר ומנשה, מערכת השיקולים שנכנסת למערך המידתיות היא מורכבת בצורה בלתי רגילה, והיא חורגת בהרבה מהשוואת מספר ההרוגים בכל צד.¹¹ כל זה מעורר מעורר תהיות נוקבות בנוגע ליכולת המוסדית של בתי משפט לערוך איזון ראוי, שמביא בחשבון את כל השיקולים הרלבנטיים. בהקשר הזה יובהר כי בתי המשפט אינם הפורום האידיאלי להערכת מידתיות של פעולה לוחמתית. הפונקציה השיפוטית היא אדברסרית בבסיסה, כלומר, היא נועדה במקור להכריע בסכסוכים בין שני צדדים. לבתי המשפט אין נגישות למכלול העובדות הרלבנטיות, ואין להם את היכולת לשקלל סיכונים ביטחוניים בנוגע לעתיד, כנדרש בגיבוש מדיניות ביטחונית.

⁷ Prosecutor v. Blaškić, Judgment of Trial Chamber of 3 March 2000, at para. 149.507.

⁸ Timothy W. Waters, *Unexploded Bomb: Voice Silence and Consequence at the Hague Tribunals -- A Legal and Rhetorical Critique*, ARTICLES BY MAURER FACULTY 355 (2003).

⁹ Raanan Sulitzeanu-Kenan & et al., *Facts Preferences and Doctrine an Empirical Analysis of Proportionality Judgment*, 50(2) LAW & SOCIETY REVIEW 348 (2016).

¹⁰ Daniel Statman, Raanan Sulitzeanu-Kenan, Micha Mandel, Michael Protection an Experimental Study Skerker, Stephen de Wijze, *Unreliable of Experts in Bello Proportionality Decisions*, 31(2) EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 429 (2020).

¹¹ Eyal Gruner & Doron Menashe, *State under Attack: The Story of Preference for Relatives in Pre-Emptive Counterterrorism Operations*, 2 INT'L COMP., POLICY & ETHICS L. REV. 363 (2018).

ביטוי לקושי של בתי משפט לקיים איזון כאמור אפשר למצוא בפסק דינו של השופט ברק בפרשת הסיכולים הממוקדים. די לעיין בניסיון של ברק לייצר אמות מידה בהקשר זה כדי להבין עד כמה מדובר בניסיון שלוקה ביהירות אפיסטמולוגית שיפוטית ואשר כמעט בלתי אפשרי לממשו באופן רציני:

“עריכתו של איזון זה קשה היא. אף כאן נדרשת הליכה ממקרה למקרה, תוך צמצום תחום המחלוקת. טול מקרה רגיל של לוחם או מחבל צלף היורה על חיילים או אזרחים ממרפסת ביתו. ירייה לעברו תהא מידתית גם אם כתוצאה מכך ייפגע אזרחים הגר לידו או העובר בתמימות ליד הבית. לא כן אם הבית יופצץ מהאוויר ועשרות דייריו ועוברי אורח ייפגעו [...] איזון זה קשה הוא, כאשר הוא נוגע לחיי אדם. הוא יעורר בעיות מוסריות ואתיות [...] חרף הקושי אין מנוס מלעשותו.”¹²

למקרא דברים אלו קשה להתרשם שאפשר לחלץ אמות-מידה ברורות להערכת המידתיות של אקט הסיכול הממוקד. ואכן, כפי שהראו סוליציאנרקינג ושותפיו, גם הערכת המידתיות של אקט לוחמתי חשופה במידה רבה להטיות פוליטיות ולעמדות ערכיות מוקדמות. וכשמומחים למשפט בינלאומי הומניטרי חלוקים באופן כה קוטבי בנוגע למספר הנפגעים הבלתי מעורבים כתוצאה לוואי של פעולה צבאית, קל וחומר שהמחלוקת תהיה חריפה הרבה יותר ברגע שלתמונה נכנסים גם שיקולי הרתעה מורכבים, הערכות לגבי תגובה של הצד השני, ושיקולים גיאר פוליטיים רחבי היקף.

3. מומחיות

בפרשת בית סוריק,¹³ שעסקה במידתיות תוואי גדר הביטחון שחודר לתוך לעומק יהודה ושומרון מעבר לקו הירוק, השופט ברק ניסה לייצר הבחנה בנוגע למומחיותם של גורמי הביטחון בהשוואה למומחיותם של השופטים. ברק מכיר בכך שלאנשי הצבא יש מומחיות עודפת בשאלה הבטחונית האם תוואי הגדר הספציפי שנבחר משרת באופן אפקטיבי את המטרה הביטחונית. ואולם הוא מדגיש כי השופט, בהשוואה למפקד הצבאי, נהנה ממומחיות יחסית בתחום הדין ההומניטרי וביישום של מבחני המידתיות. כך, ברק קובע שהשופטים “בוחנים אם פגיעתו של מתווה זה בתושבים המקומיים היא מידתית. זו מומחיותנו.”¹⁴ כלומר, ברק מניח שלשופטים יש מומחיות בתחום זכויות האדם, ואילו למפקד הצבאי יש מומחיות בתחום הביטחון. אבל מכיוון שמבחני האיזון כרוכים בתחלוף trade-off בין זכויות ובין ביטחון, מתעוררת השאלה מהי המומחיות של בית המשפט לאזן בין שני השיקולים הללו.

¹² בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, פסקה 46 (2006) (להלן: פרשת החיסולים הממוקדים).

¹³ בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 849 (2004) (להלן: פרשת בית סוריק).

¹⁴ שם, בפסקה 48.

אפשר להצדיק הענקת כוחות לשופטים לאזן מתוקף היותם של בתי משפט פורום מאופק יותר, וניטרלי יותר, בהשוואה למפקד הצבאי שיש לו אינטרס מוסדי לתת עדיפות לשיקול הביטחוני על פני צמצום הפגיעה בחיי הבלתי מעורבים. ואולם בעידן של קיטוב פוליטי, ופוליטיזציה של בתי המשפט, גם הנחה זו מתחילה להישחק. ואכן, מחקרים בארצות הברית חשפו את מידת ההטיה הפרטיזנית (תנועתית; Party – סיעה, תנועה) של בית המשפט העליון,¹⁵ והדבר גם משתקף במידת האמון הפרטיזנית בעליון האמריקאי.¹⁶ גם בישראל בשנים האחרונות התחיל להיווצר מחנה "שמרני" בקרב שופטי בית המשפט העליון, וגם בישראל מידת האמון בעליון היא פרטיזנית (תנועתית) באופן מובהק.¹⁷

שיקול נוסף שיש להביא בחשבון הוא יתרון יחסי של פורום מקומי בהשוואה לפורום בינלאומי בהערכת המידתיות במשפט הבינלאומי ההומניטרי. כך, בפרשת בית סוריק לבית המשפט העליון היה יתרון מובהק בהשוואה לבית המשפט הבינלאומי בהאג בהערכת הצרכים הביטחוניים של מדינת ישראל בקביעת חוקיותה של הגדר. בדיונים שנגעו לתוואי הגדר, השופטים ישבו באופן מדוקדק עם מפות כדי להעריך את מידתיותה של הגדר, דבר שבית המשפט הבינלאומי בהאג לא יכול היה לעשות.¹⁸ במובן זה, לבית משפט מדינתי יש יתרון מובהק בהערכת מידתיותו של תוואי הגדר, ויתכן שזו הסיבה שבית המשפט הבינלאומי בהאג בחוות דעתו בעניין הגדר העדיף מתאר הנמקה קטגורי שלפיו כל חדירה של תוואי הגדר מעבר לקו הירוק מהווה בהגדרה הפרה של המשפט הבינלאומי.¹⁹

עם זאת, בתי משפט מדינתיים נוטים להיות מוטים לטובת המדינה, בעוד שאורגנים בינלאומיים הם מרוחקים יותר ובעמדה ניטרלית יותר להערכת המידתיות. ואולם, כלפי שהראיתי בהקשר של הטריבוטל הבינלאומי שחקר פשעי מלחמה ביוגוסלביה, בכל הנוגע לאורגנים הבינלאומיים מתעורר גם החשש שהם יהיו מוטים לטובת הישות הגדולה והחזקה יותר על חשבון מדינות או ישויות קטנות הרבה יותר.

¹⁵ Richard L. Hasen, *Polarization and the Judiciary*, 22(1) ANN. REV. OF POLITICAL SCIENCE 261 (2019).

¹⁶ Pew Research Center, *Majority of Public Disapproves of Supreme Court's Decision to Overturn Roe v. Wade* (July 6, 2022). (בעוד ש-39 אחוזים מתומכי המפלגה הרפובליקנית הביעו אמון בעליון האמריקאי, רק 13 אחוזים מתומכי המפלגה הרפובליקנית הביעו בו עליון).

¹⁷ תמר הרמן ואח', *מדד הדמוקרטיה הישראלית* (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2022) (בעוד ש-84 אחוזים מתומכי השמאל הביעו אמון בעליון בישראל רק 26 אחוזים מתומכי הימין הביעו בו אמון בשנת 2022).

¹⁸ ראו התייחסות ליחס שבין פסיקת בג"ץ בפרשת בית סוריק ובין פסיקת בית הדין הבינלאומי בהאג בנוגע לחוקיות הגדר לפי המשפט הבינלאומי בבג"ץ 7957/04 *מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל*, פ"ד ס' 477 (2) (2005).

¹⁹ LEGAL CONSEQUENCES OF THE CONSTRUCTION OF A WALL IN THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORY ADVISORY OPINION (JULY 9, 2004).

4. לגיטימיות

חוקרים רואים במידתיות דרישה לאופטימיזציה,²⁰ ובהתאם את "עיקרון שלטון החוק האולטימטיבי".²¹ ואכן נדמה שהמידתיות היא מתודולוגיה הטובה ביותר לגבש מדיניות ראויה.²² ואולם מכך לא נובע שהפעלת המידתיות בבתי המשפט היא לגיטימית, שכן שופטים אינם נבחרים ואינם נושאים באחריות, בניגוד לנבחר ציבור. כדי להתגבר על קשיי הלגיטימציה, דיוויד ביטי טען שמבחן המידתיות השלישי (האיזון) כרוך בתחלוף קומנסנסי בין "גדול לקטן" ובכך שהמבחן מתמקד בעובדות ולא בשיפוט ערכי, ולכן עולה לכלל הפעלה לגיטימית של סמכות שיפוטית.²³ ואולם כפי שהראתי בכתיבתי עם פורת, טענה זו איננה משכנעת, שכן כאשר אנחנו שמים על כפות המאזניים את הערכים מתנגשים, אנחנו לא רק בוחנים את עוצמת הפגיעה בכל אחד מהערכים או מהזכויות, אלא גם את החשיבות היחסית שאנחנו מייחסים לכל אחד מהערכים האלה.²⁴ וקשה למצוא אמת-מידה שיפוטית ברורה לקבוע איזה ערך חשוב יותר מהשני ואם בכלל יש אמת-מידה רציונלית לתחלף ביניהם. זו בעיית ה-incommensurability, שהזכרתי לעיל: כלומר בעיית הערכים שאינם ניתנים להשוואה.

קשיי הלגיטימיות של כניסה של בתי משפט לשאלות של איזונים מהסוג שמתקיים במסגרת מבחן המידתיות השלישי מייצרים גם קושי עמוק של נשיאה באחריותיות (accountability), כי כניסה של בתי משפט לאיזונים בעלי אופי ערכי מובילה לכך שמקבלי ההחלטות נמנעים מלשאת באחריות כלפי בוחריהם ומגלגלים את האחריות לבתי המשפט. לעיתים לפוליטיקאים יש אינטרס להעביר כוח הכרעה פוליטי לשופטים שיקבלו במקומם הכרעות ערכיות, וזאת כדי לברוח מאחריותיות דמוקרטית, ולאחר מכן לבקר את בתי משפט במקרים שבהם תוצאת האיזונים המשפטיים הם לא פופולריים, או בדיעבד מתבררות כמוטעות. כך עלול להיגרם גירעון דמוקרטי.

מטעמים אלו הצעתי בעבר שראוי שופטים יאמצו גישה מעט יותר צנועה בנוגע לאופן הפעלת מבחני המידתיות. במאמר שכתבתי בהמשך לפרשת גדר הביטחון, טענתי שמנקודת ראות דמוקרטית, התערבות שיפוטית מהטעם שלא התקיימו שני מבחני המידתיות הראשונים (רציונליות והכרחיות) היא לגיטימית יותר מאשר התערבות שיפוטית מהטעם שלא התקיים מבחן המידתיות השלישי (איזון).

ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (Julian Rivers²⁰ trans., 2002) (1985).

DAVID M. BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW 159, 171-76 (2004)²¹

PROPORTIONALITY IN PUBLIC POLICY: THE BALANCE BETWEEN RIGHTS AND PUBLIC INTERESTS IN DECISION-MAKING (The Israeli Research Institute, European Research Council, 2019)²²

DAVID M. BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW (OXFORD, 2004)²³

David Luban, *Incommensurable Values, Rational Choice, and Moral Absolute*, 38 CLEVELAND ST. L. REV. 65, 75 (1990)

Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, ראו *Justification*, 59 AMERICAN JOURNAL OF *Proportionality and the Culture of* COMPARATIVE LAW 463 (2011)²⁴

שופטים אינם צריכים לעסוק בקביעת מדיניות חברתית, מכיוון שהם אינם נבחרים והם נעדרי יכולת ומומחיות לערוך תחשיבים תועלתניים. לפורום ייצוגי יש יתרון ברור על פני פורום שיפוטי בעריכת תחשיבים תועלתניים, זאת מהטעם שתחשיב תועלתני מבוסס על בחינת ההעדפות של כלל האזרחים ובחינת האינטנסיביות שלהן. פורום שאליו משתייכים הנציגים של האזרחים הוא פורום נוח יותר אפוא לשקלול העדפות של אזרחים בהשוואה לפורום השיפוטי.²⁵

בראייה השוואתית ניתן להצביע על שתי גישות בנוגע להפעלת מבחני המידתיות. הגישה הגרמנית מעבירה את מוקד הניתוח החוקתי למבחן המידתיות השלישי, שלב האיזונים. לעומת זאת, בקנדה בתי המשפט ממקדים את הביקורת השיפוטית בשלב מבחן ההכרחיות (מבחן המידתיות השני) ולא במבחן האיזון (מבחן המידתיות השלישי), וזאת מכיוון שהם סוברים שהפעלת ביקורת שיפוטית במסגרת מבחן זה סובלת מבעיית לגיטימיות.²⁶ עם זאת, הם מחדירים אלמנטים מוגבלים של איזונים בתוך מבחן ההכרחיות. וכך, בעוד שבגרמניה מקובל לנסח את מבחן ההכרחיות כך: האם קיים אמצעי דרסטי פחות שמשיג את המטרה באופן זהה? הרי שבקנדה המבחן מנוסח כך: האם קיים אמצעי דרסטי פחות שמשיג את המטרה באופן זהה, או – באופן כמעט זהה?

מבחינה אנליטית, הגישה הגרמנית היא נכונה יותר, שכן לא נכון להחזיר שיקולים של איזון במסגרת מבחן ההכרחיות, שמתפקד למעשה כדרישה של Pareto optimality (כלומר, הקטנת הפגיעה בזכויות מבלי לפגוע כלל באינטרס הביטחוני). הסיבה שהקנדים מחילים את מבחן ההכרחיות במובנו המאזן היא הרצון לתחום ככל האפשר את שיקול הדעת השיפוטי רק למקרים שבהם האמצעי שהוא פוגעני פחות הוא אפקטיבי כמעט באופן מלא להשגת המטרה השלטונית או הביטחונית. לעומת זאת, התפישה הגרמנית (ובמידה רבה גם הגישה הישראלית) מבוססת על אמון רב יותר ביכולת של השופטים לקבל החלטות נכונות יותר ועל צמצום מרחב הפעולה שניתן למקבלי ההחלטות. וזאת במסגרת תפיסה שיפוטית כוללת יותר שמבוססת על הרעיון למנוע "חורים שחורים" (אזורים שאינם נתונים לביקורת שיפוטית) במסגרת תפיסה שיפוטית כוללת יותר, שאני ועידו פורת כינינו "תרבות ההצדקה" (Culture of Justification).²⁷

²⁵ משה כהן אליה "המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"ץ בעניין גדר הביטחון" המשפט 473 (2005). יודגש כי קיימות גרסאות שונות של תועלתנות ולא כולן מבוססות על אגרזיה של העדפות של כלל האזרחים. ישנן גרסאות של תועלתנות, כמו התועלתנות ההדוניסטית של בנתאם שיש לה גם ביטוי אצל מיל שמפעילה גם שיפוט לגבי תוכן ההעדפות עצמן. תודה לד"ר אייל גרונר על ההערה.

²⁶ Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Law Jurisprudence*, 57 UNIV. OF TORONTO L.J. 383, 393 (2007) ("[t]he most striking difference between [Canada and Germany] is the high relevance of the third step of the proportionality test in Germany and its more residual function in Canada.")

²⁷ Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, לעיל ה"ש 24.

סיכום

כך סיכמתי את עמדתי בעניין תחולת המידתיות בהקשר של גדר הביטחון:

"הגישה שלטעמי ראוי להחילה על מקרים של פגיעות קשות בזכויות האדם היא כזו המבטיחה את הרציונליות שבקבלת ההחלטות ואת השקיפות של ההליך הדמוקרטי, מצד אחד, ומאפשרת מידה מוגבלת של איזונים שתכליתם הגנה על זכויות האדם היסודיות, מצד שני. לכן באותם מקרים שבהם מתרחשת פגיעה קשה בזכויות אדם (וקביעת תוואי הגדר הנוכחי בהחלט גורמת לפגיעה כזו), בית המשפט רשאי לגרוע במעט מהיכולת לממש התכלית הביטחונית של המדינה במסגרת מבחן ההכרחיות במובנו המהותי או במסגרת מה שברק מכנה "הבחינה היחסית" של מבחן המידתיות במובן הצר". אולם אין הוא רשאי לאזן במקום הרשות המוסמכת בין התועלת הביטחונית מהתוואי הקיים ובין עצמת הפגיעה בזכות".²⁸

לנוכח האמור לעיל, נדמה לי שבית המשפט צריך לגלות צניעות אפיסטמית בהערכת המידתיות של נזק אגבי לבלתי מעורבים בזמן מלחמה. הסטנדרט שיש להחיל לטעמי הוא הסטנדרט שהוחל בהקשר של הפצצות נאט"ו ביוגוסלביה: *clearly disproportionate*.²⁹

אסיים בדבריו של השופט האמריקאי ג'קסון בנוגע לצניעות אפיסטמית בנוגע ליכולת של השופט לקבל החלטות נכונות. וכך אמר ג'קסון: "We are not final because we are infallible but we are infallible only because we are final".³⁰ ואכן, שופטים צריכים לגלות מידה רבה יותר של צניעות בהחילם את מבחני המידתיות בדיני המלחמה.

ציטוט מוצע: משה כהן אליה "על מידתיות צנועה בדיני מלחמה" רשות הרבים (15.10.2023).

²⁸ כהן אליה, לעיל ה"ש 25, בעמ' 496.

²⁹ שם.

³⁰ *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953).