

השימוש בעקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי

יובל שני



המכון הישראלי לדמוקרטיה

מחקר מדיניות 75 | ירושלים, תמוז תשס"ט, יולי 2009

The Principle of Proportionality Under International Law
Yuval Shany

עריכת לשון: ענת ברנשטיין
עיצוב הסדרה: רון הרן
עיצוב העטיפה: נעמי מורג
הצילום על העטיפה: משה מילנר, לשכת העיתונות הממשלתית
סדר: נדב שטכמן
הדפסה: פרינטיב, ירושלים

מסת"ב 8-061-519-965-978 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר מידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

להזמנת ספרים ומחקרי מדיניות בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה:
טלפון: 02-5300800, 1-800-20-2222; פקס: 03-5300867
דוא"ל: orders@idi.org.il
אתר האינטרנט: www.idi.org.il
המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4482, ירושלים 91044

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תשס"ט
Copyright © 2009 by The Israel Democracy Institute
Printed in Israel

כל מחקרי המדיניות וכן פרק נבחר מכל ספר ניתנים להורדה חינם מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במנהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליוזם רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משוקת ומפיצה את פְּרֹת עבודתם בכמה סדרות: ספרים ('הספרייה לדמוקרטיה'), מחקרי מדיניות, פורום קיסריה, כתבי עת ודברי ימי עיון.

המכון הישראלי לדמוקרטיה זכה בשנת תשס"ט בפרס ישראל על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

פרופ' יובל שני הוא עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה וראש פרויקט 'טרור ודמוקרטיה'. הוא מומחה למשפט בין-לאומי ומשמש המנהל האקדמי של מרכז מינרבה לזכויות האדם בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

הדברים המתפרסמים במחקרי המדיניות אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

7	תקציר
11	מבוא
11	1. הצגת עקרון המידתיות
12	2. תכליתו של עקרון המידתיות
14	3. המתודולוגיה והשאלה מחקרית
	4. היחסים בין עקרון המידתיות לבין עקרונות קרובים
16	מבחינה רעיונית
	פרק ראשון: עקרון המידתיות בדיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי
21	1. ההכרה בעקרון המידתיות במישור הגלובלי
34	2. ההכרה בעקרון המידתיות במשטרי זכויות אדם אזוריים
53	3. סיכום ביניים
55	פרק שני: עקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי ההומניטרי
55	1. סקירה כללית
56	2. האיסור על נזק נלווה מופרז
72	3. האיסור על שימוש בכלי נשק שנועדו לפי טבעם לגרום פציעה וסבל מיותרים
81	4. פעולות תגמול בין צדדים לוחמים
	5. האם עקרון המידתיות הוא עיקרון כללי של המשפט
86	הבין-לאומי ההומניטרי?

	פרק שלישי: ההכרה בעקרון המידתיות בדיני השימוש בכוח
104	של המשפט הבין-לאומי
104	1. התפתחותו ההיסטורית של העיקרון
107	2. המבחנים המוצעים בספרות המשפטית
110	3. יישום עקרון המידתיות בפרקטיקה ובפסיקה
117	4. סיכום ביניים
	פרק רביעי: עקרון המידתיות כעיקרון כללי
119	1. עקרון המידתיות כעיקרון כללי של המשפט הבין-לאומי
129	2. עקרון המידתיות כעיקרון משפטי כללי
139	סיכום
143	ראו אור לאחרונה בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה
iii	Abstract

תקציר

עקרון המידתיות (הפרופורציונליות) הוא עיקרון משפטי בעל חשיבות מרכזית בשיח החוקתי ובדין המנהלי של מדינות רבות. מכוח עיקרון זה – המנסה לאזן בין זכויות הפרט לבין האינטרסים של הכלל – שיטות משפט שונות מטילות הגבלות משפטיות חשובות על כוחו של השלטון. גם במשפט הבין-לאומי מהווה עקרון המידתיות הגבלה חשובה על הדרך שבה המדינות מפעילות את כוחן ואת זכויותיהן: דיני זכויות האדם מחייבים כל מדינה המגבילה את הזכויות של תושביה להצדיק את נחיצות ההגבלה ואת מידתיותה; במשפט הבין-לאומי ההומניטרי (דיני המלחמה) יש הוראות המגבילות פגיעה מופרזת באזרחים ובלוחמי אויב; דיני השימוש בכוח, המתירים למדינה להפעיל כוח לשם הגנה עצמית, מתנים את הפעלת הכוח בשמירה על עקרון המידתיות; ודיני האחריות הבין-לאומית מאפשרים להטיל סנקציות על מדינות המפרות את התחייבויותיהן הבין-לאומיות כל עוד מדובר בסנקציות מידתיות. בכל המקרים הללו עקרון המידתיות משמש מסגרת חשיבה כללית המאפשרת לגופים שיפטיים לבחון את נאותותם של אמצעים מסוימים על בסיס השוואה בין ערכים (עלות-תועלת, הפרה-תגובה). למעשה, יש הרואים בעקרון המידתיות עיקרון משפטי כללי החל על כל תחומי המשפט הבין-לאומי.

ספר זה בוחן את מעמדו של עקרון המידתיות ואת יישומו במשפט הבין-לאומי. הואיל ויש זיקה בין החלת העיקרון בדין המדינתי לבין החלתו בדין הבין-לאומי, הרי שלבחינה זו חשיבות לא רק במישור הבין-לאומי אלא גם במישור הפנים-מדינתי. ואכן, בישראל שימש עקרון המידתיות בסיס להחלטות שיפוטיות חשובות שניתנו בעשור האחרון בעניין יישום כללי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי באשר לתוואי גדר ההפרדה ולחוקיותן של פעולות סיכול ממוקד. בחינה ביקורתית של התאמת הפסיקה הישראלית האמורה לתפיסות המקובלות בעניין מעמדו של העיקרון במשפט הבין-לאומי ותוכנו תאפשר הבנה טובה יותר של פוטנציאל השימוש בעיקרון ושל המגבלות הנורמטיביות והמתודולוגיות הנלוות לשימוש זה.

המחקר, שספר זה הוא סיכומו, עוסק בשלוש שאלות עיקריות:

(1) מהו מעמדו של עקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי? האם מדובר בעיקרון מנהגי או בעיקרון הסכמי? (שאלה זו חשובה לצורך בחינת ההיקף

של קליטת העיקרון בדין הישראלי הפנימי ולצורך קביעת היקף תחולתו במדינות שאינן חברות באמנות הרלוונטיות). האם מדובר בעיקרון כללי, החל על כל אינטראקציה בין שלטון לפרט, או שמא בעיקרון ששימש בסיס השראה לעריכתם של הסדרים מסוימים (אשר עוגנו באמנות ספציפיות או בכללים מנהגיים ספציפיים)?

(2) כיצד מוחל עקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי? מהם מבחני המשנה הנלווים ליישום העיקרון? (ומהו מעמדם של מבחני משנה אלו במשפט הבין-לאומי?) האם רכיביו של העיקרון קבועים תמיד, או שמא הם תלויים בשדה הפעולה המסוים של העיקרון? מהי מידת הנוקשות או הגמישות המאפיינת את דרך יישום העיקרון? (דהיינו, איזה שיקול דעת יש למדינות – צר או רחב – בנוגע לדרך יישומו?)

(3) איזו תרומה עשויה להיות לעקרון המידתיות, כפי שהוא התפתח במשפט הבין-לאומי, לפיתוח הדין המדינתי בכלל ולפיתוח הדין הישראלי בפרט?

מסקנות המחקר הן שעקרון המידתיות הוא עיקרון משפטי בין-לאומי מנהגי המהווה עיקרון כללי החולש על כמה ענפי משפט בין-לאומי, בעיקר דיני זכויות אדם, דיני שימוש בכוח ודיני אחריות בין-לאומית. מעבר לכך, העיקרון משמש גם רציונל המונח בבסיסם של כללים חשובים בדיני המלחמה (המשפט הבין-לאומי ההומניטרי), כגון האיסור על נזק נלווה מופרז, האיסור על שימוש בכלי נשק מסוימים וההגבלות החלות על פעולות תגמול בין צדדים לוחמים. נדמה, עם זאת, כי מסקנתו של בית המשפט העליון בפרשות **הגדר והסיכולים הממוקדים** – שלפיה מדובר בעיקרון משפטי בין-לאומי כללי – אינה מייצגת במדויק את הדין הקיים.

מכל מקום, בצד ההכרה הנרחבת במעמדו המחייב של העיקרון טרם השכיל המשפט הבין-לאומי ליצור מבחנים ברורים ליישומו. אפשר לחלץ מהפסיקה ומהספרות המשפטית מבחנים מסוימים – כגון היעדר חלופה פוגענית פחות, קיומם של הליכים נאותים לבחינת הנזק והתועלת של הפעולה, קיומן של ערובות לא-ניצול לרעה ומניעת איון הזכות המוגנת – אך מבחנים אלו אינם מקובלים על כל המשפטנים העוסקים בתחום, ואף אינם מתאימים לכל ההקשרים שיש ליישם בהם את העיקרון. התוצאה היא שבתחומי משפט חיוניים כגון דיני השימוש בכוח או דיני הפגיעה במטרות

צבאיות בזמן לחימה מכוון עקרון המידתיות הכוונה נורמטיבית מוגבלת ביותר.

למרות זאת דווקא עמימותו של העיקרון מצדיקה את למידת תכניו על בסיסם של תקדימי העבר וניסיונם של מקבלי החלטות אחרים. אשר על כן העיסוק הרב בעקרון המידתיות ברמה הבין-לאומית והמספר הגדול של תקדימים רלוונטיים הכלולים בו מספקים לבתי המשפט המדינתיים, לרבות בתי המשפט בישראל, פרספקטיבה נורמטיבית חשובה שעשויה לסייע להם ליישם את העיקרון בהחלטותיהם – אלו המבוססות על המשפט הבין-לאומי ואלו המבוססות על דין מקומי ומסתייעות במשפט הבין-לאומי לצרכים השוואתיים.

מבוא

1. הצגת עקרון המידתיות

עקרון המידתיות (הפרופורציונליות) הוא עיקרון משפטי בעל חשיבות מרכזית בשיח החוקתי ובדין המנהלי של מדינות רבות. מכוח עיקרון זה – המנסה לאזן בין זכויות הפרט לבין האינטרסים של הכלל – מטילות שיטות משפט למיניהן הגבלות משפטיות חשובות על כוחו של השלטון. מטרתו של ספר זה לבחון את מעמדו של עקרון המידתיות ואת אופן יישומו במשפט הבין-לאומי מתוך הנחה שיש זיקה בין החלתו בדין המדינתי לבין החלתו בדין הבין-לאומי. הואיל והמשפט הבין-לאומי, כולו או מקצתו, הוא חלק מהדין הפנימי הנוהג במדינות רבות, בכלל זה ישראל, הרי למעמדו של עקרון המידתיות בדין הבין-לאומי משמעות נורמטיבית מבחינתם של בתי משפט מדינתיים רבים, בכללם בתי המשפט בישראל. עקרון המידתיות אמנם משקף דין בין-לאומי מנהגי, אבל הוא גם חלק מן הדין הישראלי (בכפוף לחקיקה סותרת),¹ ועל בתי המשפט בישראל מוטלת החובה לפסוק לפיו. יתרה מזו, מכוח 'חזקת ההתאמה הפרשנית' יש לפרש דברי חקיקה ישראלים, וככל הנראה גם לבחון את חוקיותן של פעולות מינהל, לאור כללי המשפט הבין-לאומי, בכללם עקרון המידתיות כפי שהוא קיים בדין הבין-לאומי ההסכמי והמנהגי.²

למותר לומר שבין הדין המדינתי לבין הדין הבין-לאומי מתקיימים יחסי גומלין רעיוניים, בלתי פורמליים. יחסי גומלין אלו מאפשרים לכל שיטה לשאוב השראה מרעיונות ומדרכי ניתוח שהתפתחו בשיטה אחרת לצורך התמודדות עם בעיות דומות או בנות השוואה. ואכן, התפתחות עקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי הושפעה רבות מההתפתחויות בדין החוקתי

* אני מבקש להודות לפרופ' מרדכי קרמניצר, לד"ר עמיחי כהן ולעו"ד דניאל רייזנר על עצותיהם הטובות, וכן לעו"ד גיל לימון על עזרתו הרבה במחקר. האחריות הבלעדית לטעויות בעבודה היא שלי.

1 ע"פ 174/54 שטמפפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 5, 14; ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2033, 2040.

2 בג"צ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 945; בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352.

של מדינות מסוימות (בעיקר גרמניה וצרפת),³ וקליטת העיקרון במשפט הבין-לאומי (ובדיני האיחוד האירופי) השפיעה על אופן יישום העיקרון בדין הפנימי של כמה מדינות (למשל באנגליה).⁴ מכאן שהיכרות טובה יותר עם עקרון המידתיות הנוהג בדין הבין-לאומי עשויה להעשיר את הדין הפנים-מדינתי בלי קשר למעמדו הפורמלי של הדין הבין-לאומי בשיטת המשפט הפנים-מדינתית האמורה.

בישראל שימש עקרון המידתיות בסיס להחלטות שיפוטיות חשובות שניתנו בעשור האחרון בעניין יישום כללי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי באשר לתואי גדר ההפרדה ולחוקיותן של פעולות סיכול ממוקד.⁵ בחינה ביקורתית של התאמתה של הפסיקה הישראלית האמורה לתפיסות המקובלות בעניין מעמדו של העיקרון במשפט הבין-לאומי תאפשר הבנה טובה יותר של פוטנציאל השימוש בעיקרון ושל המגבלות הנורמטיביות והמתודולוגיות הנלוות לשימוש זה. בחינה זו אף עשויה לקדם, בעקיפין, את הדיון באתגרים המתעוררים משילוב הדין הבין-לאומי והדין הישראלי, למשל בחינת רמת ההיכרות של השופטים המדינתיים עם הדין הבין-לאומי, בדיקת התאמתו של הדין הבין-לאומי למסגרות המושגיות של הדין הישראלי והחשש מפני יישום מגמתי של הדין הבין-לאומי בפסיקה המקומית.

2. תכליתו של עקרון המידתיות

עקרון המידתיות נועד להבטיח שיישמר יחס ראוי בין אינטרסים לגיטימיים מנוגדים ו/או בין זכויות המתנגשות זו בזו. שדה הפעולה העיקרי של העיקרון שאעסוק בו בחיבור זה הוא תחולתו ביחסי פרט ושלטון. זהו שדה פעולה שההקבלה בו בין המשפט הבין-לאומי למשפט המדינתי היא הקבלה טבעית למדי. על פי עקרון המידתיות, פעולה שלטונית יכולה לקדם אינטרסים חברתיים ראויים או להגן על זכויות של פרטים מסוימים גם במחיר של פגיעה באינטרסים חברתיים או בזכויות של פרטים אחרים, בתנאי שנשמר יחס ראוי בין תכלית הפעולה השלטונית לבין תוצאותיה

3. N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study* (1996) 1

4. E. Levitsky, 'The Europeanization of the British Legal Style', 42 *Am. J. Comp. L.* (1994) 347, 278-376

5. ראו להלן בפרק השני.

הפוגעניות. במילים אחרות, עקרון המידתיות מאזן בין התועלת הגלומה במהלך לבין העלות החברתית הכרוכה בו. בבסיסו טמונה אפוא ההשקפה שיש להשיג מטרות חברתיות מסוימות רק במחיר סביר, ושלתים המחיר החברתי הנלווה לפעולה השלטונית גבוה מכדי להצדיק את הפעולה, גם אם היא נועדה להגשים תכלית ראויה (ועל כן לגיטימית לכאורה). מכאן שעסקינן בנוסחת איזון בין זכויות לבין אינטרסים המבוססת בעיקרה על תפיסה מוסרית תוצאתנית, ולא על ציוויים קטגוריים האוסרים על עצם הפגיעה באינטרסים או בזכויות מסוימים.

במשפט הבין-לאומי יש לעקרון המידתיות עוד יישומים, שאינם קשורים במישרין למישור הפעולה הנזכר לעיל (המתייחס להגבלת כוחה השלטוני של המדינה כלפי פרטים הכפופים לסמכותה): (א) עקרון המידתיות חולש גם על הפעלת סמכות שלטונית על ידי גופים על-מדינתיים. למשל, מוסדות האיחוד האירופי כפופים בפעולתם לעקרון המידתיות, ומדיניות הענישה בבתי דין בין-לאומיים אף היא תואמת את העיקרון הזה.⁶ (ב) עקרון המידתיות מסייע לאזן בין אינטרסים וזכויות של מדינות בדרך המשקפת תפיסות של צדק ותום לב. כך למשל, דיני השימוש בכוח (*ius ad bellum*) ודיני אחריות המדינה (state responsibility) מגבילים את עצמת התגובה שמדינה זכאית לנקוט נגד מדינה אחרת שהפרה כלפיה את המשפט הבין-לאומי.⁷ אשר על כן הפרה קלה יחסית של הדין מצד מדינה אחת (המדינה המפרה) אינה יכולה להצדיק תגובה חריפה ביותר מצד המדינה האחרת, הנפגעת מן ההפרה (המדינה הנפגעת). מכאן שעקרון המידתיות נועד להגן על האינטרסים ועל הזכויות של מדינות מסוגה של המדינה המפרה, וגם על מערכת היחסים הבין-לאומית בכללותה, מפני תגובות מופרזות של מדינות נפגעות, דהיינו מפני תגובות שאינן משקפות יחס ראוי בין תכליתה הלגיטימית של התגובה (הגנה על הזכויות והאינטרסים של המדינה הנפגעת ו/או 'הענשת' המדינה המפרה) לבין עצמת הפגיעה בזכויות ובאינטרסים של המדינה המפרה וביציבות הבין-לאומית. בנסיבות אלו עצמתה החריגה של התגובה אף מעלה חשש לשימוש לרעה מצד המדינה הנפגעת בפגיעה בה כתירוץ לקידום אינטרסים פוליטיים, צבאיים או כלכליים שאינם קשורים קשר הדוק לפגיעה.

6 ראו להלן בפרק הרביעי.

7 ראו להלן בפרקים השלישי והרביעי.

הקשר אחר לגמרי שהמשפט הבין-לאומי משתמש בו במונח 'מידתיות' הוא כאשר מדובר בסוגיות המתעוררות אגב תיחום גבולות ימיים. למשל, חלקים בפסיקה הבין-לאומית בעניין חלוקת 'המדף היבשתי'⁸ בין מדינות סמוכות מתייחסים לצורך לשמור על יחס מידתי בין אורך חופיהן של מדינות לבין שטחי המדפים היבשתיים המוקצים להן. הפסיקה רואה בכך את אחד השיקולים העשויים להנחות את הצדדים בעת תיחום המדף היבשתי ביניהן.⁹ אף שמדובר ביישומים שונים מאוד של עקרון המידתיות, אפשר למצוא להם מכנה משותף: בכל המקרים עקרון המידתיות משמש מסגרת חשיבה כללית המאפשרת לגופים שיפוטיים לבחון את נאותותם של אמצעים מסוימים על בסיס השוואה בין ערכים (עלות-תועלת, הפרה-תגובה, שטח חוף-שטח ים) המיועדת להוביל לתוצאה סבירה וצודקת. באמצעות מסגרת חשיבה גמישה שכזאת אפשר לנתח קשת רחבה, למעשה אין-סופית, של החלטות ופעולות שלטוניות ושל יחסי גומלין בין מדינות. כך למשל, עקרון המידתיות מאפשר לאזן בין זכויות לבין אינטרסים שווי ערך (איזון אופקי) ואף בין זכויות לבין אינטרסים המקיימים בינם לבין עצמם יחסים הייררכיים (איזון אנכי).

3. המתודולוגיה והשאלה המחקרית

להלן אתמקד בבחינת מעמדו של עקרון המידתיות במערכת היחסים בין השלטון לבין הפרט. הסדרת מערכת יחסים זו היא תכלית משותפת למשפט הבין-לאומי – העוסק בעיקר בחובות המוטלות על ממשלות (כלפי ממשלות אחרות וכלפי פרטים בשטחה של המדינה ו/או הכפופים לסמכותה) – ולמשפט המדינתי – העוסק בעיקר ביחסם של פרטים לשחקנים משפטיים אחרים (יחסים בין פרטים ויחסי פרט-שלטון). מכאן שמערכת היחסים בין

8 המדף היבשתי (continental shelf) הוא שטח האדמה הסמוך לחוף הים והנמצא מתחת לפני הים. לפי אמנת הים משנת 1982, הריבונות על המדף היבשתי והזכות לנצל את משאבי הטבע האגורים בו מסורות בידי המדינה החופית הסמוכה. בדרך כלל מדובר ברוחב מדף של עד 200-350 מיילים ימיים מהחוף.

9 ראו *North Sea Continental Shelf* (Denmark/FRG; Netherlands/FRG), 1969 I.C.J. 3, 52-54; *Continental Shelf* (Libya/Tunisia), 1982 I.C.J. 75, at para. 103; *Gulf of Maine* (Canada/U.S.), 1984 I.C.J. 246, 335-339; *Continental Shelf* (Libya/Malta), 1985 I.C.J. 43, at para. 55; *Anglo-French Continental Shelf* (France/UK), 18 I.L.M. (1979) 397

ממשלה לבין פרטים מספקת את המסגרת האנליטית המרכזית שבה עשוי המשפט הבין-לאומי להרים תרומה לשיח הפנים-מדינתי. עם זאת קשה להבין בצורה מדויקת ומלאה את הדרך שבה המשפט הבין-לאומי מסדיר את מערכת היחסים בין הממשלה לבין הפרטים במנותק מן האופן שבו מוסדרים היחסים בין הממשלות. לפיכך הדיון בפרק השלישי של המחקר על כללי המשפט הבין-לאומי המסדירים את חוקיות השימוש בכוח בין מדינות (*jus ad bellum*) מספק נקודת מבט חשובה לדיון באותם כללים של המשפט הבין-לאומי המסדירים את מערכת היחסים בין ממשלות לבין פרטים בעת סכסוך חמוש בין מדינות. (יחסים אלו מוסדרים בעיקר באמצעות כללי *jus in bello* ונדונים בפרק השני של המחקר.)

שאלות המחקר העיקריות שאעסוק בהן אפוא הן כדלקמן:

(1) מהו מעמדו של עקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי? האם מדובר בעיקרון מנהגי או בעיקרון הסכמי? (לשאלה זו נפקות לצורך בחינת ההיקף של קליטת העיקרון בדין הישראלי הפנימי ולצורך קביעת היקף תחולתו במדינות שאינן חברות באמנות הרלוונטיות הנדונות להלן). האם מדובר בעיקרון כללי, החל על כל אינטראקציה בין שלטון לפרט, או שמא בעיקרון שנקלט בהוראות דין מסוימות במספר קטן של הקשרים? (כפי שנקבע בכמה אמנות ספציפיות או בכללים מנהגיים ספציפיים.)

(2) כיצד מוחל עקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי? מהם מבחני המשנה הנלווים ליישום העיקרון? (ומהו מעמדם של מבחני משנה אלו במשפט הבין-לאומי?); האם רכיביו של העיקרון קבועים תמיד או שמא הם תלויים בשדה הפעולה המסוים של העיקרון? מהי מידת הנוקשות או הגמישות המאפיינת את דרך יישום העיקרון? (דהיינו, איזה שיקול דעת יש למדינות – צר או רחב – בנוגע לדרך יישומו?)

(3) איזו תרומה עשויה להיות לעקרון המידתיות, כפי שהוא התפתח במשפט הבין-לאומי, לפיתוח הדין המדינתי בכלל ולפיתוח הדין הישראלי בפרט?

לאחר הדיון הקצר בַּת-פרק הרביעי של המבוא בהגדרת עקרון המידתיות וביחסים בינו לבין עקרונות משפטיים דומים, אתמקד בפרק הראשון ביישום העיקרון בדיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי. הפרק השני יעסוק ביישום העיקרון במשפט הבין-לאומי ההומניטרי (דיני המלחמה)

ובפסיקתם של בתי הדין הפליליים האוכפים את הוראותיו. הפרק השלישי יבחן את מעמדו של עקרון המידתיות בדיני השימוש בכוח של המשפט הבין-לאומי (*jus ad bellum*). הפרק הרביעי והאחרון יבדוק אם אפשר לזהות במשפט הבין-לאומי עיקרון כללי של מידתיות (כפי שקבע הנשיא אהרן ברק בפרשת **בית סוריק**¹⁰ ובפרשת **הסיכולים**¹¹). הבדיקה תיעשה מתוך עיון בדיני האיחוד האירופי, שבהם נעשה מהלך פרשני דומה.

עמדת המשפט הבין-לאומי שתוצג כאן מתבססת על שלושת המקורות המרכזיים של המשפט הבין-לאומי – אמנות, מנהגים ועקרונות משפט כלליים.¹² ביסוסם של שני המקורות האחרונים ייעשה, כמקובל במחקרים בתחום המשפט הבין-לאומי, באמצעות בחינת הספרות המשפטית והפסיקה – הבין-לאומית והמדינתית – הרלוונטיות, וכן על ידי סקירת מסמכים ראשוניים ושניוניים (אמנות, החלטות של ארגונים בין-לאומיים, דוחות מומחים וכד'). השימוש במקורות אלו חיוני לא רק לצורך זיהוי מנהגים ועקרונות משפט כלליים, אלא גם לצורך פרשנות הדין הקיים. כפי שאראה בהמשך, פיתוחו של עקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי מבוסס פחות על תהליך מכוון של 'חקיקה ביר-לאומית' (כלומר, עריכת אמנות בין-לאומיות המאמצות את העיקרון במפורש) ויותר על מהלכים פרשניים, יצירתיים למדי, של כותבים למיניהם ושל בתי דין המופקדים על פרשנות של אמנות שאינן כוללות את העיקרון. המקורות הפרשניים הלא תחיקתיים חשובים מאוד אפוא ליצירת העיקרון, לקביעת תוכנו ולהערכה של מידת הלגיטימציה שלו.

4. היחסים בין עקרון המידתיות לבין עקרונות קרובים מבחינה רעיונית

הכתיבה והפסיקה במשפט הבין-לאומי, כמו גם הדין המשווה,¹³ אינן מבחינות תמיד בבירור בין רכיביו של עקרון המידתיות ובין עקרון המידתיות ועקרונות דומים לו מבחינה רעיונית, כגון סבירות ונחיצות.

- 10 בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד (נח) 5) 807, 836-837 (להלן: בג"צ בית סוריק).
- 11 בג"צ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם) (להלן: בג"צ הסיכולים).
- 12 סעיף 1138 (לחוקת בית הדין הבין-לאומי בהאג.
- 13 לענין הבלבול המושגי בדין הגרמני ראו Emiliou, לעיל הערה 3, בעמ' 25-26.

הפסיקה הגרמנית, שנודעת לה השפעה ניכרת על התפתחות עקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי, נוטה לפרק את העיקרון שלושה מבחינה משנה או רכיבים נפרדים: מבחן ההתאמה של האמצעי להגשמת התכלית (suitability), מבחן ההכרחיות של האמצעי (necessity) ומבחן המידתיות במובן הצר (proportionality *stricto sensu*).¹⁴ שלושת המבחנים הללו אומצו למעשה בפסיקת בית המשפט העליון בישראל אשר עסקה במעמדו של עקרון המידתיות בדין החוקתי, בדין המנהלי ובדין הבין-לאומי החל בישראל.¹⁵ אפשר, עם זאת, לתהות אם הכללתם של שלושת המבחנים האמורים תחת הכותרת 'מידתיות' אינה מובילה לבלבול מושגי מסוים, מפני שכל אחד מהם משווה בין משתנים נבדלים (אמצעי-מטרה, אמצעים חלופיים, תועלת-נזק) ולפי אמות מידה נבדלות, החופפות מבחינים משפטיים נוספים.

כך למשל, המבחן הראשון – מבחן ההתאמה או הקשר הרציונלי – הוא למעשה מבחן של נחיצות, והוא אינו **מאזן** בין שיקולים אלא בוחן את **קיומו של קשר** רציונלי בין האמצעי שנקט לבין המטרה שהוא היה אמור להגשים. מבחן המידתיות השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – הוא סוג של מבחן נחיצות הבוחן את **הכרחיות** הקשר בין האמצעי הנבחר לבין תכלית הפעולה (דהיינו, אם אפשר להגשים את תכלית הפעולה גם בדרכים אחרות, פוגעניות פחות).¹⁶ או במילים אחרות – אם פגיעה בעצמה מסוימת בזכויות או באינטרסים מוגנים אכן נחוצה. אבל המבחן השני מחייב גם השוואה בין הנזקים הנלווים לכל אחד מן האמצעים החלופיים המסוגלים להגשים את אותה המטרה באותה מידת יעילות. בחינה זו מתמקדת, כך נדמה, בסבירותה של ההחלטה לבחור אמצעי מסוים, או ליתר דיוק – בסבירותה של המסקנה שהאמצעי שנבחר פוגעני פחות מאמצעים מתאימים אחרים, ו/או שאמצעים אחרים, פוגעניים פחות, אינם יכולים להגשים באותה המידה את תכלית הפעולה.

- G. Nolte, 'General Principles of German and European Administrative Law: A Comparison in Historical Perspective', *The Modern Law Review* (1994) 191, 193; J. Schwarze, *European Administrative Law* (1992) 687 מבחינים דומים מיושמים גם במדינות אחרות (אם כי לעתים בצורה שונה מזו הנהוגה בגרמניה). ראו למשל D. Grimm, 'Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence', *57 Univ. of Toronto L.J.* (2007) 383
- 14 ראו **להלן** בפרק השני.
- 15 S. Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects* (2006) 205

מכאן שרק המבחן השלישי – מידתיות במובן הצר – מאזן במישרין בין נזק לבין תועלת. דא עקא שגם הפעלת מבחן זה נושקת לעתים למבחנים משפטיים אחרים. כך למשל, בפרשת **בית סוריק**, שבה נבחנה חוקיותו של תוואי גדר ההפרדה באזור מבושרת ציון, הפעיל בג"ץ את המבחן השלישי בגמישות יחסית ובחן לא רק את היחס בין הנזקים שנגרמו לאוכלוסייה הפלסטינית באזור לבין התועלות הנלוות לתוואי הגדר שנבחר על ידי הצבא (דהיינו, אם נזקו של האמצעי רב מתועלתו), אלא גם את דבר קיומן של חלופות אחרות המציעות יחס רצוי יותר של תועלת ונזק. אשר על כן שומה היה על הצבא לבחור, לשיטת בית המשפט, בחלופה המספקת רמה מעט יותר נמוכה של ביטחון אך מפחיתה הפחתה ניכרת את הפגיעה באינטרסים ההומניטריים של האוכלוסייה הפלסטינית. אפשר לטעון שבחינה זו של אופן הבחירה בין החלופות אינה נופלת בגדר שלושת המבחנים המסורתיים של המידתיות והיא למעשה בחינה של סבירות הבחירה באמצעי מסוים.

מכל האמור לעיל עולה כי עקרון המידתיות, כפי שהתפתח בפסיקה המדינתית והבין-לאומית, כולל גם רכיבים של מבחני נחיצות וסבירות בעלי מעמד משפטי עצמאי בכמה משיטות המשפט הרלוונטיות. מצב דברים זה מקשה על הבחנה 'נקייה' בין עקרון המידתיות לבין מבחנים משפטיים אלו, הקרובים לו באופיים. יתר על כן, יש קרבה רעיונית בין נוסחת האיזון בין זכויות ואינטרסים שבבסיס עקרון המידתיות (הצורך לאזן בין זכויות מוגנות לבין אינטרסים חברתיים חשובים) לבין האיזון האופקי בין זכויות מתנגשות שבבסיס דוקטרינות חוקתיות במדינות שונות (הצורך לאזן בין החובה לממש זכות אחת לבין החובה להגן על זכות אחרת באמצעות יישום חלקי של הזכויות המתנגשות).¹⁷ גם כאן – ההבחנה בין איזון אינטרסים לבין איזון בין זכויות אינה נקייה מספקות.

הדילמה המתודולוגית היא אפוא אם לבחור בתפיסה 'רזה' של עקרון המידתיות, המתמקדת באיזון בין שיקולים מנוגדים (נוקת-תועלת; הפרה-תגובה), או בתפיסה רחבה יותר של העיקרון כמסדיר את ההיבטים השונים של היחסים בין אמצעי למטרה (תפיסה החופפת חפיפה של ממש מבחני נחיצות וסבירות). בסופו של דבר אני בוחר כאן בגישה המרחיבה יותר מן הטעמים האלה: (א) הואיל ובתי דין בין-לאומיים ומדינתיים רבים

17 ראו למשל את דוקטרינת ההתאמה הפרקטית הגרמנית – Praktischer Konkordanz, Emiliou. לעיל הערה 3, בעמ' 36.

משתמשים במונח 'מידתיות' במובנו הרחב, יש קושי מתודולוגי לחלץ את הרכיב ה'רזה' מפסיקתם של בתי דין אלו. (ב) הקרבה הרעיונית והזיקה ההדדית בין המבחנים מקשה על ניתוח השפעתו של מבחן אחד על תוצאת ההליך במנותק מהמבחנים האחרים. (ג) הבחירה בתת-מבחן זה או אחר היא במקרים רבים מלאכותית או שרירותית, שכן אפשר להגיע לאותה תוצאה משפטית באמצעות הפעלה יצירתית של המבחנים החלופיים.¹⁸ לפיכך בחינה כוללת של יישום העיקרון על כל תת-מבחניו עשויה לסרטט תמונה מלאה יותר של המעמד וההשפעה של העיקרון. המחקר המוגש כאן יאמץ אפוא גישה רחבה הכוללת, פוטנציאלית, את שלושת הרכיבים העולים מן הפסיקות הגרמנית והישראלית בנושא עקרון המידתיות (קשר רציונלי או מבחן ההתאמה, היעדר חלופה פוגענית פחות ומידתיות במובן הצר). במידת האפשר אבליט את התת-מבחן הדומיננטי בהקשרים מוסדיים או מהותיים. בטרם אכנס בעובי הקורה אציין כי הטרימינולוגיה שהמקורות המשפטיים משתמשים בה כדי לתאר מבחני איזון בין אינטרסים מתנגשים הקרובים במהותם למבחני מידתיות אינה אחידה. הגם שבכמה מסמכים נעשה שימוש בביטוי המפורש 'מידתי' ('פרופורציונלי'),¹⁹ הרי שבמקרים אחרים נעשה שימוש בביטויים כגון 'בלתי מופרז' (non-excessive), 'פגיעה

18 כד למשל, חלק מפסיקתו של בג"ץ אשר פסלה קטעים של גדר ההפרדה היה מבוסס על מבחן המידתיות השני (קיומה של חלופה פוגענית פחות), אף שנראה שהמסקנות שבית הדין הגיע אליהן יכלו גם לבסס הפרה של מבחן המידתיות הראשון (קיומה של נחיצות צבאית). ראו למשל בג"צ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם), בפסקה 113 (בג"ץ פוסל קטע של הגדר בשל קיומו של תוואי חלופי אך קובע גם כי 'לא שוכנענו כלל כי קיים טעם ביטחוני-צבאי מכריע לקבוע את תוואי הגדר במקום שבו הוא עובר עתה'); בג"צ 8414/05 **יאסין נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם), בפסקה 37 (בג"ץ פוסל קטע מתוואי הגדר על בסיס מבחן המידתיות השני, אך קובע כי התוואי שנבחר 'נטול יתרון בטחוני'). ראו גם את עמדתו העקרונית של ד"ר משה כהן-אליה, ולפיה שומה על בית המשפט העליון להימנע, במידת האפשר, מלהתבסס על מבחן המידתיות השלישי (מידתיות במובן הצר), שכן אפשר להגיע ברוב המקרים לתוצאות דומות באמצעות הסתמכות על מבחן המידתיות השני (היעדר חלופה פוגענית פחות), ההולם בצורה טובה יותר את עקרון הפרדת הרשויות. M. Cohen-Eliya, 'The Formal and the Substantive Meanings of Proportionality in the Supreme Court's Decision Regarding the Security Fence', 38 *Isr. L. Rev.* (2005) 262, 269-272

19 ראו למשל, Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July, 1998, Art. 31(1)(c), 2187 U.N.T.S. 90 (להלן: ICC Statute).

נרחבת' (wanton), 'נחוץ באופן דווקני' (strictly required) או 'סביר' (reasonable). אף על פי שישנם ככל הנראה הבדלים דקים בנוגע לדרך שבה הניסוחים השונים מיישמים את עקרון המידתיות, בכל זאת רב המשותף להם על המבדיל ביניהם. לפיכך גם במישור הטרימינולוגי אאמץ גישה מרחיבה לזיהוי עקרון המידתיות ואסקור גם שימושים קרובים מבחינה לשונית ורעיונית לביטוי 'מידתיות'.

1

עקרון המידתיות בדיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי

1. ההכרה בעקרון המידתיות במישור הגלובלי

דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי מבוססים על התפיסה שזכויות הן, ככלל, מושג יחסי. לשון אחר, יש לאזן את זכויותיו של פרט אחד (או של קבוצה אחת) כנגד זכויותיהם של פרטים אחרים או כנגד אינטרסים חברתיים רחבים. הביטוי החשוב הראשון לעמדה זו נמצא בסעיף 29(2) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם משנת 1948 הקובע שאפשר במקרים מתאימים להגביל זכויות אדם על פי חוק לצורך תכלית ראויה (הגנה על זכויות אחרות או קידום מוסר, סדר ציבורי או רווחה כללית בחברה דמוקרטית):

בעת מימוש זכויותיו וחירויותיו כל אחד יהיה כפוף רק להגבלות שנקבעו בדין אך ורק במטרה להבטיח הכרה ראויה וכיבוד זכויותיהם וחירויותיהם של אחרים ולקיים את הדרישות המוצדקות של המוסר, של הסדר הציבורי ושל הרווחה הכללית בחברה דמוקרטית.²⁰ [כל התרגומים לעברית בספר זה הם מאת המחבר, אלא אם צוין אחרת.]

פסקת הגבלה זו אינה אוצרת בחובה הכרה מפורשת בעקרון המידתיות, אם כי הביטוי 'אך ורק' ('solely') מסוגל להכיל בתוכו חלק מהתתי-מבחנים של עקרון המידתיות (מבחן הקשר הרציונלי והיעדרה של חלופה פוגענית פחות). ההכרזה האוניברסלית ב-1948 שימשה בסיס לכמה אמנות שהרחיבו את הגדרת הזכויות הקבועות באמנה והכפיפו את יישומן למנגנוני

²⁰ 'In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.' Universal Declaration of Human Rights, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc A/810 at 71 (1948)

פיקוח בין-לאומיים. ישראל היא צד לשש אמנות זכויות אדם עיקריות: האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות,²¹ האמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות,²² האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית,²³ האמנה לביעור כל צורות האפליה נגד נשים,²⁴ האמנה נגד עינויים²⁵ והאמנה לזכויות הילד.²⁶ ב-30 במרס 2007 חתמה ישראל על האמנה החדשה בדבר זכויותיהם של בני אדם עם מוגבלות (טרם נכנסה לתוקף),²⁷ וייתכן שהיא תאשרר אותה בעתיד הנראה לעין.

1.1. האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות

האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR) אינה מתייחסת במפורש לעקרונות המידתיות, אך היא כוללת נוסחאות איזון שלתוכן אפשר לקרוא כמה ממבחני המידתיות. כך למשל, סעיף 4 לאמנה – סעיף החריגה – מאפשר למדינות לחרוג בשעת חירום מהתחייבותן לכבד את זכויות האדם הקבועות באמנה, ככל שהדבר נחוץ 'במדוקדק' מפאת המצב:

בשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה ואשר על קיומה הוכרז רשמית, רשאיות המדינות שהן צד באמנה זו לנקוט אמצעים הגורעים מהתחייבויותיהן שעל-פי אמנה זו, במידה הנדרשת במדוקדק מפאת חומרת המצב [תרגום רשמי של משרד המשפטים].

- 21 האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 16 בדצמבר 1966, כ"א 31, עמ' 269 (להלן: ICCPR).
- 22 האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 16 בדצמבר 1966, כ"א 31, עמ' 205 (להלן: ICESCR).
- 23 האמנה הבין-לאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית, 21 בדצמבר 1965, כ"א 25, עמ' 547.
- 24 האמנה הבין-לאומית בדבר ביטול האפליה נגד נשים לצורותיה, 18 בדצמבר 1979, כ"א 31, עמ' 179.
- 25 האמנה הבין-לאומית נגד עינויים וצורות אחרות של יחס או ענישה אכזרית, בלתי אנושית ומשפילה, 10 בדצמבר 1984, כ"א 31, עמ' 249.
- 26 האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד, 20 בנובמבר 1989, כ"א 31, עמ' 221.
- 27 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 13 December 2006, 46 I.L.M. (2007) 441

הוועדה לזכויות אדם (Human Rights Committee; HRC) פירשה את המונח 'מידה הנדרשת במדוקדק' ('strictly required') בהערה הפרשנית ה-29 שלה²⁸ בזו הלשון:

החובה להגביל את האמצעים החורגים מאלה הנדרשים במדוקדק מפאת חומרת המצב משקפת את עקרון המידתיות המשותף לסמכויות חריגה והגבלה.²⁹

מעניין שהדוגמה היחידה המופיעה בהערה פרשנית 29 לסיטואציה ספציפית שהופעלה בה הוראת החריגה בלי שניתן לכאורה משקל מתאים לעקרון המידתיות היא הדוגמה הישראלית: בעת בחינת הדוח הראשון מטעם מדינת ישראל בדבר יישום האמנה על ידיה העירה הוועדה שעל ישראל לבחון מחדש את עצם ההכרזה על קיומו של מצב חירום שעודה בתוקף מיום הקמת המדינה, כמו גם את היקף החריגה מן הזכויות הקבועות באמנה בעקבות מצב החירום הממושך. במילים אחרות, הוועדה המליצה שישראל תבחן מחדש אם החריגה האמורה נחוצה במדוקדק מפאת המצב.³⁰ נראה, עם זאת, שעמדת הוועדה באשר ליישום עקרון המידתיות על ידי ישראל התייחסה בעיקר לשני המבחנים הראשונים של המידתיות (קשר רציונלי או מבחן ההתאמה והיעדר חלופה פוגענית פחות), ולא למידתיות במובנה הצר.

28 הערות פרשניות (general comments) הן חוות דעת שהוועדות הממונות על יישום אמנות זכויות האדם של האו"ם מפרסמות מעת לעת באשר לפרשנות הראויה של סעיפי האמנה. בגין מומחיותם של חברי הוועדה והקשר המתמיד שלהם עם יישום האמנה במדינות השונות (קשר הבא לידי ביטוי בהליך הדיווח התקופתי של המדינות לוועדה), יש לעמדת הוועדה משקל פרשני נכבד. ראו Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (1993) XIX [T]he obligation to limit any derogations to those strictly required by the exigencies of the situation reflects the principle of proportionality which is common to derogation and limitation powers.' Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (Art. 4) (להלן: HRC).

29 U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), at para. 4
30 Concluding Observations of the Human Rights Committee, Israel, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.93 (1998). הוועדה חזרה על ביקורת זו על היקף החריגה מזכויות האדם בישראל גם בעת בחינת הדוח התקופתי הבא של ישראל. ראו Concluding Observations of the Human Rights Committee, Israel, U.N. Doc. CCPR/CO/78/ISR (2003), at para. 12

מעבר להוראת החריגה, האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות כוללת פסקאות הגבלה המסמיכות את המדינות החברות להגביל זכויות אדם לצורך קידום תכליות חברתיות ראויות. כך למשל, סעיף 12(3) לאמנה מאפשר הגבלה על חופש התנועה בנסיבות האלה:

הזכויות שצויינו לעיל לא יהיו כפופות לכל הגבלות, למעט אותן הגבלות הקבועות בחוק הנחוצות לשמירת הבטחון הלאומי, הסדר הציבורי (תקנת הציבור) בריאות או מוסר הציבור, או זכויות הזולת וחירויות המתיישות עם הזכויות האחרות שהוכרו באמנה זו [תרגום רשמי של משרד המשפטים].

גם כאן, הסעיף אינו מזכיר מפורשות את עקרון המידתיות, אך הוועדה קראה לתוכו את העיקרון בדרכים פרשניות. בהערה פרשנית מספר 27 קבעה הוועדה:

סעיף 12(3) מורה בבירור שאין די בכך שההגבלות משרתות תכליות מותרות; עליהן להיות נחוצות לשם הגנה עליהן. אמצעים מגבילים צריכים לעלות בקנה אחד עם עקרון המידתיות; עליהם להיות מתאימים להשגת תפקידם המגונן; עליהם להיות המכשיר הפחות פוגעני מכל המכשירים שיכלו להשיג את המטרה המבוקשת; ועליהם להיות מידתיים ביחס לאינטרסים שיש להגן עליהם.³¹

משמע, לפי הוועדה יש לפרש את דרישת הנחיצות כאילו היא כוללת את כל שלושת מבחני המידתיות – קשר רציונלי/מבחן ההתאמה, היעדר חלופה פוגענית פחות ומידתיות במובן הצר.³² בהמשך אותה הערה פרשנית מציעה

31 'Article 12, paragraph 3, clearly indicates that it is not sufficient that the restrictions serve the permissible purposes; they must also be necessary to protect them. Restrictive measures must conform to the principle of proportionality; they must be appropriate to achieve their protective function; they must be the least intrusive instrument amongst those which might achieve the desired result; and they must be proportionate to the interest to be protected.' Human Rights Committee, General Comment 27, Freedom of Movement (Art.12), U.N. Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (1999), at para. 14 (להלן: HRC General Comment 27).

32 ראו גם את דעת היחיד של חבר הוועדה Bhagwati בפרשת *Stewart*, שבה נבחנה

הוועדה דוגמאות לדרך שבה יש לבחון את חוקיותן של הגבלות על חופש התנועה לאור עקרונות הנחיצות והמידתיות:

תנאים אלו לא יתמלאו אם למשל פרט יהיה מנוע מלעזוב את מדינתו אך ורק משום שיש ברשותו 'סודות מדינה', או אם פרט יהיה מנוע מלנוע בתוך המדינה בלא אישור מיוחד. מצד אחר, ייתכן שהתנאים יתקיימו במקרים שמוטלת הגבלה על גישה לאזורים צבאיים מטעמי ביטחון לאומי, או אם מוטלת הגבלה על החופש להתגורר באזורים המאוכלסים בקהילות של תושבים ילידים או בני מיעוטים.³³

הערה פרשנית מספר 22 של הוועדה לזכויות אדם עשתה מהלך פרשני דומה, הקורא את עקרון המידתיות אל תוך פסקת ההגבלה הספציפית הנלווית לסעיף 18 המגן על חופש המחשבה, המצפון והדת (הפסקה השלישית של

חוקיות ההחלטה לגרש מקנדה תושב קבע בעל עבר פלילי עשיר אף על פי שהוא חי שנים רבות בקנדה (מאז היותו בן שבע) ואף על פי שבקנדה חיים רוב בני משפחתו (בכללם ילדיו שלו עצמו): *Comm. 538/1993 Stewart v. Canada, U.N.*: (individual opinion by Bhagwati): Doc. CCPR/C/58/D/538/1993 (1996) 'The question is whether it is necessary, in all the circumstances of the case, to expel or deport him in order to protect the society from his criminal propensity or whether this object can be achieved by taking a lesser action than expulsion or deportation. The element of proportionality must be taken into account. I think that if this test is applied, the action of Canada in seeking to expel or deport the author would appear to be arbitrary' [השאלה היא אם לנוכח כל נסיבות התיק הכרחי לגרשו או להגלותו כדי להגן על החברה מפני נטיותיו הפליליות, או שמא תכלית זו יכולה להתגשם באמצעות נקיטת אמצעי חמור פחות מגירוש או הגליה. דרישת המידתיות חייבת להיות מובאת בחשבון. לדעתי אם ניישם מבחן זה, ייראו פעולותיה של קנדה שנועדו לגרש או להגלות את האדם שהוא מושא ההליכים כפעולות שרירותיות].

33 'These conditions would not be met, for example, if an individual were prevented from leaving a country merely on the ground that he or she is the holder of 'State secrets', or if an individual were prevented from traveling internally without a specific permit. On the other hand, the conditions could be met by restrictions on access to military zones on national security grounds, or limitations on the freedom to settle in areas inhabited by indigenous or minorities communities' HRC General Comment 27, לעיל

הערה 31, בפסקה 16.

סעיף זה דורשת שהגבלות על הזכויות הקבועות בסעיף תהיינה נחוצות לשם הגנה על תכליות ציבוריות מתאימות;³⁴ כך גם עשתה הוועדה בנוגע לפרשנות פסקת ההגבלה הנלווית לסעיף המגן על חופש הביטוי – סעיף 19(3) – במסגרת חוות דעת שנתפרסמו אגב דיון בתלונות של פרטים נגד מדינות שהפרו, לטענתם, את חופש הביטוי שלהם.³⁵

Human Rights Committee, General Comment 22, Art. 18 (48th Session, 1993); 34
Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted
by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 35 (1994),
at para. 8

35 ראו למשל CCPR/ Comm. 968/2001 *Kim Jong-Cheol v. Korea*, U.N. Doc. C/84/D/968/2001 (2005), at para. 8.3; Comm. 1157/2003 *Coleman v. Australia*, U.N. Doc. CCPR/C/87/D/1157/2003 (2006), at para. 7.3 . ראו גם את עמדתם של חברי הוועדה אווט (Evatt) וקרצמר (Kretzmer) בפרשת *Faurisson*, שבה נבחן היחס בין חופש הביטוי לבין הליכים פליליים שננקטו בצרפת נגד מכחיש שואה על פי חקיקה מקומית האוסרת הכחשת שואה. *Faurisson v. France*, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993 (1996), at para. 9-10 (individual opinion by Evatt and Kretzmer, co-signed by Klein): ‘Even if the purpose of this prohibition is to protect the right to be free from incitement to anti-semitism, the restrictions imposed do not meet the proportionality test. They do not link liability to the intent of the author, nor to the tendency of the publication to incite to anti-semitism. Furthermore, the legitimate object of the law could certainly have been achieved by a less drastic provision that would not imply that the State party had attempted to turn historical truths and experiences into legislative dogma that may not be challenged, no matter what the object behind that challenge, nor its likely consequences [...] [However, the] restrictions placed on the author did not curb the core of his right to freedom of expression, nor did they in any way affect his freedom of research; they were intimately linked to the value they were meant to protect – the right to be free from incitement to racism or anti-semitism; protecting that value could not have been achieved in the circumstances by less drastic means. It is for these reasons that we joined the Committee in concluding that, in the specific circumstances of the case, the restrictions on the author’s freedom of expression met the proportionality test and were necessary in order to protect the rights of others’ the rights of others’ חשוף להסתה לאנטישמיות, ההגבלות אינן עומדות בתנאי מבחן המידתיות. הן אינן מתנות את האחריות המשפטית בכוונתו של המחבר או בהסתברות שהחיבור אכן יסית לאנטישמיות. יתר על כן, תכליתו הלגיטימית של החוק יכלה להיות מושגת בלא ספק באמצעות הוראה קיצונית פחות, שלא הייתה מאפשרת לטעון

מלבד פסקאות ההגבלה המפורשות, כדוגמת זו שבסעיף 12(3) לאמנה הבין-לאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR), האמנה כוללת מספר לא מבוטל של הוראות הגבלה משתמעות. מדובר בהגבלות הנובעות מן הנוסח שבו הזכות האמורה מוגדרת. כך למשל, סעיף 17 לאמנה אוסר על התערבות שרירותית או בלתי חוקית מצד המדינה בזכות לפרטיות:

לא יהיה אדם נתון להתערבות שרירותית או בלתי-חוקית בצנעת הפרט שלו, במשפחתו, בביתו או בכתובתו, או לפגיעות בלתי חוקיות בכבודו או בשמו הטוב [תרגום רשמי של משרד המשפטים].

מילת המפתח כאן היא המילה 'שרירותית' ('arbitrary') – המופיעה גם בהקשרים אחרים באמנה (בסעיף 6 – בעניין האיסור על פגיעה שרירותית בזכות לחיים; בסעיף 9 – בעניין האיסור על מעצר שרירותי; ובסעיף 12 – בעניין מניעת כניסה שרירותית של פרט למדינתו שלו). מילה זו התפרשה בוועדה לזכויות אדם באופן המתיר אך ורק 'פגיעות סבירות' לזכויות אדם³⁶ – ניסוח העשוי לאפשר לקרוא אל תוך סעיפי האמנה הרלוונטית לא רק מבחני סבירות, אלא גם מבחני מידתיות.³⁷ ואכן, בכמה מהערות הסיכום (concluding observations) של הוועדה לזכויות אדם שהתייחסו לדוחות

שהמדינה מנסה להפוך אמת והתנסות היסטורית לדוגמה תחיקתית שלא יהיה אפשר לערער עליה, בלא קשר למניע שבבסיס אותו ערער או השלכותיו הצפויות [...] עם זאת ההגבלות שהוטלו על המחבר לא פגעו בליבת זכותו לחופש ביטוי וגם לא השפיעו בדרך כלשהי על זכותו לחופש מחקר; הן היו קשורות קשר הדוק לערך שהן נועדו להגן עליו – הזכות להיות חופשי מהסתה לגזענות או לאנטישמיות; הגנה על ערך זה לא יכלה להיות מושגת בנסיבות העניין באמצעות אמצעי קיצוני פחות. מסיבות אלו הצטרפנו לוועדה במסקנתה שבנסיבות הספציפיות של המקרה עמדו ההגבלות על חופש הביטוי של המחבר בתנאי מבחן המידתיות והיו נחוצות לשם ההגנה על זכויותיהם של אחרים.³⁶

36 ראו למשל *Comm. 903/1999, Van Hulst v. Netherlands*, U.N. Doc. CCPR/C/82/D/903/1999 (2004), at para. 7.6

37 כך אכן עשתה הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בהערה פרשנית שהתייחסה לפנינו דיירים כפוי. לפי הוועדה, פינוי כזה צריך להיעשות לפי הוראות סעיף 17 לאמנה לזכויות אזרחיות ומדינתיות, שיישמו כפוף לעקרונות כלליים של סבירות ומידתיות. *Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 7, Forced Evictions, and the Right to Adequate Housing (16th Session, 1997), U.N. Doc. E/1998/22, Annex IV at 113 (1997), at para. 15*

שהגישו המדינות בעניין יישום האמנה על ידיהן ובכמה מחוות הדעת של הוועדה שדנו בתלונות של פרטים נגד מדינות שהפרו את האמנה, קראה הוועדה למדינות להימנע מהגבלה שרירותית של זכויות אדם ולהקפיד על שמירת עקרון המידתיות. כך למשל, בהתייחסה למדיניות הסיכולים הממוקדים של ישראל – שארגוני זכויות אדם טענו שהיא מנוגדת לאיסור על פגיעה שרירותית בחיים הקבוע בסעיף 6 לאמנה – קבעה הוועדה:

על המדינה החברה באמנה להבטיח שניתן משקל מרבי לעקרון המידתיות בכל תגובותיה לאיומי הטרור ופעולותיו. המדיניות הרשמית של המדינה, בהקשר זה, צריכה להיות מפורטת בהנחיות ברורות המועברות לאלופי הפיקודים, ותלונות על שימוש בלתי מידתי בכוח צריכות להיחקר במהירות על ידי גוף עצמאי. קודם לשימוש בכוח קטלני יש למצות את כל האמצעים המיועדים לעצור את הפרט המעורב לפי החשד בפעולות טרור המבוצעות באותו זמן.³⁸

38 'The State party should ensure that the utmost consideration is given to the principle of proportionality in all its responses to terrorist threats and activities. State policy in this respect should be spelled out clearly in guidelines to regional military commanders, and complaints about disproportionate use of force should be investigated promptly by an independent body. Before resorting to the use of deadly force, all measures to arrest a person suspected of being in the process of committing acts of terror must be exhausted.' Human Rights Committee, Concluding Observations: Israel, U.N. Doc. CCPR/CO/78/ISR (2003), at para. 15 Human Rights Committee, Concluding Observations: Liechtenstein, זה ראו CCPR/CO/81/LIE (2004), at para. 10: 'The State party should ensure that its law on self-defence and the provisions governing the use of force and firearms by law enforcement officials fully comply with the requirement of proportionality' [על המדינה החברה באמנה להבטיח שהדינים שלה בנושא הגנה עצמית וההסדרים המשפטיים החולשים על שימוש בכוח ונשק חם על ידי כוחות אכיפת החוק יקיימו את דרישות המידתיות במלואן]. ראו גם Concluding Observations of the Human Rights Committee, Yemen, U.N. Doc. CCPR/CO/84/YEM (2005), at para. 13: 'The State party should ensure that the utmost consideration is given to the principle of proportionality in all its responses to terrorist threats and activities' [על המדינה החברה להבטיח שניתן משקל מרבי לעקרון המידתיות בכל תגובותיה לאיומי הטרור ופעולותיו].

משמע, עקרון המידתיות כולל, לשיטת הוועדה, לא רק חובה מסדר ראשון לבחור בחלופה פוגענית פחות (למשל, מאמץ לעצור טרוריסטים במקום להרגם), אלא גם חובה מסדר שני לחקור פגיעות לא מידתיות (ביטוי רחב הכולל, פוטנציאלית, הפרות לכאורה של כל שלושת מבחני המידתיות).³⁹ את עקרון המידתיות החילה הוועדה גם על בחינת האופי השרירותי של ההגבלות על הזכות לחירות (סעיף 9)⁴⁰ ועל הזכות לפרטיות ולחיי משפחה (סעיף 17).⁴¹ גם כאן בחנה הוועדה את קיומו של קשר רציונלי בין

39 בהמשך אדון בפיתוח רעיון זה בפסק דינו של בג"ץ בפרשת **הסיכולים הממוקדים**. ראו בג"צ **הסיכולים, לעיל** הערה 11.

40 ראו למשל את פרשת *A v. Australia*, שבה נבחנה חוקיות החזקתו של מבקש מקלט מדיני שנכנס לאוסטרליה שלא כדין במעצר ממושך (למעלה משלוש שנים וחצי): Comm. 560/1993 *A v. Australia*, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (1997), at para. 9.2: 'Remand in custody could be considered arbitrary if it is not necessary in all the circumstances of the case, for example to prevent flight or interference with evidence: the element of proportionality becomes relevant in this context' [החזקה במשמורת עשויה להיחשב שרירותית אם הדבר אינו נחוץ לאור כל נסיבות העניין, למשל לשם מניעת הימלטות או שיבוש חומר הראיות. יסוד המידתיות הופך להיות רלוונטי בהקשר זה].

41 ראו למשל את פרשת *Canepa*, שבה נבחנה חוקיות ההחלטה לגרש תושב קבע בעל עבר פלילי אשר שהה רוב חייו בקנדה: Comm. 558/1993 *Canepa v. Canada*, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/558/1993 (1997), at para. 11.4: 'The separation of a person from his family by means of his expulsion could be regarded as an arbitrary interference with the family and as a violation of article 17 if in the circumstances of the case the separation of the author from his family and its effects on him were disproportionate to the objectives of removal' [ההפרדה בין אדם לבין משפחתו באמצעות גירושו עלולה להיחשב התערבות שרירותית בחיי המשפחה והפרה של סעיף 17, אם בנסיבות העניין תהיינה ההפרדה בין אותו אדם לבין משפחתו וההשלכות של הדבר עליו בלתי מידתיות למטרות שבבסיס ההחלטה].

ראו גם את פרשת *Toonen*, שבה נדונה ההתאמה לאמנה של חקיקה מדינתית האוסרת על משכב זכר בהסכמה בין בגירים. Comm. 488/1992 *Toonen v. Australia*, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), at para. 8.3: 'The Committee interprets the requirement of reasonableness to imply that any interference with privacy must be proportional to the end sought and be necessary in the circumstances of any given case' [הוועדה מפרשת את דרישות הסבירות כמניחות שכל פגיעה בפרטיות צריכה להיות מידתית ביחס לתכלית המקווה ונחוצה בנסיבות של כל מקרה ומקרה].

המגבלה לתכליתה,⁴² את קיומן של חלופות פוגעניות פחות ואת המידתיות במובנה הצר.

אפשר אפוא לזהות נכונות בסיסית מצדה של הוועדה הממונה על יישום האמנה לזכויות אזרחיות ומדינתיות להכפיף את מכלול ההגבלות על הזכויות הקבועות באמנה למבחני מידתיות. אכן, בהערה פרשנית מספר 31 התבטאה הוועדה התבטאות גורפת ברוח זו:

המדינות החברות באמנה צריכות להימנע מלהפר את הזכויות הקבועות באמנה, וכל ההגבלות המוטלות על הזכויות הללו צריכות להתבסס על ההוראות הרלוונטיות של האמנה. במקום שבו הוטלו הגבלות כאמור, על המדינה להראות כי הן מוצדקות, ועליה לנקוט רק את האמצעים שהם **מידתיים** ביחס לתכליות הלגיטימיות שהיא מבקשת להשיג כדי להבטיח הגנה מתמשכת ויעילה של הזכויות באמנה. בשום מקרה אין להטיל מגבלות או להסתמך עליהן באופן שירוקן מתוכן זכות הקבועה באמנה [ההדגשה שלי].⁴³

42 פרשת *Toonen*, לעיל הערה 41, בפסקה 8.5: 'The criminalization of homosexual practices cannot be considered a reasonable means or proportionate measure to achieve the aim of preventing the spread of AIDS/HIV. The Australian Government observes that statutes criminalizing homosexual activity tend to impede public health programmes "by driving underground many of the people at the risk of infection." Criminalization of homosexual activity thus would appear to run counter to the implementation of effective education programmes in respect of the HIV/AIDS prevention. Secondly, the Committee notes that no link has been shown between the continued criminalization of homosexual activity and the effective control of the spread of the HIV/AIDS virus' [הפלת התנהגות הומוסקסואלית אינה יכולה להיחשב צעד סביר או אמצעי מידתי להשגת היעד של מניעת התפשטות מחלת האיידס. ממשלת אוסטרליה ציינה כי חוקים המפלילים פעילות הומוסקסואלית נוטים לפגוע בתכניות לבריאות הציבור "בכך שהם מעודדים אנשים בסכנת הידבקות להישאר במחותרת". נראה אפוא כי הפלת פעילות הומוסקסואלית מנוגדת ליישום יעיל של תכניות חינוכיות בנושא מניעת איידס. שנית, הוועדה רושמת לפנייה שלא הוכח קשר בין המשך ההפלה של פעילות הומוסקסואלית לבין הגבלה יעילה של התפשטות נגיף האיידס'.]

43 'States Parties must refrain from violation of the rights recognized by the Covenant, and any restrictions on any of those rights must be permissible under the relevant provisions of the Covenant. Where such restrictions are

עקרון המידתיות משמש את הוועדה גם כדי לבחון את הזכות לשוויון ואת האיסור על אפליה, הקבועים בסעיף 26 לאמנה. בהקשר זה חילצה הוועדה מעקרון המידתיות מבחן המאזן בין (א) התועלת החברתית הגלומה בהבחנה בין הפרטים הרלוונטיים; לבין (ב) הפגיעה באינטרסים של מקצת הפרטים הכרוכה בקיומה של ההבחנה האמורה – במילים אחרות, אם התועלת החברתית שבעריכת ההבחנה עולה על נזקה.⁴⁴

1.2. האמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות

באמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (ICESCR) מנוסחות הוראות המאפשרות למדינות החברות להגביל את היקף הזכויות החברתיות המוענקות לתושביהן. בעיקר יש לציין את סעיף 12(1) לאמנה המאפשר את הגבלת קצב יישום הזכויות הקבועות באמנה בהתאם לכמות המשאבים העומדים לרשותה של המדינה, וכן את סעיף 4 המאפשר הגבלת זכויות חברתיות כדי לקדם תכליות חברתיות ראויות אחרות. עם זאת חופש הפעולה העומד לרשות המדינות אינו בלתי מוגבל. כך למשל קובע סעיף 15(1) לאמנה:

made, States must demonstrate their necessity and only take such measures as are proportionate to the pursuance of legitimate aims in order to ensure continuous and effective protection of Covenant rights. In no case may the restrictions be applied or invoked in a manner that would impair the essence of a Covenant right.' Human Rights Committee, General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the HRC General Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), at para. 6 (Comment No. 31).

44 ראו לדוגמה את פרשת *Gillot*, שבה נדונו בקלדוניה החדשה הגבלות על השתתפות תושבים חדשים במשאלי עם. U.N. Doc. Comm. 932/2000 *Gillot v. France*, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/932/2000 (2002), at para. 13.2: 'In order to determine the discriminatory or non-discriminatory character of the criteria in dispute, in conformity with its above-mentioned decisions, the Committee considers that the evaluation of any restrictions must be effected on a case-by-case basis, having regard in particular to the purpose of such restrictions and the principle of proportionality' [כדי לקבוע אם לקריטריונים מושאי המחלוקות יש אופי מפלה או בלתי מפלה, הוועדה סבורה כי הערכתן של כל אחת מן ההגבלות צריכה להיעשות על בסיס כל מקרה לגופו, בייחוד לנוכח תכליתם של אותן הגבלות ושל עקרון המידתיות.]

אין באמנה זו דבר אשר ניתן לפרשו כמורה על כל זכות שהיא בידי מדינה, קבוצה או יחיד, לעסוק בפעילות או לבצע מעשה אשר תכליתם הכחדתן של זכויות או חירויות שהוכרו באמנה זו, או הגבלתן במידה גדולה מכפי שנקבע באמנה זו [תרגום רשמי של משרד המשפטים].

לפי אחת ההערות הפרשניות של הוועדה הממונה על יישום האמנה (הוועדה ליכויות כלכליות חברתיות; CESCR), הדרישה שלא להגביל זכויות מעבר להיקף שנקבע באמנה אוצרת בתוכה את עקרון המידתיות. לפיכך הגבלות על זכויות אדם, למשל מטעמי בריאות הציבור, צריכות להיות מידתיות:

בהתאם לסעיף 15(1) על ההגבלות הללו להיות מידתיות, דהיינו יש לאמץ את החלופה המגבילה פחות במקום שבו אפשריים כמה סוגי הגבלות. אפילו כאשר הגבלות שנועדו להגן על בריאות הציבור הן בעצם מותרות, עליהן להיות מוגבלות בזמן וכפופות לפיקוח.⁴⁵

בעוד הפסקה המצוטטת לעיל מציינת במפורש רק את מבחן החלופה הפוגענית פחות, ההתייחסות בה למשך המוגבל של האמצעי המגביל עשויה לעלות בקנה אחד גם עם הכרה במבחן המידתיות במובנה הצר.

1.3. אמנות אחרות

גם ועדות זכויות אדם אחרות משתמשות בעקרון המידתיות לצורך בחינת חוקיותן של הגבלות על זכויות אדם לפי אמנות זכויות האדם שעל אכיפתן

⁴⁵ 'In line with article 5.1, such limitations must be proportional, i.e. the least restrictive alternative must be adopted where several types of limitations are available. Even where such limitations on grounds of protecting public health are basically permitted, they should be of limited duration and subject to review.' Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 14, The Right to the Highest Attainable Standard of Health (22nd Session, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), at para. 29 (להלן: CERD).

הן מפקדות. למשל, הוועדה לביעור כל צורות האפליה הגזעית (המופקדת על יישום האמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית) קבעה כי הבחנה בין אזרחים לבין לא אזרחים עשויה להיחשב אפליה פסולה אם תוצאת ההבחנה אינה מידתית לתכלית שבבסיסה.⁴⁶ הוועדה אף קבעה שיש להימנע מגירוש זרים כאשר הדבר יגרור פגיעה בלתי מידתית בזכותם לחיי משפחה (בעיקר אם האזרחים הזרים כבר שהו זמן ממושך במדינה).⁴⁷ גם הוועדה לזכויות הילד (המופקדת על יישום האמנה לזכויות הילד) קבעה כי אמצעים מיוחדים הננקטים כלפי ילדים זרים הנמצאים ללא השגחה הורית צריכים לעמוד במבחני מידתיות.⁴⁸

האמנה לזכויות הילד מכירה מפורשות בסעיף 40(4) המופיע בעקרון המידתיות כעיקרון שצריך להנחות את רשויות השלטון בעת בחירת כלים חוץ-פליליים להתמודדות עם עבריינות של קטינים.⁴⁹ הוועדה לזכויות הילד אף פירשה את סעיף 4 לאמנה – היוצר זיקה בין יישום האמנה לבין המשאבים העומדים לרשות המדינה (סעיף דומה במהותו לסעיף 12(1) לאמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות) – כמטיל חובה על המדינה להגדיל את השקעותיה הקשורות ביישום האמנה באופן מידתי לקצב הצמיחה הכלכלית שלה.⁵⁰

- 46 ראו למשל Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation 30, Discrimination Against Non-citizens (64th Session, 2004), U.N. Doc. CERD/C/64/Misc.11/rev.3 (2004), at para. 4; Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Conclusions and Recommendations: Botswana, U.N. Doc. CERD/C/BWA/CO/16 (2006), at para. 8.
- 47 CERD General Recommendation 30, לעיל הערה 45, בפסקה 28.
- 48 Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 6, Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin (39th Session, 2005), U.N. Doc. CRC/GC/2005/6 (2005), at para. 18.
- 49 סעיף 40(4) קובע: 'מגוון סידורים, כגון טיפול, צווי הכוונה והשגחה, ייעוץ, מבחן, טיפול אומן, חינוך ותוכניות הכשרה מקצועיות וחלופות אחרות לטיפול מוסדי יהיו זמניים על-מנת להבטיח כי ילדים יטופלו באופן העולה בקנה אחד עם רווחתם ושהוא יחסי הן למצבם והן לעבירה שנעברה' [ההדגשה שלי; תרגום רשמי של משרד המשפטים].
- 50 Committee on the Rights of the Child, Concluding Observations: Nicaragua, U.N. Doc. CRC/C/15/Add.264 (2005), at para. 16

2. ההכרה בעקרון המידתיות במשטרי זכויות אדם אזוריים

2.1. האמנה האירופית לזכויות אדם

שדה הפעולה של עקרון המידתיות

אף שהמונח 'מידתיות' אינו נזכר במפורש באמנה האירופית לזכויות אדם או בפרוטוקולים הנלווים לה, עקרון המידתיות זכה בפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם למעמד של עיקרון כללי המשמש את בית הדין לצורך קביעת האיזון הראוי בין ההגנה על זכויות האדם המוגנות באמנה לבין אינטרסים אחרים של המדינות, המצדיקים על פי האמנה את הגבלתן של הזכויות.⁵¹ השימוש הנרחב שנעשה בעקרון המידתיות בפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם והשפעתו הרבה של בית דין זה על התפתחות דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי ובמשפט המדינתי מצדיקים דיון מפורט ביישום העיקרון בהקשר נורמטיבי ומוסדי זה.

לשיטתו של בית הדין, עקרון המידתיות הוא עיקרון אינהרנטי למשטר המשפטי שהאמנה יצרה. תכליתו היא מציאת נקודת איזון מתאימה בין זכויות אדם לאינטרסים חברתיים אחרים. כך למשל קבע בית הדין בפרשת *Klass*, שעסקה בחוקיות של האזנות סתר:

במערכת של האמנה יש מידה מסוימת של פשרה **אינהרנטית** בין הדרישות לבין ההגנה על החברה הדמוקרטית ועל זכויות היחיד. כפי שעולה מהמבוא לאמנה, 'חירויות יסוד [...] יישמרו בצורה מרבית באמצעות מסגרת פוליטית דמוקרטית אפקטיבית וגם באמצעות הבנה וכיבוד משותף של זכויות האדם שהמדינות מבוססות עליהן.'

51 ראו K. Starmer, *European Human Rights Law: The Human Rights Act 1988 and the European Convention on Human Rights* (1999) 169-171; P. L. McKaskle, 'The European Court of Human Rights: What It Is, How It Works, and Its Future', 40 *U.S.F. L. Rev.* (2005-2006) 46; W. A. Powers, 'Hirst v. UK (No. 2): A First Look at Prisoner Disenfranchisement by the European Court of Human Rights', 21 *Conn. J. Intl. L.* (2005-2006) 243, 256; P. van Dijk and G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (3rd ed., 1998), 80-81

בהקשר של סעיף 8 לאמנה יש לחפש נקודת איזון בין השימוש בזכות המוענקת ליחיד בפסקה 1 לבין הצורך הנובע מפסקה 2 לנקוט פעולות מעקב חשאי לשם שמירה על החברה הדמוקרטית בכללותה [ההדגשות שלי].⁵²

משמעות העמדה שלפיה הצורך באיזון בין זכויות לאינטרסים הוא צורך אינהרנטי לאמנה היא שעקרון המידתיות רלוונטי לבחינת כל סוגי ההגבלות על זכויות אדם המוגדרות במסגרת האמנה, דהיינו גם באשר להגבלות מפורשות וגם באשר להגבלות משתמעות.

באשר להגבלות המפורשות על זכויות האדם הקבועות בסעיפים 8-11 לאמנה (וגם בסעיף 2 לפרוטוקול הרביעי),⁵³ בית הדין פירש את התנאי כך שההגבלה תהא נחוצה בחברה דמוקרטית ('necessary in a democratic society') – תנאי המופיע בכל פסקאות ההגבלה המפורשות הללו באופן הקורא לתוכן את עקרון המידתיות.⁵⁴ בפרשת *Handyside*, למשל, שבה

52 [S]ome compromise between the requirements for defending democratic society and individual rights is inherent in the system of the Convention [...]. As the Preamble to the Convention states, "Fundamental Freedoms [...] are best maintained on the one hand by an effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of the Human Rights upon which (the Contracting States) depend." In the context of Article 8 (art. 8), this means that a balance must be sought between the exercise by the individual of the right guaranteed to him under paragraph 1 (art. 8-1) and the necessity under paragraph 2 (art. 8-2) to impose secret surveillance for the protection of the democratic society as a whole.' *Klass v. Germany, Brogan v. UK*, Judgment of 6 September 1978, at para. 59 Judgment of 29 November 1988, at para. 48; *Soering v. UK*, Judgment of 7 July 1989, at para. 89

53 סעיפים 8-11 לאמנה האירופית לזכויות אדם מעגנים את הזכות לפרטיות, לחיי משפחה, לרשות היחיד ולמסמכיו האישיים (סעיף 8); לחופש המחשבה, המצפון והדת (סעיף 9); לחופש הביטוי (סעיף 10); ולחופש האספה וההתאגדות (סעיף 11). סעיף 2 לפרוטוקול הרביעי מגן על חופש התנועה ועל הזכות לבחור מקום מגורים ולצאת מן המדינה.

54 D. Gomien, D. Harris, and L. Zwaak, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter* (Council of Europe Publishing, 1996) 218-221

נבחנה חוקיותה של הגבלה על הפצת פרסום מטעמי פגיעה במוסר, קבע בית הדין:

תפקידו של בית הדין כגורם מפקח מחייב אותו להקדיש תשומת לב רבה לעקרונות המאפיינים 'חברה דמוקרטית'. חופש הביטוי הוא אחד היסודות החיוניים לקיומה של חברה כזאת, אחד מתנאי היסוד להתקדמותה ולהתפתחותו של כל אדם. בכפוף לפסקה השנייה של סעיף 10, הזכות משתרעת לא רק על 'מידע' או 'רעיונות' המתקבלים באהדה או נחשבים לבלתי פוגעניים או כאלה שאינם שנויים במחלוקת, אלא גם לאלו שפוגעים, מזעזעים או מטרידים את המדינה או כל אחד ממגזרי האוכלוסייה. דרישות אלו נובעות מהפלורליזם, מהסובלנות ומרוחב האופקים שבלעדיהם לא תיתכן 'חברה דמוקרטית'. **מכאן שנוסף על דברים אחרים, כל 'דרישה פורמלית', 'תנאי', 'הגבלה' או 'עונש' המתאימים לתחום זה צריכים להיות מידתיים לתכלית הלגיטימית שמבקשים להשיג** [ההדגשה שלי].⁵⁵

55 'The Court's supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles characterising a "democratic society". Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favorably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society". This means, amongst other things, that every "formality", "condition", "restriction" or "penalty" imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued.' *Handyside v. UK*, Judgment of 7 December 1976, at para. 49; *Silver v. UK*, Judgment of 25 March 1983, at para. 97; *Barthold v. Germany*, Judgment of 25 March 1985, at para. 55-59; *Dudgeon v. UK*, Judgment of 22 October 1981, at para. 53; *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, Judgment of 29 October 1992, at para. 67-77, 80 בית הדין אימץ מבחן דומה של מידתיות גם באשר לפגיעה בזכות לקניין הקבועה בסעיף 1 לפרוטוקול הראשון, אף שפסקת ההגבלה המופיעה שם אינה מזכירה את מבחן הנחיצות בחברה דמוקרטית. ראו *Lithgow v. UK*, Judgment of 8 July 1986, at para. 120

גם באשר לזכויות המוגנות באמנה שאינן כוללות פסקת הגבלה מפורשת קבע בית הדין כי המדינות רשאיות להגביל את הזכויות הללו מכוח הוראת הגבלה משתמעת, הכפופה אף היא לעקרון המידתיות. כך למשל נפסק בפרשת *Ashingdane*, אשר עסקה בהגבלת זכותו של חולה פסיכיאטרי לעתור נגד ההחלטה שלא להעבירו למתקן רפואי שהוא ביקש להתאשפז בו:

אכן, זכות הגישה לערכאות אינה מוחלטת אלא כפופה למגבלות; אלו נובעות במשתמע מכך שזכות הגישה 'מחייבת מעצם טיבה הסדרה משפטית מצד המדינה, הסדרה העשויה להשתנות במקום ובזמן לפי צורכי הקהילה והפרט ומשאביהם' [...] מכל מקום, אסור שההגבלות המוטלות יִצְרו או יפחיתו את הגישה שנותרה לפרט באופן כזה או בהיקף כזה שיפגע בעצם מהותה של הזכות [...] יתר על כן, הגבלה לא תעמוד בתנאי סעיף 6, פסקה 1, אם היא אינה מבקשת לקדם יעד לגיטימי **ואם אין יחס סביר של מידתיות בין האמצעי שננקט לבין היעד שמבקשים להשיג** [ההדגשה שלי].⁵⁶

בית הדין אימץ קביעה דומה גם בנוגע לאיסור על אפליה בהענקת הזכויות המוגנות על פי האמנה (איסור הקבוע בסעיף 14 לאמנה ובסעיף 1 לפרוטוקול ה-12). לשיטתו של בית הדין, יחס שונה לדומים לא ייחשב אפליה אם ההבחנה משרתת תכלית לגיטימית ושומרת על יחס מידתי בין התכלית לבין הפגיעה הנובעת הימנה. כך למשל נקבע בפרשת **חוקי השפה בבלגיה**:

56 'Certainly, the right of access to the courts is not absolute but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access "by its very nature calls for regulation by the State, regulation which may vary in time and in place according to the needs and resources of the community and of individuals" [...] Nonetheless, the limitations applied must not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired [...] Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 para. 1 (art. 6-1) if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved.' *Ashingdane v. UK*, Judgment of 28 May 1985, at para. 57

חשוב אפוא למצוא את אמות המידה שיאפשרו לקבוע אם במקרה מסוים יחס שונה, הקשור כמוכּן ליישום אחת הזכויות והחירויות המוגנות, מפר את סעיף 14. בעניין זה בית הדין קובע, בהתאם לעקרונות שאפשר לחלץ מהפרקטיקה המשפטית של מדינות דמוקרטיות רבות, כי עקרון היחס השווה מופר אם ההבחנה אינה ניתנת להצדקה על בסיס אובייקטיבי וסביר. יש להעריך את דבר קיומה של הצדקה כזאת לאור היחס בינה לבין התכלית והתוצאה של האמצעי הנבחן, מתוך התחשבות בעקרונות הנוהגים בדרך כלל בחברות דמוקרטיות. יחס שונה הניתן בקשר למימוש זכות הקבועה באמנה צריך לא רק לקדם תכלית ראויה; סעיף 14 מופר גם כאשר מוכח בבירור שאין יחס סביר של מידתיות בין האמצעי שננקט לבין התכלית שמבקשים להשיג [ההדגשה שלי].⁵⁷

עוד תחום שבית הדין השתמש בו בעקרון המידתיות הוא בחינת חוקיותן של חריגות (derogations) מהוראות האמנה. סעיף 15 לאמנה האירופית מתיר למדינות השרויות במצב מלחמה או במצב חירום לאומי אחר המאיים על חיי האומה לחרוג מחלק מההתחייבויות המוטלות עליהן, אך רק בהתאם

57 'It is important, then, to look for the criteria which enable a determination to be made as to whether or not a given difference in treatment, concerning of course the exercise of one of the rights and freedoms set forth, contravenes Article 14 (art. 14). On this question the Court, following the principles which may be extracted from the legal practice of a large number of democratic States, holds that the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure under consideration, regard being had to the principles which normally prevail in democratic societies. A difference of treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue a legitimate aim: Article 14 (art. 14) is likewise violated when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized.' Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium, Judgment of *Rasmussen v. Denmark*, Judgment of 28 July 1968, at para. 10 November 1984, at para. 38; *Inze v. Austria*, Judgment of 28 October 1987, at para. 41. *Lithgow v. UK*, לעיל הערה 55, בפסקה 177.

למידת החריגה הדרושה בשל דחיפותו של המצב. בית הדין בחן את הדרישה הזאת על פי עקרון המידתיות בכמה מקרים. כך למשל, בפרשת *Brannigan*, שבה נדונה חוקיותה של החקיקה לשעת חירום שאימצה בריטניה ואשר דחתה את הבאתם של עצירים החשודים במעורבות בטרור לפני שופט, נקבע כי עקרון המידתיות מחייב את המדינה לבדוק מעת לעת אם אפשר להמיר את האמצעי החורג מן האמנה באמצעי שפגיעתו בזכויות המוגנות באמנה תהא קטנה יותר.⁵⁸

לבסוף, בית הדין נעזר בעקרון המידתיות בכמה מן המקרים שהובאו לפניו כדי לבסס את המסקנה שאפשר לגזור מן הזכויות המוגנות באמנה חובות פוזיטיביות (חובות 'עשה') מסוימות. מסקנה זו נובעת, לשיטתו של בית הדין, מן האיזון בין האינטרס של הפרט שהאמנה תכלול חובות לבין האינטרסים הציבוריים השוללים הכרה בחובות כאלה. למשל, בפרשת *Rees* – שעסקה בבקשתו של טרנסקסואל לתקן בדיעבד את תעודת הלידה שלו שציינה את מינו כנקבה – קבע בית הדין שאין לגזור מן הזכות לפרטיות חובה פוזיטיבית לשנות את מערכת רישום תעודות הלידה הנהוגה בבריטניה בשל השלכות המנהלתיות המורכבות הכרוכות בשינוי שכזה (המדינה טענה שהדבר יחייב יצירת מאגר חדש של פרטיהם האישיים של התושבים ומערכת חדשה להנפקת תעודות רשמיות).⁵⁹

עם זאת בית הדין האירופי נמנע מלהחיל את עקרון המידתיות על האיסור על עינויים מן הטעם שמדובר לדעתו באיסור מוחלט שאין לסטות ממנו בשום נסיבה. במילים אחרות, בית הדין בדעה שכל עינוי צריך להיחשב בלתי נחוץ ובלתי מידתי.⁶⁰

58 ראו למשל *Brannigan v. U.K.*, Judgment of 26 May 1993, at para. 54. לדין ראו *van Dijk and van Hoof*, לעיל הערה 51, בעמ' 81; *Starmer*, לעיל הערה 51, בעמ' 171.

59 ראו *Rees v. UK*, Judgment of 17 October 1986, at para. 37.

60 *Chahal v. UK*, Judgment of 15 November 1996, at para. 79-82. ובכל זאת אפשר לגזור מיישום עקרון המידתיות את הקביעה שפגיעה פיזית או נפשית מסוימת בפרט היא בבחינת יחס בלתי אנושי או משפיל (איסור הנלווה לאיסור על עינויים), שכן רק יחס או עונש שהצדקה לקיומם אינה מידתית ביחס לפגיעה הכרוכה בהם ייחשבו יחס או עונש אסורים. ראו *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 12 May 2005, at para. 182: 'Handcuffing, one of the forms of treatment complained of in the present case, does not normally give rise to an issue under Article 3 of the Convention where it has been imposed in connection

תוכנו של העיקרון

חרף המקום המרכזי של עקרון המידתיות בפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם, אין בפסיקתו רשימה סדורה של מבחני משנה⁶¹ כדוגמת המבחנים שאומצו, למשל, בפסיקתו של בית המשפט העליון בישראל או בפסיקה של בתי דין מדינתיים אחרים.⁶² גם נוקשותה או גמישותה של נוסחת האיזון בין הזכויות לבין האינטרסים המתנגשים אינה ברורה, ונראה שהיא משתנה ממקרה למקרה, לפי מהות העניין. כך למשל, בפרשת *McCann*, אשר עסקה במידתיותם של אמצעי שיטור מיוחדים למעצר חשודים בטרור שהובילו למותם של החשודים, הציב בית הדין את הדרישה שהפעולה הפוגענית של הרשויות תהא מידתית במובהק ('strictly proportionate').⁶³ מבחן נוקשה זה נובע לפי בית הדין מנוסחו המחמיר של סעיף 2 לאמנה המתיר פגיעה בזכות לחיים רק אם הדבר נחוץ לחלוטין ('absolutely necessary'). לעומת זאת בתיקים הנוגעים לפגיעה בזכות לקניין הסתפק בית הדין בדרישה

with lawful arrest or detention and does not entail the use of force, or public exposure, *exceeding* what is reasonably considered necessary in the circumstances' [אזיקת ידיים, אחת מצורות ההתנהגות שהתלוננו עליהן במקרה הנוכחי, אינה נופלת בדרך כלל בגדר סעיף 3 לאמנה, כאשר האמצעי מוטל במהלך ביצוע מעצר או מאסר חוקי ואינו מערב שימוש בכוח או חשיפה ציבורית העולה על מה שנחשב באופן סביר כנחוץ בנסיבות המקרה'; ההדגשה שלי]. לדיון ראו M. Nowak, 'What Practices Constitute Torture?: US and UN Standards', 20 *Hum. Rts. Q.* (2006) 809, 833-834; M. Nowak, 'Challenges to the Absolute Nature of the Prohibition of Torture and Ill-Treatment', 23 *Netherlands Q. Hum. Rts.* (2005) 674, 676-677

61 ראו van Dijk and van Hoof, **לעיל** הערה 51, בעמ' 81-82; McKaskle, **לעיל** הערה 51, בעמ' 47-49.

62 ראו למשל בג"צ **בית סוריק, לעיל** הערה 10, בעמ' 840. ראו גם *de Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing* [1999] 1 AC 69, 80; *Libman v. Attorney General of Quebec*, 1997 Can. Sup. Ct. LEXIS 87, at p. 47. לדוגמה של פסילת אמצעי על ידי בית דין מדינתי בשל הפרת עקרון המידתיות הנלווה ליישום האמנה האירופית לזכויות אדם ראו *A v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56 (משטר מעצרים מנהליים המוחל רק על חשודים בטרור בעלי אזרחות זרה שאי-אפשר לגרשם מוביל לתוצאה לא רציונלית ומפלה, ועל כן אינו מידתי).

63 *McCann v. United Kingdom*, Judgment of 27 September 1995, at para. 194

לאיזון הוגן ('fair balance') בין הזכויות לבין האינטרסים המתחרים.⁶⁴ מכאן שחשיבותה של הזכות, מושא האמצעי המגביל, עשויה להשפיע לא רק על תוצאת האיזון בין הזכויות לבין האינטרסים המתנגשים – איזון המבוצע באמצעות עקרון המידתיות – אלא גם על בחירתה של נוסחת האיזון שבית הדין משתמש בה.

היבט אחר המקשה על חילוץ מבחנים ברורים מפסיקתו של בית הדין האירופי הוא השימוש הנרחב שעושה בית הדין בדוקטרינת מתחם שיקול הדעת ('margin of appreciation'), המגבילה את התערבותו של בית הדין בשיקול דעתן של המדינות בכל הנוגע להטלת הגבלות על זכויות האדם הקבועות באמנה.⁶⁵ לשון אחר, הימנעותו של בית הדין מלפסול אמצעים הפוגעים לכאורה בזכויות אדם עשויה לנבוע לאו דווקא מן המסקנה שמדובר באמצעי מידתי בבירור, אלא מן הנטייה שלא להמיר את שיקול דעתן של הרשויות הפנים-מדיניות באשר לאיזון הראוי בין הזכויות לבין האינטרסים המעורבים בשיקול דעתו של בית הדין.

אף על פי כן אפשר לחלץ מפסיקתו של בית הדין מבחני עזר המסייעים לקבוע אם האמצעי המדינתי מושא ההליך השיפוטי הוא מידתי אם לאו. מבחני עזר אלו נחוצים ליישום עקרון המידתיות במקרים גבוליים שבהם המדינה מצביעה על שיקולי מדיניות משמעותיים התומכים בהגבלת זכויות. הם אינם נחוצים במקרי קצה שבהם ברור שהשיקולים המצדיקים את הגבלת הזכות הם קלושים או לא סבירים, בעוד שתוצאתם היא פגיעה חמורה בזכויות אדם.⁶⁶ יש לציין כי למבחני העזר תפקיד נוסף על ההכרעה

64 *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Judgment of 23 September 1982, at para. 69-74; *James v. UK*, Judgment of 21 February 1986, at para. 50; *AGOSI v. UK*, Judgment of 24 October 1986, at para. 52-54; *Jahn v. Germany*, Judgment of 22 January 2004, at para. 82-93

65 ראו *van Dijk and van Hoof*, לעיל הערה 51, בעמ' 82; *Sahin v. Turkey*, Judgment of 10 November 2005, at para. 51. סטיבן גריר (Greer) סבור שיש קשר בין נטייתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם להשתמש במבחני מידתיות כדבר שבשגרה לבין נכונותו להעניק מתחם שיקול דעת למדינות החברות. באופן זה בית המשפט מאזן בין ההגבלה על חופש הפעולה של המדינות, הנובעת מעקרון המידתיות, לבין ההכרה בשיקול הדעת הרחב שיש למדינות באשר לאופן יישום מבחני המידתיות. ראו Greer, לעיל הערה 16, בעמ' 217.

66 ראו למשל *Thorgeirson v. Iceland*, Judgment of 25 June 1992, at para. 63-69. (הרשעת עיתונאי שדיווח על אלימות משטרתית בעברה פלילית של לשון הרע).

במקרי גבול: הם עשויים לפטור את בית הדין מן הצורך לאזן במישרין בין הערכים לבין האינטרסים המתחרים⁶⁷ – איזון שעלול להיתפס כביטוי מופרז של אקטיביזם שיפוטי.⁶⁸ מכאן שהפעלתם של מבחני העזר נגזרת גם משיקולים מוסדיים.

קייר סטרמר (Starmer), משפטן בריטי המתמחה בדיני זכויות אדם, זיהה חמישה מבחני עזר המשמשים את בית הדין האירופי בבחינת מידתיות של הגבלות קונקרטיות על זכויות אדם:

- (א) קיומן של סיבות 'רלוונטיות ומספיקות' להגבלת זכות האדם מושא אמצעי ההגבלה.
- (ב) היעדרה של חלופה שפגיעתה פחותה.
- (ג) קיומם של אמצעים פרוצדורליים הוגנים שנקטו במסגרת תהליך קבלת ההחלטות.
- (ד) קיומן של ערובות שנועדו לוודא שההגבלה לא תנוצל לרעה.
- (ה) הימנעות מנקיטת אמצעי הגבלה המאיין את עצם מהותה של הזכות הרלוונטית.⁶⁹

יש להדגיש כי חמשת מבחני העזר הנזכרים למעלה אינם מופיעים בפסיקתו של בית הדין האירופי באופן מצטבר וקבוע, אלא הם מופיעים בפסיקתו על בסיס אד-הוקי, לפי טיב ההגבלה ואופייה של הזכות המוגבלת. כך למשל, מבחן המשנה השלישי – שמירה על הוגנות פרוצדורלית – מיושם בדרך כלל בקשר לבחינת חוקיותן של הגבלות על הזכויות המוגנות בסעיף 8 לאמנה האירופית (הזכות לפרטיות, לחיי משפחה ולהגנה על רשות היחיד ועל כתביו). עם זאת, לטענתו של סטרמר, מדובר במבחנים בעלי אופי כללי, שאפשר היה להחילם בכל מקרה שבית הדין מיישם את עקרון המידתיות.⁷⁰ במסגרת המבחן הראשון בית הדין בודק אם הסיבות שבעטיין המדינה מבקשת להגביל את זכות האדם הנדונה קשורות לאינטרסים שעשויים להיחשב אינטרסים מוצדקים לפי נוסחה של פסקת ההגבלה הרלוונטית (מרבית פסקאות ההגבלה המנויות באמנה האירופית כוללות רשימה סגורה של הצדקות אפשריות), ואם משקלן של אותן הצדקות אכן מצדיק את

67 ראו Powers, לעיל הערה 51, בעמ' 284-286.

68 שם, בעמ' 292-293.

69 ראו Starmer, לעיל הערה 51, בעמ' 171-176.

70 שם, בעמ' 174.

עצם הפגיעה בזכות.⁷¹ כך למשל, בפרשת *Sunday Times* – שמקורה בעתירה של עיתון בריטי שהורשע בבריטניה בביזיון בית המשפט בשל הפרת כלל הסוב־יודיציה (העיתון פרסם סדרת כתבות על ההליכים המשפטיים בפרשת ילדי התלידומיד, שנולדו עם פגמים מולדים בשל שימוש של האם בתרופות מסוכנות בתקופת ההיריון) – קבע בית הדין כי הגבלת הזכות נסמכת על הצדקה רלוונטית בעיקרון (הגנה על מעמדו של בית המשפט), אולם לאור חשיבותו הקונקרטי הרבה של חופש הביטוי במקרה הנדון וההסתברות הנמוכה שהפרסום יפגע במעמדה של הרשות השופטת, ההגבלה אינה מידתית:

במקרה הנדון היה למשפחות הקרבנות הרבים של הטרגדיה, שלא היו מודעים לקשיים המשפטיים הרלוונטיים, אינטרס חיוני לדעת את כל העובדות שבבסיס העניין ואת כל הפתרונות האפשריים. אפשר היה לשלול מהן את המידע הזה, חרף חיוניותו וחשיבותו מבחינתן, רק אם נראה היה בוודאות מוחלטת שהפצתו תסכן את 'סמכות הרשות השופטת' [...] בהתחשב בכל נסיבות העניין ועל בסיס הגישה המתוארת בפסקה 65 לעיל הגיע בית הדין למסקנה **שהפגיעה מושא התלונה לא נבעה מצורך חברתי דוחק דיו שיגבר על האינטרס הציבורי בחופש ביטוי** כמשמעותו באמנה. בית הדין קובע אפוא שהסיבות להגבלות שהוטלו על העותרים לא היו סיבות מספיקות תחת סעיף 10(2). ההגבלה אינה מידתית לתכלית הראויה שביקשו להשיג; היא גם אינה הכרחית בחברה דמוקרטית לשם שמירה על סמכות הרשות השופטת [ההדגשה שלי].⁷²

71 ראו למשל *Jersild*, Judgment of 25 September 1996, at para. 77; *Buckley v. UK*, Judgment of 23 September 1994, at para. 31; *Vogt v. Germany*, Judgment of 26 September 1995, at para. 52, 61. כן ראו Powers, **לעיל** הערה 51, בעמ' 266–267.

72 'In the present case, the families of numerous victims of the tragedy, who were unaware of the legal difficulties involved, had a vital interest in knowing all the underlying facts and the various possible solutions. They could be deprived of this information, which was crucially important for them, only if it appeared absolutely certain that its diffusion would have presented a threat to the "authority of the judiciary" [...] Having regard to all the circumstances of the case and on the basis of the approach described in paragraph 65 above,

לעומת זאת בפרשת **מפלגת הרווחה** קבע בית הדין האירופי כי הוצאתה של מפלגה אסלאמית בטורקיה אל מחוץ לחוק, מטעמים הקשורים להגנה על אופייה החילוני והדמוקרטי של המדינה, הייתה צעד מידתי המבוסס על שיקולים רלוונטיים ומספיקים.⁷³

יש לציין כי בבואו להעריך את משקלה של ההצדקה שהמדינה טוענת לה, בית הדין בודק אם המדינה ביססה את ההצדקה על הערכה סבירה של העובדות הקשורות בנושא.⁷⁴ (עם זאת הפסיקה אינה קובעת בבירור את חלוקת הנטלים הראייתיים בין העותר לבין המדינה, דהיינו על מי מוטלים נטל הבאת הראיות ונטל ההוכחה.⁷⁵) יתר על כן, לשיטתו של סטיבן גריר (Greer), יש קשר בין עצמת הפגיעה בזכות האדם המוגנת לבין מידת ההסתברות שבה יש לבסס את סיכוייו של האמצעי הנבחר להגשים את תכליתו הרצויה.⁷⁶

מבחן המשנה השני שבית הדין האירופי לזכויות אדם משתמש בו במסגרת בחינת מידתיותן של הגבלות על זכויות אדם בודק את קיומה או את היעדרה של חלופה שפגיעתה בזכויות אדם פחותה. מדובר במבחן החלופה הפוגענית פחות שזכר לעיל.⁷⁷ פסק הדין בפרשת *Lawless* (פסק הדין הראשון של בית הדין) למשל, שעסק בחוקיותם של מעצרים מנהליים,

the Court concludes that the *interference complained of did not correspond to a social need sufficiently pressing to outweigh the public interest in freedom of expression* within the meaning of the Convention. The Court therefore finds the reasons for the restraint imposed on the applicants not to be sufficient under Article 10 (2) (art. 10-2). That restraint proves not to be proportionate to the legitimate aim pursued; it was not necessary in a democratic society for maintaining the authority of the judiciary.' *Sunday Times v. UK*, Judgment of 26 April 1979, at para. 66-67 R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It?* (1994) 235

- Refah Partisi v. Turkey*, Judgment of 31 July 2001, at para. 83 73
- ראו *Jersild v. Denmark*, לעיל הערה 71, בפסקה 31; *Vogt v. Germany*, לעיל הערה 71, בפסקה 52. 74
- Greer, לעיל הערה 16, בעמ' 218-219. 75
- שם, בעמ' 205. 76
- ראו למשל *Campbell v. UK*, Judgment of 25 March 1992, at para. 48-52; *Informationsverein Lentier v. Austria*, Judgment of 24 November 1993, at para. 39 77

קבע כי בנסיבות העניין הייתה הגבלת החירות מוצדקת, שכן לא עמדו לרשות המדינה חלופות סבירות, פוגעניות פחות:

הואיל ובכל זאת, בהתחשב בפסק דינו של בית הדין, התברר בשנת 1957 כי החלת הדינים הרגילים אינה מתאימה להתמודד עם האיום ההולך ומתגבר שרבץ לפתחה של אירלנד; הואיל ובתי המשפט הפליליים הרגילים, או אפילו מערכת בתי המשפט הפליליים המיוחדים או בתי המשפט הצבאיים, כבר לא היו מספיקים להשלטת שלום וסדר; הואיל, ובעיקר, ותהליך איסוף הראיות הנחוצות לצורך הרשעת יחידים המעורבים בפעילות של IRA ושל קבוצות קשורות לארגון זה נתקל בקשיים רבים בשל אופיין הצבאי, החשאי והטרוריסטי של קבוצות אלו והמורא שהן הטילו על האוכלוסייה; הואיל והעובדה שהקבוצות הללו פעלו בעיקר בצפון אירלנד ופעילותן באירלנד התמקדה למעשה בפעולות הכנה לפשיטות אל מעבר לגבול, הייתה מכשול נוסף שהקשה על איסוף ראיות מספיקות; הואיל וסגירת הגבול הייתה גוררת השלכות קשות במיוחד על האוכלוסייה בכללותה, מעבר למידה הדרושה מחמת מצב החירום; הואיל ונובע מהאמור לעיל שאף אחד מן האמצעים הנזכרים למעלה לא אפשר להתמודד עם המצב שנוצר באירלנד בשנת 1957; הואיל וכך, אם כן, המעצר מנהלי, בהתאם לתיקון לחוק משנת 1940, של פרטים החשודים בכוונה להשתתף בפעילות טרור, נראה, למרות חומרתו, כאמצעי נחוץ לאור הנסיבות.⁷⁸

78 'Whereas, however, considering, in the judgment of the Court, that in 1957 the application of the ordinary law had proved unable to check the growing danger which threatened the Republic of Ireland; whereas the ordinary criminal courts, or even the special criminal courts or military courts, could not suffice to restore peace and order; whereas, in particular, the amassing of the necessary evidence to convict persons involved in activities of the IRA and its splinter groups was meeting with great difficulties caused by the military, secret and terrorist character of those groups and the fear they created among the population; whereas the fact that these groups operated mainly in Northern Ireland, their activities in the Republic of Ireland being virtually limited to the preparation of armed raids across the border was an additional impediment to the gathering of sufficient evidence; whereas the sealing of the border would have had extremely serious repercussions on the population

בעוד שני המבחנים הראשונים הם מבחנים מהותיים החופפים לשני מבחני המידתיות הקיימים בפסיקה הישראלית (מבחן הקשר הרציונלי/ מבחן ההתאמה והיעדר חלופה פוגענית פחות), מבחני המשנה השלישי והרביעי שאימץ בית הדין האירופי הם מבחנים פרוצדורליים באופיים. על פי מבחן המשנה השלישי, עקרון המידתיות מחייב שהמדינה תביא בחשבון את הפגיעה בזכויות אדם בעת קבלת החלטות על אימוץ אמצעים פוגעניים. לפיכך, במקרים מתאימים, על רשויות השלטון לכבד כללים של הגינות פרוצדורלית במסגרת ההליך הנלווה להפעלת שיקול דעתה. כך למשל, בפרשת *W. v. UK* פסק בית הדין שהמדינה הפרה את חובתה לאפשר לזוג הורים מעורבות של ממש בתהליך ההחלטה על מסירת ילדם לאימוץ ומשום כך ההחלטה אינה מוצדקת:

אכן, סעיף 8 אינו כולל הוראות דיוניות מפורשות, אך אין בכך כדי להכריע בעניין. תהליך קבלת ההחלטות של הרשות המקומית אינו יכול שלא להשפיע על תוכן ההחלטה. בייחוד יש לוודא שההחלטה מבוססת על שיקולים רלוונטיים ואינה חד-צדדית, ולכן אינה שרירותית ואינה נחזית ככזאת. בהתאם לכך רשאי בית הדין להתחשב בהליך כדי לקבוע אם הוא התנהל באופן כזה שלנוכח כל הנסיבות הוא הוגן ומכבד את האינטרסים שסעיף 8 מגן עליהם.⁷⁹

as a whole, beyond the extent required by the exigencies of the emergency; Whereas it follows from the foregoing that none of the above-mentioned means would have made it possible to deal with the situation existing in Ireland in 1957; whereas, therefore, the administrative detention – as instituted under the Act (Amendment) of 1940 – of individuals suspected of intending to take part in terrorist activities, appeared, despite its gravity, to be a measure required by the circumstances.’ *Lawless v. Ireland (No. 3)*,

Judgment of 1 July 1961, at para. 36

‘It is true that Article 8 (art. 8) contains no explicit procedural requirements, but this is not conclusive of the matter. The local authority’s decision-making process clearly cannot be devoid of influence on the substance of the decision, notably by ensuring that it is based on the relevant considerations and is not one-sided and, hence, neither is nor appears to be arbitrary. Accordingly, the Court is entitled to have regard to that process to determine whether it has been conducted in a manner that, in all the circumstances, is fair and affords due respect to the interests protected by Article 8.’ *W. v. UK*, Judgment of 8

July 1987, at para. 62

משמע, יש לקרוא אל תוך פסקאות ההגבלה הרלוונטיות דרישות פרוצדורליות הנלוות לעקרון המידתיות (החופפות חלקית את עקרונות 'הצדק הטבעי' הנהוגים במשפט המקובל ובשיטת המשפט הישראלית) והמתוות את אופן הפעלת שיקול הדעת של המדינה, אף שהדרישות האמורות אינן נזכרות כלל באמנה האירופית.⁸⁰

במסגרת מבחן המשנה הרביעי בית הדין דורש שהמדינה תצביע על ערובות מתאימות נגד ניצול לרעה של ההגבלות, ובאמצעותן יוכלו אלה שזכותם נפגעה יתר על המידה לקרוא תיגר על האמצעים המגבילים. ייתכן שהערובות הללו יכללו הכפפה של האמצעים למנגנון שיפוטי או יצירה של מנגנונים מנהליים חלופיים שיוודאו שהגבלתה של הזכות המוגנת הייתה נחוצה ומידתית.⁸¹ כך למשל, בפרשת *Sporrong and Lönnroth*, שבה נדונה מידתיותו של הליך ממושך להפקעת שטח אשר הוביל לעיכוב ממושך בניצול השטח או במתן פיצוי כנגדו, קבע בית הדין:

שתי סדרות האמצעים יצרו מצב שהטה את שיווי המשקל ההוגן שעליו היה צריך לשמור בין הגנה על הזכות לקניין לבין הדרישות שמקורן באינטרס הכללי: על עיזבון ספורונג וגב' לינרוט הוטל נטל אישי כבד מדי, שיכול היה להיחשב לגיטימי רק אם ניתנה להם האפשרות לקצר את פרקי הזמן שנקבעו או לדרוש פיצוי. אך באותה תקופה שלל הדין השוודי אפשרויות אלו, והוא עדיין שולל את האפשרות השנייה [ההדגשה שלי].⁸²

80 ראו גם *McMichael v. UK*, Judgment of 24 February 1995, at para. 87-92; וכן *Buckley*, לעיל הערה 71, בפסקה 76; *AGOSI*, לעיל הערה 64, בפסקה 55.

81 ראו *Klass v. Germany*, Judgment of 6 September 1978, at para. 55-60; *Brannigan and McBride v. UK*, Judgment of 25 May 1993, at para. 62-66; *Tinnelly v. UK*, Judgment of 10 July 1997, at para. 77-78

82 '[T]he two series of measures created a situation which upset the fair balance which should be struck between the protection of the right of property and the requirements of the general interest: the Sporrong Estate and Mrs. Lönnroth bore an individual and excessive burden which could have been tendered legitimate only if they had had the possibility of seeking a reduction of the time-limits or of claiming compensation. Yet at the relevant time Swedish law excluded these possibilities and it still excludes the second of them.' *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Eur. Ct. H.R. (Ser. A), No. 52, at para. 73 (1982)

דוגמה אפשרית אחרת ליישומו של המבחן הרביעי היא החובה המוטלת על מדינות לחקור מקרי מוות שאירעו בשל הפעלת כוח קטלני על ידי כוחות צבא או משטרה באמצעות הליך חקירה עצמאי ונטול פניות.⁸³ היעדרה של בחינה כזו עשוי לחזק את ההערכה שהאיזון שערכה המדינה בין הזכות לחיים לבין האינטרסים הביטחוניים שהצדיקו פגיעה בה היה בלתי ראוי.

מבחן המשנה החמישי, שאומץ בפסיקתו של בית הדין הוא מבחן הפגיעה ב'עצם מהותה' ('the very essence') של הזכות הנדונה. לפי מבחן זה, הגבלה על זכות אדם שמאיינת למעשה את הזכות תיחשב בלתי מידתית גם אם התכלית שלשמה נקבעה ההגבלה מוצדקת מעיקרה.⁸⁴ בפרשת *F. v. Switzerland*, למשל, נקבע שהגבלת זכותו של גבר גרוש להינשא בתקופה של שלוש השנים ממועד גירושיו אינה הגבלה מידתית, שכן היא מאיינת את זכותו ואת זכותה של בת זוגו החדשה להינשא זה לזה בפרק הזמן הזה.⁸⁵ בפרשת *Broniowski* נקבע כי שיהוי ממושך מצד השלטונות הפולניים בביצוע תכנית לפיצוי בעליהם של קרקעות שהופקעו בזמן השלטון הקומוניסטי והטלת מגבלות בירוקרטיות נוקשות על הליך תביעת הפיצויים גרמו למעשה לריקונה מתוכן של זכות הקניין של העותר, ועל כן ההגבלות שהטילה פולין על מימוש זכות הקניין של פרטים במצבו של העותר הן בלתי מידתיות.⁸⁶ לבסוף, בפרשת *Hirst* נקבע כי איסור מוחלט על הצבעת אסירים בבחירות, בלא להבחין בין נסיבותיהם האישיות, מהווה הגבלה בלתי מידתית של זכותם לבחור.⁸⁷ נראה אפוא כי מבחן העזר החמישי מבקש להציב רף עליון לאפשרות הניתנת למדינה להגביל זכויות אדם לשם קידום אינטרסים חברתיים מתחרים. חריגה מן הרף האמור ברמה המובילה למעשה לביטולה של הזכות תשלול בהכרח את מידתיותה של ההגבלה שהמדינה מבקשת להטיל.

- 83 ראו למשל *Güleç v. Turkey*, Judgment of 27 July 1998, at para. 78, *McCann v. Turkey*, Judgment of 27 July 1998, at para. 63, *Nachova v. Bulgaria*, Judgment of 6 July 2005, at para. 110; בפסקאות 161-163.
- 84 ראו *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, Judgment of 2 March 1987, at para. 52, *Powers v. United Kingdom*, Judgment of 23 April 1986, at para. 51, בעמ' 263-264.
- 85 *F. v. Switzerland*, Judgment of 18 December 1987, at para. 40.
- 86 *Broniowski v. Poland*, Judgment of 22 June 2004, at para. 182-187.
- 87 *Hirst v. UK*, Judgment of 30 March 2004, at para. 50-51.

2.2. האמנה הבין-אמריקנית לזכויות אדם

גם האמנה הבין-אמריקנית לזכויות אדם, אשר מרבית מדינות אמריקה הלטינית הן צד לה, אינה כוללת הפניה מפורשת לעקרון המידתיות. במקום זה האמנה מפנה לעקרונות של נחיצות בחברה דמוקרטית,⁸⁸ לדרישה שהגבלות מסוימות תהיינה נחוצות באופן דווקני ('strictly required'),⁸⁹ לאיסור על הגבלה שרירותית ('arbitrary') על זכויות אדם⁹⁰ ולדרישה שלא ייעשה שימוש בהגבלות המוטלות על זכויות אדם לצורך קידום תכליות אחרות מאלו שהמדינה טענה להן.⁹¹ עם זאת, בדומה לעמיתו האירופי, גם בית הדין הבין-אמריקני (המופקד על יישום האמנה הבין-אמריקנית) קרא את עקרון המידתיות אל תוך הוראות האמנה השונות.

פרשת *Herrera-Ulloa*, למשל, התעוררה בעקבות הרשעת עיתונאי מקוסטה ריקה בעברת לשון הרע בשל תחקיר עיתונאי שבו הוא פרסם את דבר קיומם של חשדות למעשי שחיתות מצד דיפלומט של קוסטה ריקה המוצב באירופה. בפסק דינו קבע בית הדין כי ההפניה באמנה הבין-אמריקנית ל'נחיצות בחברה דמוקרטית' מחייבת גם את יישומו של עקרון המידתיות.⁹² בנסיבות העניין סבר בית הדין כי מעמדו הציבורי של האדם מושא הפרסום מחייב הגנה מיוחדת על חופש הביטוי, שכן אחרת ייווצר 'אפקט מצנן' שיגביל את הדיון הציבורי בנוגע להתנהגותם של אנשי ציבור. אשר על כן הדרישה שהציב בית המשפט המקומי שהעיתונאי יוכיח את נכונות החשדות ולא רק את עצם קיומם היוותה בנסיבות העניין הגבלה מופרזת על חופש הביטוי.

American Convention on Human Rights, 22 November 1969, Art. 15, 16, 22, 88
(להלן: I/A CHR, 1144 U.N.T.S. 123).

I/A CHR, Art. 27. סעיף 27 לאמנה הבין-אמריקנית הוא סעיף חריגה שחל בשעת חירום ומלחמה. 89

I/A CHR, Art. 4, 7, 11, 20 90

I/A CHR, Art. 30: 'The restrictions that, pursuant to this Convention, may 91
be placed on the enjoyment or exercise of the rights or freedoms recognized
herein may not be applied except in accordance with laws enacted for
reasons of general interest and in accordance with the purpose for which such
restrictions have been established' [אין להפעיל את ההגבלות שאפשר להטיל
בהתאם לאמנה זו על השימוש בזכויות ובחירויות הקבועות בה או על יישומן,
אלא בהתאם לחוקים שנחקקו לשם הגנה על האינטרס הכללי ובהתאם לתכלית
שבגינה נקבעו ההגבלות!].

Herrera-Ulloa v. Costa Rica, Judgment of 2 July 2004, at para. 123 92
Baena-Ricardo v. Panama, Judgment of February 2, 2001, at para. 172

גם בפרשת *Canese*, שעניינה הרשעתו של מועמד לנשיאות בעברת לשון הרע בגין האשמת יריבו בבחירות בייצוג אינטרסים כלכליים מפוקפקים, קבע בית הדין כי ההגבלה על חופש הביטוי הייתה בלתי מידתית:

בשל נסיבות המקרה דן בית הדין מוצא לנכון לבחון בחינה מדוקדקת אם פעולה שנועדה להטיל בדיעבד על מר *Canese* אחריות משפטית בגין הצהרותיו עולה בקנה אחד עם הדרישה לנחיצות בחברה דמוקרטית. בית הדין ציין בעבר כי 'נחיצותן', ומכאן חוקיותן, של הגבלות המוטלות על חופש הביטוי תחת סעיף 13(2) לאמנה האמריקנית מותנות בהוכחת קיומו של אינטרס ציבורי מכריע המצדיק את ההגבלות. **אם יש כמה חלופות שיכולות להשיג מטרה זו, יש לבחור בחלופה המגבילה פחות את הזכות המוגנת.** לנוכח אמת מידה זו לא מספיק להראות, למשל, שהחוק ממלא תכלית מועילה או רצויה; על מנת שההגבלות תעלינה בקנה אחד עם האמנה, עליהן להיות ניתנות להצדקה על בסיס יעדים קולקטיביים **הגוברים בבירור**, לאור חשיבותם, על הצורך החברתי להנאה מלאה מן הזכות שסעיף 13 נועד להבטיח, ואף להן להגביל את הזכות הקבועה בסעיף זה יותר מן הנדרש במפגיע. במילים אחרות, על ההגבלה להיות מידתית לאינטרס שמצדיק אותה **ומותאמת במהודק להגשמת תכלית לגיטימית זו, אגב פגיעה קטנה ככל האפשר ביישום האפקטיבי של הזכות לחופש ביטוי** [ההדגשות שלי].⁹³

93 'Owing to the circumstance of the instant case, the Court considers it necessary to examine in detail whether, in order to impose subsequent liability on Mr. Canese for his statements, the requirement of necessity in a democratic society is met. The Court has indicated that the "necessity" and, hence, the legality of restrictions imposed on freedom of expression under Article 13(2) of the American Convention, depend upon showing that the restrictions are required by a compelling public interest. If there are various options to achieve this objective, the one which least restricts the protected right should be selected. Given this standard, it is not enough, for example, to demonstrate that a law performs a useful or desirable purpose; to be compatible with the Convention, the restrictions must be justified by reference to collective purposes which, owing to their importance, clearly outweigh the social need for the full enjoyment of the right that Article 13 guarantees and do not limit

במילים אחרות, לשיטתנו של בית הדין חייב עקרון המידתיות בחירה בחלופה הפוגענית פחות מתוך דרכי הפעולה החלופיות שעמדו לרשות המדינה לצורך ההגנה על שמם הטוב של אישים פוליטיים. יתר על כן, על המדינה היה להראות, בנסיבות העניין, כי היחס בין התועלת הנלווית לאמצעי המגביל לבין הנזק לאינטרס הציבורי הכרוך בו הצדיק **במובהק** את ההתייחסות בכלים פוליטיים להשמצות בין יריבים פוליטיים.

אביא להלן עוד כמה דוגמאות לדרך היישום של עקרון המידתיות בפסיקתו של בית הדין האמריקני, המקבילות – בקווים כלליים – לפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בסוגיות דומות. בחוות הדעת בנושא **ערביות שיפוטיות בשעת חירום** קבע בית הדין כי אמצעי חירום כפופים לעקרון המידתיות;⁹⁴ בפרשת **המוסד לחינוך מחדש של צעירים** קבע בית הדין כי האיסור על מעצר שרירותי ייבחן, בין היתר, לאור עקרונות של נחיצות ומידתיות;⁹⁵ ובחוות דעתו בנושא **מעמדם של מהגרים נטולי מסמכים** יישם בית הדין את עקרון המידתיות ביחס לעקרון השוויון וקבע כי הבחנה בין שונים שתוצאתה אינה מידתית לא תהיה מוצדקת:

מדינות אינן רשאיות להפלות או להשלים עם מצבים מפלים הפוגעים במהגרים. עם זאת המדינה רשאית להבחין בין היחס הניתן למהגרים חוקיים לבין היחס הניתן למהגרים לא חוקיים, או בין מהגרים לבין אזרחים, ובלבד שהיחס השונה סביר, אובייקטיבי, **מידתי** ואינו פוגע בזכויות אדם [ההדגשה שלי].⁹⁶

the right established in this Article more than is strictly necessary. In other words, the restriction must be proportionate to the interest that justifies it and closely tailored to accomplishing this legitimate objective, interfering as little as possible with the effective exercise of the right to freedom of expression.’ *Reyes* גם *Canese v. Paraguay*, Judgment of 31 August 2004, at para. 96
v. *Chile*, Judgment of 19 September 2006, at para. 91

94 Judicial Guarantees in States of Emergency (Arts. 27(2), 25 and (8) American Convention on Human Rights) Advisory Opinion OC-9/87 of October 6, 1987, at para. 21

95 ‘Juvenile Reeducation Institute’ (Paraguay), Judgment of September 2, 2004, at para. 228. *López-Álvarez v. Honduras*, Judgment of February 1, 2006, at para. 68

96 ‘States may not discriminate or tolerate discriminatory situations that prejudice migrants. However, the State may grant a distinct treatment to

כמו פסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם גם פסיקתו של בית הדין הבין-אמריקני בנושא עקרון המידתיות אינה מתאפיינת במתודולוגיה ברורה. מקצת פסקי הדין מתייחסים למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ו/או למבחן המידתיות במובן הצר,⁹⁷ בעוד אחרים מתייחסים לעקרון המידתיות במובן כללי יותר. יתר על כן, רק מחלק קטן של הפסיקה הבין-אמריקנית אפשר לחלץ מבחני עזר המקבילים למבחנים המיושמים בפסיקה האירופית. כך למשל, בפרשת *López-Álvarez*, שבה נבחנה שלילת חירות ממושכת של חשוד בפלילים (מעצר של שש שנים עד לתום ההליכים הפליליים נגדו), קבע בית הדין כי מתחייב יחס של מידתיות בין חומרת האמצעי שננקט נגד הפרט לבין הראיות נגדו.⁹⁸ בפרשה אחרת – *Hilaire* – קבע אחד משופטי בית הדין כי הפעלת אמצעי ענישתי קיצוני (עונש מוות כעונש חובה בעברות רצח) בלא בחינה אינדיווידואלית של נסיבות העברה והעברין היא בלתי מידתית.⁹⁹ נדמה כי שתי ההחלטות מאמצות עמדה שלפיה עקרון המידתיות כולל רכיב דיוני של שקילת הנסיבות והראיות העומדות בבסיס כל החלטה ספציפית (בדומה למבחן העזר השלישי שזיהה סטרמר).

בפרשת *Tibi* קבע בית הדין הבין-אמריקני כי מעצר ממושך ללא הרשעה של חשוד בפלילים ייחשב בלתי מידתי אם משך המעצר משתווה למשך המאסר הצפוי לאדם שהורשע בעברה פלילית חמורה.¹⁰⁰ מבחן עזר זה מזכיר

documented migrants with respect to undocumented migrants, or between migrants and nationals, provided that this differential treatment is reasonable, objective, proportionate and does not harm human rights.' Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants Advisory Opinion Proposed Amendments גם ראו OC-18 of 17 September 2003, at para.119 of the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica, Advisory Opinion OC-4/84 of 19 January 1984, at para. 57; *Juridical Condition and Human Rights of the Child*, Advisory Opinion OC-17/02 of 28 August 2002, at para. 47

ראו גם *Vargas-Areco v. Paraguay*, Judgment of 26 September 2006, at para. 108. התייחסות נרפית מצד המדינה לחקירת המקרה של הריגת חייל עריק בעת בריחתו מכלא צבאי וענישה קלה של האחראים לכך מעידה על אי-מתן משקל מתאים לזכויותיו של החייל ההרוג.

López-Álvarez, לעיל הערה 95, בפסקה 68. 98

Hilaire, Constantine and Benjamin. v. Trinidad and Tobago, Judgment of June 21, 2002, Concurring Separate Opinion of Judge García-Ramírez, at para. 13 99

Tibi v. Ecuador, Judgment of September 7, 2004, at para. 180 100
ראו גם *López-Álvarez*, לעיל הערה 95, בפסקה 69.

את מבחן 'איון הזכות' הקיים בפסיקת בית הדין האירופי (מבחן העזר החמישי שזיהה סטרמר).

3. סיכום ביניים

נדמה כי ריבוי הגופים וההחלטות שמשתמשים בעקרון המידתיות במסגרת יישומם של סעיפי הגבלה מפורשים או משתמעים באמנות זכויות האדם מאפשר לקבוע כי עקרון המידתיות הפך לעיקרון כללי של דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי אף על פי שהוא אינו מוזכר כלל באמנות זכויות האדם העיקריות. השימוש הנרחב בעקרון המידתיות בפרקטיקה מלמד שיש קשר הכרחי בין תכליתן של אמנות זכויות האדם ככלי לקידום זכויות אדם בסיסיות לבין הצורך לוודא שהגבלת זכויות אדם תהא תמיד מידתית, קרי תאזן כראוי בין כל האינטרסים והזכויות של הנוגעים בדבר. אם כך, יש לקרוא את עקרון המידתיות לתוך כל מסגרת המגבילה זכויות אדם כעקרון-על התוחם את גבולות המגבלה.

עמדה ברוח זו אימצו גופי זכויות אדם, ובהם הוועדה לזכויות אדם¹⁰¹ והוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.¹⁰² זוהי גם עמדתה של הנשיאה היוצאת של בית הדין הבין-לאומי בהאג – השופטת רוזלין היגנס – הסבורה שמדובר בעקרון-על החל על כל הגבלה של זכויות אדם, בין שהדבר קבוע מפורשות באמנה הרלוונטית ובין שאינו קבוע מפורשות:

החובות המהותיות הנובעות מדיני זכויות אדם **אינן** ממצות את דרישת המידתיות. דרישה זו קיימת מחוץ ומעל לסעיפים הספציפיים [ההדגשה שלי].¹⁰³

101 HRC General Comment No. 31, **לעיל** הערה 43, בפסקה 6.
102 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 7, Forced evictions, and the right to adequate housing (16th Session, 1997), U.N. Doc. E/1998/22, Annex IV at 113 (1997), at para. 15: 'In cases where eviction is considered to be justified, it should be carried out in strict compliance with the relevant provisions of international human rights law and in accordance with *general principles of reasonableness and proportionality*' [במקרים שבהם פינני ייחשב צעד חוקי, עליו להיעשות מתוך כבוד מדוקדק של ההוראות הרלוונטיות של דיני זכויות האדם ובהתאם **לעקרונות כלליים של סבירות ומידתיות**; ההדגשה שלי].

'The substantive obligations of human rights law do *not* subsume 103

יתר על כן, מן האמור לעיל עולה כי שוררת הסכמה רחבה למדי באשר להכללתם של שלושת המבחנים ה'קלסיים' במסגרת עקרון המידתיות בדיני זכויות האדם: מבחן הקשר הרציונלי/מבחן ההתאמה,¹⁰⁴ היעדרה של חלופה פוגענית פחות ומידתיות במובן הצר. נוסף על כך אפשר לחלץ מהפרקטיקה של גופי זכויות האדם החשובים מבחני עזר המסייעים להפעלת המבחנים הראשיים, כגון הצורך בהליך שיבטיח שקילת זכויות ואינטרסים רלוונטיים, אימוץ ערובות נגד ניצול לרעה של ההגבלה והימנעות מאיון גמור של הזכות המוגבלת.

בה בעת חשוב לומר שאי-אפשר להתנות באמצעות עקרון המידתיות רכיבים מוחלטים הקבועים באמנות זכויות האדם, כגון האיסור על עינויים או איסורים שאין לסטות מהם בזמן שלום (דהיינו, איסורים שמותר לחרוג מהם רק בעתות חירום), למשל זכויות מסוימות הקשורות להליך המשפטי.¹⁰⁵

proportionality: it is said to exist over and above the provisions specified'
Higgins, לעיל הערה 72, בעמ' 224.

104 לדוגמה של יישום מבחן הקשר הרציונלי ביחס לפעולה העשויה להוביל להפרת זכויות אדם ראו Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism, Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006 Entitled 'Human Rights Council', U.N. Doc. A/HRC/4/26 (2007), at para. 47-55. הדוח דן במידתיותה של מדיניות נגד טרור המסתמכת על פרופילים אתניים וגזעיים.

105 ראו למשל Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture, Germany, U.N. Doc. A/53/44, (1998), at para. 189: 'The Committee is concerned at the existence of certain open-ended legal provisions permitting, under certain circumstances, the discretionary but significant reduction of the legal guarantees of those detained by the police, such as provisions permitting the police in certain cases to refuse permission to someone detained at a police station to notify a relative of his arrest. Likewise, references to "the principle of proportionality", unless with respect to specific and binding decisions of the German courts, may lead to arbitrary reductions in such guarantees' [הוועדה מוטרדת מקיומן של הוראות משפטיות המנוסחות ניסוח גורף ואשר מאפשרות, בנסיבות מסוימות, להפחית הפחתה של ממש, כעניין של שיקול דעת, את ההגנות המשפטיות הניתנות לפרטים שנעצרו בידי המשטרה. למשל, הוראות המתירות למשטרה למנוע במקרים מסוימים מעציר בתחנת המשטרה להודיע לקרוב משפחה על דבר המעצר. באופן דומה ההפניה ל"עקרון המידתיות" עולה להוביל לפגיעה שרירותית בערובות אלו אם היא לא תתפרש על פי החלטות ספציפיות ומחייבות של בתי המשפט בגרמניה'.]

עקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי ההומניטרי

1. סקירה כללית

הגם שהמשפט הבין-לאומי ההומניטרי התפתח קודם לדיני זכויות האדם הבין-לאומיים, אפשר לראות במערכת הדינים הראשונה משום יישום ספציפי של מערכת הדינים השנייה בשעת מלחמה או בשעת סכסוך חמוש אחר. ואכן, התפתחותו של עקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי ההומניטרי משיקה במידה רבה להתפתחות דיני זכויות האדם במשפט הבין-לאומי ולהכרה הגוברת בתחולה המקבילה של שני ענפי המשפט האמורים.¹⁰⁶ מכאן שאפשר לראות בביטוי המרכזי של עקרון המידתיות במשפט ההומניטרי – האיסור על נזק נלווה (קולטרלי) מופרז – יישום ספציפי של עקרון המידתיות במצבי לחימה פעילה, שהתפתח בדיני זכויות האדם. עם זאת למקומו של עקרון המידתיות בשדה הפעולה המשפטי של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי חשיבות מעשית רבה, שכן ענף משפטי זה מגדיר את הזכויות ואת האינטרסים שיש להביא בחשבון בעת בחינת המידתיות של פעולה צבאית מסוימת.

בצד האיסור על נזק נלווה מופרז, שהוא עיקרון משפטי חדש יחסית, הציב המשפט הבין-לאומי ההומניטרי הקלסי הגבלות מסוימות על הפעלת כוח צבאי ועל בחירת אמצעי לחימה. את ההגבלות האלה אפשר להבין כביטויים מוקדמים של עקרון המידתיות: הכללים האוסרים על שימוש בכלי נשק או בשיטות לחימה המיועדים לגרום פגיעה העולה בחומרתה על הנדרש או סבל מיותר מתיישבים עם המבחן השני של המידתיות (קיומו של אמצעי פוגעני פחות); והדוקטרינה המסדירה את חוקיותן של פעולות תגמול בעת מלחמה (belligerent reprisals) קשרה את חוקיותן של פעולות התגמול לשאלת היחס בין הפרובוקציה לבין התגובה לפרובוקציה.

106 לדיון מקיף בנושא ראו C. Droege, 'International Humanitarian Law and Human Rights Law: A Legal Framework for Complementarity', 40(2) *Is. L. Rev.* (2007) 310. התקדים המנחה בסוגיה הוא חוות דעתו של בית הדין בהאג בפרשת **חוקיות הנשק הגרעיני: Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons**, 1996 I.C.J. 226, 240

לבסוף, פסיקתו של בית המשפט העליון הישראלי (שתיבחן להלן) מעידה על נכונות הולכת וגוברת ליישם את עקרון המידתיות במצבי כיבוש צבאי (belligerent occupation) יישום קרוב מאוד לדרך יישומו של העיקרון בדיני זכויות האדם הבין-לאומיים.

פרק זה יעסוק אפוא בארבעת המופעים העיקריים של עקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי ההומניטרי המודרני: האיסור על נזק נלווה מופרז; האיסור על שימוש באמצעי לחימה הגורמים לפציעה או לסבל מיותרים; הגבלת היקפן של פעולות תגמול; וההגבלות המושגות על סמכויותיו של כוח כובש. בחינת מופעים אלו תיעשה הן באמצעות סקירה של הוראות האמנות והספרות המשפטית הרלוונטיות הן באמצעות בחינת הפסיקה הבין-לאומית, אשר יישמה הוראות אלה בעיקר במסגרת הליכים שהתבססו על משפט בין-לאומי פלילי. יש לציין, עם זאת, כי בחינת יישומו של עקרון המידתיות בפסיקה הפלילית מחייבת 'הערת אזהרה' מתודולוגית: קיומה של הדרישה ליסוד נפשי כבסיס להרשעה בפלילים עלול להוביל ליישום דווקא יותר של עקרון המידתיות במישור האחריות הפלילית מהיישום שבמישור אחריות המדינה, שהוא מישור האחריות המשפטית שהמשפט הבין-לאומי ההומניטרי מכוון אליו בדרך כלל.

2. האיסור על נזק נלווה מופרז

2.1. עיגון האיסור באמנות בין-לאומיות

ההגנה על אזרחים מפני פגעי המלחמה היא אחת ממטרותיו המסורתיות של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי. הכרזת סנט פטרבורג משנת 1868 ציינה כי מטרתה הלגיטימית היחידה של המלחמה היא החלשת כוחו ה**צבאי** של היריב;¹⁰⁷ סעיף 25 לתקנות האג 1907 אסר על תקיפת יישובים לא מוגנים;¹⁰⁸ והמשפט הבין-לאומי המנהגי פיתח, בסופו של דבר, איסור מפורש על תקיפה

Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Certain Explosive Projectiles, 11 December 1868, preamble, 138 Consol. T.S. 297 (להלן: St. Petersburg Decl.) 107

Hague Regulations on the Laws and Customs of War on Land, 18 October 1907, 205 Consol. T.S. 277 108

מכוונת של אזרחים¹⁰⁹ ועל התקפות לא מובחנות (indiscriminate attacks),
 דהיינו פעולות התקפיות שאינן מנסות כלל להבחין בין יעדים אזרחיים
 לבין יעדים צבאיים או להגביל את השפעות ההתקפה ליעדים הצבאיים.¹¹⁰
 למעשה אפשר להבחין איסורים מנהגיים אלה, שמצאו ביטוי בסעיפים 48
 ו-51(4) לפרוטוקול הראשון לאמנות ז'נווה שנחתם בשנת 1977¹¹¹ כיישום
 ספציפי של שני מבחני המידתיות הראשונים שנזכרו בפרק המבוא: אימוץ
 העמדה שלפיה אין קשר רציונלי בין פגיעה באזרחים לבין החלשת כוחו
 הצבאי של היריב (מטרה המהווה, כאמור, את התכלית הלגיטימית היחידה
 של פעולות מלחמה) וקבלת ההנחה שיש אמצעים פוגעניים פחות המסוגלים
 להבחין בין יעדים אזרחיים ליעדים צבאיים ואשר ימזערו את נזקי המלחמה.
 ביטוי מפורש לדרישה לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה נמצא בסעיף
 (3)57 לפרוטוקול הראשון:

כאשר אפשר לבחור בין כמה יעדים צבאיים לצורך השגת יתרון
 צבאי דומה, יש לבחור ביעד שצפוי שהפגיעה בו תגרום לסיכון
 הקטן ביותר לחיי אזרחים וליעדים אזרחיים.

When a choice is possible between several military objectives
 for obtaining a similar military advantage, the objective to be
 selected shall be that the attack on which may be expected to
 cause the least danger to civilian lives and to civilian objects.

ובכל זאת החידוש העיקרי של הפרוטוקול הראשון משנת 1977 בעניין
 עקרון המידתיות הוא עיגון ראשון בדין הכתוב של מבחן המידתיות השלישי

- J. M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *I Customary International* 109
Humanitarian Law: Rules (2005) 3
 110 ראו Henckaerts and ;Legality of Nuclear Weapons, 1996 I.C.J. 226, 257
 Doswald-Beck, **לעיל** הערה 109, כרך 1, בעמ' 37.
 111 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and
 Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts
 (Protocol I), 8 June 1977, 1125 *U.N.T.S.* 3
 חל בסכסוכים שאינם בין-לאומיים, והוא כולל אך ורק איסור על פגיעה מכוונת
 באוכלוסייה אזרחית. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12
 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International
 Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, 1125 *U.N.T.S.* 609

(מידתיות במובנה הצר), כלומר האיסור על נזק נלווה מופרז הקבוע בסעיף 51(5)(ב):

בין היתר, סוגי התקפות אלו ייחשבו בלתי מובחנים: [...]
(ב) התקפה שעלולה לגרום נזק נלווה לחיי אזרחים, פגיעת אזרחים, פגיעה ביעדים אזרחיים או שילוב של הפגיעות הללו, שיהיו מופרזות ביחס ליתרון הצבאי המוחשי והישיר הצפוי.

Among others, the following types of attacks are to be considered as indiscriminate: [...]

(b) 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.

לשון אחר: לפי הפרוטוקול הראשון, תקיפה הגורמת נזק מופרז לאינטרסים הומניטריים היא תקיפה לא מובחנת אסורה גם כאשר היא משרתת תכלית לגיטימית (כלומר, פגיעה ביעד צבאי).¹¹² הוראות דומות נמצאות בסעיפים 57(2)(א)(iii) ו-57(2)(ב) לפרוטוקול הראשון שעניינם חובות הזהירות המוטלות על המתכננים והמחליטים על היציאה למתקפה. לפי הסעיפים האמורים, על המתכננים והמחליטים להימנע מהחלטה על מתקפה שתוצאותיה צפויות להוביל לפגיעה מופרזת באזרחים או ביעדים אזרחיים ולבטל או להשהות התקפה שהוחלט עליה אם התברר שהיא צפויה לגרום נזקים מופרזים כאמור.

סעיף 51(5)(ב) (וגם סעיפים 57(2)(א)(iii) ו-57(2)(ב)) מאזן אפוא בין שתי קבוצות של אינטרסים: מצד אחד האינטרס של הצד התוקף בהשגת יתרון

112 ג'ודית גרדם מעלה את השאלה המעניינת בדבר היחס שבין דרישת המידתיות לבין האיסור על תקיפה לא מובחנת. לשיטתה אפשר לטעון כי מדובר בשני עקרונות נפרדים, משמע גם תקיפה מידתית עשויה להיפסל אם היא אינה מובחנת. J. Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States* 94-95 (2004). לעומתה יורם דינשטיין סבור כי פעולה מידתית היא בהכרח גם פעולה מובחנת. Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict* (2004) 121 עוד שאלה פרשנית שגרדם עוסקת בה היא מה נחשב 'התקפה'. Gardam, שם, בעמ' 99-100.

צבאי, ומן הצד האחר הצורך בהגנה על חייהם, גופם ורכושם של אזרחים שאינם מעורבים בלחימה. (סעיף 28(ב)(iv) לחוקת רומא כולל הוראה מקבילה באשר לצורך לאזן בין האינטרס בהשגת יתרון צבאי לבין ההגנה על הסביבה מפני נזק נרחב, ארוך טווח וחמור.) חשוב להדגיש כי האיסור על נזק נלווה מופרז **אינו מגן כלל על חייהם של לוחמי אויב**. נהפוך הוא: הפגיעה בהם נחשבת ככזאת המעניקה יתרון צבאי ואף עשויה להצדיק סיכון אזרחים שאינם מעורבים. בכך שונה יישום עקרון המידתיות באמצעות האיסור על נזק נלווה מופרז בעת מלחמה מן היישום הרגיל של עקרון המידתיות בדיני זכויות האדם, המגביל את אפשרות הפגיעה בכל אדם שהוא. עם זאת, כפי שנראה להלן, הדינים העוסקים בפיקוח על כלי נשק מגבילים במידת מה גם את אפשרות הפגיעה בלוחמי אויב בזמן סכסוך חמוש.

2.2. נוקשות העיקרון

המונח שהפרוטוקול הראשון משתמש בו לצורך קביעת נוסחת האיזון בין האינטרסים הצבאיים לאינטרסים ההומניטריים הוא המונח 'מופרז' (excessive). השימוש בו – ולא בביטוי 'בלתי מידתי' (disproportional); – נבע מחשש מפורש שביטאו מנסחי הפרוטוקול מפני אימוץ סטנדרט מחמיר מדי שיקשה על ניהול מערכות צבאיות.¹¹³ נראה אפוא כי הסעיף התכוון לאסור פגיעה נלווית באזרחים רק במקרים שנעשתה בהם הפרה ברורה של עקרון המידתיות.¹¹⁴ תימוכין מסוימים לעמדה זו אפשר לחלץ מדוח התובעת הכללית של בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה משנת 2000 בנושא **הפצצות נאטו ביוגוסלביה** שקבע כי לגבי חלק מהמקרים הנבחנים לא הוכח שהפעולה הייתה בלתי מידתית במפגיע ('clearly disproportionate').¹¹⁵ גם חוקת רומא, המטילה אחריות פלילית

F. Kalshoven, 'Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: The Diplomatic Conference', Geneva, 1974-1977, Part II, 9 N.Y.I.L. (1978) 107, 116

Dinstein, **לעיל** הערה 112, בעמ' 120.

ראו Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia: (NATO Report (להלן: www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm, at para. 77 (2009)). (כל אתרי האינטרנט המופיעים בספר זה אוזרו לאחרונה בינואר 2009).

בגין הפרת עקרון המידתיות, דורשת סטייה משמעותית מהעיקרון – פגיעה מופרזת במפגיע ('clearly excessive').¹¹⁶ אמנם אסמכתאות אלו מטפלות בעקרון המידתיות מן ההיבט הפלילי, אך ספק אם קיים בדין הנוהג כלל משפטי ברור המבחין בין מידת הסטייה הנדרשת מעקרון המידתיות כאשר הוא מוחל במשפט הבין-לאומי ההומניטרי ה'רגיל' (המטיל אחריות על המדינה) לבין מידת הסטייה הנדרשת מן העיקרון במשפט הבין-לאומי הפלילי (המטיל אחריות על פרטים) – אף שאין מניעה עקרונית ליצור הבחנה שכזו. מסקנה זו מתחזקת לנוכח העובדה שהפרוטוקול הראשון משתמש באותו ביטוי ממש – 'מופרז' – בהוראותיו המטילות חובה על המדינות החברות לכבד את עקרון המידתיות (סעיפים 51(5)(ב) ו-57(2)(א)(iii)–(ב)) ובהוראותיו המטילות אחריות פלילית על פרטים בגין הפרת חובות אלו (סעיף 85(3)(ב)–(ג)).

עם זאת יש לציין כי בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה אימץ בפרשת *Galić* עמדה שונה מזו המוצעת כאן וקבע כי השיקול המרכזי בבחינת מידתיותה של הפעולה הוא התיישבותה עם הצורך בהגנה על אינטרסים אזרחיים. אשר על כן, במקרים גבוליים שיש בהם ספק אם פעולה מסוימת היא מידתית אם לא, יש להימנע מנקיטת הפעולה.¹¹⁷ במילים אחרות, לשיטתו של בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה, אין צורך להוכיח שהפעולה בלתי מידתית בעליל.

2.3. הקושי בכימות והערכת האינטרסים שיש לאזנם

ברור שלפי כל נוסחאות האיזון האפשריות יש קושי מתודולוגי ממש להשוות את משקלם של האינטרסים הצבאיים התומכים בפעולה הצבאית למשקלם של האינטרסים ההומניטריים המתנגדים לה.¹¹⁸ איזון שכזה מעלה

ICC Statute, Art. 8(2)(b)(iv) 116

Prosecutor v. Galić, Trial Chamber Judgment of 5 December 2003, at para. 117

58. פסק הדין מסתמך לעניין זה על הפרשנות הרשמית של הצלב האדום להוראות

הפרוטוקול הראשון. Y. Sandoz et al. (eds.), *Commentary on the Additional*

Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949

(1987) 626

118. H. E. Shamash, 'How Much is Too Much? An Examination of the ראו

Principle of *Jus in Bello* Proportionality', 2 *IDF L. Rev.* (2005) 103

לא רק שאלות מוסריות קשות (למשל, כמה אזרחים מותר להרוג או לפצוע כדי לפגוע במטרה צבאית מסוימת?) אלא, כפי שנראה מיד, גם קשיי הערכה הנובעים מאופיין הספקולטיבי של תוצאות הפעולה ומהאי-בהירות באשר לתרומתה של הפעולה למאמץ הצבאי הקונקרטי ו/או הכללי.

ראשית, הפרשנים המשפטיים חלוקים ביניהם באשר לאופן הערכת האינטרס הצבאי: סעיפים 51(5)(ב) ו-57(2)(א)(iii)-(ב) לפרוטוקול הראשון מתירים פגיעה במטרות אזרחיות רק לצורך השגת יתרון צבאי **מוחשי וישיר** – מונח שהתפרש על ידי הצלב האדום כמצדיק אך ורק פעולות צבאיות המעניקות לצד התוקף יתרון משמעותי וקרוב בזמן.¹¹⁹ ואולם זו אינה הגישה היחידה הקיימת. ג'ודית גרדם (Gardam), למשל, מכירה באפשרות שהיתרון שיושג מהתקפה אחת ייבחן גם לפי תוצאותיהן הצפויות של התקפות אחרות, בכללן התקפות עתידיות.¹²⁰ ואכן, מדינות אחדות צירפו בעת הצטרפותן לפרוטוקול הראשון הצהרות התומכות בגישה המרחיבה את אופן הערכת האינטרס הצבאי שלאורו תיבחן מידתיותה של הפעולה. בריטניה למשל הודיעה בזו הלשון:

לדעת הממלכה המאוחדת, היתרון הצבאי הצפוי מהתקפה נועד להיבחן ביחס ליתרון הצפוי מבחינת ההתקפה כולה, ולא רק מבחינת חלקים מבודדים או מסוימים שלה.¹²¹

119 ראו Sandoz, לעיל הערה 117, בעמ' 684.

120 Gardam, לעיל הערה 112, בעמ' 103-104.

121 'In the view of the United Kingdom, the military advantage anticipated from

an attack is intended to refer to the advantage anticipated from the attack considered as a whole and not only from isolated or particular parts of the Declarations and Reservations by the UK to the First Additional 'attack' Protocol, 28.1.1998: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDocument

ראו גם Declarations and Reservations by France to the First Additional Protocol, 11.4.2001: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/D8041036B40EBC44C1256A34004897B2?OpenDocument: 'Le Gouvernement de la République Française considère que l'expression "avantage militaire" évoquée aux paragraphes 5 (b) de l'article 51, 2 de l'article 52 et 2 (a) (iii) de l'article 57 désigne l'avantage attendu de l'ensemble de l'attaque et non de parties isolées "ou particulières de l'attaque" [ממשלת צרפת סבורה כי הביטוי "יתרון צבאי" הוזכר בסעיפים 51(5)(ב), 52(2) ו-57(2)(א)(iii) מתכוון ליתרון הנלווה למכלול ההתקפה, ולא לחלקים מבודדים או מסוימים של ההתקפה.]

יתר על כן, סעיף (2)(ב)(iv) לחוקת רומא משווה בין הנזק שהתקיפה גורמת לאינטרסים הומניטריים או סביבתיים לבין היתרון הצבאי הכולל, המוחשי והישיר הצפוי להיות מושג (concrete and direct overall military advantage anticipated). ולא זו אף זו: גם מסמך 'יסודות העברה' שניסחו המדינות החברות בחוקת רומא מכיר באפשרות שחישוב התועלת הצבאית יתבסס על יתרון מרוחק יחסית מבחינת הזמן או הגאוגרפיה.¹²² משמע, ניכרת תמיכה של ממש ברעיון שאפשר לבדוק את תועלתה הצבאית של הפעולה לאור מכלול מטרותיה,¹²³ דבר המעניק למדינות מרחב תמרון לא מבוטל ביישום עקרון המידתיות.

ושוב, פסיקתו של בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה מאמצת גישה מעט שונה, והיא מייחסת משקל גדול יותר להגנה על אינטרסים אזרחיים (בהתבסס על עקרונות הומניים כלליים). בפסק הדין בעניין *Kupreskić* הציע בית הדין לבחון באופן כולל לא רק את התועלת הצבאית של התקיפה, אלא גם את הנזק המצטבר הנלווה לאוכלוסייה האזרחית.¹²⁴ כך למשל, סדרת תקיפות של יעד צבאי יכולה לקיים את עקרון המידתיות כאשר מכלול הנזקים של כל תקיפה נבחן בנפרד; אך בחינה של סך הנפגעים האזרחיים מסדרת התקיפות בכללותה יכולה להוביל למסקנה הפוכה. במילים אחרות, במקרים גבוליים הצד התוקף אינו יכול להמשיך 'ליהנות מהספק' כאשר פעולות התקיפה מובילות לפגיעה חמורה, חוזרת ונשנית, באוכלוסייה אזרחית.¹²⁵

International Criminal Court, Elements of Crimes, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000), at note 36 122

ראו גם Dinstein, לעיל הערה 112, בעמ' 123. 123

Kupreskić, Judgment of Trial Chamber, 14 January 2000, at para. 524-526 124

גישת הטריבונל בפרשת *Kupreskić* זכתה לביקורת מסוימת בדוח העוסק בהפצצות נאטו ביוגוסלביה. לדעת מחברי הדוח, *Kupreskić* 'This formulation in *Kupreskić* can be regarded as a progressive statement of the applicable law with regard to the obligation to protect civilians. Its practical import, however, is somewhat ambiguous and its application far from clear. It is the committee's view that where individual (and legitimate) attacks on military objectives are concerned, the mere *cumulation* of such instances, all of which are deemed to have been lawful, cannot *ipso facto* be said to amount to a crime. The committee understands the above formulation, instead, to refer to an overall assessment of the totality of civilian victims as against the goals of the military campaign' משום הצהרה 125

גורם אחר המקשה על יישום עקרון המידתיות נוגע לקשר שבין החובה למנוע נזק מופרז לבין שאיפתם של מפקדי הצבא להפחית ככל האפשר את הסיכון הנשקף לחייליהם שלהם.¹²⁶ אמנם שיקול זה אינו נזכר כלל במסגרת הוראות הפרוטוקול הראשון, אך אפשר לפרש את התכלית הלגיטימית של הפעילות הצבאית – השגת יתרון צבאי מוחשי וישיר – כתכלית הכוללת שיקולים מסוג זה. ואכן, הפרקטיקה תומכת בבירור בשקילת שיקולים של הגנה על הכוחות התוקפים באמצעות צבא, גם אם המשמעות היא פגיעה מסוימת באינטרסים הומניטריים.¹²⁷ ההתקפות האוויריות של ארצות הברית על עירק ב-1991 ועל יוגוסלביה ב-1999, לדוגמה, נוהלו מתוך שאיפה לצמצם ככל האפשר את האבדות בצד התוקף, גם במחיר פגיעה גדולה יותר באזרחי הצד המותקף. הן כונו 'מערכות עם אפס אבדות' ('zero casualty' campaigns).¹²⁸ בג"ץ אימץ למעשה עמדה

חדשנית בדבר הדין החל בעת החובה להגן על אזרחים. עם זאת משמעותו המעשית מעורפלת למדי, ודרך יישומו רחוקה מלהיות ברורה. לדעת הוועדה, כאשר מדובר בהתקפות יחידות (וחוקיות) נגד יעדים צבאיים, אי־אפשר, בהגדרה, בהתבסס על תוצאת **חיבורן** של כל ההתקפות, שכל אחת מהן נחשבת חוקית, להגיע למסקנה שבוצע פשע. במקום זה הוועדה מבינה את הניסוח האמור כמתייחס להערכה **כללית** של מכלול הקרבנות האזרחיים לעומת מטרות המבצע הצבאי. NATO Report, **לעיל** הערה 115, בפסקה 52 [ההדגשות שלי].

126 לדיון כללי בנושא ראו Gardam, **לעיל** הערה 112, בעמ' 115-117; D. Stephens, 'Human Rights and Armed Conflict: The Advisory Opinion of the International Court of Justice in the Nuclear Weapons Case', 4 *Yale Hum. Rts. & Dev. L.J.* (2001) 1, 21

127 ראו למשל Henckaerts and Doswald-Beck, **לעיל** הערה 109, כרך 1, בעמ' 50. אוסטרליה, קנדה וניו זילנד הצהירו שהמונח 'יתרון צבאי' כולל את ההגנה על ביטחוננו של הכוח התוקף.

128 נטען למשל שהחלטת ארצות הברית להפציץ את יוגוסלביה מגובה רב – טקטיקה שנועדה לאפשר למטוסים לחמוק מאש נ"מ – הקשתה לקיים את חובת ההבחנה והביאה לידי פגיעה מופרזת באוכלוסייה האזרחית. ראו NATO Report, **לעיל** הערה 115, בפסקה 2. עם זאת הוועדה לא סברה באותו מקרה כי ההפצצות מגובה רב הפרו את דיני המלחמה. ראו **שם**, בפסקה 56. מעניין להשוות את הפרקטיקה האמריקנית עם עמדת צה"ל, שלפיה התבססו פעולותיו במחנה הפליטים בג'נין, במהלך מבצע 'חומת מגן', על שימוש בכוחות רגלים ולא על הפצצות מן האוויר או על הפצצות ארטילריה בשל הרצון להפחית את הפגיעה באוכלוסייה האזרחית (וחרף הגברת הסיכון לחיילי צה"ל עקב כך). ראו בג"צ 316/03 **בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נח(1) 249, 256.

זו בפרשת הסיכולים.¹²⁹ נראה אפוא כי הדין הקיים תומך בעמדה שעל המפקד הצבאי לאזן בין השאיפה להפחית את הסיכון שנשקף לכוחותיו שלו לבין הצורך להפחית את הסיכוי לפגיעה באזרחים. (פירוש זה מתחייב, כך נדמה, מהאיזון בין אינטרסים צבאיים לבין אינטרסים הומניטריים שבבסיס עקרון המידתיות). הבעיה היא שהכללתו של האיזון במסגרת מבחן המידתיות מוסיפה רובד של עמימות נורמטיבית, שכן קשה מאוד לקבוע מהו 'סיכון גדול מדי' לכוחות התוקפים שיצדיק החלטה של המפקד לנקוט אמצעי שמשמעותו יכולה להיות הגברת הסיכון הנשקף לאזרחים. ובמילים אחרות, איזו דרגת הגנה על חיילים תיחשב יתרון צבאי מוחשי וישיר שיצדיק אפשרות פגיעה של ממש באזרחים?¹³⁰

פולמוס דומה יכול להתעורר בעניין המשקל שיש לייחס להחלטת הצד המותקף למקם מטרות צבאיות בקרב אוכלוסייה אזרחית או להשתמש בה כבמגן אנושי. לשיטתו של יורם דינשטיין יש להביא את הדבר בחשבון בעת יישום עקרון המידתיות,¹³¹ אך נראה כי בפרשת הסיכולים אימץ בית המשפט העליון גישה מחמירה יותר באשר לצורך להגן על האוכלוסייה האזרחית שנקלעה שלא בטובתה למצב קשה זה.¹³² (בית המשפט הבחין לעניין זה בין מגנים אנושיים וולונטריים לבין מגנים אנושים לא וולונטריים וקבע שיש לראות בראשונים יעד צבאי לגיטימי – קביעה שאינה נקייה מספקות כשלעצמה). ייתכן שהבדלים אלו בהתייחסות לסוגיית 'האשם התורם' של הצד האחר לסכסוך (דהיינו, המידה שבה הצד האחר פעל בצורה בלתי ראויה בכך שמיקם מטרות צבאיות בקרב אוכלוסייה אזרחית או נמנע מלהבחין בין כוחותיו הצבאיים לבין אזרחיו) קשורים לשוני בין לחימה בין

129 בג"צ הסיכולים, לעיל הערה 11, בפסקה 40 לפסק דינו של ברק ('המעצר, החקירה והמשפט אינם אמצעים שניתן לנקוט בהם תמיד. לעתים אפשרות זו אינה קיימת כלל; לעתים היא כרוכה בסיכון כה גדול לחיי החיילים, עד שאין נדרש לנקוט בה') ובפסקה 5 לפסק דינו של ריבלין ('בכל עת שניתן יהיה לעצור טרוריסט הנוטל חלק ישיר במעשי איבה ולהעמידו לדין – כך תנהג המדינה. זוהי אפשרות שיש לשקול תמיד. אולם כפי שציין חברי הנשיא, לעתים עשויה האפשרות הזו להיות בלתי מעשית כלל או להעמיד את החיילים בסיכון גדול מדי').

130 לדין בנושא ראו E. Benvenisti, 'Human Dignity in Combat: The Duty to Spare Enemy Civilians', 39 *Isr. L. Rev.* (2006) 81, 93-97; W. M. Reisman, 'The Lessons of Qana', 22 *Yale J. Intl. L.* (1997) 381, 396-197; A. P. V. Rogers, 'Zero Casualty Warfare', 82 *Intl. Rev. Red Cross* (2000) 165, 177-178

131 Dinstein, לעיל הערה 112, בעמ' 131.

132 בג"צ הסיכולים, לעיל הערה 11, בפסקה 36.

מדינות הנושאות באחריות בין-לאומית למעשיהן ולמחדליהן לבין לחימה המערבת ארגון גרילה או ארגון טרור הנושאים להלכה, או למצער למעשה, באחריות משפטית מופחתת.

באשר לאינטרסים המונחים על הכף השנייה של המאזניים – האינטרסים ההומניטריים: עמדת הצלב האדום שלפיה פגיעה נרחבת באינטרסים ההומניטריים תהא לעולם בלתי מוצדקת¹³³ אינה מייצגת את הדעה המקובלת.¹³⁴ בית הדין בהאג, למשל, קבע בחוות הדעת שלו על אודות **החוקיות של נשק גרעיני** כי במקרים קיצוניים שבהם עצם קיומה של המדינה מונח על כפות המאזניים, אי-אפשר לקבוע שהשימוש בנשק גרעיני הוא בלתי חוקי.¹³⁵ קביעה זו תומכת בעמדה שכל פגיעה באזרחים כפופה למבחני האיזון שזכרו לעיל.

בעוד שיש קושי אינהרנטי לכמת את שוויים של חיי אדם או את שלמות גופם ולהשוותם לתועלות צבאיות כאלה או אחרות, מלאכת האיזון עשויה להיות מעט קלה יותר כאשר הפגיעה המתוכננת היא באובייקטים פיזיים, כגון תשתיות כבישים או חשמל (אף שיש גם בפגיעה כזו כדי להשפיע על איכות חיייה של האוכלוסייה האזרחית). לפי חוות דעתו של אחד הבוררים בוועדת התביעות הדנה בתביעות ההדדיות של אתיופיה ואריתראה בגין המלחמה שהתנהלה ביניהן בשנים 1998–2000, יש להביא בחשבון במקרים אלו את עלות ומשך תיקון הנזקים. באותה פרשה סבר הבורר שתקיפה של מפעל לייצור חשמל שהיה עדיין בשלבי בנייה ואשר גרמה לו נזק רב לא סיפקה יתרון צבאי משמעותי, והייתה על כן בלתי מידתית.¹³⁶

133 Sandoz, **לעיל** הערה 117, בעמ' 626: 'The Protocol does not provide any justification for attacks which cause extensive civilian losses and damages.

Incidental losses and damages should never be extensive' [הפרוטוקול אינו מאפשר להצדיק בדרך כלשהי התקפות שגרמו בהיקף נרחב אבדות של אזרחים ופגיעות באזרחים. נזק ופגיעה נלווים צריכים להיות לעולם בלתי נרחבים].

134 ראו דיון בנושא אצל גרדם ודינשטיין: Gardam, **לעיל** הערה 112, בעמ' 106–107; Dinstein, **לעיל** הערה 112, בעמ' 120–121.

135 *Legality of Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. 226, 263. ראו גם את דעת המיעוט של השופטת היגנס, התומכת בנקודה זו בדעת הרוב ודוחה את פרשנות הצלב האדום שלפיה היקף הפגיעה באזרחים כשלעצמו יכול להכריע בחוקיות התקיפה. **שם**, בעמ' 587–588.

136 *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claim (Eritrea v. Ethiopia)*, Partial Award of 19 December 2005 (Ethiopia-Eritrea

מכל מקום, ברובם המכריע של המקרים יש קושי מעשי רב ביישום עקרון המידתיות – בעיקר במובנו הצר – בגין אופיים העמום של הערכים המתחרים והיעדרן של אמות מידה ברורות שימנעו הערכה סובייקטיבית של משקלם היחסי של ערכים אלו.¹³⁷ ואכן, בית המשפט העליון התבטא בבג"צ **הסיכולים** בניסוח המצביע על העמימות האינהרנטית של עקרון המידתיות ועל הבעייתיות הנלווית ליישום העיקרון ב'מקרים קשים':

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 מדתית גם אם כתוצאה מכך ייפגע אזרח-תמים הגר לידו או העובר בתמימות ליד הבית. לא כן אם הבית יופצץ מהאוויר ועשרות דייריו ועוברי אורח ייפגעו [...] המקרים הקשים הם אלה המצויים במרחב שבין הדוגמאות הקיצוניות.¹³⁸

גם הוועדה לבחינת **הפצצות נאטו ביוגוסלביה** שמינתה התובעת הכללית בבית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה התבטאה בנושא עמימות המבחנים:

התשובות על שאלות אלו [בעניין המידתיות] אינן פשוטות. ייתכן שהכרחי להכריע בכל מקרה לגופו ושהתשובות עשויות להשתנות בהתאם לרקע ולערכים של מקבל ההחלטות. לא סביר שעורך דין המייצג קרבנות של הפרות זכויות ומפקד קרבי מנוסה ייחסו את אותו המשקל ליתרון צבאי ולפגיעה באזרחים. יתר על כן, לא סביר

Claims Commission), at para. 11 of the separate opinion of Van Houte: www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=652. הבורר ציין כי לא נעשה כל ניסיון לפגוע במפעלים פעילים לייצור חשמל – דבר המדגיש את היעדר התועלת הצבאית שבפעולה.

137 נראה כי דינשטיין צודק בקבעו שהפעלת אמות מידה סובייקטיבית היא בלתי נמנעת. Dinstein, **לעיל** הערה 112, בעמ' 122.

138 בג"צ **הסיכולים**, **לעיל** הערה 11, בפסקה 46. דינשטיין מציע בספרו עוד שתי דוגמאות: אין להשמיד כפר שלם לצורך נטרול צלף יחיד, אך מותר לעשות כן לצורך השמדת סוללת תותחים; אין להטביע אנייה אזרחית שעל סיפונה ציוד צבאי 'רגיל', אך מותר להשמידה אם מדובר במתקן גרעיני. Dinstein, **לעיל** הערה 112, בעמ' 123.

שמפקדים צבאיים בעלי רקע דוקטרינרי שונה ומידות שונות של ניסיון צבאי או היסטוריה צבאית לאומית יסכימו ביניהם תמיד במקרי גבול. נראה כי ההכרעה בין הערכים המתחרים צריכה להיעשות בידי 'מפקד צבאי סביר'. אף על פי שתיוותר מחלוקת במקרי גבול, יהיו מקרים רבים שבהם מפקדים צבאיים סבירים יסכימו ביניהם שפציעת אזרחים או פגיעה ביעדים אזרחיים הייתה בלתי מידתית בבירור ביחס ליתרון הצבאי שהושג.¹³⁹

מן האמור לעיל עולה כי יש ליישם את עקרון המידתיות מנקודת ראות אובייקטיבית ולא סובייקטיבית. משמע, האיזון בין האינטרסים אינו מבוסס על הערכת המשקל היחסי שלהם בעיני המפקד הצבאי בשטח, אלא על קביעה נורמטיבית של האיזון שמפקד סביר צריך היה לעשות.¹⁴⁰ עמדה זו אומצה בידי שופטי בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה בפרשת *Galić*. בפרשה זו נקבע כי יש לבחון את סבירות ההחלטה לתקוף לאור אמות מידה אובייקטיביות:

בעת קביעה אם התקפה היא מידתית יש לבחון אם אדם סביר ומודע למצב, שהיה נמצא באותן נסיבות של המבצע, יכול היה

139 'The answers to these questions [of proportionality] are not simple. It may be necessary to resolve them on a case by case basis, and the answers may differ depending on the background and values of the decision maker. It is unlikely that a human rights lawyer and an experienced combat commander would assign the same relative values to military advantage and to injury to noncombatants. Further, it is unlikely that military commanders with different doctrinal backgrounds and differing degrees of combat experience or national military histories would always agree in close cases. It is suggested that the determination of relative values must be that of the "reasonable military commander". Although there will be room for argument in close cases, there will be many cases where reasonable military commanders will agree that the injury to noncombatants or the damage to civilian objects was clearly disproportionate to the military advantage gained' NATO Report, **לעיל** הערה 115, בפסקה 50.

140 ראו גם M. N. Schmitt, C. H. B. Garraway, and Y. Dinstein, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict, With Commentary* (2006) 23

לצפות שההתקפה תגרום אבדות אזרחיות מופרזות אילו עשה שימוש סביר במידע שעמד לרשותו או לרשותה.¹⁴¹

2.4. מבחני עזר אפשריים

בבג"צ **הסיכולים** נזכרו שלושה מבחני עזר שיכולים להשפיע על חוקיותה של פעולת סיכול ספציפית ולסייע בבחינה נורמטיבית של האיזון שנעשה בפועל בין האינטרסים. ראשית יש לבחון את דבר קיומו של מידע מבוסס על המטרה הצבאית. מבחן זה חופף חלקית את מבחן הקשר הרציונלי. הוא גם חופף את דרישת ההליך הנאות הקיימת במבחן המידתיות השלישי של סטרמר (המופעל על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם). נדמה כי ההכרה במבחן זה אינה צריכה להיות שנויה במחלוקת, שכן קיומה של בחינה מדוקדקת של זהות היעד מושא ההתקפה מתחייבת למעשה מלשונו של סעיף 51(א)(i) לפרוטוקול הראשון.¹⁴² דינשטיין מוסיף ומציין בהקשר זה כי אל לו למפקד הצבאי לעצום את עיניו ולהתעלם ממידע קיים המטיל ספק באופייה הצבאי של המטרה ומצביע על הסיכון הנשקף לאזרחים מהפגיעה בה.¹⁴³

שנית, יש לבחון, לדידו של הנשיא ברק, את דבר קיומן של חלופות פוגעניות פחות להשגת אותה מטרה¹⁴⁴ – קביעה העולה בקנה אחד עם סעיף 57(א)(i)

141 'In determining whether an attack was proportionate it is necessary to examine whether a reasonably well-informed person in the circumstances of the actual perpetrator, making reasonable use of the information available to him or her, could have expected excessive civilian casualties to result from the attack'. *Galić*, **לעיל** הערה 117, בפסקה 58.

142 'Those who plan or decide upon an attack shall: (i) Do everything feasible to verify that the objectives to be attacked are neither civilians nor civilian objects and are not subject to special protection but are military objectives within the meaning of paragraph 2 of Article 52 and that it is not prohibited by the provisions of this Protocol to attack them' המחליטים על התקפה: (1) ינקטו כל אמצעי אפשרי כדי לוודא שהיעדים המיועדים להתקפה אינם אזרחים או יעדים אזרחיים ואינם נמצאים תחת הגנה מיוחדת, אלא הם יעדים צבאיים במשמעותם לפי סעיף 52(2), והוראות הפרוטוקול אינן אוסרות על תקיפתם.]

143 Dinstein, **לעיל** הערה 112, בעמ' 122.

144 הדוגמה המסוימת שזכרה בפסק הדין (בג"צ **הסיכולים**, **לעיל** הערה 11, בפסקה 40) – חלופת המעצר – מתאימה כנראה לסכסוכים בשטחים כבושים או לסכסוכים

לפרוטוקול שנזכר לעיל. יש לציין שגם בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה התייחס בפרשת *Galić* לקשר שבין האיסור על נזק נלווה מופרז לבין השמירה על חובת הזהירות הקבועה בסעיף 57 לפרוטוקול הראשון ולדרישה העולה ממנה לנקוט את כל אמצעי הזהירות האפשריים על מנת למנוע פגיעה נלווית בחיי אדם, ככל שהדבר אפשרי.¹⁴⁵ כך שאף על פי שחובת הזהירות היא חובה עצמאית לפי הפרוטוקול הראשון, אופן הפעלתה עשוי לסייע בבחינת קיומן של חלופות פוגעניות פחות, ועקב כך בבחינת אופן יישומו של עקרון המידתיות. למשל, חובת הזהירות עשויה לחייב תקיפת מפעל לייצור נשק בשעות הלילה, שבהן מספר האזרחים במפעל והשוהים בסביבתו קטן יותר. התקיפה בשעות היום עשויה בנסיבות אלו להיחשב בלתי מידתית.

שלישית, בית המשפט העליון סבר כי יש לערוך בחינה יסודית ועצמאית אשר תבחן בדיעבד את התקיפה ואת תוצאותיה, וכי יש לשקול תשלום פיצויים בגין פגיעה באזרחים לא מעורבים.

הצורך לבחון בדיעבד את מידתיות הפעולה דומה במהותו למבחן הערובות המתאימות המוכר בפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם (המבחן הרביעי שהגדיר סטרמר). עם זאת יש לציין כי הדין הבין-לאומי ההומניטרי לא הטיל עד כה על מדינות את החובה לפצות פרטים שנפגעו כנזק נלווה מפעולת לחימה חוקית, והדרישה לפיצוי מייצגת, ככל הנראה, דין הומניטרי רצוי אך לא מצוי.¹⁴⁶ יתר על כן, ייתכן שאפשר להבין את התייחסותו של בית המשפט העליון לאפשרות של פיצוי הקרבנות האזרחיים על רקע הנסיבות המיוחדות של לחימה בשטחים כבושים. נסיבות אלו

שאינם בין-לאומיים, אבל היא אינה מתאימה למצבי לחימה 'קלסיים', שאין חייבים לעצור בהם לוחמי אויב. לדיון ראו A. Cohen and Y. Shany, 'A Development of Modest Proportions: The Application of the Principle of Proportionality in the Israeli Supreme Court Judgment on the Lawfulness of Targeted Killings', 5 *J. Intl. Crim. J.* (2007) 310, 314-315

145 *Galić*, לעיל הערה 117, בפסקה 58. מעניין לציין שבית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה נסמך על פסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם המטילה על המדינות חובה דומה בעניין שימוש בכוח שעלול לפגוע בחייהם של אזרחים. *Ergi v. Turkey*, Judgment of 28 July 1998, at para. 79. נדמה כי הדבר ממחיש את הקרבה הרעיונית בין דיני זכויות האדם לבין המשפט הבין-לאומי ההומניטרי בכל הנוגע להגנה על אזרחים שאינם מעורבים במעשי איבה.

146 ראו Reisman, לעיל הערה 130, בעמ' 397-398. לדיון עקרוני בנושא ראו Y. Ronen, 'Avoid or Compensate? Liability for Incidental Injury to Civilians Inflicted During Armed Conflict', 42 *Vand. J. Transnatl. L.* (2009) 181

יכולות להטיל חובות מוגברות של הגנה ביחס לאנשים מוגנים שאינה חלה במקרים רגילים של לחימה בין-מדינתית. (גם את התייחסותו של בית המשפט לדרישה להעדיף את מעצרו של לוחמי אויב על פני הריגתם אפשר לייחס לנסיבות המיוחדות הללו.)

דינשטיין עוסק במבחן עזר מועיל נוסף – תום לבו של המפקד הצבאי – המסייע בבחינת סבירות פעולתו.¹⁴⁷ מבחן עזר זה מופעל לא רק כדי לבחון את מידתיות הפעולה, אלא גם בכיוון ההפוך – חוסר מידתיות הפעולה עשוי לסייע בהוכחת חוסר תום לבו של המפקד הצבאי. וכך, בפרשת *Galić* קבע בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה כי ייתכן שהתקפה הצפויה לגרום נזק שאינו מידתי לאזרחים מרמזת על כך שמטרתה האמתית הייתה פגיעה באזרחים, ולא ביעדים צבאיים.¹⁴⁸

2.5. יישום העיקרון בפסיקה הבין-לאומית

מספר ההחלטות השיפוטיות הבין-לאומיות שמבחינ המידתיות יושמו בהן הלכה למעשה ביחס להתקפות ספציפיות קטן ביותר, ועל כן משקלה של הפסיקה בתחום זה מוגבל. אחד המקרים הנדירים שבהם קבע בית דין בין-לאומי כי התקפה מסוימת אינה מידתית הוא פסק דין *Blaškić* של בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה בעניין מתקפת הכוחות הקרואטיים בבוסניה על כפרים בוסניים מוסלמיים. בפרשה זו נקבע כי מן העובדה שרוב קרבנות ההתקפה היו אזרחים אפשר להסיק שהיא הייתה בלתי מידתית.¹⁴⁹

147 Dinstein, לעיל הערה 112, בעמ' 122.

148 *Galić*, לעיל הערה 117, בפסקה 60.

149 *Prosecutor v. Blaškić*, Judgment of Trial Chamber of 3 March 2000, at para. 149

507. עוד אינדיקציה לאי-חוקיות ההתקפה שם הייתה השימוש בפצצות מרגמה לא מדויקות, שלא יכלו להבחין בין יעדים צבאיים ליעדים אזרחיים. שם, בפסקה 512. לעומת זאת בפסקי הדין של הערכאה הראשונה ושל ערכאת הערעור בפרשת *Galić* וכן של ערכאת הערעור בפרשת *Blaškić* נקבע כי סיווג היעד כצבאי או כאזרחי תלוי ביחס שבין מספר האזרחים לבין מספר החיילים והסטטוס שלהם (כלומר, אם הם חיילים בחופשה או בשירות פעיל). מספר גדול של חיילים בשירות פעיל ('regular units with fairly large numbers') השהים בקרב אוכלוסייה אזרחית עשוי להסיר את ההגנה המוקנית ליעד המעורב ולהפוך אותו, כולו, למטרה צבאית. *Galić*, לעיל הערה 117, בפסקה 50, בהערה 91; *Galić*, Appeals Chamber Judgment, 30 November 2006, at para. 135-138; *Blaškić*, Appeals Chamber Judgment, 29 July 2004, at para. 115

בפסק הדין מופיעה גם הקביעה ששימוש בנשק כבד לשם כיבוש יישובים אזרחיים נחשב אף הוא לצעד בלתי מידתי.¹⁵⁰ לעניות דעתי נראה כי יש לתמוך בקביעות הטריבוונל רק אם הן מבססות חזקות לכאורה ביחס לכיבוד עקרון המידתיות, שכן אפשר לדמיין בנקל מצבים שבהם תקיפה שרוב קרבנותיה אזרחים או תקיפה בכלי נשק כבדים של כפר המהווה 'יעד מעורב' (למשל, תקיפת כפר שמסתתרים בו לוחמי אויב בכירים הנושאים ציוד לחימה רב) תיחשב בכל זאת מידתית.

2.6. סיכום ביניים

עקרון המידתיות מחייב את הצדדים הלוחמים להפחית ככל האפשר את הנוק ההומניטרי והסביבתי הנלווה לפעולותיהם הצבאיות ולהימנע מלפעול במקרים שהפעולה תגרור נזק מופרז. עיקרון זה מייצג ככל הנראה דין מנהגי.¹⁵¹ אמנם כמה מדינות חשובות, ובראשן ארצות הברית, אינן צד לפרוטוקול הראשון (גם ישראל אינה צד לפרוטוקול), אך רוב גדול של מדינות העולם אימצו את הוראות הפרוטוקול ו/או את חוקת רומא משנת 1998, הכוללת אף היא את העיקרון. יתר על כן, גם המדינות שלא הצטרפו לפרוטוקול קיבלו עליהן לפעול לפי עקרון המידתיות.¹⁵²

חשוב לומר כי המחקר על המשפט הבין-לאומי המנהגי שפרסם הצלב האדום נוקט את העמדה שעקרון המידתיות מייצג דין מנהגי גם בסכסוכים שאינם בין-לאומיים¹⁵³ חרף העובדה שהפרוטוקול השני משנת 1977, כמו

150 *Blaskić* (Trial Chamber), **שם**, בהערה 651.

151 ראו Henckaerts and Doswald-Beck, **לעיל** הערה 109, כרך 1, בעמ' 46; *Western*

Front, **לעיל** הערה 136, בפסקה 9 של הדעה הנפרדת של van Houte.

152 ראו M. Dupuis et al., 'A Workshop on Customary International Law and the 1977

1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions', 2 *Am. U. J.*

Henckaerts and Doswald-Beck; *Intl. L. & Pol.* (1987) 415, 426 **לעיל** הערה

109, כרך 1, בעמ' 47-48. ראו גם את ההצהרה המשותפת של ארצות הברית

וירדן המאשרת את מעמדו המנהגי של האיסור על נזק נלווה מופרז. U.N.

doc. A/C.6/47/3, 28 September 1992, at §1(h). יש לציין כי סעיף 51 התקבל

בוועידה הדיפלומטית שניסחה את הפרוטוקולים של 1977 ברוב גדול ובתמיכת

ישראל וארצות הברית. המדינה היחידה שהתנגדה, אך הצטרפה בסופו של דבר

לפרוטוקול, היא צרפת.

153 Henckaerts and Doswald-Beck, **לעיל** הערה 109, כרך 1, בעמ' 48-49. לעמדה

דומה ראו את המדריך לדין החל בסכסוכים שאינם בין-לאומיים שפרסם המכון

גם הוראות סעיפים 28(ג) ו-28(ה) לחוקת רומא – המסדירים את הדין החל בסכסוכים שאינם בין-לאומיים – אינם כוללים במפורש את עקרון המידתיות. עמדתם זו של כותבי המחקר מתבססת על תחולתן של אמנות נשק אחדות הכוללות את עקרון המידתיות גם בסכסוכים שאינם בין-לאומיים (ראו להלן בַּתת-פרק הבא), כמו גם על הוראותיהם של מדריכים צבאיים, חקיקה פנימית והצהרות פומביות של נציגי מדינה מוסמכים. עמדה זו נתמכת אף בפסיקתו של בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה, ולפיה רוב העקרונות הכלליים של הדינים שחלים בסכסוכים בין-לאומיים (לרבות האיסור על התקפה לא מובחנת, שעקרון המידתיות עשוי להיתפס כרכיב שלו) יחול גם בסכסוכים שאינם בין-לאומיים.¹⁵⁴

3. האיסור על שימוש בכלי נשק שנועדו לפי טבעם לגרום פציעה וסבל מיותרים

3.1. הקשר בין האיסור לבין עקרון המידתיות

האיסור על שימוש בכלי נשק או באמצעי לחימה שנועדו לפי טבעם לגרום פציעה העולה על הנדרש ('superfluous injury') או סבל מיותר ('unnecessary suffering') הוא עוד מופע של עקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי ההומניטרי.¹⁵⁵ אך בניגוד לאיסור על נזק נלווה מופרז שנועד להגן על אזרחים מפני פגיעה בלתי מידתית במהלך הלחימה, האיסור הנדון כאן נועד להגן בראש ובראשונה על הלוחמים עצמם ולוודא שהלחימה לא תפגע באינטרסים ההומניטריים שלהם מעבר לנדרש.¹⁵⁶

הבין-לאומי לדין הומניטרי. Schmitt et al., **לעיל** הערה 140, בעמ' 22.
 154 *Prosecutor v. Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995, at para. 127
 155 דוגמאות לאמצעי לחימה שנויים במחלוקת הן שימוש בהצתות, בהצפות ובמניעת מזון.
 156 *Legality of Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. 226, 257 הפרשנות הרשמית של הצלב האדום לפרוטוקול נוקטת את העמדה שלפיה האיסור על שימוש בנשק או באמצעי לחימה המיועדים לגרום פציעה או סבל מיותרים יחול גם על פגיעה באזרחים. Sandoz, **לעיל** הערה 117, בעמ' 409.

הביטוי המודרני הראשון להגבלה על שימוש בכלי נשק או באמצעי לחימה מטעמים הומניטריים מופיע בהכרזת סנט פטרבורג משנת 1868,¹⁵⁷ אשר המבוא לה קובע -

[...] שהתכלית הלגיטימית היחידה שעל המדינות לנסות להשיג בעת מלחמה היא החלשת כוחו הצבאי של היריב; שלשם כך מספיק להוציא מכלל פעולה מספר גברים גדול ככל האפשר; ששימוש בכלי נשק המיועד להחרף ללא צורך את סבלם של גברים שנפגעו או להפוך את מותם לוודאי חורג מהתכלית הזאת; ששימוש בכלי נשק שכאלה יהיה מנוגד אפוא לכללי האנושיות.

לשון אחר, שימוש בכלי נשק הגורמים סבל ללוחמים מעבר לאפקט הנחוץ לשם נטרולם הוא מיותר ובלתי אנושי; כך גם שימוש בכלי נשק ההופכים את מותם של הלוחמים המנוטרלים לוודאי. בניסבות אלו תגרור הפגיעה בלוחמים נזק העולה על הנדרש, ובהנחה שיש בנמצא אמצעים פוגעניים פחות המסוגלים לנטרל לוחמים בלי לגרום פגיעה או סבל מיותרים, תפר הפגיעה את מבחן המידתיות השני (היעדר חלופה פוגענית פחות). בלשונו של בית הדין הבין-לאומי בהאג (International Court of Justice; ICJ), בחוות הדעת שלו על **חוקיות נשק גרעיני**, האיסור נועד למנוע 'נזק גדול מהנזק ההכרחי הנחוץ לשם השגת יעדים צבאיים לגיטימיים' [a harm greater than that unavoidable to achieve legitimate military objectives].¹⁵⁸

3.2. היקפו של האיסור

הכרזת סנט פטרבורג לא הטילה איסור גורף על שימוש בכלי נשק הגורמים פגיעה או סבל מיותרים, אלא הסתפקה בהטלת איסור על קליעים נפיצים

157 [...] that the only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war is to weaken the military forces of the enemy; That for this purpose it is sufficient to disable the greatest possible number of men; That this object would be exceeded by the employment of arms which uselessly aggravate the sufferings of disabled men, or render their death inevitable; That the employment of such arms would, therefore, be contrary to the laws of humanity'. לעיל הערה 107.

158 *Legality of Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. 226, 257

או מתלקחים שמשקלם פחות מ-400 גרם (מתוך הנחה שאפקט הפיצוץ או ההתלקחות של קליעים אלו צפוי לגרום פגיעה או סבל העולים על הנדרש). מטעמים דומים נתקבלה בשנת 1899 הכרזה האוסרת על שימוש בקליעים מתרחבים או משתטחים (כדורי דום-דום),¹⁵⁹ ומאז 1980 אומצו פרוטוקולים לאמנה בדבר איסור השימוש או ההגבלות על סוגי נשק קונוונציונלי העלולים לגרום פגיעה מופרזת או פגיעה לא מובחנת¹⁶⁰ בקשר לשימוש בנשק שרסיסיו אינם ניתנים לזיהוי במכשיר רנטגן (למשל, רסיסי זכוכית או פלסטיק),¹⁶¹ מוקשים ומטענים ממולכדים (booby-traps) מסוימים¹⁶² ולייזר הגורם עיוורון תמידי.¹⁶³ (איסורים אלו התקבלו על ידי חלק מהמדינות החברות באמנה בדבר נשק קונוונציונלי הגורם לנזק מיותר ולתוצאה בלתי מבחינה משנת 1980 גם ביחס לסכסוכים שאינם בין-לאומיים.)¹⁶⁴ אין ספק שהאיסורים הספציפיים על שימוש בכלי הנשק האמורים נובעים מהרציונל של מניעת סבל או נזק מיותרים שעמד בבסיס הכרזת סנט פטרבורג, אך ככל הנראה אי-אפשר לחלץ מהאיסורים הללו, כשלעצמם, איסור כללי על שימוש בנשק או על שיטות לחימה שתוצאותיהן אינן מידתיות.¹⁶⁵

מקור תוקפו של האיסור הכללי על שימוש בנשק או באמצעי לחימה המיועדים לגרום פגיעה או סבל מיותרים נמצא במקורות נורמטיביים אחרים – באמנת האג משנת 1907 ובפרוטוקול הראשון לאמנות ז'נווה

- Declaration on the Use of Bullets Which Expand or Flatten Easily in the Human Body; 29 July 1899, 187 Consol. T.S. 459 159
- Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, 10 October 1980, 1342 U.N.T.S. 137 160
- Protocol on Non-Detectable Fragments (Protocol I), 10 October 1980, 1342 U.N.T.S. 168 161
- Protocol on Non-Detectable Fragments (Protocol I), as amended on 3 May 1996, Art. 3, 35 I.L.M. (1996) 1206 162
- Protocol on Blinding Laser Weapons (Protocol IV), 12 October 1995, 35 I.L.M. (1996) 1218 163
- Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. Geneva, 10 October 1980, amendment of Art. 1, 21 December 2001: www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/600?OpenDocument 164
- לדעה שאין שום קשר בין עקרין המידתיות לבין ההגבלות על כלי נשק ואמצעי לחימה מסוימים ראו Dinstein, לעיל הערה 112, בעמ' 59. 165

משנת 1977 – המשקפים את הדין המנהגי הקיים בסוגיה זו.¹⁶⁶ כך, סעיף 23(ה) לתקנות האג קובע:

נוסף על האיסורים הקבועים באמנות מיוחדות חל איסור מפורש: [...] (ה) להשתמש בכלי נשק, בקליעים או בחומרים המתוכננים לגרום סבל מיותר.¹⁶⁷

באופן דומה קובע סעיף 23(2) לפרוטוקול הראשון:

חל איסור להשתמש בכלי נשק, בקליעים ובחומרים ושיטות לחימה הגורמים, לפי טבעם, פגיעה מופרזת או סבל מיותר.

It is prohibited to employ weapons, projectiles and material and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering.

הפרשנות שניתנה לסעיפים כלליים אלו על ידי מדינות רבות היא למעשה פרשנות מצרה ביותר: כל עוד מדינות מסוגלות להוכיח תועלת צבאית כלשהי הנלווית לשימוש בכלי הנשק או באמצעי הלחימה הספציפי, או אז עמדתן העקרונית היא שהשימוש בכלי הנשק או באמצעי הלחימה לא נאסר באיסור גורף, אלא, לכל היותר, הוגבל למתארים צבאיים ספציפיים. (כך למשל, השימוש בתחמושת מתלקחת אינו אסור באיסור גורף אלא נאסר

166 ראו Henckaerts and Doswald-Beck, **לעיל** הערה 109, כרך 1, בעמ' 237-244; Legality of Nuclear Weapons, 1996 I.C.J. 226, 257. כבר בנירנברג נקבע כי תקנות האג 1907 מייצגות דין מנהגי. ראו International Military Tribunal, The Trial of German Major War Criminals Judgment: 30th September, 1946 – 1st October, 1946, p. 65

167 'In addition to the prohibitions provided by special Conventions, it is especially forbidden [...] (e) To employ arms, projectiles, or material calculated to cause unnecessary suffering.' Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land. 18 October 1907, T.S. No. 539 בהדלי הגרסאות בין הנוסח האנגלי ('calculated to cause') לבין הנוסח הצרפתי של התקנות ('propres à causer') ראו H. Meyrowitz, 'The Principle of Superfluous Injury or Unnecessary Suffering', 299 *Intl. Rev. Red Cross* (1994) 98, 104-105

רק במתארים מעורבים, במטרה להגן על האזרחים שנמצאים שם מפני פגיעה.¹⁶⁸ מכאן שעצם העובדה שכלי נשק או אמצעי לחימה גורמים סבל רב ללוחמים שעלולים להיפגע מהם אינה מובילה בהכרח למסקנה שמדובר בכלי נשק או באמצעי לחימה אסור בכל הנסיבות.¹⁶⁹

במקרים שהמדינות הגיעו למסקנה שזקו ההומניטרי של השימוש בנשק עולה בכירור על תועלתו הצבאית – רציונל הנובע ממבחן המידתיות השלישי (מידתיות במובנה הצר) – חתמו המדינות על הסכמים מפורשים שהוציאו אל מחוץ לחוק, באופן הדדי, את אותו כלי נשק לא הומניטרי.¹⁷⁰ כדבר הפרשנות הרשמית של הצלב האדום לסעיף 2)35:

בתחום זה, הנוגע לביטחונן של המדינות, הרחבת תחולתו של סעיף 2)35 (2) המתייחס לכלי נשק תלויה יותר מכל תחום אחר בפרקטיקה של המדינות או בהסכמתן המפורשת לאיסורים או להגבלות על שימוש בכלי הנשק הנזכרים לעיל.¹⁷¹

ביטוי לכך מופיע בחוקת רומא משנת 1998 האוסרת בסעיף 2)8(ב)(xx) על שימוש בכלי נשק או באמצעי לחימה שמטבעם נועדו לגרום פגיעה או סבל מיותרים, ובלבד שהדבר נקבע מפורשות באמנה ספציפית שנוכרה בנספח לחוקה (הנספח האמור טרם סוכם עד כה):

168 Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Incendiary Weapons (Protocol III), 10 October 1980, 1342 U.N.T.S. 171. הסיבה להגבלת השימוש כאמור היא עקרון ההבחנה – אופייה הבלתי מבחין של התחמושת – ולא האיסור על גרימת פגיעה או סבל מיותרים.

169 ראו *Legality of Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. 226, 587 (dissenting opinion of Judge Higgins): 'The principle does not stipulate that a legitimate target is not to be attacked if it would cause great suffering' [העיקרון אינו קובע שאין לתקוף מטרה לגיטימית אם הדבר יגרום סבל רב] (דעת מיעוט של השופטת היגנס).

170 ראו **שם**, בעמ' 226, 585-586 (דעת מיעוט של השופטת היגנס). לשיטתה של היגנס, האיסור על נשק המיועד לגרום פגיעה או סבל מיותרים מאזן בין אינטרסים צבאיים לאינטרסים הומניטריים.

171 'In this field, which concerns the security of States, more than in any other, any extension of the scope of Article 35, paragraph 2, relating to weapons depends either on the practice of States or on their express agreement to prohibitions or restrictions on the use of the weapons referred to above' Sandoz, לעיל הערה 117, בעמ' 406.

שימוש המנוגד למשפט הבין-לאומי החל בעת סכסוך חמוש בכלי נשק, בקליעים ובחומרים ושיטות לחימה הגורמים, לפי טבעם, פגיעה מופרזת או סבל מיותר או שהם בלתי מבחינים באופן אינהרנטי, ובלבד שכלי נשק, קליעים וחומרים ושיטות לחימה אלו היו מושא לאיסור מקיף ונכללו בנספח לחוקה זו באמצעות תיקון שהתקבל בהתאם להוראות הרלוונטיות הקבועות בסעיפים 121 ו-123.

Employing weapons, projectiles and material and methods of warfare which are of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering or which are inherently indiscriminate in violation of the international law of armed conflict, provided that such weapons, projectiles and material and methods of warfare are the subject of a comprehensive prohibition and are included in an annex to this Statute, by an amendment in accordance with the relevant provisions set forth in articles 121 and 123.

הצורך בהסכמה מפורשת של המדינות להטלת איסור על כלי נשק מסוים מסביר את חוסר הקוהרנטיות הבא לידי ביטוי, לכאורה, בכך שכלי נשק שהשימוש בהם נדיר ויש להם אפקט מוגבל יחסית – כגון קליעים נפוצים או משתטחים או לייזר מעורר – נאסרו במשפט הבין-לאומי, בעוד כלי נשק שההתחמשות או השימוש בהם נפוצים והם גורמים פגיעה וסבל חמורים יותר – למשל, פגזי זרחן, נפלים, קליעים הנעים במהירות רבה, פלשט (פגזי חצים) או נשק גרעיני – לא נאסרו באיסור גורף. הואיל וההחלטה לאסור כלי נשק מסוימים נובעת מן האיזון שהמדינות עושות בין התועלת הצבאית שבהמשך השימוש בכלי הנשק או באמצעי הלחימה הנדונים לבין נזקם ההומניטרי, הרי שככל ששימוש בכלי נשק נתפס כיעיל יותר (ומכאן – נפוץ יותר), תפחת הנטייה לאסור אותו. אשר על כן גרדם מציינת בציניות כי 'רק כאשר כלי נשק הוא חסר תועלת צבאית הוא מוצא אל מחוץ לחוק' [It is] ¹⁷². [only when a weapon is militarily ineffective that it will be outlawed]

172 Gardam, לעיל הערה 112, בעמ' 75.

3.3. היישום של עקרון המידתיות בכלי נשק או באמצעי לחימה

גם ההשוואה בין התועלת הצבאית לבין הנזק ההומניטרי הנלווים לשימוש בכלי נשק או באמצעי לחימה למיניהם – השוואה העשויה להוביל להסכם מיוחד האוסר על שימוש בכלי נשק או באמצעי לחימה מסוימים – אינה נקיייה מבעיות מתודולוגיות. בעוד הערכת חומרת הפגיעה שכלי הנשק גורם יכולה להתבסס על מדדים מחקרים רפואיים או בייקטיביים,¹⁷³ הרי סבל הוא מדד קשה יותר להערכה.¹⁷⁴ בכל מקרה, הפרקטיקה מצביעה, כאמור, על דומיננטיות רבה של שיקולי תועלת צבאית במסגרת ההחלטה אם לאסור כלי נשק מסוים אם לאו ועל מתן משקל מוגבל לשיקולים ההומניטריים הרלוונטיים.

למרות כל זה אפשר לחלץ מהפרוטוקול הראשון לפחות כלל התנהגות ספציפי אחד הנובע מן האיסור הכללי על שימוש בנשק או באמצעי לחימה הגורמים לפגיעה בלתי מופרזת: סעיף 36 לפרוטוקול מחייב מדינות המפתחות, רוכשות או מאמצות כלי נשק חדש או שיטת לחימה חדשה לשקול באילו נסיבות השימוש בו ייחשב אסור על פי הפרוטוקול או כללי המשפט הבין-לאומי הרלוונטיים אחרים.¹⁷⁵ כלל פרוצדורלי זה דומה במהותו למבחן המידתיות השלישי בפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם ולדרישה לבירור עובדתי מקדים בבג"צ **הסיכולים**.

יתר על כן, סעיף 35(3) לפרוטוקול הראשון מרחיב את רשימת האינטרסים המוגנים על ידי ההגבלה על כלי נשק ואמצעי לחימה ואוסר על שימוש באמצעים המיועדים (או צפויים) לגרום נזק נרחב, ארוך טווח וחמור

173 הניסיון העיקרי לעשות הערכה שכזאת הוא הפרויקט SIrUS (נזק מופרז וסבל מיותר; Superfluous Injury and Unnecessary Suffering) של הצלב האדום, שבו נבחנו 26,636 פגיעות מכלי נשק שונים, ונקבעו אמות מידה למדידת אפקט הפגיעה המופרזת שגורמים כלי נשק למיניהם, למשל: יותר מ-22% תמותה; יותר מ-10% פצועים קשה בבתי חולים; צורך בטיפול קונוונציונלי. ראו R. M. Coupland and P. Herby, 'Review of the Legality of Weapons: A New Approach: The SIrUS Project', *Intl. Rev. Red Cross*, 835 (1999) 583

174 Sandoz, **לעיל** הערה 117, בעמ' 408.

175 לדיון בסעיף זה ראו I. Daoust et al., 'New Wars, New Weapons? The Obligation of States to Assess the Legality of Means and Methods of Warfare', 84 *Intl. Rev. Red Cross* (2002) 345

לסביבה הטבעית.¹⁷⁶ ואולם בניגוד לעמדה שנזכרה לעיל, שלפיה אין די בעצם חומרת הפגיעה באינטרסים הומניטריים כדי לשלול את חוקיותו של כלי הנשק או אמצעי הלחימה, הרי ההסדר בפרוטוקול הראשון העוסק בסביבה הטבעית יוצר חזקה חלוטה שלפיה פגיעה חמורה בסביבה תהא לעולם בלתי מידתית. עם זאת ההתנגדות של ארצות הברית (שאינה חברה בפרוטוקול) לכלל זה¹⁷⁷ וההסתייגויות שהביעו כמה מדינות חברות מתחולת הסעיף על נשק לא קונוונציונלי (שהוא סוג הנשק העיקרי שהסעיף רלוונטי לגביו),¹⁷⁸ מעמידות בספק את מעמדו המנהגי של ההסדר ואת תחולתו במדינות שאינן חברות או שהסתייגו ממנו.¹⁷⁹

3.4. סיכום ביניים

יישום האיסור במשפט הבין-לאומי ההומניטרי על שימוש בכלי נשק או באמצעי לחימה המיועדים לפי טבעם לגרום פגיעה או סבל מיותרים מלמד על נטייה

176 איסור מקביל מופיע באמנה שנועדה למנוע שינוי מכוון של הסביבה כשיטת לחימה. ראו Convention on the Prohibition of Military or any Hostile Use of Environmental Modification Techniques, 10 December 1976, 1108 U.N.T.S. 151. הביטוי 'ארוך טווח' התפרש על ידי הצלב האדום כמתייחס לעשרות שנים. ראו Sandoz, **לעיל** הערה 117, בעמ' 416-417. יתר על כן, התנאים 'נרחב', 'ארוך טווח' ו'חמור' הוגדרו בפרשנות הרשמית של הצלב האדום כתנאים חלופיים. **שם**, בעמ' 418.

177 ראו Dupuis et al., **לעיל** הערה 152, בעמ' 424.
178 Declarations by the Government of Italy Upon Ratification of the First Additional Protocol, 27.2.1986: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/E2F248CE54CF09B5C1256402003FB443?OpenDocument. הכללים המתייחסים לשימוש בכלי הנשק המופיעים בפרוטוקול הנוסף הראשון נועדו לחול אך ורק על כלי נשק קונוונציונליים. ראו גם Declarations by the Government of Germany upon Ratification of the First Additional Protocol, 14.2.1991: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/3F4D8706B6B7EA40C1256402003FB3C7?OpenDocument; Declarations by the Government of Canada upon Ratification of the First Additional Protocol, 20.11.1990: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/172FFEC04ADC80F2C1256402003FB314?OpenDocument

179 בית הדין הבין-לאומי בהאג רומז בחוות הדעת על **חוקיות הנשק הגרעיני** כי ההסדר הקבוע בסעיף 35(ג) חל רק במדינות החברות בפרוטוקול הראשון. *Legality of Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. 226, 242: 'These are powerful constraints for all the States having subscribed to these provisions [i.e., Protocol I, art. 35(c), 55]' [מדובר בהגבלות כבדות משקל החלות על כל המדינות שאימצו הוראות אלו (כלומר, סעיפים 35(ג) ו-55 לפרוטוקול הראשון)].

לרוקן מתוכן את העיקרון הכללי שלפיו יש לבחור בכלי נשק ובאמצעי לחימה שאינם גוררים פגיעה העולה על הנדרש, דהיינו לבחור אך ורק באמצעים המשיגים את התכלית הצבאית אגב פגיעה מזערית באינטרסים הומניטריים (מבחן המידתיות השני). במקום זה התפתחה פרקטיקה של הצבת איסורים מוחלטים ויחסיים על שימוש בכלי נשק ובאמצעי לחימה מסוימים בנסיבות שמוסכם על המדינות כי נזקם ההומניטרי מופרז ביחס לתועלת הצבאית המופקת מהם (הסכמים שהם יישום של מבחן המידתיות השלישי).

נדמה כי לרעיון ההדדיות נותרה חשיבות רבה בתחום משפטי זה, ונכונותן של המדינות לוותר בשל טעמים הומניטריים על התועלת הצבאית המופקת משימוש בכלי נשק או באמצעי לחימה מסוימים מותנית בחילוץ ויתור דומה מן הצד השני לסכסוך. מכאן שהפרת האיסורים הקיימים על שימוש בכלי נשק או באמצעי לחימה בידי צד אחד לסכסוך עשויה לאפשר לצד האחר לנקוט פעולות תגמול נגד לוחמי הצד המפר בהתאם לתנאים מסוימים (מפורטים בַּת־פֶּרֶק הבא).¹⁸⁰ משטר הגנה מצומצם זה נובע, בסופו של דבר, מן העמדה העקרונית שאימץ המשפט הבין־לאומי ההומניטרי, ולפיה האינטרסים ההומניטריים של לוחמים זוכים לרמת הגנה מופחתת מזו המוענקת לאינטרסים של אזרחים. האיסור על נזק נלווה מופרז מייצג איזון אופקי בין אינטרסים צבאיים לבין אינטרסים הומניטריים (נזק בלתי מידתי לאינטרסים הומניטריים יצדיק ויתור על הגשמת התכלית הצבאית במלואה), ואילו האיסור על שימוש בכלי נשק או באמצעי לחימה שמטבעם מיועדים לגרום פגיעה או סבל מיותרים מבוסס על איזון אנכי – האינטרס הצבאי גובר תמיד על האינטרס ההומניטרי (אלא אם שני הצדדים ויתרו על היתרון הצבאי שהשימוש בכלי הנשק מעניק להן). יתר על כן, במתכונתו הנוכחית של הדין ההומניטרי אין איסור כללי על פגיעה מיותרת בלוחמים באמצעות כלי נשק או שיטות לחימה חוקיים, ולפי הדין הנוהג מותר להרוג לוחמי אויב גם בנסיבות שאפשר היה לשבותם או להסתפק בפציעתם. אשר על כן התחולה של עקרון המידתיות על לוחמי אויב מצומצמת למדי – גם מבחינת מספר מבחני המידתיות הרלוונטיים (בעיקר המבחן השני) וגם מבחינת שדה הפעולה שלהם (בחירת כלי נשק ואמצעי לחימה).

180 על רקע זה עמדתו של בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה – שאיסור על שימוש בכלי נשק מסוימים בסכסוכים בין־לאומיים חל אוטומטית גם בסכסוכים שאינם בין־לאומיים – אינה מובנת מאליה. לעמדת בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה ראו *Tadić*, לעיל הערה 154, בפסקה 119.

להערכת, אחת מן התוצאות החשובות ביותר של החלת דיני זכויות אדם בסכסוכים חמושים – בין-לאומיים ושאנים בין-לאומיים – עשויה להיות שינוי ההתייחסות לזכויותיהם של לוחמים או של אזרחים המשתתפים באופן פעיל במעשי איבה. שלא כמו המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, דיני זכויות האדם מגנים על זכויותיהם של כל הפרטים, בכללם לוחמי אויב. אמנם זכויות האדם (ובכלל זה זכויות האדם של לוחמי האויב) הן יחסיות ובנות הגבלה, אך האפשרות לפגוע בהן כפופה לשורה של מגבלות וסייגים, והצד הפוגע בזכויות צריך להצדיק כל פגיעה בזכויותיהם של הפרטים המוגנים. להתפתחות זו יכולות להיות השלכות דרמטיות על אופן תחולת עקרון המידתיות בשדה הקרב העתידי. כך למשל, הריגת לוחמי אויב תותר רק כאשר הדבר נועד לקדם את יעדי המערכה, כאשר אין דרכים חלופיות להשיג מטרות אלו, ורק אם התועלת שבהריגתם משמעותית. ספק רב אפוא אם הריגתם של לוחמים במקום שאפשר היה לשבותם או לפצעם, בלי לסכן במיוחד את הכוחות השובים או הפוצעים, היא חוקית מנקודת ראותם של דיני זכויות האדם. באופן דומה המשקל הגדול יותר שדיני זכויות האדם מייחסים להגנה על חיי אדם באשר הם עשוי להשפיע על האופן שבו נתפס השימוש בכלי נשק ובאמצעי לחימה קטלניים המיועדים לפגוע במספר רב ככל האפשר של לוחמים, בלי קשר לתרומתם הספציפית למאמץ הצבאי (מוקשים, פצצות מצרר, פלשט ועוד). מאידך גיסא אפשר גם לטעון כי הנכונות לייחס משקל רב יותר לחייהם של לוחמים דווקא עשויה לעתים להצדיק שימוש באמצעי לחימה המספקים הגנה מוגברת על חיילי הצד התוקף, גם במחיר הגנה מופחתת על אזרחי האויב. מכל מקום, תחולתם של דיני זכויות האדם על חלק ניכר מפעולות הלחימה ויכולתם לשנות שינוי מהותי את נקודות האיזון המקובלות בדין ההומניטרי עודן מוטלות בספק.¹⁸¹

4. פעולות תגמול בין צדדים לוחמים

הקשר שלישי, מרכזי פחות, שמשמשים בו בעקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי ההומניטרי הוא במסגרת בחינת חוקיותן של פעולות תגמול בין צדדים לוחמים ('belligerent reprisals').¹⁸² בעבר, עד מלחמת העולם

181 ראו להלן תת-פרק 5.3.

182 מדרוך הצבא האמריקני מגדיר פעולות תגמול כך: 'Acts of retaliation in the form of conduct which would otherwise be unlawful, resorted to by one belligerent

השנייה, היו פעולות תגמול כלי מרכזי באכיפת הדין ההומניטרי, שכן הן נועדו ליצור מאזן אימה בין הצדדים והרתעה הדדית מפני הפרות דין. ואולם במחצית השנייה של המאה העשרים חל פיחות הדרגתי במעמדן של פעולות התגמול וצמצום מתמשך בשדה פעולתן עקב התגברות ההכרה בכך שפעולות התגמול נכשלו למעשה ביצירת הרתעה יעילה מפני הפרות של הדין ההומניטרי.¹⁸³ נהפוך הוא: ההיתר לבצע הפרות נגדיות הוביל למעגל קסמים של הפרות והפרות-נגד, וזה הוביל לשחיקת עקרונות בסיסיים של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי (כדוגמת האיסור על תקיפת יעדים אזרחיים שנשחק, כמעט עד תום, במלחמת העולם השנייה). יתר על כן, פעולות התגמול נתפסות יותר ויותר כמעשה של ענישה קולקטיבית המנוגד להכרה ההולכת וגוברת בזכויות הפרט – גם בעת סכסוך חמוש.¹⁸⁴ אשר על כן אמנות ז'נווה משנת 1949 אסרו על פעולות תגמול נגד אנשים מוגנים – פצועים, שבויים או אזרחים שמצאו את עצמם בידי הצד היריב (בשטח כבוש או בשטח מדינת האויב).¹⁸⁵ זאת ועוד: הפרוטוקול הראשון לאמנות

against enemy personnel or property for acts of warfare committed by the other belligerent in violation of the law of war for the purpose of enforcing future compliance with the recognized rules of civilized warfare' תגובתיות המנוהלות בצורה שהייתה נחשבת בנסיבות אחרות בלתי חוקית שנוקט צד לוחם אחד נגד חיילי אויב או נגד רכוש אויב בגין פעולות לחימה שביצע הצד הלוחם האחר אגב הפרת דיני המלחמה ולשם אכיפה עתידית של ציות לכללים המקובלים של לחימה בין בני תרבות.]. Dept. of the Army, Field Manual No. 27-10 on The Law of Land Warfare (1956), at para. 497(a) (להלן: Manual). יש להבחין בין פעולת תגמול בין צדדים לוחמים במהלך סכסוך קיים לבין עצם הפנייה לשימוש בכוח כפעולת תגמול (reprisals). בעוד הפעולה הראשונה היא חלק מדיני המלחמה (או המשפט הבין-לאומי ההומניטרי) – *jus in bello* – השנייה היא חלק מדיני השימוש בכוח – *jus ad bellum*. השימוש בכוח לצורכי תגמול יידון בפרק השלישי שלהלן.

183 Henckaerts and Doswald-Beck, **לעיל** הערה 109, כרך 1, בעמ' 514.

184 Gardam, **לעיל** הערה 112, בעמ' 76-77.

185 אמנת ז'נווה להטבת מצבם של פצועים וחולים מקרב אנשי הכוחות המזוינים בשדות הקרב, 12 באוגוסט 1949, ס' 46, כ"א 1, מס' 30, בעמ' 387; אמנת ז'נווה להטבת מצבם של פצועים, חולים ונטרפי אניות מבין אנשי הכוחות המזוינים בים, 12 באוגוסט 1949, ס' 47, כ"א 1, מס' 30, בעמ' 423; אמנת ז'נווה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, 12 באוגוסט 1949, ס' 13, כ"א 1, מס' 30, בעמ' 559; אמנת ז'נווה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 12 באוגוסט 1949, ס' 33, כ"א 1, מס' 30, בעמ' 453 (להלן: אמנת ז'נווה הרביעית). איסור מוקדם יותר על פעולות תגמול נגד שבויי

ז'נווה משנת 1977 הרחיב את האיסור על פעולות תגמול כך שיחול על כל תקיפה של אזרחים, של יעדים אזרחיים או של יעדים אשר הפגיעה בהם תזיק לאיכות הסביבה.¹⁸⁶

אף על פי שמדינות אחדות – ובכללן כמה מדינות שהצטרפו לפרוטוקול הראשון – הביעו הסתייגות מצמצום הזכות לפעולות תגמול,¹⁸⁷ גרס בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה בפרשת *Kupreskić* שהוראות הפרוטוקול בנושא פעולות תגמול מייצגות כיום דין מנהגי.¹⁸⁸ מכאן ששדה הפעולה שנותר כיום לנקיטת פעולות תגמול הוא קטן ביותר וכולל כנראה בעיקר פעולות תגמול בין הלוחמים עצמם (למשל, שימוש בכלי נשק בלתי חוקיים בתגובה להפרה של הצד האחר).¹⁸⁹

על כל פנים, גם אם מתנהל ויכוח על עצם הזכאות לנקוט פעולות תגמול בנסיבות מסוימות, אין מחלוקת שהדין המנהגי מטיל, בכל הנסיבות, מגבלות על הזכות לנקוט פעולות תגמול. כך למשל קבע בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה בפרשת *Kupreskić*:

בכל מקרה, אפילו כאשר הם נחשבים חוקיים, מעשי תגמול מוגבלים על ידי (א) העיקרון שלפיו עליהם להיות אמצעי אחרון בניסיונות לאכוף ציות מצד היריב לסטנדרטים משפטיים (דבר שמשמעותו, בין היתר, שאפשר ליישם רק לאחר שניתנה אזהרה מוקדמת שלא הצליחה להביא להפסקת התנהגותו הנפשעת של היריב); (ב) החובה לנקוט אמצעי זהירות מיוחדים קודם ליישוםם (שיש ליישם רק לאחר שהתקבלה החלטה לעשות כן על ידי הדרג הפוליטי או

מלחמה נמצא ב־ Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, 27 July 1929, Art. 2, 118 L.N.T.S. 343

186 Protocol I, Art. 51(6), 52(1), 53(c), 54(4), 55(2). Protocol I, Art. 20. ראו גם 20, 186 האוסר על פעולות תגמול נגד חולים ופצועים באשר הם.

187 ראו את הסתייגות בריטניה מסעיפים 51–55 לפרוטוקול, שנמסרה במועד ההצטרפות שלה לפרוטוקול (28 בינואר 1998): www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/0_A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDocument

לעמדתה של ארצות הברית, השוללת את האיסור על פעולות תגמול הקבוע בפרוטוקול הראשון, ראו Dupuis et al., לעיל הערה 152, בעמ' 426.

188 *Kupreskić*, לעיל הערה 124, בפסקות 527–534. לביקורת על מסקנה זו ראו Dinstein, לעיל הערה 112, בעמ' 226.

189 ראו Gardam, לעיל הערה 112, בעמ' 79.

הצבאי הבכיר ביותר; במילים אחרות, אין לאפשר למפקדים ברמה המקומית להחליט עליהם); (ג) עקרון המידתיות (המחייב לא רק שמעשי התגמול לא יהיו בלתי מופרזים ביחס לפעולת הלחימה הלא חוקית שקדמה להם, אלא גם שעליהם להיפסק מיד כאשר נפסקת הפעולה הלא חוקית); ו־ד) שיקולים הומניטריים בסיסיים.¹⁹⁰

למעשה, כל התנאים הנזכרים בפסק הדין של בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה קשורים כך או אחרת לעקרון המידתיות: הדרישה שהתגובה תיפסק מיד עם סיומה של ההפרה נובעת ממבחן המידתיות הראשון (נחיצות); הדרישה למיצוי חלופות אחרות נובעת ממבחן המידתיות השני (היעדר חלופה פוגענית פחות); הדרישה לאימוץ אמצעי זהירות דומה במהותו למבחן הערובות המתאימות הקיים בפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם (המבחן הרביעי של סטרמר); והדרישה לכיבוד שיקולים הומניטריים בסיסיים דומה לדרישה שהציב בית הדין האירופי שלא לאיין את הזכות המוגבלת (המבחן החמישי של סטרמר).¹⁹¹ הדוגמה הראשונה הנזכרת תחת התנאי השלישי בהחלטת בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה מעניינת במיוחד בהקשר שלנו, שכן מדובר ביישום עקרון המידתיות במובנו הצר, דהיינו בחינה אם התגובה אינה מופרזת ביחס לפרובוקציה, או במילים אחרות – אם נעשה איוון ראוי בין האינטרסים של הצדדים.

190 [A]t any rate, even when considered lawful, reprisals are restricted by: (a) the principle whereby they must be a last resort in attempts to impose compliance by the adversary with legal standards (which entails, amongst other things, that they may be exercised only after a prior warning has been given which has failed to bring about the discontinuance of the adversary's crimes); (b) the obligation to take special precautions before implementing them (they may be taken only after a decision to this effect has been made at the highest political or military level; in other words they may not be decided by local commanders); (c) the principle of proportionality (which entails not only that the reprisals must not be excessive compared to the precedent unlawful act of warfare, but also that they must stop as soon as that unlawful act has been discontinued) and; (d) elementary considerations of humanity'

Kupreskić, לעיל הערה 124, בפסקה 535.

191 T. Holland, *The Laws of War on Land (Written and Unwritten)* (1928) 61: ראו 'Reprisals must not be of a barbaric nature' [מעשי תגמול אסור שיהיו בעלי אופי ברברי].

הקביעה שנדרש יחס מידתי בין ההפרה הראשונית לבין התגובה עליה נתמכת בביורר בדין המנהגי,¹⁹² בפסיקת בית הדין בהאג,¹⁹³ בדינים המקבילים שהתפתחו בעניין השימוש בכוח כפעולת תגמול (לפי דיני *jus ad bellum*)¹⁹⁴ ובתנאים הכלליים לביצוע פעולות תגמול ('counter-measures') לפי דיני אחריות המדינה.¹⁹⁵ עם זאת גם כאן הדרך המדויקת שיש ליישם את עקרון המידתיות אינה ברורה. הדעה שלתגובה צריך להיות אופי זהה לאופייה של הפרובוקציה (למשל, שימוש בכלי נשק בלתי חוקי בתגובה לשימוש קודם מצד היריב באותו כלי נשק בלתי חוקי)¹⁹⁶ אינה מקובלת עוד, ולמדינה המגיבה (או המדינה הנפגעת) יש, תאורטית, הזכות להגיב באמצעות הפרה שונה באופייה מההפרה הראשונית. ובכל זאת גרדם מציעה כי במקרים אלו – שבהם יש שוני מהותי בין ההפרה לתגובה – תגבר הנטייה לקבוע שהתגובה אינה מידתית.¹⁹⁷ יש לומר גם כי מדינות אחדות כללו במדריכים הצבאיים שלהן הוראה המחייבת מידתיות בין הנזק שגרמה ההפרה הראשונית לבין

192 Institute of International Law, The Laws of War on Land, Manual published by the Institute of International Law (Oxford Manual), 9 September 1880, Art. 85-86: www1.umn.edu/humanrts/instree/1880a.htm: '85. Reprisals are formally prohibited in case the injury complained of has been repaired; 86. In grave cases in which reprisals appear to be absolutely necessary, their nature and scope shall never exceed the measure of the infraction of the laws of war committed by the enemy; They can only be resorted to with the authorization of the commander in chief; They must conform in all cases to the laws of humanity and morality' [85]. מעשי תגמול אסורים רשמית במקרה שהפגיעה מושא התלונה תוקנה; 86. במקרים חמורים שבהם מעשי תגמול נראים הכרחיים לגמרי, לא יחרגו אופיים והיקפם לעולם מגדר האמצעי המפר את דיני המלחמה שנקט הצד היריב; אפשר להשתמש בהם רק באישורו של המפקד העליון של הצבא; עליהם להתאים בכל מקרה לכללי הומניות ומוסר'.
ראו גם Henckaerts, Field Manual No. 27-10, **לעיל** הערה 182, בפסקה 497(e); and Doswald-Beck, **לעיל** הערה 109, כרך 1, בעמ' 517. גם ההסתייגות הבריטית מההגבלה על פעולות תגמול לפי הפרוטוקול הראשון כוללת התחייבות לשמירה על מידתיות בתגובה. ראו **לעיל** הערה 187.

193 *Legality of Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. 226, 246

194 ראו **להלן** בפרק הרביעי.

195 ראו **להלן** בפרק השלישי.

196 F. Hampson, 'Belligerent Reprisals and the 1977 Protocols to the Geneva Conventions', 37 *ICLQ* (1988) 818, 823-824

197 Gardam, **לעיל** הערה 112, בעמ' 79.

הנזק שגרמה פעולת התגמול,¹⁹⁸ אך ככל הנראה גם זו אינה העמדה המקובלת, ומרבית המומחים והמדריכים הצבאיים בוחנים את היחס בין שתי **ההפרות** – כלומר, בין מידת הסטייה מכללי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי של ההפרה הראשונה לבין מידת הסטייה של ההפרה שנקטה בתגובה עליה.¹⁹⁹

5. האם עקרון המידתיות הוא עיקרון כללי של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי?

5.1. עקרון המידתיות בפסיקתו של בג"ץ בנושא השטחים

מעמדו של העיקרון בפסיקה

מן האמור לעיל עולה כי עקרון המידתיות הוטמע במרוצת השנים בהקשרים מסוימים הנשלטים על ידי כללים או ענפי משנה של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי – בתחום ההגבלות על פעולות תקיפה נגד מטרות ספציפיות וההגבלות על שימוש בכלי נשק ובאמצעי לחימה ובתחום פעולות התגמול. עם זאת בפסיקת בג"ץ מן השנים האחרונות (מאז פרוץ האנתיפאדה השנייה) – בעיקר בהחלטות העקרוניות שלו בנושא גדר ההפרדה (**בית סוריק ומרעאבה**) ובנושא הסיכולים הממוקדים (**הוועד הציבורי נגד עיניניים**) – אימץ בג"ץ עמדה מרחיבה יותר. לפי עמדה זו, עקרון המידתיות הוא עיקרון כללי של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, המגביל כל הפעלת סמכות שלטונית על ידי הצבא, בעיקר (אך לא רק) בשטחים כבושים.

השימוש בעקרון המידתיות בפסיקתו של בג"ץ בעתירות העוסקות בניהול השטחים החל בד בבד עם התבססותו של העיקרון בשיח המשפטי הישראלי בראשית שנות התשעים של המאה העשרים. בפסקי דין שניתנו בתקופה מוקדמת יותר, ואשר עסקו במגוון הצעדים שנקטו המפקדים הצבאיים בשטחים וגררו פגיעה בזכויותיהם של התושבים המקומיים, לא נדונה בדרך כלל סוגיית היחס בין הצורך בהפעלת האמצעי הננקט לבין הפגיעה שתיגרם ממנו;²⁰⁰ במקרים הנדירים שבהם השאלה נבחנה, השתמש

198 ראו Henckaerts and Doswald-Beck, **לעיל** הערה 109, כרך 1, בעמ' 517, הערה 51.

199 **שם**, כרך 1, בעמ' 518.

200 למשל, לא הייתה התייחסות מפורשת ליחס שבין תכלית האמצעי לבין הנזק הנלווה לו בעתירות העוסקות בחוקיות ההקמה של יישובים אזרחיים על ידי

בית המשפט במבחנים כלליים ולא סדורים, כדוגמת מבחן 'היחס הסביר'²⁰¹ ומבחן 'ההתאמה למידת הסכנה'²⁰².

לאחר ההכרה בעקרון המידתיות במשפט המנהלי הישראלי²⁰³ החל בית המשפט ליישם את העיקרון גם על פעולות הצבא בשטחים, בהתאם לתפיסתו המסורתית שכללי המשפט המנהלי חלים גם על רשויות צה"ל הפועלות בשטחים. כך למשל, בפסק הדין שעסק בתנאי כליאתם של פלסטינים במחנה עופר, לאחר מבצע חומת מגן, נקבע:

לענייננו די בכך כי חלים העקרונות הכלליים של המשפט המינהלי, המלווים כל חייל ישראלי באזור [...] על-פי עקרונות אלה, על הצבא

-
- תפישתם לצרכים צבאיים (בג"צ 606/78 **אויב נ' שר הביטחון**, פ"ד לג(2) 113); בחוקיות סגירת שטחים לצורכי ביטחון (בג"צ 302/72 **אבו-חילו נ' ממשלת ישראל**, פ"ד כז(2) 169); בחוקיות הפקעת מקרקעין לצורך סלילת כבישים (בג"צ 202/81 **טביב נ' שר הביטחון**, פ"ד לו(2) 622; בג"צ 393/82 **ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**, פ"ד לז(4) 785); בחוקיות הטלת מס ערך מוסף על תושבי השטח המוחזק (בג"צ 69/81 **אבו עיטה נ' מפקד איו"ש**, פ"ד לז(2) 197); בחוקיות גירושם של אנשים (בג"צ 698/80 **קוואסמה נ' שר הביטחון**, פ"ד לח(1) 617); בחוקיות מעצר ומניעת פגישה עם עורכי דין (בג"צ 102/82 **צמל נ' שר הביטחון**, פ"ד לז(3) 365); ובחוקיות הטלתו של עוצר ממושך (בג"צ 1113/90 **שוא נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה**, פ"ד מד(4) 590).
- 201 בג"צ 24/91 **תימז נ' מפקד כוחות צה"ל באזח"ע**, פ"ד מח(2) 325, 335: 'צרכים צבאיים חיוניים [...] מתירים תפיסה והריסה. אולם, תנאי לכך הוא, כאמור, שאכן נתקיים צורך צבאי חיוני ושיש יחס סביר בין המטרה הצבאית לבין הפעולה הננקטת'. ראו גם בג"צ 533/88 **נזאל נ' מפקד איו"ש**, פ"ד מב(3) 641, 642; בג"צ 5667/91 **ג'בארין נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**, פ"ד מו(1) 858, 860; בג"צ 5510/92 **תורקמאן נ' שר הביטחון**, פ"ד מח(1) 217, 219-220.
- 202 בג"צ 72/86 **זלום נ' המפקד הצבאי לאיו"ש** (לא פורסם), בפסקה 8 לפסק הדין: 'בהפעילו את סמכותו, על המשיב לשקול מחד גיסא שיקולי בטחון ומאידך גיסא את טובתה של האוכלוסייה האזרחית. עליו לאזן בין השיקולים השונים, תוך שהאמצעים שבהם הוא נוקט **חייבים להתאים לגודל הסכנה תוך התחשבות בסיכויי התרחשותה** [...] האמצעים שנקטו פוגעים אמנם בפרנסתם של העותרים, אך בעיקרו של דבר זכויותיהם נשמרות, תוך שמובטח להם פיצוי על כל נזק שייגרם להם. בניסיונות אלה – ועל רקע הסתברות התרחשותה של הסכנה לאור אירועי הזמן האחרון – נראה לי כי האמצעים שנקטו על-ידי המשיב הם כדין' [ההדגשה שלי].
- 203 ראו למשל בג"צ 3477/95 **בן עטייה נ' שר החינוך**, פ"ד מט(5) 1; בג"צ 987/94 **ירונט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת**, פ"ד מח(5) 412.

לנהוג באזור, בין השאר, בסבירות ובמדתיות תוך איזון ראוי בין חירות הפרט לצורכי הכלל.²⁰⁴

חשובה יותר לענייננו היא עמדת בג"ץ שההכרה בעקרון המידתיות כעקרון על המגביל כל פעולה צבאית נובעת גם מן המשפט הבין-לאומי. בפרשת **בית סוריק**, שבה נבחנה חוקיותו של תוואי גדר ההפרדה באזור צפון פרוזדור ירושלים, קבע בית המשפט כדלקמן:

בעיית האיזון בין ביטחון לחירות אינה מיוחדת להפעלת שיקול-דעתו של המפקד הצבאי באזור הנתון לתפיסה לוחמתית. זוהי בעיה כללית במשפט (הבינלאומי והלאומי). הפתרון לה הוא אוניברסלי [...] אחד מאותם עקרונות יסוד המאזנים בין המטרה הראויה לבין האמצעים להגשמתה הוא העקרון של מדתיות (proportionality). על-פיו, ניתן להגביל את חירותו של הפרט (בענייננו, חירותם של התושבים המקומיים הנתונים לתפיסה לוחמתית) כדי להגשים מטרות ראויות (לענייננו, ביטחון המדינה ואזרחיה וביטחון האזור), ובלבד שההגבלה הינה מדתית [...] מדתיות מוכרת כיום כעקרון כללי של המשפט הבינלאומי [...] למדתיות מקום מרכזי בדינים בדבר סכסוכים מזוינים. בסכסוכים אלה נדרש תדירות לאזן בין צרכים צבאיים לבין שיקולים הומניטאריים [...] מדתיות היא אמת מידה לאיזון זה.²⁰⁵

לשון אחר, לגישתו של הנשיא ברק (שהפכה להלכה מחייבת של בית המשפט העליון), עקרון המידתיות הוא עיקרון כללי החל באופן דומה הן במשפט הבין-לאומי הן במשפט הלאומי:

- 204 בג"צ 3278/02 **המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית**, פ"ד נו(1) 385, 396. ראו גם בג"צ 5591/02 **יאסין נ' יוני בן דוד, מפקד מחנה צבאי קציעות**, פ"ד נו(1) 403, 414; בג"צ 3239/02 **מר'עב נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**, פ"ד נו(2) 349, 364. 'נוסיף עוד כי כידוע חלים על המפקד באזור העקרונות הבסיסיים של המשפט המינהלי הישראלי [...] לענייננו חשובים בעיקר עקרונות היסוד בדבר חובתה של כל רשות ציבורית לפעול בסבירות ובמדתיות תוך איזון ראוי בין חירותו של הפרט לצרכיו של הכלל'.
- 205 בג"צ **בית סוריק**, לעיל הערה 10, בעמ' 836-837.

גישה זו חוצה את כל ענפי המשפט. במסגרת העתירה שלפנינו, חשיבותה היא כפולה: ראשית, היא עקרון בסיסי של המשפט הבינלאומי, בכלל, ושל דיני התפיסה הלוחמתית, בפרט; שנית, היא אמת מידה מרכזית במשפט המינהלי הישראלי החלה באזור הנתון לתפיסה לוחמתית [...] מדתיות אינה רק עקרון כללי של המשפט הבינלאומי (הכללי וההומניטרי). מדתיות היא גם עקרון כללי של המשפט המינהלי הישראלי [...] עקרון המדתיות חל לעניין כל פעולה של רשות מינהלית ישראלית. הוא חל גם לעניין הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי על-פי דיני התפיסה הלוחמתית [...] הנה-כי-כן, דיני המשפט הבינלאומי, מזה, ועקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, מזה, מכירים במדתיות כאמת מידה המאזנת בין סמכותו של המפקד הצבאי באזור לבין צרכיה של האוכלוסיה המקומית.²⁰⁶

את הגישה הגורסת שעקרון המידתיות הוא עקרון כללי של משפט בין-לאומי הומניטרי אימץ בג"ץ בתיקים נוספים.²⁰⁷ כך למשל קבע הנשיא ברק בפרשת **הסיכולים**:

עקרון המדתיות הוא עקרון כללי במשפט. הוא חלק מתפיסתנו המשפטית בדבר זכויות האדם [...] הוא מרכיב חשוב במשפט הבינלאומי המנהגי [...] הוא חלק בלתי נפרד מדיני ההגנה העצמית. הוא מרכיב מהותי בהגנה על אזרחים במצבים של סכסוך מזוין [...] הוא חלק מרכזי בדיני התפיסה הלוחמתית.²⁰⁸

חשוב להדגיש כי הזיהוי בין עקרון המידתיות המנהלי-ישראלי לבין עקרון המידתיות ההומניטרי-בין-לאומי איננו מוגבל, אליבא דברק, לעצם מעמדו

206 שם, בעמ' 837-838.

207 ראו בג"צ **מראעבה, לעיל** הערה 18, בפסקה 30; בג"צ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (טרם פורסם), בפסקה 9: 'על סמכותו זו, הן מהיבט המשפט הבינלאומי והן מהיבט המשפט הציבורי הישראלי, להיות מופעלת לתכלית ראויה, בסבירות ובמדתיות, תוך שקילה זהירה ומדודה בין חיוניות המטרה שיש להשיגה לבין אופי הפגיעה הכרוכה בהשגתה, והיקפה'. וכן בג"צ 940/04 **אבו-טיר נ' המפקד הצבאי באיו"ש** (טרם פורסם), בפסקה 10; בג"צ 7862/04 **אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביו"ש**, פ"ד נט(5) 368, בעמ' 378.

208 בג"צ **הסיכולים, לעיל** הערה 11, בפסקה 41.

של העיקרון כאמת מידה לבחינת חוקיותם של צעדים הפוגעים בזכויות אדם, אלא הוא חולש גם על תוכנו של העיקרון ועל אופן יישומו. לפיכך אין חשיבות מעשית אם העיקרון מוחל מכוח המערכת הנורמטיבית האחת או האחרת. כך למשל, בפרשת **אלראם** שעסקה בחוקיות תוואי מכשול הפרדה בצפון העיר ירושלים, ואשר נבחנה בה השפעת המכשול על אוכלוסיות בעלות מעמד משפטי נבדל (דהיינו, אזרחים ותושבים ישראלים מחד גיסא ותושבים פלסטינים מאידך גיסא), קבע הנשיא ברק:

אכן, המשטרים הנורמטיביים החלים על כל אחת מן האוכלוסיות אינם זהים. יחד עם זאת, גם בהיבט זה עקרונות היסוד – ובמרכזם דרישת המדתיות – דומים הם. אופן האיזון בין השיקולים המתנגשים בהפעלת שיקול הדעת דומה בעיקרו. לפיכך, בבחינת חוקיות הפגיעה בזכויות האדם בשל תוואי הגדר בעתירות שלפנינו לא נעמוד גם אנו על ההבחנות הנורמטיביות בין סוגי התושבים המושפעים מן הגדר.²⁰⁹

עקרון המידתיות, כפי שפותח בפסיקתו של בית המשפט העליון בהקשר הפנים-ישראלי, כולל שלושה מבחני משנה המעניקים תוכן קונקרטי לעיקרון. שלושת המבחנים הללו אומצו ככתבם וכלשונם בפסיקה העוסקת בבחינת חוקיות פעילותו של צה"ל בשטחים.²¹⁰ מדובר במבחן ההתאמה או הקשר הרציונלי; במבחן החלופה הפוגענית פחות; ובמבחן המידתיות במובן הצר. יישומם של המבחנים בדיונים על תוואי גדר הפרדה הוביל, במקרים אחדים, לפסילת קטעים בתוואי הגדר.²¹¹ בפרשת **בית סוריק**, למשל, קבע

209 בג"צ 4289/05 מועצה מקומית ביר נבאללה נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם), בפסקה 46.

210 בג"צ **בית סוריק**, לעיל הערה 10, בעמ' 840; בג"צ **מראעבה**, לעיל הערה 18, בפסקה 30; בג"צ **עגורי**, לעיל הערה 2, בעמ' 373; בג"צ **אבו-טיר**, לעיל הערה 207, בפסקה 10; בג"צ 1748/06 **ראש עיריית דהרייה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (לא פורסם), בפסקה 14; בג"צ 5488/04 מועצה מקומית **אלראם נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם), בפסקה 43; בג"צ 9593/04 **מוראד נ' מפקד כוחות צה"ל ביו"ש** (טרם פורסם), בפסקה 18.

211 לדוגמאות נוספת ליישום עקרון המידתיות במכשול הפרדה או במכשולים פיזיים דומים ראו בג"צ **אבו דאהר**, לעיל הערה 207, בעמ' 382-383: 'הואיל ולא הוכח כי עקירת מטע עצים הממוקם בצד המזרחי של הקו הירוק נחוצה למנוע ירי אל עבר

בית המשפט שרובו של התוואי שנבחן אינו מידתי, שכן קיים תוואי חלופי המאזן בצורה ראויה יותר בין התועלת הצבאית לבין הנזק ההומניטרי הנגרם לתושבים הפלסטינים;²¹² בפרשת **מראעבה (אלפי מנשה)** נקבע שלא נשלל דבר קיומה של חלופה פוגענית פחות אשר תשיג רמת ביטחון דומה אך תגרור נזק הומניטרי קטן יותר;²¹³ ובפרשת **יאסין (מודיעין עילית)** נקבע כי תוואי שנועד להגן על שכונות שטרם אוכלסו אך גורם, כבר עתה, פגיעה קשה באינטרסים הומניטריים של האוכלוסייה הפלסטינית אינו מידתי.²¹⁴ פרשה אחרונה זו מעידה על הממד הזמני של עקרון המידתיות – חוסר מידיותו של האינטרס הציבורי המחייב הגנה משפיע על חוקיותה של הגבלה הגוררת פגיעה מוחשית ומידית בזכויות מוגנות של פרטים.

עם זאת קבע בג"ץ בתיקים אלו, כמו גם בתיקים אחרים הנוגעים למידתיותן של פעולות צה"ל בשטחים, כי השלטונות נהנים בפעולתם מ'מתחם מידתיות', ורק אמצעי שחורג ממתחם זה ייחשב בלתי חוקי.²¹⁵ דברים אלו הם למעשה ביטוי לשיקול הדעת המסור בידי הרשות השלטונית לבחור בין חלופות המקיימות כולן את דרישת המידתיות ולהעדפת עמדת הרשויות במקרי גבול. למרות זאת לא נמנע בית המשפט בכמה מקרים

ביתו של הביטחון בכוכב יאיר (מצדו המערבי של הקו הירוק), יש להסתפק בגיוס העצים; בג"צ **עיריית דהרייה, לעיל** הערה 210, פסקאות 19-21: 'הקמת מעקה בטון באורך של 40 ק"מ שנועד למנוע גישה לכביש הנו אמצעי בלתי מידתי, שכן את התכלית הביטחונית ניתן להגשים באמצעים אחרים פוגעניים פחות'; בג"צ **מוראד, לעיל** הערה 210, בפסקאות 24-27: 'מניעת גישה מפלסטינים לשטחים בבעלותם על מנת להגן עליהם מהתנכלויות מצד מתנחלים אינה מקיימת את מבחן הקשר הרציונאלי ואת מבחן החלופה הפוגענית פחות'.

212 בג"צ **בית סוריק, לעיל** הערה 10, בעמ' 850-852. כך נפסק גם בבג"צ 2577/04 **אל ח'וואג'ה נ' ראש הממשלה** (טרם פורסם), בפסקאות 39-41. לדיון ביקורתית ביישום עקרון המידתיות על ידי בג"ץ בפרשת **בית סוריק** ראו Cohen-Eliya, **לעיל** הערה 18.

213 בג"צ **מראעבה, לעיל** הערה 18, בפסקאות 112-114.

214 בג"צ **יאסין, לעיל** הערה 18, בפסקה 41.

215 בג"צ 1890/03 **עיריית בית-לחם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(4) 736, בעמ' 765: 'אכן, לא פעם קיימות כמה דרכים למימוש התכלית, אשר כולן מידתיות וסבירות. הבחירה בין הדרכים הללו נתונה למפקד הצבאי, וכל עוד המפקד הצבאי איננו חורג מ'מיתחם המידתיות' ומ'מיתחם הסבירות' לא יתערב בית-המשפט בשיקול-דעתו'. באופן דומה: בג"צ **בית סוריק, לעיל** הערה 10, בעמ' 830; בג"צ **מראעבה, לעיל** הערה 18, בפסקה 30; בג"צ **הסיכולים, לעיל** הערה 11, בפסקה 58; בג"צ 2271/98 **עאבת (חתחות) נ' שר הפנים**, פ"ד נה(5) 778, 794.

מלפקפק בהכרחיות התוואי שקבע הצבא²¹⁶ או להציע מיזמתו חלופות לאמצעים הביטחוניים שננקטו.²¹⁷ גישה זו מצביעה על נטייה למידה מסוימת של אקטיביזם שיפוטי בעת יישום מבחן המידתיות.

מלבד יישום עקרון המידתיות בתיקי גדר ההפרדה יישם בשנים האחרונות בית המשפט העליון את עקרון המידתיות – מכוח הדין המנהלי או הבין-לאומי – גם בעת בחינת חוקיותם של אמצעי ביטחון אחרים שנקט צה"ל בשטחים, כגון תיחום מקום מגורים של חשודים במעורבות בפעילות טרור;²¹⁸ הריסת מבנים לצרכים ביטחוניים;²¹⁹ מעצר חשודים בפעילות טרוריסטית בעת לחימה;²²⁰ וניהול פעולות לחימה בשטח כבוש.²²¹ כאמור לעיל, גם פסק דינו של הנשיא ברק בפרשת **הסיכולים** ראה בעקרון המידתיות עיקרון משפטי כללי התופס 'מקום מהותי' במשפט הבין-לאומי ההומניטרי והמגביל את השימוש בכוח צבאי במהלך סכסוך חמוש.²²²

- 216 ראו למשל בג"צ **יאסין, לעיל** הערה 18, בפסקאות 38-40.
- 217 ראו בג"צ **מראעבה, לעיל** הערה 18, בפסקה 113; בג"צ **זהרייה, לעיל** הערה 210, בפסקאות 19-21; בג"צ **אבו-דאהר, לעיל** הערה 207, בעמ' 282-283.
- 218 בג"צ **עג'ורי, לעיל** הערה 2, בעמ' 373.
- 219 בג"צ **הס, לעיל** הערה 207, בפסקה 9; בג"צ 4219/02 **גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה**, פ"ד (4) 608, 611.
- 220 בג"צ **מר'עב, לעיל** הערה 204, בעמ' 364.
- 221 בג"צ 4764/04 **רופאים לזכויות האדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה**, פ"ד (5) 385, 393.
- 222 בג"צ **הסיכולים, לעיל** הערה 11, בפסקאות 42-43: 'עקרון המידתיות תופס מקום מהותי בדינים הבינלאומיים בדבר סכסוך מזויין [...] עקרון המידתיות מתעורר כאשר הפעילות הצבאית מכוונת כנגד לוחמים ומטרות צבאיות, או כנגד אזרחים הנוטלים אותה עת חלק ישיר במעשי איבה, ותוך כדי כך נפגעים אף אזרחים. הכלל הוא כי הפגיעה באזרחים התמימים הנגרמת כאובדן נלווה תוך כדי פעולות לחימה צריכה להיות מדתית [...] עקרון המידתיות חל בכל מקרה בו נפגעים אזרחים שאינם נוטלים חלק ישיר אותה עת במעשי איבה'. עיון מדוקדק בפרשת **הסיכולים** מגלה כי עקרון המידתיות שימש את בית המשפט גם בבואו להכריע בשאלת חוקיות הפגיעה באזרחים המשתתפים באופן פעיל במעשי האיבה גם באותם מקרים שלא צפויה בהם פגיעה אגבית באזרחים. על פי פסק הדין של ברק, גם כאשר ללוחמי אויב כאלה יש לנסות לנקוט אמצעי שפגיעתו בהם פחותה, כלומר מעצרים והעמדתם לדין, ורק אם הדבר איננו אפשרי או עתיד לסכן חיילים, אפשר לפגוע בחייהם או בגופם. דרישה זו נלווית בפסק הדין לשתי דרישות נוספות בעניין פגיעה באזרחים המשתתפים באופן פעיל בלחימה – הסתמכות על מידע מבוסס באשר למעורבותם בלחימה ובדיקה עצמאית בדיעבד של חוקיות הפגיעה בהם (פסקה 40 לפסק דינו של הנשיא ברק; ופסקה 5 לפסק דינו של השופט ריבלין).

פסיקת בית המשפט העליון הנזכרת לעיל ממחישה, בין היתר, גם את גבולותיו של עקרון המידתיות – העיקרון אינו חל במקום שבו האמצעי הביטחוני מפר נורמות מוחלטות, כדוגמת האיסור על שימוש ב'מגנים אנושיים'²²³ או הדרישה לספק לעצורים ולאסורים תנאי מעצר ומאסר מינימליים.²²⁴ כמו כן אין צורך ליישם הלכה למעשה את נוסחת האיזון שבבסיס עקרון המידתיות כאשר הפגיעה באזרחים היא כל כך קשה עד כי גם תכלית צבאית בעלת תועלת ממשית לא תוכל להצדיק את גרימתה.²²⁵ נדמה שקביעה אחרונה זו מייצגת עמדה ערכית מקבילה לעמדה הגלומה במבחן המידתיות החמישי של בית הדין האירופי לזכויות אדם, אליבא דסטרמר – איון עצם מהותה של הזכות המוגנת.

יישום העיקרון

החלתם של מבחני המידתיות המנהליים הישראליים על הפעולות של רשויות הצבא בשטחים אפשרה לבית המשפט לבחון בחינה מדוקדקת את הצעדים הביטחוניים שהובאו אליו בדרך דומה לדרך שבה נבחנת חוקיותם של צעדים שלטוניים הננקטים במישור הפנים־מדינתי. במקצת העתירות שנדונו נקבעו אפילו משתנים כמותיים לשם הערכת מידתיותה של הפגיעה בזכויות האדם. העתירות העוסקות בתוואי גדר ההפרדה מדגימות את הדברים בצורה הבולטת ביותר. כך למשל כתבה השופטת פרוקצ'יה בפרשת **אבו־טיר**:

בהערכת מידתיות התוואי הראוי, יש להתחשב הן במספר בעלי הזכויות העשויים להיפגע והן בעוצמת הזכויות הנפגעות. נדרש שיקלול בין מרכיבים אלה על פי משקלם היחסי כדי להגיע לגיבושו של תוואי אשר, בראייה כוללת, יסב את הפגיעה הקטנה ביותר לציבור התושבים במקום. בחינת מספרם של בעלי הזכויות הנפגעים

223 בג"צ 3799/02 **עדאלה נ' אלוף פיקוד המרכז** (טרם פורסם). המסקנה שעקרון המידתיות איננו חל במקרה זה עולה באופן המובהק ביותר מתוך פסק דינו של הנשיא ברק.

224 וכך, בפסק הדין שעסק בתנאי הכליאה במתקן המעצר במחנה עופר לא בא לידי ביטוי עקרון המידתיות בחלקים שבחנו את קיום הסטנדרטים המינימליים של תנאי הכליאה (בג"צ **המוקד להגנת הפרט, לעיל** הערה 204, בעמ' 399-401).

225 בג"צ **הסיכולים, לעיל** הערה 11, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט ריבלין.

בכל חלופה אינה מספקת. בלא הערכת **עוצמת זכויותיהם** [ההדגשה במקור] הצפויות להיפגע לא ניתן יהיה להעריך את מדתיות החלופה הנבחרת. כך, למשל, נראה כי פגיעה בזכויות מגורים של תושבים עשויה להיחשב פגיעה קשה יותר מפגיעה בזכויות עיבוד של קרקע חקלאית, ופגיעה בזכויות עיבוד, כאמור, עשויה להיחשב קשה יותר מפגיעה בזכויות מחזיק בקרקע טרשית בלתי מעובדת. באופן זה, הערכת עוצמת הזכויות הנפגעות צריכה להיעשות בד בבד עם התחשבות במספר התושבים הנפגעים, תוך שיקולל ראוי ביניהם. בחינה, כאמור, עשויה לחייב הגדרת מספר בעלי הזכויות הנפגעים בכל חלופת־תוואי, בצד הגדרת אופי ועוצמת הזכויות של הנפגעים הפוטנציאליים – בין קרקעות חקלאיות, מעובדות, או טרשיות, בין מבנים למגורים, ובין מבנים המשמשים מישלח יד, וכיוצא באלה. וכך, בצד ההיבט המספרי של הנפגעים בכל חלופה אפשרית, נדרש לתת משקל למהות הזכויות הנפגעות, ומשקל זה עשוי להיות שונה בהתאם לאופייה של הזכות ומהותה. בבחירת התוואי, ראוי לקחת בחשבון גם נתונים רלבנטיים נוספים ובהם נתוני שטח כגון השפעת התוואי על כבישים ודרכי גישה, ולהתחשב גם בהיבט מיקומם של שערי יציאה ומעברים מתוכננים מהגדר, המרחק בינם לבין מקום מגוריהם ועבודתם של תושבי המקום, וההשפעה העשויה להיות לכך על נגישותם וחופש התנועה שלהם באזור. שיקולל משקלם היחסי של מכלול נתונים אלה חשוב לצורך עמידה בחובת ההתחשבות בעניינם של תושבי המקום, לעניין בחירת תוואי גדר אשר יענה על מבחן המדתיות.²²⁶

באופן דומה, קבע בית המשפט בפרשת **עיריית בית־לחם** 'נוסחה' להערכת מידתיות הפגיעה בחופש התנועה של העותרים בהסתמך על משתנים פרטניים שפותחו בפסיקת בג"ץ העוסקת בחסימת צירי תנועה בשבת.²²⁷ פסקי דין נוספים שניתנו בעניין תוואי גדר ההפרדה – ובכללם פסקי הדין בעניין **בית**

226 בג"צ **אבו־טיר, לעיל** הערה 207, בפסקה 12.

227 בג"צ **עיריית בית־לחם, לעיל** הערה 215, בעמ' 757–760. פסק הדין נסמך על שורה של הלכות חוקתיות שנקבעו בעניין הגבלת חופש התנועה במדינת ישראל, ובכללן הלכת **חורב** שעסקה בחסימתו של כביש בר אילן לתנועת כלי רכב במועד התפילות בשבת. בג"צ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1.

סוריק, ביר נבאללה, אלראם ואלפי מנשה – כוללים גם הם בחינה מפורטת של היתרונות הצבאיים לעומת הפגיעה בזכויות אדם והערכת החלופות זו מול זו.²²⁸

גם בפרשת **הסיכולים** ניסה בג"ץ ליצוק תוכן קונקרטי לדרך היישום של עקרון המידתיות, ובפסק דינו סיפק הנשיא ברק דוגמאות לפעולות צבאיות מידתיות ושאינן מידתיות: ירי אל עבר לוחם או מחבל צלף היורה על חיילים או על אזרחים ממרפסת ביתו, שנפגע ממנו אזרח תמים המתגורר בסמוך או עובר בתמימות ליד הבית, ייחשב צעד מידתי; לעומת זאת הפצצת בית מהאוויר אגב פגיעה בעשרות דיירים ועוברי אורח תיחשב בלתי מידתית.²²⁹ השופט ריבלין ציין באותה פרשה כי עקרון המידתיות יכול שיטיל 'מגבלות על תקיפתם של הלוחמים פורעי החוק עצמם. המגבלות עשויות להתייחס לסוג הנשק שבו נעשה שימוש במהלך פעולת הסיכול. המגבלות עשויות להביא לכך שייבחר אמצעי אשר מעמיד בסכנה מופחתת את חייהם של אזרחים תמימים. המגבלות עשויות להתייחס למידת הזהירות שיש לנקוט בה ביזהוי יעד הסיכול'.²³⁰

5.2. בחינה ביקורתית של פסיקת בג"ץ

פסק דינו של הנשיא ברק בפרשת **הסיכולים** אינו מבהיר אם הקביעה שעקרון המידתיות הוא עיקרון כללי של הדין ההומניטרי משקפת דין מצוי או דין רצוי. מצד אחד, ברק (כמו השופט ריבלין) יישם הלכה למעשה את המבחן השני של עקרון המידתיות (היעדר חלופה פוגענית פחות) באשר

228 בג"צ **בית סוריק, לעיל** הערה 10, בעמ' 846-861; בג"צ **מראעבה, לעיל** הערה 18, בפסקאות 102-115; בג"צ **ביר נבאללה, לעיל** הערה 209, בפסקאות 37-44 לפסק דינו של ברק, וכן בפסקה 6 לפסק הדין של השופטת נאור; בג"צ **אלראם, לעיל** הערה 210, בעמ' 57-59; בג"צ 10309/06 **מועצה מקומית אלפי מנשה נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם), בפסקאות 16-20.

סוג אחר של פסקי דין שנקבעו בו פרמטרים ברורים יחסית של מידתיות הוא פסקי הדין העוסקים בהריסת ביתו של מחבל מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום). בפסיקה שהתגבשה במשך השנים נקבעו מדדים מדויקים יחסית הקשורים לאופי מעשה החבלה, לטיבו של המבנה המיועד להריסה ולמהות הקשר בין המחבל לבין דיירי המבנה (לדוגמה: בג"צ 1730/96 **סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**, פ"ד נ(1) 353, 359-361).

229 בג"צ **הסיכולים, לעיל** הערה 11, בפסקה 46.

230 **שם**, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט ריבלין.

לפגיעה בלוחמי האויב עצמם – בניגוד לתפיסה המסורתית הגורסת שהדין ההומניטרי אינו מגביל את עצם האפשרות לפגוע בלוחמים או באזרחים ובמשתתפים פעילים במעשי איבה:

אין לתקוף אזרח הנוטל חלק ישיר, אותה עת, במעשי האיבה, אם ניתן לנקוט כלפיו אמצעי שפגיעתו פחותה. במשפטנו הפנימי, כלל זה מתבקש מעקרון המדתיות. אכן, מבין האמצעים הצבאיים, יש לבחור באותו אמצעי שפגיעתו בזכות האדם של הנפגע היא הפחותה. על כן, אם ניתן לעצור טרוריסט הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה, לחקור אותו ולהעמידו לדין, יש לנקוט בצעדים אלה.²³¹

בה בעת ציין ברק כי ישנם היבטים מסוימים של עקרון המידתיות החורגים מן האיסור על נזק נלווה מופרז, שמעמדם בדין הבין־לאומי אינו מוסדר באופן מספק:

דרישת המדתיות בדיני הסכסוך המזויין מתמקדת בעיקר במה שבמשפט החוקתי שלנו מכונה המדתיות 'במובן הצר', כלומר בדרישה כי יתקיים יחס מדתי ראוי בין המטרה הצבאית לבין הנזק האזרחי. עם זאת, דיני הסכסוך המזויין כוללים מרכיבים נוספים, שאף הם חלק בלתי נפרד מהעקרון העיוני של המדתיות במובנו הרחב. ראוי הוא לשקול את האפשרות לרכז דינים אלה כולם למטריה לה הם שייכים, תוך גיבוש תורה מקיפה של מדתיות, כפי שזו מקובלת במשפטן הפנימי של מדינות רבות. לא נוכל לבחון עניין זה במסגרת העתירה שלפנינו. נתרכז בהיבט של המדתיות המקובל על הכל כשייך לענייננו.²³²

כאמור לעיל, פסיקתו הענפה של בית המשפט העליון מיישמת את עקרון המידתיות כעיקרון כללי החולש על פעולות צבאיות בשטח כבוש או במצבי לחימה, משמע – כעיקרון כללי של משפט בין־לאומי הומניטרי. אף שעמדת בית המשפט מבוססת על התפיסה שיש להחיל עקרונות כללים של משפט

231 שם, בפסקה 40. ראו גם שם, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט ריבלין: עקרון המידתיות יכול שיטיל 'מגבלות על תקיפתם של הלוחמים פורעי־החוק עצמם'.

232 שם, בפסקה 44.

מנהלי על כל הפעלת סמכות שלטונית, לרבות פעולות צבאיות, אין הדבר מעורר קושי מיוחד. עם זאת עמדתו של בית המשפט שתוצאה זו מתחייבת גם מהמשפט הבין-לאומי עצמו נראית בעייתית. כפי שעולה מן הסקירה לעיל, הדין ההומניטרי מיישם את עקרון המידתיות – על כל או חלק ממבחניו – אך ורק בהקשרים משפטיים ואופרטיביים ספציפיים: בהקשר של נזק נלווה לאזרחים אגב פגיעה ביעדים צבאיים ושימוש בכלי נשק או באמצעי לחימה ובהקשר של פעולות תגמול. לעומת זאת אין באמנות העיקריות, בפסיקה או בספרות העוסקת במשפט הבין-לאומי תמיכה של ממש בהחלה גורפת של העיקרון על כל פעולות הצבא באשר הן.

למעשה, השופטת רוזלין היגנס, הנשיאה היוצאת של בית הדין הבין-לאומי בהאג, סבורה שעיקרון כזה עדיין אינו בנמצא. אמנם עקרון המידתיות עומד בבסיס אחדים מכללי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, אך אין לו קיום עצמאי מעבר לקיום שמקנים לו אותם כללים (שלא כמו המצב בתחום דיני זכויות האדם):

הנקודה הקריטית היא זו: דיני הסכסוך החמוש ממצים במלואם את דוקטרינת המידתיות [...] לעומת זאת, כפי שנראה, החובות המהותיות הנובעות מדיני זכויות אדם אינן ממצות את דרישת המידתיות. דרישה זו קיימת מחוץ ומעל לסעיפים הספציפיים [ההדגשה שלי].²³³

במילים אחרות, עקרון המידתיות הוא רציונל חשוב בבסיס אחדים מדיני המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, אך כנראה אין לראות בו עקרון-על המתפקד כחלק מן הדין החל בסוגיות שאינן מוסדרות בכללים ספציפיים של הדין ההומניטרי. לעומת זאת בדיני זכויות האדם – כפי שאכן עולה מן החלק הראשון של המחקר – העיקרון הוא גם רציונל המסביר את תוכנם של מקצת הכללים וגם מקור משפטי עצמאי.

233 'The critical point is this: the rules on armed conflict fully subsume the doctrine of proportionality [...] By contrast, as we shall see, the substantive obligations of human rights law do not subsume proportionality: it is said, Higgins, 'to exist over and above the provisions specified', לעיל הערה 72, בעמ' 234.

כיצד אפשר אפוא להצדיק את עמדת בית המשפט העליון באשר למעמדו של עקרון המידתיות? אפשרות אחת היא לראות בעקרון המידתיות עיקרון משפטי כללי, אשר חוצה את כל תחומי המשפט הבין-לאומי ואשר חל, בכפוף לדין ספציפי סותר, על כל אינטראקציה שהמשפט הבין-לאומי חולש עליה. מכאן שאי-הכללתו של העיקרון בדין הבין-לאומי ההומניטרי (שבמצבי קונפליקט הוא *lex specialis*) אינה מונעת את החלתו של העיקרון כעיקרון משפטי כללי (*lex generalis*).²³⁴ למעשה, נדמה כי הנמקתו של הנשיא ברק בפרשות **בית סוריק והסיכולים** נוטה לכיוון זה.

דא עקא, כפי שיוסבר בפרק הרביעי של מחקר זה, הבסיס המשפטי לעמדה זו אינו חזק במיוחד, וגם האסמכתאות שבג"ץ הציג לתמיכה בעמדתו אינן מדויקות לגמרי: היגיוס – המוזכרת בפסקי הדין הללו כאסמכתה מרכזית לתזה שלפיה מדובר בעיקרון משפטי כללי – סבורה למעשה כי עיקרון כזה אינו בנמצא ככל הנראה;²³⁵ ותאודור מרון (המכהן כיום כשופט בבית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה) – המוזכר בפסיקת בג"ץ כאסמכתה אחרת לטענה שעקרון המידתיות הוא עיקרון משפטי כללי – רק מעלה השערה שייתכן שמדובר בעיקרון שהוא חלק מן הדין המצוי.²³⁶ העמדה הנזכרת בפסק הדין בדבר מעמדו של עקרון המידתיות כעיקרון משפטי כללי מבוססת אם כך על מקור משפטי אחד – ערך המידתיות באנציקלופדיית המשפט הבין-לאומי משנת 1987²³⁷ – וגם מקור זה אינו מכריע אם מדובר בעיקרון משפטי כללי או בעיקרון כללי של משפט בין-לאומי (הבחנה בעלת נפקויות מסוימות שיוסברו בפרק הרביעי להלן).

למרות זאת איני סבור שהבסיס המשפטי הרעוע שבית המשפט העליון ביסס עליו את מעמדו של עקרון המידתיות כעיקרון משפטי כללי או כעקרון-על של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי מייצג בעיה בלתי פתירה.

- 234 להנמקה אנלוגית ליחסי הגומלין בין משפט בין-לאומי הומניטרי לדיני זכויות אדם ראו 226, 240 I.C.J. 1996 *Legality of Nuclear Weapons*, Higgins, **לעיל** הערה 72, בעמ' 236.
- 235 T. Meron, 'The Humanization of Humanitarian Law', 94 *A.J.I.L.* (2000) 236
- 239, 275. האסמכתה שבית הדין הסתמך עליה בפרשת **בית סוריק** היא זו: T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* 65, at note 178 (1989) (מידתיות היא אולי עיקרון משפטי כללי).
- 237 J. Delbruck, 'Proportionality', 3 *Encyclopedia of Public International Law* 1140, 1144 (1997)

כעולה מן הפרק הרביעי במחקר זה, יש אפשרויות פרשניות נוספות, ואלו תומכות בעמדה שיש לראות בעקרון המידתיות יישום ספציפי של האיסור הכללי על שימוש לרעה בזכויות משפטיות²³⁸ או של כללים בסיסיים של צדק או הומניות²³⁹ – עקרונות שמעמדם המשפטי כעקרונות משפטיים כלליים מבוסס יותר. כמו כן ייתכן שאפשר לראות בעקרון המידתיות עיקרון כללי של משפט בין-לאומי הומניטרי הנובע מסעיף מרטנס – סעיף 21(2) לפרוטוקול הראשון – המייצג דין בין-לאומי מנהגי.²⁴⁰ סעיף מרטנס קובע:

במקרים שאינם נופלים בגדר פרוטוקול זה או בגדר הסכמים בין-לאומיים אחרים, אזרחים ולוחמים נותרים תחת הגנתם וסמכותם של עקרונות המשפט הבין-לאומי הנובעים מהמנהג המוכר, מעקרונות הומניים ומצו המצפון הציבורי.

In cases not covered by this Protocol or by other international agreements, civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience.

אם אפשר לראות בעקרון המידתיות עקרון פעולה המתחייב משיקולים אנושיים ומצפוניים (ולפחות אחת מהחלטות בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה תומכת בעמדה שעקרון המידתיות נובע משיקולים אנושיים²⁴¹), כי אז הוא יחול במהלך סכסוך חמוש על היבטים מסוימים הנוגעים להגנה

- B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1987) 121 238
- ראו *Kupreskić*, לעיל הערה 124, בפסקה 524, *Corfu Channel (UK v. Albania)*, 1949 ICJ 4, 22 239
- סעיף 21(2) לפרוטוקול הראשון חוזר, כמעט במדויק, על ההוראה המקבילה שנכללה במבוא לאמנת האג הרביעית בדבר דיני הלחימה ביבשה משנת 1907. ראו לעיל, הערה 108. מעמדו המנהגי של סעיף מרטנס אושר, בין היתר, ב-*Legality of Nuclear Weapons*, *Kupreskić*; הערה 124, בפסקה 525. לדין ראו T. Meron, 'The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience', 94 *A.J.I.L.* (2000) 78, 88 240
- Galić*, לעיל הערה 117, בפסקה 58, הערה 104. 241

על פרטים – לוחמים ואזרחים – שאינם מוסדרים בבירור בדין הקיים. תוצאה זו יכולה להתקבל באחת משתי דרכים: שימוש בעקרון המידתיות לצורך מילוי לקונה בדין או שימוש בו לשם פרשנות מרחיבה של דרישת הנחיצות (דרישה זו היא בעלת תחולה רחבה יותר בדין הקיים לעומת עקרון המידתיות).²⁴²

אם כן, נקודת התורפה העיקרית בגישתו של בית המשפט לסוגיית מעמדו של עקרון המידתיות אינה קשורה לטעמי דווקא לאיכות המחקר המשפטי, המתיימר לבסס את העיקרון כעיקרון משפטי כללי של משפט בין-לאומי או של משפט בין-לאומי הומניטרי, אלא לאופן שבו בג"ץ מתייחס ל'חלוקת העבודה' בין הדין הספציפי לדין הכללי. נדמה שכאשר הפרקטיקה הברורה של רוב המדינות במהלך סכסוכים חמושים אינה עולה בקנה אחד עם הכרה ביישום קונקרטי של עקרון המידתיות, אפשר לראות בפרקטיקה זו משום נורמה מנהגית ספציפית שמשמעותה הסדר שלילי, ולא לקונה.²⁴³ מכאן שהפרקטיקה המדינית הקיימת, המנוגדת לעמדה הגורסת שאפשר להחיל את עקרון המידתיות על פגיעה בלוחמי אויב, מקשה על קבלת המסקנה שיש לקונה בדין שצריך למלאה באמצעות פנייה לעיקרון משפטי כללי. באותה מידה קשה לקבל את העמדה ששומה על בית המשפט לפרש את הדין מחדש – בניגוד לפרקטיקה המקובלת – באופן שימנע ממדינות להרוג חיילי אויב כאשר אפשר לנטרלם בדרך אחרת. (ודוק, לפי אמנת וינה בדבר דיני אמנות יש לפרש אמנות לאור הפרקטיקה הנוהגת של הצדדים לאמנות).²⁴⁴

242 לתמיכה במסקנה זו ראו M. Bothe, *New Rules for Victims of Armed Conflicts* 195 (1982)

243 ראו *Kupreskić*, לעיל הערה 124, בפסקה 525: [The Martens Clause] may not be taken to mean that the "principles of humanity" and the "dictates of public conscience" have been elevated to the rank of independent sources of international law, for this conclusion is belied by international practice' [אין להבין את סעיף מרטנס כאילו הוא קובע ש"עקרונות הומניים" ו"צו המצפון הציבורי" קודמו לדרגת מקורות עצמאיים של משפט בין-לאומי, שכן מסקנה זו אינה מתיישבת עם הפרקטיקה הבין-לאומית].

השוו את עמדת בית הדין הבין-לאומי בהאג בעניין דפוס הפרשנות החל על הטלת איסורים ספציפיים על אמצעי לחימה והימנעות מ'מתיחת' איסור על כלי נשק אחד ביחס לכלי נשק אחר: 248, 226 I.C.J. 1996 *Legality of Nuclear Weapons*, 23 May 1969, Art. 31(3)(b), 1155 Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, Art. 31(3)(b), 1155 U.N.T.S. 331 (להלן: VCLT).

לפיכך קשה לאמץ את המסקנה המשתמעת מפסק דינו של בית המשפט בפרשת **הסיכולים**, ולפיה יש ליישם את מבחן המידתיות השני (היעדר חלופה פוגענית פחות) ביחס לאזרחים המשתתפים השתתפות פעילה במעשי איבה, ואסור להרגם במקרים שאפשר לעצורם. ודוק, אפשר אולי להצדיק עמדה מסוימת זו, ובעיקר ייתכן שאפשר לבסס את החובה להימנע מהריגת אזרחים מעורבים על חובת הזהירות החלה בעת ניהול מעשי איבה (בשל הקושי לזהות את האזרחים המעורבים באופן פעיל בלחימה).²⁴⁵ החובה האמורה חלה, כך אפשר לטעון, במידה מוגברת על אזרחים המשתתפים באופן פעיל במעשי איבה המתנהלים בשטח כבוש, שכן סעיף 27 לאמנת ז'נובה הרביעית מגן על זכותם לחיים של אזרחים מוגנים. (גם אזרחים המשתתפים השתתפות פעילה במעשי איבה נחשבים בדרך כלל אזרחים מוגנים, אם כי אפשר להגביל את זכויותיהם מכוח האמנה.²⁴⁶) לתוך זכות זו אפשר לקרוא, בדרכים פרשניות, גם את עקרון המידתיות. עם זאת הדין הנוהג כיום אינו מאפשר ככל הנראה לגזור את החובה לבחור בחלופה פוגענית פחות מתוך עקרונות כלליים של משפט בין-לאומי או דין הומניטרי ולהימנע מטעם זה בלבד מפגיעה בלוחמים או באזרחים המשתתפים באופן פעיל במעשי איבה.²⁴⁷

בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה אימץ בפרשת *Kordić and Cerkez* גישה שונה מזו המוצעת כאן וקבע כי עקרון המידתיות יכול לחול גם על פגיעה בלוחמי אויב:

הרכב הערעורים מציין כי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי מתיר, כעיקרון, נקיטת פעולות מלחמתיות נגד יעדים צבאיים, למשל חיילי אויב. עם זאת חוקיותה הכללית של פגיעה בחייו או בשלמות גופו של לוחם אויב כפופה לעקרונות של נחיצות ושל מידתיות.²⁴⁸

API, Art. 57 245

246 ראו למשל סעיף 4 לאמנת ז'נובה הרביעית. לדיון ראו P. E. Kantwill and S. Watts, 'Hostile Protected Persons or "Extra-Conventional Persons": How Unlawful Combatants in the War on Terrorism Posed Extraordinary Challenges for Military Attorneys and Commanders', 28 *Fordham Intl. L.J.* (2005) 681

247 לדיון במעמדם של לוחמים בלתי מוגנים או בלתי חוקיים ראו מ' קרמניצר וה' מודריק אבן-חן, **לוחמים בלתי חוקיים או חקיקה בלתי חוקית? על חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002** (2005).

248 '[T]he Appeals Chamber notes that, in principle, international humanitarian law allows for acts of war to be directed against military objectives, e.g.,

המשמעות המדויקת של קביעה זו – ובעיקר, אם כוונתו של בית הדין הייתה להגבלות מתחום ה-*jus in bello* או להגבלות מתחום ה-*jus ad bellum* (ראו להלן בפרק השלישי) – נותרה לא ברורה, ואי־אפשר להסיק ממנה שעקרון המידתיות חל במלואו על לוחמי אויב.

5.3. תפקידם של דיני זכויות האדם בעת מלחמה

נדמה כי דיני זכויות האדם – ולא הדין ההומניטרי – מספקים בסיס מוצק יותר לעמדה שעקרון המידתיות חל על כל מקרה של הפעלת סמכות שלטונית בשטח כבוש. הואיל והעמדה המקובלת היום על רוב בתי הדין וועדות המומחים הדנות בנושא,²⁴⁹ כמו גם על רוב הכותבים בתחום,²⁵⁰ היא שאמנות זכויות האדם מוסיפות לחול בשטחים כבושים, אזי עקרון המידתיות – כעקרון־על של דיני זכויות האדם – נראה על פניו רלוונטי לדין בחוקיות פעולות צה"ל בשטחים כל עוד אין נורמה מסוימת של דיני כיבוש שהיא בבחינת דין ספציפי סותר. תיקי גדר ההפרדה בבג"ץ מבוססים על סמכויות כלליות של השלטת חוק וסדר (ועל הסמכות של הכוח הכובש לפגוע בקניין פרטי לצורך שמירה על הביטחון), ולא חולש עליהם דין ספציפי השולל את

enemy soldiers. However, the general lawfulness of destroying the life or limb of an enemy combatant is restricted by the principles of necessity and proportionality.' *Kordić and Cerkez*, Appeal Chamber, 17 December 2004, at para. 686

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 2004 I.C.J. 136; *Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*, 2005 I.C.J. 168; *Loizidou v. Turkey*, 310 Eur. Ct. H.R. (ser A) (1995) 23; Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel, 5 Aug. 2003, at para. 11, U.N. Doc CCPR/CO/78/ISR (2003)

O. Ben Naftali and Y. Shany, 'Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories', 37 *Isr. L. Rev.* (2003-2004) 250
 M. J. Dennis, 'Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation', 99 *A.J.I.L.* (2005) 119
 אדם אינה רצויה מנקודת ראותם של תושבי השטח הכבוש, שכן הדבר הופך את זכויותיהם המוחלטות או הכמעט מוחלטות לפי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי לזכויות יחסיות. ראו A. Gross, 'Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?', 18 *Eur. J. Intl. Law* (2007) 1

תחולתו של עקרון המידתיות. נראה אפוא כי הפנייה לדיני זכויות האדם מספקת בסיס ראוי להפעלתו של העיקרון האמור.²⁵¹

שאלה מורכבת יותר מתעוררת בנוגע לתפקידם של דיני זכויות האדם בפעולות צבאיות בשטח אויב שאינו נמצא בשליטתה האפקטיבית של המדינה המפעילה את הכוח הצבאי (למשל, הפצצות אוויריות). האם במקרה כזה דיני זכויות האדם חלים באופן המאפשר את החלת עקרון המידתיות כך שירחיב את ההגנה שמעניקים הדינים ההומניטריים? ובאופן ספציפי יותר, האם עקרון המידתיות השאוב מדיני זכויות האדם עשוי לפעול בדרך שתגביל את הזכות לפגוע בזמן מלחמה בחיילי אויב? הגם שיש תמיכה מסוימת בספרות המשפטית ובהחלטותיהם של גופי זכויות אדם מסוימים בדעה שדיני זכויות האדם חלים על כל פעולות הצבא בכל עת,²⁵² פירשו בית הדין האירופי לזכויות אדם (בפרשת *Banković*²⁵³) ובית הלורדים הבריטי (בפרשת *Al-Skeini*²⁵⁴) את תחולת האמנה האירופית לזכויות האדם פרשנות מצמצמת יותר. לשיטתם, האמנה תחול בשטח המדינה, בשטח כבוש על ידיה ובמקרים ששלוח מטעם המדינה מחזיק פיזית בפרט כלשהו בשטח זר. לפיכך ספק אם דיני זכויות האדם ועקרון המידתיות הכלול בהם יכולים לסייע, בשלב זה, לדיון בחובתה של המדינה כלפי פרטים השוהים בשטח אויב (ואינם מוחזקים שם במשמורת בידי סוכני המדינה).

לסיכום, אף על פי שעמדתו של בית המשפט העליון בדבר מעמדו של עקרון המידתיות כעקרון-על של המשפט הבינ-לאומי ההומניטרי החולש על כל פעולה צבאית או שלטונית היא עמדה ראויה בעיניי, ספק אם היא מייצגת כהלכה את הדין הנוהג – בייחוד לנוכח קיומן של פרקטיקות ספציפיות בנוגע לפגיעה בלוחמי אויב שאינם מתיישבות עם קיומו של עיקרון שכזה. עם זאת החלות המקבילה של דיני זכויות אדם ודיני משפט בין-לאומי הומניטרי בשטחים ריבוניים של המדינה ובשטחים כבושים מאפשרת להגיע לתוצאה דומה, לפחות באשר לפרטים השוהים בשטחים אלו.

251 פעמים אחדות החיל בית המשפט העליון אמנות זכויות אדם על השטחים (ראו למשל בג"צ **מר'עב, לעיל** הערה 204; בג"צ **הס, לעיל** הערה 207), אך נמנע מלקבוע בנחרצות בפרשת **מראעבה (אלפי מנשה)** שאמנות זכויות האדם שישיראל היא צד להן חלות בשטחים. בג"צ **מראעבה, לעיל** הערה 18, בפסקה 27.

252 לדיון ראו Ben Naftali and Shany, **לעיל** הערה 250, בעמ' 64-66, 85-87.

253 94 (2003) 123 I.L.R. *Banković v. Belgium*. פסק הדין ניתן בשנת 2001.

254 3 WLR 33 (HL) [2007] *R (Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence*

3

ההכרה בעקרון המידתיות בדיני השימוש בכוח של המשפט הבין-לאומי

1. התפתחותו ההיסטורית של העיקרון

דיני השימוש בכוח מסדירים יחסים בין זכויות ובין אינטרסים של מדינות, ולא בין אינטרסים של פרטים (שהם מושא ההגנה של דיני זכויות האדם והמשפט הבין-לאומי ההומניטרי). ובכל זאת בחינת מעמדו של עקרון המידתיות במסגרת דינים אלו רלוונטית משני טעמים. ראשית, הואיל וניצני ההכרה בתפקידו הנורמטיבי של עקרון המידתיות במסגרת דיני השימוש בכוח ניכרו כבר במחצית הראשונה של המאה התשע עשרה (בפרשת **קרוליין** הנדונה להלן), הרי שדיני השימוש בכוח הם למעשה הענף המשפטי החשוב הראשון שבו נוצר עקרון המידתיות. אשר על כן, התפתחות העיקרון במסגרת דינים אלו הייתה השפעה ניכרת על ההתפתחות המאוחרת יותר של העיקרון במשפט הבין-לאומי הכללי ובמשטרים המשפטיים הספציפיים שלו, בכללם המשטרים שנדונו לעיל. שנית, דיני השימוש בכוח מהווים מסגרת משפטית כללית שבתוכה פועלים דיני הלחימה (*jus in bello*) או – בשם המודרני – המשפט הבין-לאומי ההומניטרי. מיפוי היקף תחולת העיקרון במסגרת דיני השימוש בכוח תסייע אפוא למפות את מקורותיו הרעיוניים של העיקרון במשפט הבין-לאומי ותתרום להבנה טובה יותר של אופן הפעולה שלו במשפט הבין-לאומי ההומניטרי.

הניסוח הראשון והמפורסם ביותר של עקרון המידתיות בקשר לדיני השימוש בכוח הוא האיגרת ששלח מזכיר המדינה האמריקני דניאל ובסטר לשגריר הבריטי הנרי פוקס בשנת 1841. האיגרת נשלחה בשנת 1837 בעקבות תקרית גבול אשר במהלכה חדרו כוחות בריטיים שהיו מוצבים בקנדה לשטח ארצות הברית והטביעו את האנייה האמריקנית קרוליין (שהוברחו בה אמצעי לחימה למורדים קנדים). ובסטר הציע במכתבו שפעולה צבאית הנחוצה להגנה עצמית תיחשב חוקית רק אם היא הייתה סבירה או בלתי מופרזת:

השלטונות המקומיים בקנדה – גם אם נניח שהצורך הרגעי התיר להם להיכנס לשטחי ארצות הברית – לא עשו דבר בלתי סביר או

מופרז; כיוון שהאמצעי הנובע מהצורך בהגנה עצמית חייב להיות מוגבל לצורך זה ולהישמר בבירור בגדרו.²⁵⁵

ובסטר לא הבחין בבירור בין עקרונות הנחיצות, הסבירות והמידתיות, וספק אם התכוון להציב מגבלה של מידתיות במובנה הצר (הרכיב השלישי של העיקרון, הדורש שמירה על יחס ראוי בין היעד הלגיטימי של הפעולה לבין תוצאות הלוואי המזיקות שלה) או להטיל חובה לבחור באמצעי פוגעני פחות.²⁵⁶ למרות זאת מרבית החוקרים רואים במכתבו של ובסטר את הבסיס ההיסטורי להכללת עקרון המידתיות בדיני השימוש בכוח.²⁵⁷ אמנם העובדות שבבסיס פרשת **קרוליין** הן עובדות ייחודיות – הפעולה הבריטית בשטחה של ארצות הברית לא כוונה נגד צבא ארצות הברית כי אם נגד אזרחים אמריקנים פרטיים שסיפקו נשק למורדים הקנדים (בין היתר באמצעות האנייה קרוליין) – והן מעלות שיקולי מדיניות ייחודיים.²⁵⁸ יש גם הרואים בפרשת **קרוליין** דוגמה לפעולת הגנה עצמית מניעתית (anticipatory self-defense) ולא פעולה שבאה בתגובה להתקפה חמושה.²⁵⁹

- [T]he local authorities of Canada, even supposing the necessity of the moment authorized them to enter the territories of the United States at all, did nothing unreasonable or excessive; since the act, justified by the necessity of self-defense, must be limited by that necessity, and kept clearly within it.’ The *Caroline* (Exchange of diplomatic notes between Great Britain and the United States, Webster 1842), 2 J. Moore, *Digest of International Law* (1906) 409, 412 255
- J. A. Green, ‘Docking the *Caroline*: Understanding the Relevance of the Formula in Contemporary Customary International Law Concerning Self-Defense’, 14 *Cardozo J. Intl. & Comp. L.* (2006) 429, 457-458 256
- C. Gray, *International Law and the Use of Force* (2nd ed., 2004) 120; S. D. Murphy, ‘Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An *Ipsa Dixit* from the ICJ?’, 99 *A.J.I.L.* (2005) 62 257
- M. Benvenuta Occelli, ‘“Sinking” the *Caroline*: Why the *Caroline* Doctrine’s Restrictions on Self-Defense Should Not Be Regarded as Customary International Law’, 4 *San Diego Intl. L.J.* (2003) 467; T. Kearley, *Raising the Caroline*, 17 *Wis. Intl. L.J.* (1999) 325 258
- Military and Paramilitary Activities*, 1986 I.C.J. 14, 362 259
- L. Van Den Hole, ‘Anticipatory Self-Defence Under International Law’, 19 *Am. U. Intl. L. Rev.* (2003) 69, 95-97

יתר על כן, במאה התשע עשרה לא אסר המשפט הבין-לאומי באיסור גורף יציאה למלחמה – דבר המשפיע אף הוא על הרלוונטיות של פרשת **קרוליין** למציאות המשפטית דהיום.²⁶⁰ ובכל זאת קבע בית הדין הבין-לאומי בהאג בכמה פסקי דין כי תנאי קרוליין – נחיצות ומידתיות – הם חלק מהדין הבין-לאומי המנהגי וכי יש לקרוא אותם אל תוך לשונו של סעיף 51 למגילת האו"ם המסדיר את הזכות להגנה עצמית.²⁶¹

מכאן שהדוקטרינה המקובלת כיום מחייבת שכל שימוש בכוח צבאי יעמוד בתנאי המידתיות במובנם לפי דיני השימוש בכוח (כפי שיפורט להלן). מסקנה זו מתחזקת לאחר בחינת הפסיקה והספרות הדנה בצורות מיוחדות של הפעלת כוח – פעולות תגמול,²⁶² התערבות הומניטרית,²⁶³ הגנה על אזרחים

סבור שהפעולה הבריטית – שנעשתה בעיצומה של מרידה פעילה – צריכה להיות מסווגת כפעולה מקדימה של הגנה עצמית.

Gray, **לעיל** הערה 257, בעמ' 121. 260

Military and Paramilitary Activities, 1986 I.C.J. 14, 94; *Legality of Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. 226, 245; *Oil Platforms (Iran v. U.S.)*, 2003 I.C.J. 161, 187. בפרשת *Oil Platforms* הציגה השופטת היגנס מקור משפטי אחר למעמדה המחייב של הדרישה שהפעלת כוח תהא מידתית. באותה פרשה טענה אירן כי ארצות הברית הפרה את ההסכם בדבר ידידות, יחסים כלכליים וזכויות קונסולריות שנחתם בשנת 1955 בין שתי המדינות בכך שהיא הרסה כמה מתקני נפט אירניים. ארצות הברית טענה מצדה כי הריסתם של המתקנים איננה בבחינת הפרה של הסכם הידידות, שכן על פי סעיף 20 להסכם היא הייתה רשאית לנקוט אמצעים הדרושים כדי להגן על האינטרסים הביטחוניים החיוניים שלה. השופטת היגנס סברה (בדעת יחיד) שיש להבין את המונח 'אמצעים דרושים' הקבוע בסעיף 20 כטומן בחובו את דרישת המידתיות, שכן '[i]n general international law, "necessary" is understood also as incorporating a need for "proportionality"']

Oil Platforms, 2003 I.C.J. 161, 238

Responsibility of Germany for Damage Caused in the Portuguese Colonies in the South of Africa (Naulilaa), 8 Trib. Arb. Mixtes 409 (Port. Ger. 1928); M. J. Kelly, 'Time Warp to 1945: Resurrection of the Reprisal and Anticipatory Self-Defense Doctrines in International Law', 13 *J. Transnatl. L. & Pol.* (2003) 1, 8; Y. Dinstein, *War, Aggression and Self Defence* (4th ed., 2005) 224-225 262

C. M. Chinkin, 'NATO's Kosovo Intervention: Kosovo: A "Good" or "Bad" War?', 93 *A.J.I.L.* (1999) 841; G. K. Walker, 'Principles for Collective Humanitarian Intervention to Succor Other Countries' Imperiled Indigenous Nationals', 18 *Am. U. Intl. L. Rev.* (2002) 35, 95; R. Zacklin, 263

בחור"ל,²⁶⁴ פעולות אכיפה²⁶⁵ וכד'.²⁶⁶ אף על פי שחוקיותן של דוקטרינות אחדות המצדיקות את צורות הפעלת הכוח האמורות שנויה במחלוקת, גם התומכים בקיומם של חריגים למיניהם לאיסור על שימוש בכוח מכירים בכך שבכל מקרה יש להפעיל במסגרתם את הכוח הצבאי באופן מידתי.

2. המבחנים המוצעים בספרות המשפטית

כאשר באים לבחון את המידתיות של הפעלת כוח צבאי לפי אחת הדוקטרינות המתירות שימוש בכוח, השאלה המרכזית המתעוררת היא מהו האינטרס שכנגדו יש למדוד את מידתיותה של התגובה: האם על התגובה להיות מידתית לפרובוקציה הראשונית, דהיינו למתקפה הלא חוקית שפעולת ההגנה העצמית באה להדוף? או שמא על התגובה להיות מידתית לאיום הנשקף מהצד התוקפן? השופטת היגנס מציעה נוסחה הנחשבת לגישה המקובלת על רוב הכותבים בתחום:²⁶⁷ 'מידתיות צריכה להיות יחסית ליעד הלגיטימי הכולל של סיום התוקפנות או הדיפת הפלישה' [Proportionality] has to be in relation to the overall legitimate objective, of ending the

²⁶⁸[aggression or reversing the invasion']

אף שהיגנס נוטה לתפיסה רחבה יחסית, הבוחנת את יחסי הגומלין בין האמצעים הננקטים לבין היעדים **האסטרטגיים** של הפעולה הצבאית (להבדיל מהיעדים הטקטיים של התקפה זו או אחרת – נושא המוסדר בעיקרו בדיני הלחימה ולא בדיני השימוש בכוח), בכל זאת הפנייה שלה לרשימה סגורה של יעדים לגיטימיים – הפסקת התוקפנות או הדיפת הפלישה – מלמדת שביטול התוצאות של הפרובוקציה הספציפית (תוקפנות, פלישה) הוא, לדעתה של היגנס, הפרמטר העיקרי שביחס אליו יש להפעיל

'Beyond Kosovo: The United Nations and Humanitarian Intervention', 41

Va. J. Intl. L. (2001) 923, 940

T. C. Wingfield, 'Forcible Protection of Nationals Abroad', 104 *למשל* 264

.232 בעמ' 262, *לעיל* הערה 262, *Dinstein; Dick. L. Rev.* (2000) 439, 465

K. N. Trapp, 'Back to Basics: Necessity, Proportionality, and 250' בעמ' 265

the Right of Self-Defence against Non-State Terrorist Actors', 56 *Intl. & Comp. L.Q.* (2007) 141, 155-249

266 *ראו* Gardam, *לעיל* הערה 112, בעמ' 140.

267 *Gray, לעיל* הערה 257, בעמ' 121.

268 *Higgins, לעיל* הערה 72, בעמ' 232.

את מבחן המידתיות (ולא התמודדות רחבה יותר עם האיום ארוך הטווח שנשקף מהצד שכנגד).²⁶⁹ על כך מוסיפה גרדם שבמקרים של הגנה עצמית מקדימה מטרתה הלגיטימית של הפעולה, שלאורה יש לבחון את מידתיותה, היא מניעת ההתקפה הממשמשת ובאה.²⁷⁰

עמדתן זו של היגינס ושל גרדם מתיישבת עם ההסדר הכללי הקיים בסעיף 51 למגילת האו"ם, ולפיו הסמכות להפעיל כוח במסגרת הגנה עצמית היא סמכות חריגה ביותר הניתנת למדינות רק בשעת חירום קיצונית (כאמצעי נגד התקפה חמושה) ולמשך זמן מוגבל (עד אשר מועצת הביטחון תתערב במצב). מכאן שתכליתה הלגיטימית של פעולת הגנה עצמית היא התמודדות עם מתקפות מוחשיות, ולא נטרול איומים ארוכי טווח (תפקיד המסור לפי מגילת האו"ם למועצת הביטחון).²⁷¹

יש לציין, עם זאת, שיש עוד דעות בעניין. כך למשל, דינשטיין סבור כי במקרה שהפרובוקציה הראשונית חמורה דיה ומצדיקה פתיחה במלחמה כוללת, אין עוד מקום להסתמך על עקרון המידתיות, והצד המותקף ראוי להפעיל כוח עד להשמדתו של הצבא היריב.²⁷² יתרונה של גישה זו בכך שהיא מייצרת הרתעה של ממש נגד התקפות חמושות; חסרונה העיקרי הוא בפוטנציאל השלילי הטמון בה לניצול לרעה של פרובוקציה חמורה יחידה לשם יציאה למלחמה כוללת, חסרת מגבלות של ממש.

אם נקבל את גישתן של היגינס וגרדם, נוכל להסתייע במבחני עזר נוספים על מנת לבחון את מידתיותה של פעולה ביחס למטרתה הצבאית המוגבלת. לשיטתה של גרדם יש לבחון במקרה זה, בבחינה השוואתית, את ההיקף הגאוגרפי של ההתקפה ושל התגובה עליה, את היקפי הנזק והאבדות בקרב האוכלוסייה האזרחית והכוחות הלוחמים, את משך ההתקפה והתגובה, את האמצעים שנעשה בהם שימוש, את היעדים שנבחרו לפגיעה במסגרת ההתקפה והתגובה, את השלכות ההתקפה והתגובה על האינטרסים של צדדים שלישיים (לרבות הצורך בשמירה על הסביבה) ואת יכולותיו הצבאיות של הצד התוקף.²⁷³ אף שמבחני עזר אלו אינם מובילים לתוצאות מוחלטות, הם מסייעים לאתר תגובות בלתי מידתיות ו/או נעדרות תום לב

269 ראו גם Gardam, **לעיל** הערה 112, בעמ' 159.

270 **שם**, בעמ' 179.

271 **שם**, בעמ' 167.

272 Dinstein, **לעיל** הערה 262, בעמ' 237-238.

273 Gardam, **לעיל** הערה 112, בעמ' 159-160, 162.

מצד מדינות מתגוננות. כך למשל, תקיפה נקודתית באזור הגבול אשר גוררת מספר נפגעים קטן לא תצדיק בדרך כלל פתיחה במלחמה כוללת וממושכת בתגובה על התקפה²⁷⁴ – כל זה בהנחה שתקיפה כזו תיחשב התקפה חמושה, הנחה שנויה במחלוקת כשלעצמה.²⁷⁵

אין ספק שקשה לחלץ מן הנוסחה הערטילאית שלעיל אמות מידה ברורות ליישום עקרון המידתיות, ולפיכך שאלות רבות עודן פתוחות – למשל, איזה משקל יש לתת להשלכות ארוכות טווח של פעולות צבאיות על הסביבה הטבעית, על תשתיות אזרחיות או על תנועת פליטים בתוך או מחוץ לשטח המדינה המותקפת? באיזו מידה מדינה יכולה להגביר את הנוק שנגרם לצד האחר כדי להקטין את הסכנה הנשקפת לחייליה שלה עצמה?²⁷⁶ בעיית העמימות מחריפה עוד יותר כאשר התגובה אינה מתייחסת אך ורק להתקפה ספציפית אלא לרצף של פרובוקציות. (ישראל למשל טענה כי תגובתה החריפה לתקרית בקיץ 2006, שבה חיזבאללה הרג וחטף חיילי צה"ל, צריכה להיבחן לאור מכלול ההתקפות שביצע החיזבאללה באזור גבול הצפון בשנים 2000–2006). העמדה המקובלת בספרות המשפטית היא שבמקרה כזה המדינה המותקפת אכן רשאית להגיב באופן שיהיה מידתי ביחס לסדרת ההתקפות כולה,²⁷⁷ אך הדבר מוסיף, בלי ספק, עוד רכיב של חוסר ודאות אל תוך משוואת המידתיות.

מכל מקום, מבחני המידתיות במשפט הבין-לאומי ההומניטרי (או *jus in bello*) חופפים חלקית בלבד את מבחני המידתיות בדיני השימוש בכוח

274 ראו למשל את הדיון של דינשטיין בתגובות נקודתיות (on the spot reactions). Dinstein, **לעיל** הערה 262, בעמ' 220–221.

275 לפי בית הדין הבין-לאומי בהאג, אין לראות בתקריות גבול מבודדות בפרשת **ניקרגואה** משום 'התקפה חמושה'. 1986 *Military and Paramilitary Activities*, I.C.J. 14, 103-104. ראו גם Oil Platforms, 2003 I.C.J. 161, 187. לביקורת ראו Dinstein, **לעיל** הערה 262, בעמ' 195.

276 Gardam, **לעיל** הערה 112, בעמ' 172–173. דוגמה לכך היא החלטת נאטו לנהל את הפעולה הצבאית נגד יוגוסלביה ב-1999 אך ורק באמצעות הפצצות אוויריות מגובה רב.

277 R. Ago, 'The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility (Part I) (concluded)', Addendum to the Eighth Report on State Responsibility, *Yearbook ILC* 1980, Vol. II(1) 13, 69-70; Gray, **לעיל** הערה 257, בעמ' 125; Dinstein, **לעיל** הערה 262, בעמ' 202, 231. לתמיכה משתמעת ברעיון ראו 1986 I.C.J. *Military and Paramilitary Activities*, 14, 120

(*jus ad bellum*). לפיכך אמצעי שעשוי להיות חוקי לפי מערכת הדינים הראשונה (למשל, אמצעי המיועד לפגוע במספר גדול של לוחמי אויב) עלול להיות לא חוקי לפי מערכת הדינים השנייה (למשל, אם הפגיעה במספר גדול של חיילי אויב אינה מידתית ביחס לפרובוקציה הראשונית); באופן דומה, אמצעי בלתי חוקי לפי מערכת הדינים הראשונה (למשל, שימוש בנשק לא קונוונציונלי) אינו בהכרח בלתי חוקי לפי מערכת הדינים השנייה.²⁷⁸

3. יישום עקרון המידתיות בפרקטיקה ובפסיקה

לנוכח העמימות הרבה של מבחני המידתיות המוצעים בספרות המשפטית העוסקת בשימוש בכוח, לא מפתיע שהפרקטיקה המדינתית של העשורים האחרונים בכל הנוגע ליישום העיקרון אינה אחידה, בלשון המעטה, ואינה מעידה על קיומו של קונסנזוס בדבר אופן בחינת המידתיות של השימוש בכוח. מצד אחד, התנהגותם של הצדדים במקצת הסכסוכים החמושים מתיישבת עם ההגדרה המצמצמת של תכליתה של פעולת ההגנה העצמית שהיגיס וגרם מציעות. כך למשל, כוחות הקואליציה שנלחמו בעירק ב-1991 נמנעו מלכבוש את עירק או לפגוע בשלמותה הטריטוריאלית, וסביר להניח שפעולה כזו אכן הייתה חורגת מן הנחוץ לשם הדיפת הכוח שפלש לכוויית.²⁷⁹ ודוק, את הפגיעה במטרות בתוך שטחה של עירק במהלך המלחמה הצדיקו כוחות הקואליציה בכך שהדבר תרם לסילוק 'מכונת המלחמה' העירקית מכוויית – תכלית המצדיקה לא רק פגיעה בכוחות בכוויית, אלא גם במקורות ההספקה של הצבא ובמשאבים הצבאיים בעירק.²⁸⁰ גם הבריטים במלחמת פוקלנד נמנעו מלתקוף את שטחה הריבוני של ארגנטינה עצמה, וזולת חריג אחד (הטבעת אניית מלחמה ארגנטינית במים בין-לאומיים) פעלו אך ורק בזירת איי פוקלנד עצמם.²⁸¹

278 ראו למשל 1996 I.C.J. 226, 306-307 *Legality of Nuclear Weapons*, (דעת מיעוט של השופט פליישאואר).

279 חרף זאת יש הסבורים כי היקף הפגיעה בתשתיות של עירק במהלך המלחמה ההיא חרג מן הנחוץ. ראו Gardam, **לעיל** הערה 112, בעמ' 172.

280 ראו Speech by Amb. Hannay (UK), U.N. Doc. S/PV.2977 (Part II), at para. 72-75 (14 Feb. 1991).

281 בהתייחסה למידתיות הפעולות שנקטה בריטיה במלחמת פוקלנד כתבה היגיס: 'In the Falklands rather substantial firepower was regarded as necessary to

מצד אחר, פלישת ארצות הברית לפנמה, בתגובה על הריגתו של חייל אמריקני אחד והפניית איומים כלפי שני חיילים אמריקנים אחרים, אינה מתיישבת אף לא עם אחד מן המבחנים המוצעים לעיל או עם ההגדרה המצמצמת של תכלית פעולה להגנה עצמית. למעשה נראה כי מטרתה האמתית של הפעולה לא הייתה קשורה כלל להגנה עצמית אלא לרצון להביא לשינוי המשטר בפנמה.²⁸² באופן דומה, פלישת ארצות הברית לגרנדה ושהייה ממושכת של כוחות אמריקניים בשטח האי בתגובה לסכנה שנסקפה לחיי כמה מאות אזרחים אמריקנים ששהו שם, כפי שנטען, אינה עולה בקנה אחד עם הכלל שעל הפעולה ההגנתית להיות מוגבלת במטרותיה לעצירת מתקפה מוחשית ולהדיפתה.²⁸³ גם הפלישות האמריקניות לאפגניסטן ולעירק חרגו, כך נדמה, מגדרה של פעולת הגנה עצמית רגילה והובילו לשינוי המשטר במדינות האמורות, דהיינו הן חתרו לטפל בתנאי הרקע לפעולות הטרור והתוקפנות הספציפיות שהובילו לשימוש הנגדי בכוח.

פסיקתו המועטה של בית הדין הבין-לאומי בהג בנושא השימוש בכוח ועקרון המידתיות אינה מציעה אף היא אמות מידה ברורות באשר לאופן יישומו של העיקרון. בפרשת **ניקרואה** קבע בית הדין כי תגובתה של ארצות הברית לפרובוקציה שהיא ייחסה לניקרואה (מיקוש נמלי הים של ניקרואה ופגיעות אחרות בנמליה ובמתקני הנפט שלה בתגובה על סיוע מצד ניקרואה למורדים באל סלוודור) הייתה בלתי מידתית.²⁸⁴ הגם שמסקנתו של בית הדין אינה מנומקת בבירור, נראה כי הוא ייחס משקל לסוג המטרות, להיקף הפגיעה בהן ולפגיעה האפשרית באינטרסים של צדדים שלישיים.²⁸⁵

נדמה כי האמירה המשמעותית ביותר על תוכנו של עקרון המידתיות בפרשת **ניקרואה** הופיעה דווקא בדעת המיעוט של השופט שוובל, אשר

dislodge the Argentinians and to secure a withdrawal; but any bombing of the Argentinian Air Force or Navy while in Argentina or in port would have been regarded as disproportionate' [מקובל לומר כי במלחמת פוקלנד היה צורך להפעיל אש בעצמה חזקה על מנת לסלק את הארגנטינים ולהבטיח את נסיגתם; אך הפצצת חיל האוויר או הצי הארגנטיני בעודם בארגנטינה או בנמל הייתה נחשבת לצעד בלתי מידתי]. Higgins, **לעיל**, הערה 72, בעמ' 232.

282 Gardam, **לעיל** הערה 112, בעמ' 166-167.

283 **שם**, בעמ' 167; Dinstein, **לעיל** הערה 262, בעמ' 232.

284 *Military and Paramilitary Activities*, 1986 I.C.J. 14, 122

285 ראו Gardam, **לעיל** הערה 112, בעמ' 158.

ציטטה בהסכמה מובאה מאחד הדוחות שהכין רוברטו אגו, הַדווח המיוחד של הוועדה למשפט בין-לאומי בעניין אחריות המדינה:

למעשה, תנאי ה'נחיצות' וה'מידתיות' הנדרשים לפעולה הננקטת במסגרת הגנה עצמית הם שני צדדים של אותו המטבע. הגנה עצמית תהיה מוצדקת כנסיבה השוללת את האי-חוקיות של פעולת המדינה רק אם לא היה בכוחה של המדינה להשיג את התוצאה המבוקשת באמצעות פעולה אחרת שאינה מערבת כלל שימוש בכוח צבאי או בכוח בהיקף קטן יותר.²⁸⁶

הציטוט למעלה מצביע על שימוש אפשרי במבחן המשנה של היעדר חלופה פוגענית פחות (או אלימה פחות) לשם הערכת מידתיותה של התגובה הצבאית כנגד הפרובוקציה הראשונית.²⁸⁷ עם זאת קיומה של חלופה בלתי אלימה נראה יסוד הכרחי רק במקרים הנוגעים להגנה עצמית מקדימה. ספק אם הפרקטיקה המדינתית תומכת בקיומו של תנאי שכזה, המגביל את זכותה של מדינה לנקוט פעולה צבאית נגד פעולה תוקפנית שכבר הופעלה נגדה.²⁸⁸ השופט שובל חולק על עמדת הרוב הגורסת שההתקפות של ארצות הברית נגד נמלי הים ומתקני הנפט של ניקרגואה היו תגובה בלתי מידתית

286 'In fact, the requirements of the "necessity" and "proportionality" of the action taken in self-defence can simply be described as two sides of the same coin. Self-defence will be valid as a circumstance precluding the wrongfulness of the conduct of the State only if that State was unable to achieve the desired result by different conduct involving either no use of armed force at all or merely its use on a lesser scale.' *Military and Paramilitary Activities*, 1986 I.C.J. 14, 369 (דעת מיעוט של השופט שובל). הציטוט מובא מתוך Ago, **לעיל** הערה 277, בעמ' 69.

287 לעמדה דומה ראו Gardam, **לעיל** הערה 112, בעמ' 151: 'When an initial armed attack is over, alternative means of settling the dispute must be considered before forceful action is taken to liberate the occupied territory' שההתקפה הראשונית מסתיימת, יש לשקול אמצעים חלופיים ליישוב הסכסוך קודם לפנייה לפעולה אלימה שמטרתה לשחרר את השטח הכבוש'. עם זאת גרדם מסכימה שהעמדה שלפיה על קרבן המתקפה מוטלת החובה המשפטית לבחון חלופות לא אלימות להתמודדות עם מעשה התוקפנות אינה מקובלת על כל החוקרים בתחום. **שם**, בעמ' 153.

288 **שם**, בעמ' 153-154.

על פרובוקציה של ניקרגואה. לשיטתו של שוברל, מבחן המידתיות לא נועד להשוות בצורה מכנית בין עצמתן של הפרובוקציה והתגובה, אלא לבחון אם התגובה אינה חורגת מתכלית התגובה החוקית – הפסקת ההתקפה או הדיפתה. שוברל מסתמך לעניין זה על העמדה שמציג אגו:

יהיה מוטעה, עם זאת, לחשוב שחייבת להיות מידתיות בין הפעולה המהווה את ההתקפה החמושה לבין פעולת הנגד. הפעולה שנועדה לעצור ולהדוף את ההתקפה יכולה לקבל ממדים בלתי מידתיים ביחס להתקפה המקורית. הגורם הקובע בהקשר זה הוא התוצאה של הפעולה ה'הגנתית', ולא הצורה, המהות ועצמת הפעולה.²⁸⁹

אופן הצגה זה של מבחן המידתיות מתיישב אפוא עם גישתן המצמצמת של היג'נס וגרדס באשר להיקפה הלגיטימי של פעולת ההגנה העצמית. יתר על כן, הניסוח של אגו דומה לניסוח של ובסטר בעקבות פרשת **קרולין** – על הפעולה להיות מוצדקת בצורך של הגנה עצמית, מוגבלת על ידי הצורך האמור, ותוצאתה צריכה להימצא בבירור בתוך תחומיו.

באשר למקרה שנתקיים בו יחס ישיר בין הפרובוקציה של ניקרגואה לבין התגובה האמריקנית: שוברל סבור שהואיל ומטרתן של הפעולות הצבאיות המיוחסות לניקרגואה הייתה הפלת המשטר באל סלודור ופגיעה בכלכלתה, אזי התגובה האמריקנית שנועדה להשיג בעת ובעונה אחת שני יעדים – פגיעה ביציבות המשטר בניקרגואה ופגיעה בכלכלתה – הייתה מידתית.²⁹⁰

289 'It would be mistaken, however, to think that there must be proportionality between the conduct constituting the armed attack and the opposing conduct. The action needed to halt and repulse the attack may well have to assume dimensions disproportionate to those of the attack suffered. What matters in this respect is the result to be achieved by the "defensive" action, and not the forms, substance and strength of the action itself.' *Military and Paramilitary Activities*, 1986 I.C.J. 14, 367 (דעת מיעוט של השופט שוברל). הציטוט מובא מתוך Ago, **לעיל** הערה 277, בעמ' 6. השופטת היג'נס ציטטה אף היא בדעת היחיד שלה בפרשת **חוקיות הנשק הגרעיני** את חוות דעתו זו של אגו ואף הביעה את תמיכתה ברעיון. *Legality of Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. 226, 583 (דעת מיעוט של השופטת היג'נס).

290 *Military and Paramilitary Activities*, 1986 I.C.J. 14, 369 (דעת מיעוט של השופט שוברל).

החלטה משפטית בין-לאומית אחרת שבה נדונה שאלת אופן יישומו של עקרון המידתיות בדיני השימוש בכוח היא חוות הדעת בדבר **חוקיות נשק גרעיני**. בית הדין חיווה את דעתו שם שבנסיבות קיצוניות, שבהן עצם הישרדותה של המדינה מונח על כפות המאזניים, אי-אפשר לקבוע שהשימוש בנשק גרעיני לצורך הגנה עצמית יהיה בלתי מידתי.²⁹¹ ניסוח פתלתול זה תומך בסופו של דבר בתחולתו של מבחן המידתיות השלישי – מידתיות במובן הצר – במסגרת דיני השימוש בכוח: שימוש בנשק גרעיני ייחשב תגובה בלתי מידתית ובלתי חוקית על התקפה חמושה, אלא אם התקפה זו מהווה איום קיומי על המדינה המותקפת. בנסיבות כאלה אין בית הדין שולל את האפשרות ששימוש בנשק גרעיני יהווה איזון סביר בין הסכנה לבין התגובה. לשיטתה של גרדס, אין מניעה עקרונית אפוא שיעשה שימוש בנשק גרעיני גם בתגובה על התקפה קונוונציונלית המסכנת את עצם קיומה של המדינה המותקפת.²⁹²

בפרשת **מתקני הנפט** בחן בית הדין הבין-לאומי בהאג, דרך אגב, את מידתיותן של שתי התקפות שביצע צבא ארצות הברית על מתקני נפט אירניים במפרץ הפרסי בתגובה על פגיעה באניות אמריקניות במפרץ. (בית הדין קבע בשלב מוקדם יותר של פסק הדין כי התגובה האמריקנית הייתה בלתי נחוצה. לפיכך הוא לא היה חייב לדון כלל בשאלת מידתיות התגובה).²⁹³ בהתקפה הראשונה (ב-19 באוקטובר 1987) הרס צבא ארצות הברית שלושה

291 *Legality of Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. 226. מסקנה זו נובעת מפסקה 105(2) (E) לחוות הדעת המייעצת, המסכמת את מסקנתו של בית הדין. חוות הדעת קובעת ש- 'In view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake' [לנוכח מצבו הנוכחי של המשפט הבין-לאומי והיסודות העובדתיים המונחים לפניו, בית הדין אינו יכול לקבוע חד-משמעית אם איום בשימוש בנשק גרעיני או שימוש בנשק כזה יהיו חוקיים או לא חוקיים בנסיבות קיצוניות של הגנה עצמית, שבהן עצם הישרדותה של המדינה מונח על הכף]. המחלוקת הגדולה שהתעוררה בנוגע לקביעה התמקדה פחות ביישום עקרון המידתיות בהקשר של הזכות להגנה עצמית ויותר בשאלת היחס בין הזכות להגנה עצמית (כאשר דרישת המידתיות מתקיימת) לבין הכללים החלים במשפט הבין-לאומי על אופן השימוש בכוח (*jus in bello*).

292 Gardam, **לעיל** הערה 112, בעמ' 158.

293 *Oil Platforms*, 2003 I.C.J. 161, 198-199.

רציפים לקידוח וייצור נפט בתגובה על סדרה של התקפות טילים על ספינות סוחר נושאות דגל אמריקני ששטו במים הטריטוריאליים של כוויית. אשר להתקפה זו קבע בית הדין כי התגובה יכולה להיחשב מידתית. בהתקפה השנייה (ב-18 באפריל 1988) הרס צבא ארצות הברית שני מתחמי רציפים לקידוח וייצור נפט והשמיד שתי אניות מלחמה, ספינות צי ומטוס של הצבא האירני – הכול בתגובה על הטמנת מוקש במים הבין-לאומיים שפגע במשחתת אמריקנית וגרם לפציעתם של עשרה מלחים אמריקנים. בעניין התקפה זו קבע בית הדין כי התגובה לא הייתה מידתית. יתר על כן, לשיטתו של בית הדין, בנסיבות העניין גם תגובה שהייתה מכוונת נגד מתקני הנפט האירניים בלבד (דהיינו, בלא פגיעה בכלי שיט וטיס) הייתה נחשבת בלתי מידתית.

נדמה כי פסק הדין נוטה לאזן איזון כמותי בין מעגלי הנזק ההדדיים: פגיעה בכמה אניות אמריקניות תצדיק פגיעה בכמה מתקני נפט; לעומת זאת פגיעה קלה יחסית באנייה אמריקנית אחת אינה מצדיקה פגיעה במתקני נפט אחדים, קל וחומר במתקנים ובכלי שיט וטיס. נראה כי איזון 'מכני' מסוג זה נובע במידה רבה מאופייה של הפעולה האמריקנית, שדמתה יותר, לדעת בית הדין, לפעולות תגמול (תגובה למתקפה חד-פעמית שנסתיימה כבר) ופחות לפעולה שתכליתה הדיפת התקפה חמושה מתמשכת. ייתכן שבנסיבות אלו – שהתגובה בהן נעשית נגד פעולה יחידה מסוימת ולאוו דווקא בגין סכנה עתידית לא מוגדרת – אכן יש מקום ליישום דווקא יותר של עקרון המידתיות.

פרשה נוספת שבה דן בית הדין במידתיותה של תגובה צבאית היא פרשת *Congo v. Uganda*: בפרשה זו נבחנה השתלטות אוגנדה על חלקים נרחבים משטח קונגו בתגובה על התקפות נגד אוגנדה שביצעו מורדים אוגנדים מבסיסים בשטחה של קונגו. בית הדין הבין-לאומי בהאג קבע שגם אם השימוש בכוח מצד אוגנדה בשטחה של קונגו היה חוקי (ובית הדין קבע מסיבות שונות שהשימוש לא היה חוקי), הרי שתפיסת שדות תעופה וערים בקונגו במרחק מאות קילומטרים מהגבול האוגנדי על ידי צבא אוגנדה אינה יכולה להיחשב תגובה מידתית להתקפות המורדים.²⁹⁴ מאידך גיסא, בית

294 *Armed Activities on the Territory of the Congo*, לעיל הערה 249, בפסקה 147. מסקנתו של בית הדין ניתנה אגב אורחא, שכן בית הדין לא מצא שלאוגנדה עמדה הזכות להגנה עצמית בעניין ההתקפות שבוצעו נגדה משטחה של קונגו. השופט קויימנס (Kooijmans) הבהיר בחוות דעתו הנפרדת – אשר הכירה בזכותה של

הדין ציין, ובלא הנמקה ברורה, כי השימוש המאוחר יותר בכוח מצד צבא קונגו כנגד כוחות אוגנדה, אשר נועד לשחרר את שטחיה של קונגו שנכבשו בידי אוגנדה, היה פעולת הגנה עצמית חוקית ולא היה בלתי מידתי.²⁹⁵ נדמה כי פסק דין אחרון זה ממחיש את הניסיון להגיע לאיזון המבוסס על מעגלי אלימות גאוגרפיים – השתלטות על שטחים נרחבים בקונגו נראתה לבית הדין כתגובה לא מידתית על פעילות המורדים באזור הגבול. אף שיש תמיכה מסוימת בספרות המשפטית בקיומה של הגבלה גאוגרפית על הפעלת כוח מידתי,²⁹⁶ העמדה הדומיננטית בתחום אינה יוצרת זיקה שכזאת.²⁹⁷ זאת ועוד: ייתכן שהנושא אינו צריך להיבחן כלל כסוגיה של מידתיות במובנה הצר, אלא במסגרת מבחן המידתיות הראשון, כלומר אם יש קשר רציונלי בין האמצעי (השתלטות על חלקים נרחבים בקונגו) לבין המטרה (מניעת תקיפות באזור הגבול).

לצורך השלמת התמונה אזכיר את התייחסותו של בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה לעקרון המידתיות בפרשת *Stakić*. בפרשה זו נקבע שעל הכוח המופעל במסגרת הגנה עצמית להיות קרוב מבחינת הזמן למועד הפרובוקציה הראשונית, וכי שיהוי בהפעלת כוח הנגד (באותה פרשה מדובר בשיהוי בן יממה בין התקרית לבין התגובה עליה) מרמז על כך שהפרובוקציה הראשונית היא תירוץ להפעלת כוח ותו לא.²⁹⁸ גם קביעה זו נראית גורפת מדי, והיא ודאי אינה נתמכת בפרקטיקה המדינית המצביעה לעתים על פערי זמן של שבועות ארוכים בין התקיפה הראשונית לבין התגובה עליה (למשל, תגובת מדינות הקואליציה בינואר 2001 לפלישת עירק לכוויית באוגוסט 2000).²⁹⁹

אוגנדה להשתמש בכוח נגד מורדים שפעלו מתוך שטחה של קונגו – כי תפיסת ערים ושדות תעופה בידי צבא אוגנדה באזור הסמוך לגבול בין אוגנדה לקונגו הייתה מידתית ביחס לצורך למנוע את ההתקפות החוזרות ונשנות של תנועות המורדים האוגנדים. מאידך גיסא, גם לשיטתו של קויימנס, ההתקפות שבוצעו נגד ערים ומחנות צבא ותפיסתו של שדה תעופה במרחק רב מהגבול בין המדינות אינן יכולות להיחשב מידתיות. **שם**, דעת יחיד של השופט קויימנס, בפסקאות 33-34.

295 *Armed Activities on the Territory of the Congo*, **לעיל** הערה 249, בפסקה 304.

296 לדיון ראו Gardam, **לעיל** הערה 112, בעמ' 163.

297 ראו Dinstein, **לעיל** הערה 262, בעמ' 240-241.

298 *Prosecutor v. Stakić*, Trial Chamber Judgment, 31 July 2003, at para. 153-154.

299 לדיון ראו Dinstein, **לעיל** הערה 262, בעמ' 242-243.

4. סיכום ביניים

בחינת יישומו של עקרון המידתיות בקשר לדיני השימוש בכוח במשפט הבין-לאומי מלמדת על פער גדול בין הקונסנזוס המלא בעניין עצם תחולתו של העיקרון לבין האי-הסכמה המהותית באשר לאופן יישומו. אין הסכמה מלאה באשר לרכיבים האלה:

א. תכליתה הלגיטימית של פעולת ההגנה העצמית שלאורה יש לבחון את מידתיות הפעולה הקונקרטית: בעוד רוב המשפטנים סוברים כי שימוש בכוח החורג מן הנחוץ לשם הפסקתה או הדיפתה של התקפה חמושה שיצאה אל הפועל (וככל הנראה גם מניעתה של התקפה הממשמשת ובאה) הוא בלתי מידתי, יש הגורסים שגם מטרות שאפתניות יותר – כגון הסרת האיום ארוך הטווח שנשקף למדינה המותקפת מצד המדינה התוקפת או הפלת משטר התומך בארגוני טרור – הן מטרות חוקיות. כמובן, במקרה כזה קשת הפעולות שייחשבו מידתיות רחבה בהרבה.

ב. התועלת הגלומה במבחני עזר הבוחנים פרמטרים ספציפיים של פעולה ותגובה: בעוד חלק אחד של הספרות המשפטית והפסיקה משווה בין היקפן הגאוגרפי של הפעולה והתגובה, הקרבה שלהן בזמן, אמצעי הנשק שהשתמשו בהם, מספר הקרבנות וכו', הרי הפרקטיקה המדינית וחלק אחר של הספרות המשפטית אינם תומכים בהצגת הגבלות כגון דא ומעודדים בחינה של יישום עקרון המידתיות על בסיס קזואיסטי, שבו נשמר למדינה המגיבה מרחב תמרון ניכר.

ג. ההתייחסות לסדרת פרובוקציות מצטברות: הגישה הדומיננטית היום היא שלמדינה מותקפת מותר להגיב באופן שיהיה מידתי לסדרה שלמה של פרובוקציות שהיא נחשפה אליהן. עם זאת גם כאן הספרות המשפטית והפסיקה אינן מציעות מתודולוגיה ברורה להערכת האפקט המצטבר של הפרובוקציות והערכת המידתיות של התגובה עליהן.

השורה התחתונה היא שהמשפט הבין-לאומי אינו מספק הכוונה נורמטיבית ברורה למדינות המפעילות כוח חוקי במקרים של הגנה עצמית (או על בסיס הצדקה חוקית אחרת, אם יש כזאת בנמצא).³⁰⁰ לפיכך תגובתה של הקהילה הבין-לאומית למקרים ספציפיים של שימוש בכוח תיגזר מהערכה

300 ראו גם ILC Commentary to Art. 51 of the Draft Articles on State Responsibility for Internationally Unlawful Acts, GAOR 56th Sess., Supp. No. 10 (A/56/10), chp. IV.E.2 (2001), at p. 344 (para. 5)

נפרדת של כל מקרה ומקרה. הערכה זו נעשית בדרך כלל במסגרות פוליטיות ומושפעת, באופן בלתי נמנע, משיקולים פוליטיים. ולראיה, התגובות הבין-לאומיות הסותרות לפעולות ישראל בלבנון בקיץ 2006 ובעזה בחורף 2008-2009 ממחישות לדעתי, בין היתר, את היעדרן של אמות מידה משפטיות ברורות ומוסמכות באשר ליישום עקרון המידתיות בנסיבות העניין.³⁰¹

301 לתמצית הדיון במועצת הביטחון של האו"ם בעניין מידתיותה של הפעולה הישראלית בלבנון ראו: Security Council Press Release SC 8766/06 (14 July 2006): www.un.org/News/Press/docs/2006/sc8776.doc.htm. בעניין מידתיותה של הפעולה הישראלית בעזה ראו Security Council Press Release SC SC/9563 (6 January 2009): www.un.org/News/Press/docs/2009/sc9563.doc.htm. ראו גם את הדיון במועצת הביטחון בעניין המידתיות של פעולת הצבא הרוסי בגאורגיה בקיץ 2008: Security Council Press Release SC 9419 (10 Aug. 2008): www.un.org/News/Press/docs/2008/sc9419.doc.htm

4 עקרון המידתיות כעיקרון כללי

עד כה בחנו את השימוש בעקרון המידתיות בשלושה ענפים של משפט בין־לאומי – דיני זכויות אדם, משפט בין־לאומי הומניטרי ודיני השימוש בכוח. ראינו כי בכל שלושת הענפים יש ביטוי מסוים לעיקרון: זהו עיקרון כללי של דיני זכויות אדם, עיקרון כללי המגביל שימוש בכוח צבאי ועיקרון העומד בבסיס כמה כללים חשובים של משפט בין־לאומי הומניטרי. ככל הנראה אי־אפשר לראות בו עיקרון כללי של הדין ההומניטרי המצוי. השאלה הנותרת היא אם אפשר לראות בו עיקרון משפטי כללי החל, בהיעדר הסדר ספציפי אחר, ככלל רקע לכל סוגיה במשפט הבין־לאומי. כאמור לעיל, בפרשות **בית סוריק והסיכולים** קבע בית המשפט העליון שמדובר בעיקרון משפטי כללי החל על הכללים המשפטיים שלפניו.³⁰² לקביעה זו יש השלכות חשובות על הגבלת יכולתה של מדינה להפעיל את כוחותיה במגוון תחומי פעולה. בפרק זה אבחן את נכונותה ואת השלכותיה של הקביעה שמדובר בעיקרון משפטי כללי.

1. עקרון המידתיות כעיקרון כללי של המשפט הבין־לאומי

1.1. תחולת העיקרון בענפי המשפט הבין־לאומי

העמדה הגורסת שעקרון המידתיות הוא עיקרון כללי של המשפט הבין־לאומי זוכה לתמיכה של ממש בדין הנוהג: כפי שראינו בשלושת הפרקים הראשונים, העיקרון מוכר בענפי משפט בין־לאומי חשובים – דיני זכויות האדם, המשפט הבין־לאומי ההומניטרי ודיני השימוש בכוח. גם ענפי משפט רבים אחרים, שלא דנתי בהם עד כה, מכירים במפורש או במשתמע בעקרון המידתיות.

המשפט הבין־לאומי הפלילי

עוד דוגמה למקובלותו של עקרון המידתיות שאובה מתחום המשפט הפלילי, שבו האיזון בין דרישות ההליך הפלילי לבין זכויות הנאשם כפוף לעקרון

302 בג"צ **בית סוריק**, לעיל הערה 10, בעמ' 837-838; בג"צ **הסיכולים**, לעיל הערה 11, בפסקה 41.

המידתיות. למעשה איזון זה הוא יישום ספציפי של עקרון המידתיות הקיים בדיני זכויות האדם במישור הפלילי. ואכן, בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה קבע בשורה של החלטות שיש לבחון בקשות לשחרור זמני של נאשמים,³⁰³ בקשות להמצאת מסמכים³⁰⁴ ובקשות למינוי סנגור בניגוד לרצונו של הנאשם³⁰⁵ לאור עקרון המידתיות. אותו בית דין אף קבע במקרים רבים כי הענישה של נאשמים שהורשעו צריכה להיות מידתית למידת האשמה שיוחסה להם.³⁰⁶

מעניין לציין כי בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה אימץ בדרך כלל במקרים אלו את שלושת מבחני המידתיות המוכרים לנו מפסיקת בג"ץ – קשר רציונלי (או מבחן ההתאמה), היעדר חלופה פוגענית פחות ומידתיות במובנה הצר. כך למשל נפסק בפרשת *Obrenović* (בקשה לשחרור זמני ממעצר):

כאשר מפרשים את כלל 65, יש לכבד את העיקרון הכללי של מידתיות. לפי המשפט הבין-לאומי הפומבי אמצעי נחשב מידתי כאשר הוא (1) מתאים; (2) נחוץ; ו-(3) כאשר דרגתו והיקפו נותרים ביחס סביר למטרה הצפויה (מידתיות במובן הצר). אמצעים פרוצדורליים לעולם אינם צריכים להיות שרירותיים או מופרזים. אם אמצעי קל יותר מספיק, אזי הוא האמצעי שיש להשתמש בו.³⁰⁷

- 303 לדוגמה: *Prosecutor v. Blagojević et al.*, Decision on Application for Provisional Release of Obrenović of 22 July 2002, at para. 29, 37; *Prosecutor v. Popović et al.*, Decision on Request for Provisional Release of Nikolić of 9 November 2005, at para. 28-29
- 304 *Prosecutor v. Stakić*, Order to the Registry to Provide Documents of 5 July 2002
- 305 *Milosević v. Prosecutor*, Decision on Interlocutory Appeal of the Trial Chamber's Decision on the Assignment of Defense Counsel of 1 November 2004 (AC), at para. 17-18
- 306 לדוגמה: *Prosecutor v. Nikolić*, Judgment on Sentencing Appeal of 4 February 2005 (AC), at para. 21; *Prosecutor v. Deronjić*, Sentencing Judgment, 30 March 2004, at para. 139; *Prosecutor v. Stakić*, Judgment of 22 March 2006 (AC), at para. 377-383; *Prosecutor v. Krstić*, Judgment of the Appeal Chamber of 19 April 2004, at para. 275
- 307 'When interpreting Rule 65, the general principle of proportionality must be respected. A measure in public international law is proportional only when (1) suitable, (2) necessary and when (3) its degree and scope remain

גם הדין הפלילי המהותי מכיר בעקרון המידתיות: סעיף 8 לחוקת רומא (המקימה את בית הדין הפלילי הקבוע) – סעיף פשעי המלחמה – מטיל איסור פלילי על הפצצות לא מידתיות³⁰⁸ ועל פגיעה לא הכרחית ונרחבת ברכוש,³⁰⁹ וסעיף 31(1)(ג) לחוקה – סעיף ההגנה העצמית – מחייב יחס מידתי בין הסכנה לבין התגובה.³¹⁰

in a reasonable relationship to the envisaged target (proportionality in its narrowest sense). Procedural measures should never be capricious or excessive. If it is sufficient to use a more lenient measure, that measure must, *Obrenović*, לעיל הערה 303, בפסקה 37. נוסחה זו מופיעה, כאמור, במרבית ההפניות המופיעות לעיל בהקשרים הפרוצדורליים של פסיקת הטריבונל. ICC Statute, Art. 8(2)(b)(iv): '[War crimes include intentionally] launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be *clearly excessive* in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated' 308
[פשעי מלחמה כוללים פתיחה מכוונת בתקיפה מתוך ידיעה שהיא תגרום אבדן נלווה של חיים או פציעת אזרחים או נזק ליעדים אזרחיים, או לחלופין נזק נרחב, ארוך טווח וחמור לסביבה הטבעית, שיהיה **בבירור מופרז** ביחס ליתרון הצבאי הכולל המוחשי והישיר הצפוי; ההדגשה שלי].

ICC Statute, Art. 8(2)(b)(iv): '[War crimes include extensive] destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and *wantonly*' 309
[פשעי מלחמה כוללים הרס נרחב והחרמת רכוש אשר אי-אפשר להצדיק באמצעות צורך צבאי ואשר מבוצעים בצורה בלתי חוקית ובלתי **מבוקרת**; ההדגשה שלי].

ICC Statute, Art. 31(1)(c): 'The person acts reasonably to defend himself or herself or another person or, in the case of war crimes, property which is essential for the survival of the person or another person or property which is essential for accomplishing a military mission, against an imminent and unlawful use of force in a manner *proportionate* to the degree of danger to the person or the other person or property protected. The fact that the person was involved in a defensive operation conducted by forces shall not in itself constitute a ground for excluding criminal responsibility under this subparagraph' 310
[אדם נוהג באופן סביר כדי להגן על עצמו/ה או על אדם אחר או, בנוגע לפשעי מלחמה, על רכוש חיוני להשרדותו שלו או של אדם אחר או על רכוש חיוני להשלמת משימה צבאית, כנגד שימוש בכוח אימננטי ובלתי חוקי **באופן מידתי** למידת הסכנה לאדם או לאדם האחר או לרכוש המוגן. העובדה שאדם היה מעורב בפעילות הגנתית באמצעות כוחות צבא לא תהיה כשלעצמה סיבה לשלול אחריות פלילית בהתאם לתת-פסקה זו; ההדגשה שלי].

תחולת העיקרון בענפי משפט אחרים

התמיכה בתחולתו של עקרון המידתיות נמצאת גם בענפי משפט בין-לאומי רבים אחרים. דיני הים למשל מסתייעים בעקרון המידתיות לצורך חישוב היחסים בין שטחי הריבונות הימית של המדינות על המשאבים התת-ימיים שלהן (המדף היבשתי) לבין שטחי רצועות החוף שלהן.³¹¹ דינים אלו אף מסמיכים מדינות השוכנות על חופים לנקוט אמצעים מידתיים למניעת זיהום ימי³¹² ולגבות ערבות כספית סבירה לשחרור אניות זרות שהפרו את דיני הים (קביעה המתבססת בעיקרה על חומרת ההפרה ושווי האנייה);³¹³ דיני הנהרות הבין-לאומיים מחייבים חלוקה 'צודקת וסבירה' של מי נהרות משותפים³¹⁴ – ביטוי המזמין לבחון את המידתיות של הניצול הספציפי של מי הנהר על ידי אחת מהמדינות השוכנות לחופיו;³¹⁵ דיני ההשקעות הבין-לאומיים מחייבים שכל פגיעה במשקיעים זרים בעקבות פעולות הפקעה תהא מידתית;³¹⁶ דיני הסחר הבין-לאומיים מאפשרים למדינות מייבאות

- 311 ראו למשל, *Barbados v. Trinidad and Tobago*, Award of 11 April 2006 (PCA), at para. 240: "Thus the real role of proportionality is one in which the presence of different lengths of coastlines needs to be taken into account so as to prevent an end result that might be "disproportionate" and hence inequitable. In this context, proportionality becomes the last stage of the test of the equity of a delimitation. It serves to check the line of delimitation that might have been arrived at in consideration of various other factors, so as to ensure that the end result is equitable and thus in accordance with the applicable law under UNCLOS [התפקיד האמתי של המידתיות הוא אפוא התחשבות בקיומם של קווי חוף באורכים שונים כדי למנוע תוצאה סופית שתהיה "בלתי מידתית", ומכאן בלתי צודקת. בהקשר הזה המידתיות נעשית השלב האחרון בבחינה של נאותות התיחום. היא משרתת את הצורך לבחון את קו התיחום שאפשר היה להגיע אליו בעקבות שקילתם של שיקולים אחרים כדי להבטיח שהתוצאה הסופית תהיה צודקת ועקב כך תעלה בקנה אחד עם הדין החל באמנת הים]."
- 312 United Nations Convention on the Law of the Sea, 10 December 1982, Art. 221, 1833 U.N.T.S. 3 (להלן: UNCLOS).
- 313 ראו למשל *Volga* (Russia v. Australia), 42 I.L.M. (2003) 159, 173-174 (ITLOS Judgment) – סכום הערבות שנקבע על ידי אוסטרליה הוא סכום סביר. ראו גם *Camouco* (Panama v. France), 39 I.L.M. (2000) 666, 680 (ITLOS Judgment) – סכום הערבות שנקבע על ידי צרפת אינו סכום סביר.
- 314 Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, 21 May 1997, Art. 5, 36 I.L.M. (1997) 700
- 315 ראו *Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungary/Slovakia), 1997 I.C.J. 7, 56
- 316 ראו למשל *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico* (ICSID)

להטיל הגבלות סחר נחוצות ובלתי מופרזות בלבד;³¹⁷ האמנה האירופית בדבר ביטוח לאומי מאפשרת למדינות להפחית תגמולי ביטוח ביחס מידתי לאחוז הנכות של המבוטחים ולוותק הביטוחי שלהם;³¹⁸ ומקצת הארגונים

Additional Facility), 43 I.L.M. (2004) 133, 164: 'There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure. To value such charge or weight, it is very important to measure the size of the ownership deprivation caused by the actions of the state and whether such deprivation was compensated or not' [צריך להיות יחס סביר של מידתיות בין המחיר או הנטל המוטלים על המשקיע הזר לבין התכלית שמבקשים להגשים באמצעות האמצעי המפקיע. על מנת להעריך מחיר או נטל כזה חשוב מאוד למדוד את גודל הפגיעה בבעלות שנגרמה מפעולות המדינה ואם פגיעה זו הובילה לפיצוי אם לא].

ראו למשל 317 Agreement on Safeguards, 15 April 1994, Art. 5.1, Annex 1A to Agreement Establishing the World Trade Organization: www.wto.org/english/docs_e/legal_e/25-safeg.pdf: 'A Member shall: apply safeguard measures only to the extent necessary to prevent or remedy serious injury and to facilitate adjustment. If a quantitative restriction is used, such a measure shall not reduce the quantity of imports below the level of a recent period which shall be the average of imports in the last three representative years for which statistics are available, unless clear justification is given that a different level is necessary to prevent or remedy serious injury. Members should choose measures most suitable for the achievement of these objectives' [מדינה חברה תשתמש באמצעי מגן רק במידה הנחוצה לשם מניעה או תיקון של פגיעה חמורה ולצורך ביצוע התאמות. אם משתמשים בהגבלה כמותית, לא יפחית אמצעי כזה את כמות היבוא מתחת לרף של התקופה האחרונה, שיחושב באמצעות ממוצע היבוא בשלוש השנים האחרונות שיש עליהן נתונים סטטיסטיים, אלא אם יש הצדקה ברורה לבחירה ברף אחר כדי למנוע פגיעה חמורה או לתקן פגיעה כזאת. מדינות חברות יבחרו באמצעים המתאימים ביותר להשגת יעדים אלוי]. ראו גם *Korea: Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products*, Panel Report of 21 June 1999, at para. 7.100-7.101: 'This obligation [under Art. 5.1] is to apply a measure that is commensurate with the goals of preventing or remedying the serious injury suffered by the domestic industry and of facilitating the adjustment of the domestic industry' [החובה היא ליישם אמצעי התואם את המטרות של מניעה או של תיקון הפגיעה החמורה שהתעשייה המקומית לוקה בה ולאפשר ביצוע התאמות בתעשייה המקומית; ההדגשה שלי]. וגם: *U.S.: Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea*, Appellate Body Report of 15 February 2002, at para. 257

European Code of Social Security, 16 April 1964, E.T.S. 48 318

הבין-לאומיים מחייבים שהחברות בגופים המרכזיים שלהם תהיה מידתית להרכב המדינות החברות ולכוחם של האינטרסים הרלוונטיים שלהן.³¹⁹

1.2. תחולת העיקרון בדיני אחריות המדינה

חשובה במיוחד העובדה שעקרון המידתיות מוכר במפורש בדיני האחריות הבין-לאומית. הסיבה לכך היא שמדובר במערכת כללים מסדר שני, החולשת על כל ההתחייבויות המשפטיות של המדינות השונות ומקרינה על פרשנותן של ההתחייבויות מסדר ראשון שלהן. כך למשל ציין בית הדין הבין-האמריקני לזכויות אדם:

עקרון המידתיות הוא קריטריון או אמצעי ליישום הדין המקומי והמסמכים הבין-לאומיים או לפרשנותם כדי לקבוע את ייחוס האחריות למדינה.³²⁰

במילים אחרות, הואיל ודינים בין-לאומיים ומדינתיים נבחנים בסופו של דבר דרך הפריזמה של התוצאות המשפטיות הנלוות לפעולה העולה עמם בקנה אחד או מנוגדת לתוכנם, הרי למעמדו של עקרון המידתיות כעיקרון החולש על דיני אחריות המדינה יש חשיבות פרשנית רבה בבחינת החובות מן הסדר הראשון הנשלטות על ידי החובות מן הסדר השני. ואמנם, הטייטה של כללי אחריות המדינה³²¹ – מסמך המשקף ברובו את הדין הבין-לאומי המנהגי בנוגע לתנאים שבהם תישא מדינה באחריות משפטית בגין פעולות שהן, לכאורה, בלתי חוקיות – קובעת כי מדינות רשאיות לחרוג מהתחייבויותיהן למדינות אחרות במקרים מסוימים: במסגרת הגנות מפני אחריות בין-לאומית כגון מצב מצוקה, הגנת הצורך או סנקציות בתגובה להפרה נגדית (countermeasures). עם זאת ההגנות הללו מחייבות שהחריגה מהדין הקיים תהא תמיד מידתית.

319 ראו למשל UNCLLOS, Art. 161

320 '[T]he principle of proportionality is an important criteria or tool for the application and interpretation of domestic laws and international instruments, to determine the attribution of responsibility to the State.' *Pueblo Bello Massacre* (Colombia), I/A CHR Judgment of 31 January 2006, at para. 133

321 ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, U.N. Doc. A/CN.4/L.602/Rev.1 (2001)

כך למשל, סעיף 24 לטיוטת הכללים הדין בהגנת המצוקה (distress), מצב שבו בעקבות נסיבות מסוימות נקלעה המדינה למצוקה שחייבה אותה להפר את הדין, מתנה את קיומה של ההגנה בהיעדר דרך סבירה אחרת להגן על חיי אדם (דהיינו, היעדר חלופה פוגענית פחות) ובכך שהפעולה הננקטת במסגרת ההגנה לא תיצור סכנה דומה או גדולה יותר מהסכנה שהפעולה נועדה למנוע (דהיינו, מידתיות במובן הצר). סעיף 25 הדין בהגנת הצורך (necessity) מתנה את תחולת ההגנה בכך שהפעולה הלא חוקית היא אמצעי בלעדי להגנה על אינטרס חיוני (דהיינו, היעדר חלופה פוגענית פחות) ושהיא אינה פוגעת פגיעה קשה באינטרס חיוני של מדינות אחרות או של הקהילה הבינלאומית בכללותה (דהיינו, מידתיות במובן הצר).

סעיף 51 לטיוטת הכללים דן במישרין במידתיותן של סנקציות או אמצעי־נגד (countermeasures) וקובע:

על אמצעי־נגד להתאים לפגיעה שנגרמה בהתחשב בחומרת המעשה הבלתי חוקי לפי המשפט הבינלאומי והזכויות הרלוונטיות.

Countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question.

לפי פרשנותה של נציבות האו"ם למשפט בין־לאומי (International Law Commission; ILC) לסעיף 51 – הביטוי 'זכויות רלוונטיות' ('rights in question') מתייחס גם לזכויות של צדדים שלישיים.³²² יתר על כן, לשיטתה של הנציבות, העיקרון אוסר גם על פעולות בלתי נחוצות (דהיינו, מנוגדות למבחן המידתיות הראשון – קיומו של קשר רציונלי) וגם על פעולות מופרזות (דהיינו, מנוגדות למבחן המידתיות השלישי – מידתיות במובן הצר).³²³

דוגמה ליישום עקרון המידתיות במקרה של אמצעי־נגד היא פרשת **שירותי התעופה**. בפרשה זו נבחנה חוקיותה של הגבלה שהטילה ארצות הברית על נחיתות מטוסים צרפתיים בשטחה. ההגבלה הוטלה בתגובה לסירובם של הצרפתים להעניק לטיסות לא ישירות לצרפת שיצאו מארצות

322 ILC Commentary to Art. 51 of the Draft Articles on State Responsibility, הערה 300, בעמ' 344.

323 שם, שם (פסקה 7).

הברית הטבות דומות להטבות הניתנות לטיסות ישירות מארצות הברית.³²⁴ טריבונל הבוררות שדן בסכסוך קבע שאף על פי שתוצאות התגובה האמריקנית היו חריפות מתוצאות ההפרה הצרפתית הראשונית, בכל זאת אי-אפשר לטעון כי התגובה הייתה בלתי מידתית. לשון אחר, הואיל והעמדה הצרפתית פגעה, לשיטת ארצות הברית, בעיקרון חשוב של יחסי התעופה האווירית הבין-לאומיים, הסנקציה האמריקנית צריכה להיבחן לאור חשיבותו היחסית של העיקרון המונח על הכף ולא רק לאור האינטרסים הכלכליים שנפגעו במישרין מן המדיניות הצרפתית.

גם בפרשת **הדנובה** הפעיל בית הדין הבין-לאומי בהאג את עקרון המידתיות באופן גמיש יחסית לצורך בחינת חוקיותה של פעולת-נגד. שם נבחנה השאלה אם סלובקיה הייתה רשאית להטות חד-צדדית את מי נהר הדנובה לאחר שהונגריה התנערה מהסכם דו-צדדי בין שתי המדינות להקמת פרויקט משותף של סכרים הידרו-חשמליים.³²⁵ בית הדין קבע כי ההטיה החד-צדדית פגעה בעיקרון מרכזי בדיני נהרות משותפים – עקרון החלוקה והשימוש הצודקים והסבירים – וכי מן הטעם הזה היא אינה יכולה להיחשב מידתית. משמע, פעולת-נגד עשויה להיות בלתי מידתית גם כאשר תוצאותיה המוחשיות מוגבלות, אם היא פוגעת בעיקרון משפטי חשוב.

לבסוף, יש בידינו דוגמאות רבות ליישום עקרון המידתיות ביחס ליישום של אמצעי-נגד בתחום הסחר הבין-לאומי. סעיף 22(4) למסמך ההבנות בדבר יישוב סכסוכים של ארגון הסחר העולמי קובע כי לגוף הממונה על יישוב הסכסוכים של הארגון (Dispute Settlement Body; DSB) יש הסמכות לאשר את הקפאת זכויות הסחר של צד שהפר את ההסכמים ובלבד ש –

רמת ההשעיה של ההטבות או ההתחייבויות האחרות שהגוף ליישוב סכסוכים מוסמך לאשר תהיה שוות ערך לרמת השלילה או הפגיעה.³²⁶

Air Services Agreement of 27 March 1946 (U.S. v. France), XVIII 324
U.N.R.I.A.A. 417 (1978)

Gabčíkovo-Nagymaros, 1997 I.C.J. 7 325

‘The level of the suspension of concessions or other obligations authorized 326
by the DSB shall be equivalent to the level of the nullification or impairment.’
Understanding on the Rules and Procedures Governing the Settlement
of Disputes (Annex 2 to the Agreement Establishing the World Trade
Organization), 15 April 1994, 33 ILM (1994) 1226

הביטוי 'שווה ערך' התפרש בפסיקת המנגנון השיפוטי ליישוב סכסוכים הפועל במסגרת הארגון באופן המחיל החלה דווקנית את עקרון המידתיות על פעולות-נגד בדיני הסחר הבין-לאומיים כך ששווייה הכלכלי של התגובה לא יחרוג משווייה הכלכלי של ההפרה הראשונית.³²⁷ בפרשת **תאגידי המס הזרים** נתבקש בורר להכריע בשאלת חוקיותן של סנקציות שהטיל האיחוד האירופי על ארצות הברית בגין מתן סובסידיה עקיפה ליצוא אמריקני, בניגוד להסכם הסובסידיות.³²⁸ לפי הנוסח הקבוע בסעיף 4.10 להסכם הסובסידיות, הגוף הממונה על יישוב הסכסוכים מוסמך לאשר לצד הנפגע להטיל על הצד הפוגע אמצעי-נגד **מתאימים**. הבורר קבע כי סעיף 4.10 מקנה למדינות נפגעות מתחם שיקול דעת רחב יותר בהטלת סנקציות מזה הקבוע בהסכמי סחר אחרים.³²⁹ אשר על כן אין בחינת המידתיות צריכה להיעשות על ידי השוואה מכנית בין הנזק שגרמה ההפרה לבין התוצאות שגורמים אמצעי-הנגד, אלא לנוכח חומרתה של ההפרה הראשונית והרצון לעודד את הצד המפר לחדול ממנה:

לדעתנו, הביטוי 'אמצעי-נגד מתאימים' יקנה למדינה החברה המתלוננת את הזכות להטיל אמצעי-נגד שלכל הפחות יאזנו את התוצאות הפוגעניות מבחינת האמצעי הבלתי חוקי המתמשך. עם זאת **לא הכרחי** שהשפעות הסחר תהיינה הסטנדרט האפקטיבי שלפיו תיקבע נאותותם של אמצעי-הנגד. על כן אין לפרש את ההוראות הרלוונטיות באופן **המגביל** את ההערכה לסטנדרט זה. המדינות החברות רשאיות לנקוט אמצעי-נגד שאינם בלתי מידתיים לנוכח חומרת האמצעי הלא חוקי הראשוני והמטרה של הבטחת ביטול סובסידית היצוא האסורה כך שיהיה אפשר להשיב על

327 A. D. Mitchell, 'Proportionality and Remedies in WTO Disputes', 17 *Eur. J. Intl. L.* (2006) 985, 999-1000, 1005-1006

328 Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, Annex IA of the Agreement Establishing the World Trade Organization, 15 April 1994, 1869 U.N.T.S. 14

329 *U.S.: Tax Treatment for 'Foreign Sales Corporations'*, Decision of the Arbitrator (DSU, Art. 22.3 arbitration), WTO Doc. WT/DS108/ARB (2002)

כנו את שיווי המשקל בין הזכויות ובין החובות שהפרה ההפרה הראשונית [ההדגשות שלי].³³⁰

במילים אחרות, יישום עקרון המידתיות בסכסוכי סובסידיות הוא יישום גמיש, הסוטה מהיישום הנוקשה יותר של עקרון המידתיות בסכסוכי סחר אחרים.

עקרון המידתיות חשוב גם בחלקים של דיני האחריות של המדינה המסדירים את הסעדים הנלווים להפרה של הדין הבין-לאומי. סעיף 35 לטיוטה של כללי האחריות של המדינה מציין כי הסעד הראשי במקרים של הפרת המשפט הבין-לאומי הוא סעד של השבת המצב לקדמותו (restitution). הסעיף מסייג וקובע שכלל זה לא יחול כאשר העדפת השבה על פני פיצוי תגרור תוצאה בלתי מידתית בעליל.³³¹ יתר על כן, הפרשנות הרשמית של נציבות המשפט הבין-לאומי של האו"ם לטיוטת הכללים מדגישה שגם חובת הפיצוי שמדינה מפרה חבה לצדדים הנפגעים מפעולתה צריכה להיות מידתית ביחס להפרה;³³² וסעיף 37 לטיוטת הכללים – העוסק בחובה החלופית המוטלת על המדינה המפרה לנקוט אמצעים אחרים שיספקו את המדינה הנפגעת (satisfaction) – קובע אף הוא כי הדרישה לסיפוק צריכה להיות מידתית לפגיעה ובלתי משפילה.

330 'The expression "appropriate countermeasures", in our view, would entitle the complaining Member to countermeasures which would at least counter the injurious effect of the persisting illegal measure on it. However, it does not *require* trade effects to be the effective standard by which the appropriateness of countermeasures should be ascertained. Nor can the relevant provisions be interpreted to *limit* the assessment to this standard. Members may take countermeasures that are not disproportionate in light of the gravity of the initial wrongful act and the objective of securing the withdrawal of a prohibited export subsidy, so as to restore the balance of rights and obligations upset by that wrongful act' בפסקה 5.41.

331 לפי הפרשנות של נציבות המשפט הבין-לאומי של האו"ם (ILC), הכוונה למצב שבו תהא השבת המצב לקדמותו בלתי צודקת ובלתי סבירה בעליל. ILC Commentary to Art. 35 of the Draft Articles on State Responsibility, לעיל הערה 300, בעמ' 243 (פסקה 11).

332 שם, בעמ' 236-237 (פסקה 5).

2. עקרון המידתיות כעיקרון משפטי כללי

2.1 משמעות והיתכנות ההכרה בעקרון המידתיות כעיקרון משפטי כללי

מהתנת-פרק הקודם עולה שיש תמיכה חזקה לטענה שעקרון המידתיות מייצג עיקרון כללי של משפט בין-לאומי, כלומר רעיון שעומד בבסיסם של כללים רבים מסדר ראשון ועיקרון מנחה בעת יישומם של כללים מסדר שני. אפשרות משפטית אחרת היא לראות בעקרון המידתיות עיקרון משפטי כללי, כלומר עיקרון הקיים כעניין אמפירי בכל שיטת משפט בעולם, או עיקרון שמבחינה נורמטיבית חייב להיות חלק בלתי נפרד מכל שיטת משפט ראויה.³³³

להכרה בעקרון המידתיות כעיקרון משפטי כללי שני יתרונות פוטנציאליים לעומת הגישה הקודמת, הרואה בעיקרון נגזרת אינדוקטיבית של המשפט הבין-לאומי: ראשית, הדבר מאפשר הרחבה מתודולוגית של בסיס המקורות שאפשר להשתמש בהם לצורך זיהוי העיקרון כעיקרון כללי וקביעת תוכנו. רוצה לומר: הגישה הרואה בעקרון המידתיות עיקרון כללי של משפט בין-לאומי מתבססת על ניתוח של המשפט הבין-לאומי, ואילו הגישה הרואה בו עיקרון משפטי כללי מתבססת בעיקרה על ניתוח אמפירי ותאורטי של המשפט המדינתי. שנית, יש הבדל חשוב בין מעמדם של שני סוגי העקרונות האמורים במשפט הבין-לאומי. בעוד עקרונות כללים של משפט בין-לאומי משמשים אך ורק כלי פרשני שלאורו יש לקרוא את הנורמות הספציפיות של המשפט הבין-לאומי,³³⁴ העקרונות הכלליים של המשפט יכולים לשמש לפי סעיף 1(1)38(ג) לחוקת בית הדין הבין-לאומי (סעיף המונה את מקורות המשפט הבין-לאומי) מקור משפטי עצמאי לזכויות ולחובות של מדינות.

333 לדיון בעקרונות משפטיים כלליים ראו א' בן נפתלי ו' שני, **המשפט הבינלאומי: בין מלחמה ושלום** (תשס"ז) 399-404.

334 לפי אמנת וינה בדבר דיני אמנות, יש לפרש אמנות לאור ההתחייבויות הבין-לאומיות האחרות של המדינות החברות בהן. Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, Art. 31(3)(c), 1155 U.N.T.S. 331. (להלן: VCLT). כלי פרשני זה רחב דיו כדי לכלול גם קליטה פרשנית של כללים ספציפיים וגם עקרונות רחבים יותר.

דא עקא, לא ברור כלל ועיקר שאפשר לראות במידתיות עיקרון כללי של משפט בעל תוכן מוחשי.³³⁵ אמנם נדמה כי בכל שיטת משפט יש כללים מסוימים המשקפים את העיקרון. למשל, בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה קבע בפרשת *Blaskić* כי בתחום הענישה הפלילית יש עיקרון משפטי כללי שלפיו נדרש יחס מידתי בין חומרת העברה לחומרת העונש.³³⁶ עם זאת בתחומים אחרים של הפעלת סמכות שלטונית מעמדו של העיקרון ברור פחות. כך למשל, עד שנות השמונים של המאה הקודמת לא הכיר המשפט המקובל הנוהג באנגליה כלל בעקרון המידתיות במסגרת המשפט המנהלי והפעיל במקומו דוקטרינות של סבירות ותום לב.

ואכן, החוקר הבריטי בין צ'נג (Bin Cheng) ערך מחקר מקיף על תוכנם של עקרונות המשפט הכלליים כפי שאלו באו לידי ביטוי בפסיקתן של ערכאות בין-לאומיות. צ'נג לא הציע לראות בעקרון המידתיות עיקרון משפטי כללי עצמאי. במקום זאת הוא סבר כי עקרון המידתיות עשוי להיגזר, במקרים מתאימים, מעקרון תום הלב או מן האיסור על ניצול לרעה של זכויות (*abus de droit*). לשיטתו של צ'נג, פעולה חוקית של מדינה אחת הגוררת פגיעה קשה באינטרסים של מדינה אחרת – פגיעה בלתי מידתית ביחס לאינטרס של המדינה הראשונה – עשויה להיחשב פעולה המנצלת לרעה את הזכות, ולפיכך יש לראות בה פעולה בלתי חוקית.³³⁷ מכאן שלשיטתו של צ'נג מדובר בסופו של דבר ברעיון השואב את תוקפו מעקרונות כלליים של צדק.³³⁸

גישה אפשרית אחרת היא לראות בעקרון המידתיות עיקרון הנובע מרעיון כללי שלפיו על מדינות לפעול באופן סביר. ואמנם, הרכב בוררות שדן בשנת 1986 בסכסוך בין קנדה לצרפת בנושא **מפרץ סנט לורנס** התבטא כך:

הטריבוטל מצייין לבסוף שכמו הפעלת כל סמכות, גם הפעלת סמכות רגולטורית כפופה תמיד לכלל הסבירות שקבע בית הדין הבין-לאומי

- 335 ראו Higgins, **לעיל** הערה 72, בעמ' 236.
- 336 *Prosecutor v. Blaskić*, Judgment of 3 March 2000, at para. 796 (ICTY) ראו גם Mitchell, **לעיל** הערה 327, בעמ' 988-991.
- 337 Cheng, **לעיל** הערה 238, בעמ' 121.
- 338 לדיון באפשרות שעקרונות צדק ייחשבו עקרונות כלליים שלאורם יתפרש הדין הבין-לאומי הנוהג ראו *North Sea Continental Shelf (FGR. v. Denmark; FGR. v. Netherlands)*, 1969 I.C.J. 3, 48-51

לצדק בהאג בפרשת מפעל הגרירה בברצלונה, בנוסח כדלקמן: 'בית הדין סבור כי בתחום ההגנה הדיפלומטית, כבשאר תחומי המשפט הבין-לאומי, הכרחי ליישם את הדין באופן סביר' [...] כלל זה מחייב את המדינות לנהוג בצורה **מידתית** למטרה החוקית שהן מבקשות להשיג מתוך שימת לב מספקת לזכויות ולחירויות העומדות לזכות מדינה אחרת [ההדגשה שלי].³³⁹

נראה אפוא שיש תמיכה מסוימת בכתיבה המשפטית ובפרקטיקה לגישה שעקרון המידתיות הוא חלק מהדין הבין-לאומי הכללי, ושאפשר לקרוא אותו גם לתוך ענפים משפטיים בין-לאומיים ספציפיים החסרים אותו. מסקנה זו תומכת בעמדת בג"ץ בתיקי גדר ההפרדה והסיכולים (נדונו בחלק השלישי לעיל), ולפיה יש לבחון את החוקיות של פעולות צה"ל בשטחים לאור עקרון המידתיות. עם זאת למתודולוגיה האמורה יש שתי מגבלות עיקריות: (א) ברמת הפשטה כל כך כללית וללא מבחני עזר ברורים, ספק אם עקרון המידתיות יכול לכוון התנהגות. (ב) במקרה של התנגשות בין העיקרון הכללי לבין נורמה ספציפית יגבר הדין הספציפי. כאמור בחלק השני לעיל, כאשר מדובר בפגיעה בלוחמי אויב, יחסי הגומלין בין עקרון המידתיות לבין הכללים המנהיגים מעמידים בספק את השימוש שעשה בית המשפט בעיקרון בפרשת הסיכולים.

2.2. יישום עקרון המידתיות על ידי בית הדין האירופי לצדק

דוגמה לפוטנציאל השימוש בעקרון המידתיות כעיקרון כללי של משפט הממלא לקונות קיימות בדין היא פסיקתו של בית הדין האירופי לצדק (European Court of Justice; ECJ).

³³⁹ 'The Tribunal finally points out that, like the exercise of any authority, the exercise of a regulatory authority is always subject to the rule of reasonableness invoked by the International Court of Justice in the *Barcelona Traction* case, as follows: "The Court considers that, in the field of diplomatic protection as in all other fields of international law, it is necessary that the law be applied reasonably" (ICJ Reports, 1970, p. 48, para. 93) [...] That rule requires State behaviour to be *proportional* to the aim legally pursued, with due regard to the rights and freedoms granted to another State.' *Filleting within the Gulf of St. Lawrence* (Canada v. France), 82 I.L.R. (1986) 631, at para. 54

עקרון המידתיות התקבל בפסיקת בית הדין האירופי לצדק כעיקרון כללי של המשפט האירופי – מונח בעל משמעות שונה במקצת מהמונח 'עיקרון משפטי כללי' שנזכר קודם לכן כמקור נורמטיבי במשפט הבין-לאומי (לפי סעיף 138(ג) לחוקת בית הדין הבין-לאומי בהאג). במשפט הבין-לאומי משמשים עקרונות המשפט הכלליים כמקורות עצמאיים לנורמות המחייבות את המדינות (כמו כל נורמה אחרת שמקורה באמנה או במנהג). לעומת זאת המונח 'עקרונות כלליים של המשפט האירופי' איננו מתייחס במישרין למקור נורמטיבי שאפשר לחלץ ממנו כללים נוהגים מחייבים ומסוימים, אלא לסטנדרטים כלליים, המוגדרים ברמת הפשטה גבוהה ומבטאים את תפיסות היסוד של המשפט האירופי.³⁴⁰ סטנדרטים אלו משמשים את בית הדין האירופי לצדק כקווים מנחים ליישום כללי האיחוד האירופי במקרים המובאים לפניו. במסגרת זו משתמש בית הדין בעקרונות הכלליים של המשפט האירופי לצורך פרשנותן של הוראות האמנות וחקיקת המשנה של האיחוד; כקריטריון להגדרת מעמדם ההיררכי העדיף של כללים מסוימים על פני אחרים; כאמת מידה להערכת חוקיות פעולותיהם של מוסדות ומדינות האיחוד ביחס לדיני האיחוד האירופי; וחשוב ביותר לענייננו – כמקור להשלמת פערים בדיני האיחוד במקרים שבהם קיומה של לקונה מוביל לאי-צדק.³⁴¹

מתוך פסיקתו של בית הדין והכתיבה האקדמית עולים שלושה מקורות אפשריים למעמדו של עקרון המידתיות כעיקרון כללי של המשפט האירופי.³⁴² המקור האפשרי הראשון הוא סעיפים באמנות האיחוד האירופי שיש בהם הגבלות מסוג של 'צורך', 'מידה', 'נחיצות' וכדומה.³⁴³ הגם שסעיפים אלו

340 Emiliou, לעיל הערה 3, בעמ' 115-116: 'General principles form the moral and institutional framework upon which the Community is based' [עקרונות כלליים הם המסגרת המוסרית והמוסדית שהקהילה מבוססת עליה]. באופן דומה גם במשפט הבין-לאומי מקובל להצביע על כמה עקרונות שנחשבים לעקרונות כלליים שלו. ראו בעניין זה: A. Cassese, *International Law* (2nd ed., 2005) 188; M. Koskenniemi, 'General Principles: Reflexions on Constructivist Thinking in International Law', *Sources of International Law* (M. Koskenniemi ed., 2000) 359

341 Emiliou, לעיל הערה 3, בעמ' 121-126.

342 להצגה כללית של המקורות לעקרונות הכלליים של המשפט האירופי ראו שם, בעמ' 126-133.

343 דוגמה לסעיפים מסוג זה הוא סעיף 5 לאמנת האיחוד (Treaty Establishing)

אינם מתייחסים במפורש לעקרון המידתיות, וחלקם אף מוגבלים להיבטים מסוימים של העיקרון בלבד, הפרשנות שניתנה להם על ידי בית הדין מצביעה על תפיסתם כמעגניים את עקרון המידתיות עיגון מלא.³⁴⁴ מדובר אפוא במתודולוגיה דומה לזו שהשתמשו בה לזיהוי עקרון המידתיות כעיקרון כללי של המשפט הבין-לאומי (בעיקר בענף דיני זכויות האדם). המקור האפשרי השני לעקרון המידתיות הוא חילוצו מתוך עיקרון כללי אחר של האיחוד האירופי – עקרון שלטון החוק. בהתאם לעיקרון זה, במשמעותו המהותית (בשונה ממובנו הפרוצדורלי), על כל רשות מנהלית לפעול להשגת יעדיה אגב הטלת הנטל המצומצם ביותר האפשרי על

the European Community [Consolidated Version] 24 December 2002, O.J. C 325/33, 'Any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of this Treaty' [כל פעולה של הקהילה לא תחרוג מן הנחוץ להשגת התכלית של אמנה זו]; כמו גם סעיף 134, שלפיו: '[T]he Commission may authorise Member States to take the necessary protective measures, the conditions and details of which it shall determine [...] In the selection of such measures, priority shall be given to those which cause the least disturbance of the functioning of the common market' [הנזיבות רשאית להסמיך מדינות חברות לנקוט את אמצעי המגן הנחוצים לפי התנאים והפרטים שהיא תקבע [...] בעת הבחירה בין אמצעים שכאלה תינתן עדיפות לאמצעים שהפרעתם לתפקוד השוק המשותף תהיה הקטנה ביותר].

344 הדוגמה המובהקת לפרשנות כאמור היא פסק הדין של בית הדין האירופי לצדק בעניין *Internationale Handelsgesellschaft* משנת 1970, שנחשב לנקודת הציון הראשונה החשובה של עיגון עקרון המידתיות בפסיקת בית הדין. בפרשה זו נדרש בית הדין לבחון אם אמצעי שנקטה הקהילה בהקשר של חקלאות מקיים את הוראת סעיף 340) לאמנת הקהילה הכלכלית האירופית, ולפיו: 'The common organisation [of agricultural markets] shall be limited to pursuit of the objectives set out in Article 39' [הארגון המשותף של שווקים כלכליים יוגבל לקידום המטרות הקבועות בסעיף 39]. אף על פי שהסעיף האמור מתייחס בעיקרו לדרישת הצורך, התייחס בית הדין גם למידתיות האמצעי וקבע: 'The Community legislature adopted a provision which, without imposing an undue burden on importers or exporters, is appropriate for ensuring the normal functioning of the organization of the market in cereals, in the general interest as defined in Article 39 of the Treaty' [המחוקקת הקהילתי אימץ הוראה שמתאימה להבטחת התפקוד התקין של ארגון שוק הדגנים בלי להטיל נטל כבד מדי על יבואנים ויצואנים ובהתאם לאינטרס הכללי כפי שהוגדר בסעיף 39].

Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle*, Judgment of 17 December 1970, at para. 25

הפרטים והישויות המושפעים ממנה. חובה זו יכולה, כאמור, לבסס גם את דרישת המידתיות.³⁴⁵ מתודולוגיה זו דומה, בקווים כלליים, לדרך שמציע צ'נג לחלץ את עקרון המידתיות מחובת תום הלב הכללית החלה במשפט הבין-לאומי. מקור אפשרי שלישי למעמדו של עקרון המידתיות במשפט האירופי הוא 'יבוא' העיקרון אל הדין האירופי מתוך שיטות המשפט האירופיות המדינתיות. טכניקה זו מקובלת בבית הדין האירופי לצדק כמקור לנורמות שהוא מיישם בפסיקתו,³⁴⁶ ועקרון המידתיות אכן מופיע (גם אם בגרסאות אחדות) בשיטות המשפט המדינתיות של רבות מהמדינות החברות באיחוד.³⁴⁷ משלושת המקורות האפשריים האמורים נראה כי המקור הראשון הוא המקובל ביותר, הלכה למעשה, לביסוס מעמדו של עקרון המידתיות כעיקרון כללי של משפט האיחוד האירופי.³⁴⁸

מפסיקתו של בית הדין האירופי לצדק עולה כי השימוש בעקרון המידתיות איננו מוגבל לבחינת חוקיותם של אמצעים אדמיניסטרטיביים, אלא הוא מיושם גם בבחינת חוקיותה של חקיקה 'ראשית' של מוסדות האיחוד.³⁴⁹ מכאן המסקנה שמדובר בעיקרון חוקתי באופיו, ולא רק בעיקרון של משפט מנהלי.³⁵⁰ מקום מיוחד נועד לעקרון המידתיות במסגרת ההגנה שבית הדין האירופי לצדק מעניק לזכויות האדם ולחירויות היסוד של תושבי האיחוד שנפגעו מאמצעים אדמיניסטרטיביים או תחקיתיים, בין שמדובר

345 Schwarze, **לעיל** הערה 14, בעמ' 712-714; Emiliou, **לעיל** הערה 3, בעמ' 137.

346 **שם**, בעמ' 126-127.

347 Schwarze, **לעיל** הערה 14, בעמ' 714-715. להצגת עקרון המידתיות בשיטות המשפט של מדינות האיחוד האירופי ראו **שם**, בעמ' 680-702 (צרפת, גרמניה, איטליה, בריטניה, בלגיה, דנמרק, יוון, אירלנד, לוקסמבורג, הולנד, פורטוגל, ספרד).

348 Schwarze, **לעיל** הערה 14, בעמ' 716: 'There is certainly some scope here for finally recognizing this [proportionality] principle as a general Community law principle through a universally applicable interpretation of the individual provisions of the Treaties' [בוודאי יש כאן מקום מסוים להכיר סוף סוף בעקרון המידתיות כעיקרון כללי של דין הקהילה על דרך פרשנות כללית של כל ההוראות הפרטניות באמנות]. ראו גם Emiliou, **לעיל** הערה 3, בעמ' 137.

349 כך לדוגמה, בפרשת *Bela-Mühle* נפסלה חוקיותה של תקנה של מועצת הקהילה האירופית לאחר שנמצא שהיא הייתה בלתי מידתית. ראו *Case 114/76, Bela-Mühle Josef Bergmann KG v. Grows-Farm GmbH & CO. KG.*, Judgment of 5 July 1977

350 Schwarze, **לעיל** הערה 14, בעמ' 717-719.

בזכויות המוגנות באמנות האיחוד האירופי עצמן (כדוגמת הזכות לחופש במתן שירותים³⁵¹), ובין שמדובר בזכויות שמוקנות לתושבי האיחוד מכוח דיני זכויות האדם הכלליים (כדוגמת זכות הקניין³⁵²). תחומים עיקריים שנעשה בהם שימוש בעקרון המידתיות בפסיקתו של בית הדין האירופי לצדק הם ארגון השווקים החקלאיים; חופש התנועה של סחורות ושל אנשים והחופש במתן שירותים; יחסי המסחר עם מדינות שאינן חברות באיחוד; דיני התחרות; וסוגיות הקשורות בסכסוכי עבודה במסדות האיחוד.³⁵³ יישומו רחב ההיקף של העיקרון בפסיקתו של בית הדין הביא את המלומד הגרמני יורגן שוורצה (Schwarze) לקבוע כי -

עקרון המידתיות הוא בעצם בר יישום בכל תחום של דין הקהילה כקריטריון להערכה של חוקיות פעולותיהם של מוסדות הקהילה ושל הרשויות המדינתיות, ולעתים קרובות הייתה לו השפעה מכרעת הן בפעולות תחיקתיות הן בפעולות ביצועיות. לפיכך יש לראות בו, בצדק, עיקרון בעל חשיבות מכרעת המגביל חקיקה ופעילות כלכלית בקהילה.³⁵⁴

מעמדו של עקרון המידתיות כעיקרון משפטי אירופי זכה בשנת 2000 לעיגון פורמלי במסגרת מגילת זכויות היסוד של האיחוד האירופי (Charter of

- Case 33/74, *van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, Judgment of 3 December 1974, at para. 16 351
- Case 44/79, *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, Judgment of 13 December 1979, at para. 23 352
- Schwarze, **לעיל** הערה 14, בעמ' 726-853; Emiliou, **לעיל** הערה 3, בעמ' 139-169; F. G. Jacobs, 'Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law', *The Principle of Proportionality in the Law of Europe* (E. Ellis, ed., 1999) 1; T. Tridimas, 'Proportionality in European Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny' *The Principle of Proportionality in the Law of Europe* (1999) 65, 70-76 353
- '[T]he proportionality principle is applicable in virtually every area of community law as a criterion in the assessment of the legality of actions of the community institutions and of the national authorities, which has often had a decisive effect, in relation to both legislative and executive action. It is consequently rightly regarded as a crucial principle in limiting economic legislation and practice within the community', Schwarze, **לעיל** הערה 14, בעמ' 853. 354

(Fundamental Rights) – מסמך הצהרתי המביע מחויבות עקרונית מצד המדינות החברות באיחוד להכפפת התנהלות האיחוד לסטנדרטים של זכויות אדם ומינהל תקין.³⁵⁵ אם וכאשר תיכנס אמנת ליסבון לתוקף³⁵⁶ (אמנת ליסבון אמורה להחליף את החוקה האירופית), תקבל מגילת זכויות היסוד, שהיא חלק ממנה, תוקף משפטי מחייב ומלא. סעיף 49 למגילה מכיר בעקרון המידתיות כעיקרון החולש על מדיניות הענישה של האיחוד. חשוב מזה הוא האזכור של העיקרון בסעיף (1)51 למגילה המהווה פסקת הגבלה כללית. סעיף זה קובע:

כל הגבלה על השימוש בזכויות ובחירויות שנקבעו במגילה צריכה להיות מעוגנת בחוק ולכבד את מהותן של הזכויות והחירויות. בכפוף לעקרון המידתיות, הגבלות יוכלו להתבצע רק אם הן הכרחיות ותואמות באמת למטרות של קידום האינטרס הכללי שהאיחוד הכיר בהן או לצורך להגן על זכויותיהם ועל חירותיהם של אחרים.

Any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by this Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms. Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others.

חרף מעמדו המרכזי של עקרון המידתיות בפסיקתו של בית הדין האירופי לצדק קשה להוכיח תפיסה שלמה וקוהרנטית של העיקרון בפסיקה זו, כדוגמת התפיסה הקיימת בשיטת המשפט הגרמנית או בפסיקתו של בית המשפט העליון בישראל.³⁵⁷ לכל היותר יש בפסיקת בית הדין האירופי שימוש

Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2007 O.J. (C-303) 1 355
Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty 356
Establishing the European Community, 13 December 2007, Art. 6, 2007 O.J.
(C-306) 10
2; Schwärze, **לעיל** הערה 14, בעמ' 853-855; Jacobs, **לעיל** הערה 353, בעמ' 2; 357
Emiliou, **לעיל** הערה 3, בעמ' 191; Tridimas, **לעיל** הערה 353, בעמ' 68-69.

מזדמן במבחני המשנה המקובלים במשפט הגרמני ובמשפט הישראלי ביחס לעקרון המידתיות, דהיינו מבחן הקשר הרציונלי (או מבחן ההתאמה),³⁵⁸ מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה³⁵⁹ ומבחן המידתיות במובן הצר,³⁶⁰ או צירוף של שניים מהמבחנים זה בצד זה.³⁶¹ הבחירה במבחני המשנה השונים

- 358 לדוגמה: Case 25/70, *Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel v. Köster et Berodt & Co.*, Judgment of 17 December 1970, at para. 28; Cases 279/84, 280/84, 285/84 and 286/84, *Rau Lebensmittelwerke v. Commission of the European Communities*, Judgment of 11 March 1987, at para. 34: 'It is settled case-law that in order to establish whether a provision of community law complies with the principle of proportionality, it must be ascertained whether the means which it employs are suitable for the purpose of achieving the desired objective and whether they do not go beyond what is necessary to achieve it [...] if a measure is patently unsuited to the objective which the competent institution seeks to pursue this may affect its legality' קבעה שכדי לבחון אם הוראה של דיני הקהילה מקיימת את עקרון המידתיות, יש לראות אם האמצעים שההוראה נקטה מתאימים להגשמת היעד המבוקש ואם הם אינם חורגים מן הנחוץ להשגתו [...] אם אמצעי אינו מתאים בבירור ליעד שהמוסד המוסמך מבקש להשיג, הדבר משפיע על חוקיותו.'
- 359 לדוגמה: Case 33/74, **לעיל** הערה 351, בפסקה 16; Case 39/75, *Coenen v. Sociaal-Economische Raad*, Judgment of 26 November 1975, at para. 9; Case 261/81, *Rau Lebensmittelwerke v. De Smedt PVBA*, Judgment of 10 November 1982, at para. 12: 'If a Member State has a choice between various measures to attain the same objective it should choose the means which least restricts the free movement of goods' [אם עומדת לפני מדינה חברה הבחירה בין כמה אמצעים להשגת אותם יעדים, עליה לבחור באמצעים המגבילים במידה הקטנה ביותר את חופש התנועה של הסחורות].
- 360 לדוגמה: Cases 79/76 and 100/76, *NV Romboterfabriek 'De Beste Boter' v. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, Judgment of 11 May 1977, at para. 11; Case 122/78, *SA Buitoni v. Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles*, Judgment of 20 February 1979, at para. 16; Case 147/81, *Merkur Fleisch-Import GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Ericus*, Judgment of 29 April 1982, at para. 12; Cases 26 and 86/79, *Forges de Thy-Marcinelle et Monceau SA v. Commission of the European Communities*, Judgment of 18 March 1980, at para. 6; Case 77/81, *Zuckerfabrik Franken GmbH v. Federal Republic of Germany*, Judgment of 18 February 1982, at para. 25
- 361 אחד הביטויים המקיפים יותר של עקרון המידתיות בפסיקת בית הדין האירופי לצדק היה בפרשת *Fedesa*, שם נקבע כדלקמן:

נגזרת במידה רבה מאופיו של האמצעי הנתון לביקורת שיפוטית ומאופיו של האינטרס שנפגע מנקיטת האמצעי הזה.³⁶² טקיס טרידימס (Tridimas) מסכם את מסקנתו וגורס כי באשר לעקרון המידתיות -

[...] מדובר בעיקרון שרחוק מלהכתיב מבחן אחיד. זהו עיקרון שיש לו תוכן פתוח ואשר משתמשים בו בכל מיני דרגות של ביקורת שיפוטית.³⁶³

לבסוף יש לומר שגם בית הדין האירופי לצדק - כמו בית הדין האירופי לזכויות אדם - נוהג להעניק למדינות החברות מתחם שיקול דעת מסוים ביישום עקרון המידתיות.³⁶⁴

The Court has consistently held that the principle of proportionality is one of the general principles of Community law. By virtue of that principle, the lawfulness of the prohibition of an economic activity is subject to the condition that the prohibitory measures are appropriate and necessary in order to achieve the objectives legitimately pursued by the legislation in question; when there is a choice between several appropriate measures recourse must be had to the least onerous, and the disadvantages caused must not be disproportionate to the aims pursued (בית הדין קבע בעקביות שעקרון המידתיות הוא אחד העקרונות הכלליים של דיני הקהילה. מכוח עיקרון זה כפופה חוקיותו של האיסור על פעילות כלכלית לתנאי שהאמצעים האוסרים הם אמצעים מתאימים ונחוצים כדי להשיג את התכליות הלגיטימיות שהחיקה הרלוונטית נועדה להשיג; במקום שיש בחירה בין אמצעים מתאימים אחדים, יש לפנות לאמצעי המכביד פחות, ואסור שהנוק שנגרם יהיה בלתי מידתי ביחס לתכליות שמבקשים להשיג.)

ראו Case C-331/88, *The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa*, Judgment of 13 November 1990, at para. 13. ובאופן דומה: Case C-133/93, C-300/93 and 362/93, *Crispoltoni v. Tabacchi*, Judgment of 5 October 1994, at para. 40

Tridimas, לעיל הערה 353, בעמ' 76-77. 362

'[...] far from dictating a uniform test, it is an open-texture principle which is used in different degrees of judicial scrutiny'. שם, בעמ' 84. ובאופן דומה: 363

Jacobs, לעיל הערה 353, בעמ' 20. 364

ראו למשל Case C-285/98, *Kreil v. Bundesrepublik Deutschland*, 2000 ECR I-69, at para. 24. 364

סיכום

עקרון המידתיות הוא עיקרון חשוב, והוא נמצא בבסיסם של כללים מרכזיים במשפט הבין-לאומי המסדירים את היחסים בין מדינות לבין פרטים ובין מדינות לבין עצמן. קבלתו הנרחבת מעידה על הפנמה אצל המחוקקים הבין-לאומיים ופרשני המשפט הבין-לאומי שהפעלת זכויות משפטיות צריכה להיות כפופה לעקרונות של צדק וסבירות ולהביא בחשבון את הזכויות והאינטרסים של הפרטים והמדינות המושפעים מכך. זהו בעצם הרעיון המרכזי שעקרון המידתיות מתיימר לשקף. למעשה אפשר לראות בעקרון המידתיות משום מסגרת לניתוח משפטי, שהוא חלק בלתי נפרד מהדיון ביישומן של זכויות משפטיות ובהטלת מגבלות על היקף תחולתן של זכויות אלו.

בחיבור זה העמקתי במעמדו של עקרון המידתיות ובאופן יישומו בשלושה ענפי משפט בין-לאומי חשובים – דיני זכויות אדם (פרק ראשון), משפט בין-לאומי הומניטרי (פרק שני) ודיני השימוש בכוח (פרק שלישי). שני הענפים הראשונים מסדירים את היחסים בין מדינות לפרטים בזמנים של מלחמה או שלום, ואילו הענף השלישי מסדיר את היחסים בין מדינות השרויות בסכסוך צבאי.

ההתמקדות בענף משפטי זה מוצדקת מבחינה מתודולוגית, שכן לדיני השימוש בכוח הייתה השפעה רבה על התפתחותו של עקרון המידתיות במשפט הבין-לאומי בכלל ועל אופן יישומו במסגרת המשפט הבין-לאומי ההומניטרי בפרט. לפיכך הפרק הרביעי של המחקר דן באפשרות לראות בעקרון המידתיות עיקרון כללי של משפט בין-לאומי, דהיינו עיקרון שאפשר לחלצו אינדוקטיבית מכללים מרכזיים החלים בדין הבין-לאומי. לחלופין אפשר לראות בעקרון המידתיות עיקרון משפטי כללי, דהיינו עיקרון שאפשר לחלצו מכל שיטות המשפט הקיימות בעולם.

מהסקירה האמורה עולה כי עקרון המידתיות הוא עיקרון משפטי כללי המשלים ומגביל את עקרון הנחיצות (או הצורך) בעת ובעונה אחת. כאשר הדין הבין-לאומי מאפשר למדינה לפגוע בזכויות או באינטרסים מוגנים בשל קיומו של צורך מכריע לעשות כן, על הפגיעה בזכויות או באינטרסים להיות מידתית. כך למשל, דיני זכויות האדם מחייבים שהגבלת זכויות אדם לשם הגנה על אינטרסים חברתיים חשובים, בכלל זה חריגה מזכויות אדם בשעת חירום, תהא מידתית; דיני השימוש בכוח מאפשרים תגובה מידתית

על התקפה חמושה; ודיני אחריות המדינה מאפשרים במקרה שיש צורך להגן על אינטרס חיוני להימנע ממילוי התחייבות בין-לאומית ובלבד שתוצאת אי-קיום ההתחייבות תהא מידתית. נראה לי, אם כן, שאין קושי של ממש לקבוע כי עקרון המידתיות הוא עיקרון כללי של המשפט הבין-לאומי בכלל ושל דיני זכויות האדם, דיני השימוש בכוח ודיני האחריות הבין-לאומית בפרט.

שונה מעט מעמדו של העיקרון בתחום המשפט הבין-לאומי ההומניטרי. הואיל וענף משפטי זה נועד להסדיר את ניהולם של מלחמות וסכסוכים חמושים אחרים, והיות שהוא התגבש בחלקו הניכר עוד קודם למועד שבו נאסר באיסור גורף השימוש בכוח (1945), אזי הדין ההומניטרי מתיר פגיעה בלוחמי אויב – בלא קשר לצד שלהם בסכסוך – ואינו מכפיף את הזכות לפגוע בהם לעקרון המידתיות. וכך, למשל, מותר להרוג בזמן מלחמה חיילי אויב גם בנסיבות שהיה אפשר לשבותם.

ואולם גם במסגרת מערכת דינים זו יש מעמד מסוים לעקרון המידתיות: האיסור על נזק נלווה מופרז מחיל את עקרון המידתיות על פגיעה באזרחים מוגנים בעת התקפה צבאית; מקצת ההגבלות על שימוש בכלי נשק ואמצעי לחימה מסוימים מבטא תפיסה של מידתיות (האיסור על נזק או סבל מיותרים); והדין המנהיג בעניין פעולות תגמול בעת מלחמה מכפיף את האפשרות לחרוג מן הדין הנוהג לדרישת המידתיות (כמו הדין הכללי החל במשפט הבין-לאומי באשר למידתיותן של סנקציות). מעבר לכך עקרון המידתיות המסדיר את השימוש בכוח של הצדדים לסכסוך מציב מגבלות על האפשרות לפגוע בפגיעות בלוחמים ובאזרחים החורגות מיעדי הלחימה הלגיטימיים, למשל אין להשמיד את צבא האויב בתגובה על תקרית גבול יחידה.

ובכל זאת פסיקת בג"ץ בפרשות **בית סוריק והסיכולים**, וגם הכתיבה האקדמית בתחום, מלמדות על פוטנציאל תחולה רחב עוד יותר של עקרון המידתיות בדין ההומניטרי: אפשר לקרוא, בדרכים פרשניות, את עקרון המידתיות אל תוך דרישת הנחיצות הקיימת באמנות המרכזיות של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי ככל שדרישה זו מתייחסת לאפשרות הפגיעה בזכויותיהם של פרטים מוגנים (שבויים, פצועים, אזרחים בשטח כבוש, וייתכן אף אזרחים לא מעורבים בסכסוך שאינו בין-לאומי); ככל שדיני זכויות האדם חלים בזמן סכסוך חמוש בד בבד עם הדין ההומניטרי, כך גם עקרון המידתיות הקבוע בדיני זכויות האדם יכול לחול על הסיטואציה; ולבסוף, ייתכן שאפשר לראות בעקרון המידתיות עיקרון משפטי כללי הממלא לקונות

בדין הבין-לאומי ומסייע בפרשנות של כללי המשפט הבין-לאומי הקיימים. (אף על פי שלא ברור כי כל שיטות המשפט בעולם רואות בעקרון המידתיות עיקרון משפטי כללי, אפשר לחלץ את העיקרון מן האיסור על ניצול לרעה של זכות או מעקרון הסבירות.) עם זה סבורני שבמקרים שבהם הפרקטיקה הבין-לאומית מנוגדת בבירור לתוצאה המתחייבת לכאורה מיישום עקרון המידתיות (למשל, האיסור על פגיעה בלוחמי אויב כאשר יש חלופת מעצר), הפרקטיקה הקיימת מייצגת דין ספציפי הגובר על העיקרון הכללי. מכאן שבסופו של דבר יישומו של עקרון המידתיות בדין ההומניטרי מוגבל יחסית. אם כן, ההכרה הגוברת בתחולתו של עקרון המידתיות אינה פותרת את בעיית העמימות הנלווית ליישומו, והשאלה מהי פעולה מידתית ומהי פעולה בלתי מידתית עודנה שנוי במחלוקת עזה. בייחוד קשה לכמת בנסיבות אלו את הזכויות ואת האינטרסים המונחים על כפות המאזניים – למשל, יתרון צבאי מול חיי אדם; חיי לוחמים מול חיי אזרחים – ונראה כי מומחים למיניהם עשויים להגיע לתוצאות שונות באשר לאופן יישום עקרון המידתיות. בעיה זו חריפה במיוחד במצבי מלחמה וסכסוך חמוש שבהם הצדדים לסכסוך מעריכים הערכה מנוגדת את הזכויות ואת האינטרסים שלהם ושל הצד השני, מייחסים להם משקל שונה בתכלית ונרתעים בדרך כלל מהעברת הסכסוך לבירור משפטי. אפילו מהותה של 'בררת המחדל' המשפטית – דהיינו, שיטת ההכרעה ב'מקרים קשים' – שנויה במחלוקת. נראה כי בית הדין האירופי לזכויות האדם ובית הדין הפלילי הקבוע (International Criminal Court; ICC) יעדיפו לפסוק במקרים של ספק לטובת המדינה (באמצעות דוקטרינת מתחם שיקול הדעת או באמצעות הצבת הדרישה שהסטייה מעקרון המידתיות תהא מובהקת). בה בעת יש בנמצא פסיקה של בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה הנוטה לפסוק במקרים של ספק לרעת המדינה והלוחמים בשמה.

סקירת הפרקטיקה והפסיקה הנוגעות ליישומו של עקרון המידתיות בהקשרים השונים שנבחנו במחקר זה מאפשרת לחלץ כמה מבחנים ומבחני עזר המסייעים בהפעלת העיקרון. ראשית, ניכרת תמיכה של ממש בהכללה של שלושת מבחני המידתיות שהתפתחו בדין המדינתי של מדינות מספר (לרבות ישראל) גם בעקרון המידתיות החל במישור הבין-לאומי. לפיכך העיקרון מורכב משלושה מבחני משנה הקובעים את היקף תחולתו: (א) ההתאמה של האמצעי להגשמת התכלית (מבחן הנחיצות); (ב) היעדרה של חלופה פוגענית פחות (מבחן ההכרחיות); (ג) מבחן המידתיות במובן הצר (*proportionality stricto sensu*). שנית, אפשר לחלץ עוד מבחני עזר

המסייעים, במקרים מתאימים, ליישם את העיקרון: (א) קיומם של אמצעים פרוצדורליים הוגנים שנקטו בתהליך קבלת ההחלטות (פיקוח *ex ante*); (ב) קיומן של ערובות שנועדו לוודא שהגבלה לא תנוצל לרעה (פיקוח *ex post*); (ג) הימנעות מנקיטת אמצעי הגבלה המאיין את עצם מהותם של הזכות או האינטרס המוגן. במקרים שבהם הפעלת הזכות (והפגיעה בזכות או באינטרס מוגן) נעשית בתגובה על פעולה לא חוקית קודמת, כי אז אפשר להסתייע בהערכה השוואתית של מאפייניהן ונזקיהן של הפרובוקציה הראשונית והתגובה עליה ובמידת הסטייה של ההפרה והתגובה עליה מהנורמה הבין-לאומית הרלוונטית.

אף על פי שמבחיני עזר אלו אינם יכולים לספק פתרון מלא לבעיית העמימות הנלווית לעקרון המידתיות – הנובעת בראש ובראשונה מתפקידו של העיקרון כ'מונח שסתום' גמיש³⁶⁵ – בכל זאת הם יכולים להנחות את הגורמים המיישמים את הדין ולאפשר לשופטים ולצדדים המתדיינים לנהל דיון אינטליגנטי על מידתיותם של אמצעים שלטוניים וצבאיים. חשיבות מיוחדת יש בהקשר זה לרכיבים ההליכיים הנלווים לעיקרון: קיומם מעודד שקילה רצינית של כל השיקולים הרלוונטיים, והדיון הנוצר במסגרתם בין כל מיני גורמים – שופטים, עורכי דין, מקבלי החלטות וקרבנות בפועל או בכוח – מפחית במידת מה את הממד הסובייקטיבי של עקרון המידתיות ומעודד, במשך הזמן, את יצירתם של פרמטרים מנחים אובייקטיביים.

365 Y. Shany, 'Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?', 16 *Eur. J. Intl. L.* (2005) 907, 915-916

ראו אור לאחרונה

בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה

2006

א-סימטרייה: משק קטן – כלכלה גלובלית, פורום קיסריה, הכנס הכלכלי ה-13: יולי 2005, אלי הורביץ (ראש הצוות), דוד ברודט (מנהל הכנס והעורך), מחקר מדיניות 63.

אחרי רבים להטות? עמדות רבנים בישראל כלפי הדמוקרטיה, יאיר שלג, מחקר מדיניות 76.

ברית הזוגיות, שחר ליפשיץ, מחקר מדיניות 68.

גברים בשחור: מסע אל נבכי הפוליטיקה הישראלית – גברים חרדים בתנועת הליכוד, יוחאי חקק, בהנחיית אביעזר רביצקי ותמר רפפורט, מחקר מדיניות 66.

האם הכול כשר בהתמודדות עם הטרור? על מדיניות ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד) של ישראל ביו"ש ובעזה, מהדורה מעודכנת הכוללת רב-שיח בנושא ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד), מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 60.

המשטרה והתקשורת ומה שביניהן, גדעון פישמן (עורך), פרויקט משטרה-חברה. **הקרב של המאה ה-21: דמוקרטיה נלחמת בטרור**, דן מרידור (יושב ראש), חיים פס (עורך).

חוקה שלא כתובה בתורה, שוקי פרידמן, עמיחי רדזינר, בהנחיית ידידיה צ' שטרן, מחקר מדיניות 69.

מאזן הכוחות בתהליך התקצוב, אבי בן בסט, מומי דהן.

מדד הדמוקרטיה הישראלית 2006: תמורות במערך המפלגות בישראל – התפוררות או היערכות מחדש? (קיים גם באנגלית ובערבית), אשר אריאן, ניר אטמור, יעל הדר.

מדינה, משפט והלכה ז. מה יהודי במשפט הישראלי?, ידידיה צ' שטרן, מחקר מדיניות 65.

מחיר ההינתקות: השלכות כלכליות, פורום קיסריה, הכנס הכלכלי ה-13: יולי 2005, דניאל צידון (ראש הצוות), דוד ברודט (מנהל הכנס והעורך), מחקר מדיניות 64.

מרווחה לעבודה: המדיניות הכלכלית להמשך הצמיחה וההבראה המשקית, פורום קיסריה, הכנס הכלכלי ה-13: יולי 2005, רפי מלניק (ראש הצוות), דוד ברודט (מנהל הכנס והעורך), מחקר מדיניות 62.

פנטום בפוליטיקה: ישראל ומשאל העם, דנה אריאלי-הורוביץ (עורכת) (בשיתוף עם הוצאת מאגנס).

שאלה של כבוד: כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית,* יוסי דוד (עורך) (בשיתוף עם הוצאת מאגנס).

של מי הארץ הזאת? מסע לניסוח אמנה יהודית-ערבית בישראל, עוזי בנימין (עורך) (קיים גם בערבית).

תרבות דמוקרטית, כך 10: מגדר וחברה בישראל, אבי שגיא וידידיה צ' שטרן (עורכים), טובה כהן ורות הלפרין-קדרי (עורכות אורחות) (בשיתוף עם הוצאת אוניברסיטת בר-אילן).

2007

איפה טעינו - עיתונאים מתבוננים על עצמם: מבחר מאמרים מגיליונות 'העין השביעית', עוזי בנימין (עורך).

בלי כוונה: פגיעה בחפים מפשע בזמן מלחמה בטרור, דוד אנוך, עידו פורת, ראם שגב, מרדכי קרמניצר.

דברים ושברי דברים: על יהדותה של מדינה דמוקרטית, אביעזר רביצקי וידידיה צ' שטרן (עורכים).

המשמעות הפוליטית והחברתית של פינוי יישובים ביש"ע: הינתקות 2005 כמקרה מבחן, יאיר שלג, מחקר מדיניות 72.

הפיקוח על שוק ההון, אבי בן בסט (עורך).

לקראת צמיחה מאוזנת: העצמת התעשיות הפשוטות וענפי השירותים, פורום קיסריה, ה-14: יולי 2006, אלי הורביץ (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום).

מדד הדמוקרטיה הישראלית 2007: לכידות בחברה שסועה, אשר אריאן, ניר אטמור, יעל הדר (קיים גם באנגלית).

* לניתוח מושגי הכבוד של החברה הישראלית ושיטת משפטה ראו ספרה של ד"ר אורית קמיר, בהוצאת כרמל, **שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם**, 2005, זוכה פרס יונתן שפירא לחקר ישראל.

מדוע יש יותר עניים בישראל?, פורום קיסריה, ה-14: יולי 2006, מומי דהן (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום).

עיתונות דוט.קום: העיתונות המקוונת בישראל, תהילה שוורץ אלטשולר (עורכת) (ספר מקוון) (בשיתוף עם מרכז בורדה לתקשורת חדשנית, אוניברסיטת בן-גוריון בנגב).

קו הזינוק: ניתוח מקרו-כלכלי במבט של קדנצייה ממשלתית מלאה, פורום קיסריה, ה-14: יולי 2006, רפי מלניק (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום).

פורומה בתקציב הביטחון, פורום קיסריה, ה-15, מושב החורף: פברואר 2007, אילן בירן (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום).

תרבות דמוקרטית, כך 11, אבי שגיא, ידידיה צ' שטרן (עורכים) (בשיתוף עם הוצאת אוניברסיטת בר-אילן) (קיים גם באנגלית).

2008

אף על פי שחטא – ישראלי הוא? שלילת אזרחות בגין הפרת אמונים, אפרת רחף, בהנחיית מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 73.

הבחירות בישראל – 2006, אשר אריאן ומיכל שמיר (עורכים) (קיים גם באנגלית).
הבעלות בחברה העסקית: תאוריה, דין, מציאות, ידידיה צ' שטרן (בשיתוף עם הוצאת אוניברסיטת בר-אילן וההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין).

היבטי חוק ואתיקה בהשתלבות ישראל בכלכלה הגלובלית ובמדינות OECD, פורום קיסריה, ה-15, מושב הקיץ: יוני 2007, דוד חודק (ראש הצוות), דוד ברודט (מנהל הכנס והעורך).

העורף כחזית: היבטים כלכליים לנוכח השינוי באופי העימותים, פורום קיסריה, ה-15, מושב הקיץ: יוני 2007, דן מרידור (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפורום).

חופש הביטוי: הצדקות וסייגים, ראם שגב.

כישלון במבחן בוזגלו: התמודדות רשויות אכיפת החוק עם עברות של אישי ציבור, גיא לוריא, בהנחיית מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 71.

מדד הדמוקרטיה הישראלית 2008: בין המדינה לבין החברה האזרחית, אשר אריאן, תמר הרמן, ניר אטמור, יעל הדר, יובל לבל, הילה צבן (קיים גם באנגלית).

מידע רוצה להיות חופשי: הטמעת חוק חופש המידע בישראל, יונתן ארבל, תהילה שוורץ אלטשולר, בהנחיית מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 74.

מרמה והפרת אמונים: בחינה ביקורתית והמלצות לשיפור החקיקה, מרדכי קרמניצר, דורון נבות, נאוה בן-אור, עמיר פוקס, גיא ורטהיים.

עברות נגד המשטר, חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר, מחקר מדיניות 70.

שחיתות פוליטית - כרך א: תולדותיו של מושג שנוי במחלוקת, דורון נבות, בהנחיית מרדכי קרמניצר.

שקלול ערכים ואיזון אינטרסים, ראם שגב, בהנחיית מרדכי קרמניצר.

תמונת המקרו של כלכלת ישראל ועמידות המשק בפני זעזועים, פרום קיסריה, ה-15, מושב הקיץ: יוני 2007, ליאו ליידרמן (ראש הצוות), דוד ברודט (המנהל האקדמי של הפרום).

2009

הכלכלה הפוליטית של הרשויות המקומיות, אבי בן בסט, מומי דהן (עורכים) [בדפוס].

השימוש בעקרונות המידתיות במשפט הבין-לאומי, יובל שני, מחקר מדיניות 75. להמציא מחדש את הדמוקרטיה הישראלית: תכנית לתיקון המשילות בישראל, אריק כרמון.

מדד הדמוקרטיה הישראלית 2009: עשרים שנה לעלייה מברית המועצות, אשר אריאן, מיכאל פיליפוב, אנה קנפלמן, פרסומי מרכז גוטמן (קיים גם באנגלית) [בדפוס].

ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה ופוליטיקה, דפנה ברק-ארז, דורון נבות, מרדכי קרמניצר (עורכים) (בשיתוף עם הוצאת נבו) [בדפוס].

פיקוח הכנסת על הממשלה: תמונת מצב והצעה לרפורמה, חן פרידברג, ראובן חזן, מחקר מדיניות 77 [בדפוס].

תכלית החברה העסקית, ידידיה צ' שטרן (בשיתוף עם הוצאת אוניברסיטת בר אילן: פרסומי הפקולטה למשפטים, ועם ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין).

The Principle of Proportionality Under International Law

Yuval Shany



The Israel Democracy Institute

Policy Paper 75 | Jerusalem, July 2009

Language Editor (Hebrew): Anat Bernstein
Series Design: Ron Haran
Cover Design: Nomi Morag
Cover Photograph: Moshe Milner, Government Press Office, Jerusalem
Typesetting: Nadav Shtechman
Printed by Printiv, Jerusalem

ISBN 978-965-519-061-8

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optic, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express permission in writing of the publisher is strictly forbidden.

The Israel Democracy Institute's books and policy papers may be ordered from:

Tel: 1-800-20-2222, (972)-2-5300800; Fax: (972)-2-5300867

E-mail: orders@idi.org.il

Website: www.idi.org.il

The Israel Democracy Institute, P.O.B. 4482, Jerusalem 91044

Copyright © 2009 by The Israel Democracy Institute (R.A.)

Printed in Israel

All policy papers and one chapter of each book are now available for free download at www.idi.org.il

The statements published in the policy papers do not necessarily reflect the position of the Israel Democracy Institute.

Abstract

The Principle of Proportionality Under International Law

Yuval Shany

The principle of proportionality constitutes a legal principle of great importance under the domestic constitutional and administrative laws of many countries. Pursuant to the principle, which strives to balance individual rights and the interests of the general public, many legal systems have introduced important legal constraints on the power of government. The principle of proportionality also fulfills a significant function under international law and restricts the way in which states exercise their powers and rights: human rights law requires states to justify as necessary and proportional every limitation of individual rights; international humanitarian law (the laws of war) contains a number of rules that prohibit excessive injury to civilians and enemy combatants; the laws governing the use of force in international relations permit states to resort to force in self-defense, but require that the application of force be proportionate; and international law regarding state responsibility facilitates the imposition of sanctions against law-breaking states while requiring the proportionality of such sanctions. In all of these cases, the principle of proportionality provides an analytical framework that enables judicial bodies to review the propriety of certain measures on the basis of a value comparison (cost-benefit, violation-sanction). In fact, some regard the principle of proportionality as a general principle of law that governs all fields of international law.

This book aims to examine the status and manner of application of the principle of proportionality under international law. Since the application of the principle under international



law affects its application under domestic law, this examination is valuable for both international and national discourse. Indeed, the application of the principle of proportionality under international law has served as the basis of important decisions concerning the route of the separation barrier and the legality of targeted killings, which were issued during the last decade by the Israeli Supreme Court. A critical examination of the compatibility of the aforementioned court decisions with widely held views concerning the status and content of the principle under international law will offer a better understanding of the principle's potential, and of the normative and methodological limits of its application.

The main research questions that this book addresses are:

1. What is the status of the principle of proportionality under international law? Does the principle constitute part of customary law? (This question may be particularly relevant for the purpose of ascertaining the scope of incorporation of the principle in Israeli law, and for determining its applicability to states that are not party to treaties that refer to the principle.) Does the principle constitute a general principle of law that governs every form of interaction between individuals and governments, or does it merely provide a source of inspiration for specific rules of law (which have been adopted in treaties or consolidated into custom)?
2. How is the principle of proportionality applied under international law? Which sub-tests assist in applying the principle? (And what is the status under international law of these sub-tests?) Is the principle comprised of stable elements or does its content change in each specific field of application? What degree of rigidity or flexibility should characterize the application of the principle? (i.e., what margin of discretion – narrow or wide – do states have regarding the application of the principle?)

3. To what extent can the principle of proportionality, as developed under international law, contribute to the development of domestic law, in general, and to the development of Israeli law, in particular?

The research concludes that the principle of proportionality constitutes a principle of customary international law that governs a number of branches of international law – especially, human rights, use of force and international responsibility. In addition, the principle serves as the underlying rationale for several important rules derived from the laws of war (international humanitarian law), such as the prohibitions against excessive collateral damage and against the use of certain weapons, and restrictions on belligerent reprisals. Still, it seems that the Israeli Supreme Court’s ruling in the *Security Barrier* and *Targeted Killing* cases – i.e., that the principle constitutes a general principle of international law – does not accurately represent existing law.

In any event, although there is widespread acceptance of the binding nature of the principle of proportionality, international law has yet to succeed in establishing clear guidelines for applying the principle. True, some guidelines may be derived from case law and legal literature – e.g., least harmful measures, adequate procedures for examining the measure’s comparative advantages and disadvantages, safeguards against abuse, and protection of the essence of the right. However, these tests are not universally accepted by all jurists and do not seem to be suitable in every legal context in which the principle of proportionality can be applied. The result of this is that in some critical areas of international law, such as self-defense or targeted killings, the principle of proportionality offers only limited normative guidance.

Despite this, the very ambiguity of the principle supports a careful study of its content in light of past practices and the

experience of other decision makers. Therefore, precedents that provide national courts, including Israeli courts, with an important normative perspective on the extensive treatment of the principle at the international level could help them implement this principle in their decisions, either on the basis of international law, or of national law that draws on international law as a comparative source of inspiration.