

בין מידתיות לפרוצדורה – קריאה בספרם של עמיחי כהן

PROPORTIONALITY IN ז'וטוגורסקי

INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

יהלי שרשבסקי*

ספרם החשוב של עמיחי כהן ודוד ז'וטוגורסקי על-אודות מידתיות במשפט ההומניטרי תורם תרומה משמעותית ביותר לדיון המתמשך בדבר הדרך שבה יש ליישם את עקרון המידתיות במציאות הקשה של לחימה בין מדינות וכן בין מדינות לבין ארגונים חמושים לא-מדינתיים. הספר משלב דיון משמעותי בדוקטרינה המשפטית הקיימת עם דיון אקדמי רחב יותר על-אודות עקרון המידתיות בפרט והמשפט ההומניטרי באופן רחב יותר, ועומד בכך בהצלחה גדולה. ביקורת ספרים זו עוסקת בתרומה החשובה של הספר לדיון הענף על-אודות מידתיות במשפט ההומניטרי. חלקה הראשון של הביקורת סוקר באופן תמציתי את הפרקים השונים בספר. חלקה השני מתמקד בשלוש נקודות מרכזיות: הדגש המרכזי שהמחברים שמים על ההיבט הפרוצדורלי של מידתיות, היחס בין החלק התיאורטי של הספר לבין החלק העוסק ביישום עקרון המידתיות, ושאלת הייחודיות של מידתיות בסכסוכים א-סימטריים.

מבוא. א. סיכום תמציתי של פרקי הספר. ב. מבט כולל וביקורת: 1. ההיבט הפרוצדורלי של מידתיות; 2. היחס בין החלק התיאורטי לבין החלק העוסק ביישום עקרון המידתיות; 3. מידתיות וסכסוכים א-סימטריים. ג. סיכום.

מבוא

עניינה של ביקורת זו בספרם החשוב ורחב-היריעה של עמיחי כהן ודוד ז'וטוגורסקי שהתפרסם לא מכבר בהוצאת אוניברסיטת אוקספורד, אשר תורם תרומה ניכרת לספרות

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

על-אודות המשפט ההומניטרי (או דיני המלחמה)¹. הספר נוגע באחד העקרונות החשובים והשנויים ביותר במחלוקת במשפט ההומניטרי – עקרון המידתיות. המשפט ההומניטרי מבקש להשיג מטרה מאתגרת ביותר: למזער את הסבל עד כמה שניתן בזמן שבו ההרס מושל בכיפה, ערפל הקרב נושא עימו עמימות רבה ואינטרסים כבדי-משקל מקשים את מיתון השימוש בכוח. בהתאם לכך המשפט ההומניטרי מבקש ליצור כללים ברורים ככל האפשר, לעיתים קרובות בינריים, כדי להקל את יישום הדין במציאות מורכבת כזו. חריג מרכזי לכך הוא נושא הספר, עקרון המידתיות, אשר נותן – בניגוד לכללים רבים הסובבים אותו – שיקול-דעת פרשני משמעותי לצדדים הלוחמים.²

מעבר לייחודיותה של המידתיות כסטנדרט בעולם של כללים, הקרבה הגדולה של סכסוכים בני זמננו לאוכלוסייה אזרחית הגבירו באופן משמעותי את חשיבותו של עקרון המידתיות, שנועד למזער את הפגיעה במטרות אזרחיות אגב תקיפה של מטרות צבאיות. עקרון המידתיות, שהביטוי הקונקרטי ביותר שלו נמצא בסעיפים 51(5)(b) ו-57(2) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה (להלן: הפרוטוקול הראשון),³ קובע כי גם כאשר תקיפת מטרה מסוימת היא חוקית לפי עקרון ההבחנה,⁴ היא עשויה להיות בלתי-חוקית אם היא אינה מידתית, כלומר, אם הנזק האגבי לאזרחים ולרכוש אזרחי הוא מופרז ביחס לתועלת הצבאית מהתקיפה. יש בעיקרון זה משום ביטוי למתח המתמיד בין שני עקרונות יסודיים של המשפט ההומניטרי – צורך צבאי והומניות. העמימות הרבה של עקרון המידתיות יוצרת ויכוח מתמיד על-אודות הדרך שבה יש לפרש את המרכיבים השונים של העיקרון ולהכריע לגבי מידתיותן של תקיפות קונקרטיות, ומעוררת ספקות משמעותיים בדבר האפקטיביות שלו בהגבלה של שימוש לא-מידתי בכוח של צדדים לסכסוך.

כהן וזלוטוגורסקי נטלו על עצמם משימה מאתגרת שבמסגרתה הם מבקשים לשלב דיון משמעותי בדוקטרינה המשפטית הקיימת עם דיון אקדמי רחב יותר על-אודות עקרון המידתיות בפרט והמשפט ההומניטרי באופן רחב יותר. במשימה זו הם עומדים בהצלחה

1 AMICHAH COHEN & DAVID ZLOTOGORSKI, PROPORTIONALITY IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW: CONSEQUENCES, PRECAUTIONS, AND PROCEDURES (2021) (להלן: כהן וזלוטוגורסקי).

2 Amichai Cohen, *Rules and Standards in the Application of International Humanitarian Law*, 41 ISR. L. REV. 41, 52 (2008) (להלן: כהן). כהן טוען למעבר רחב יותר מכללים לסטנדרטים במשפט ההומניטרי, אבל מציין את עקרון המידתיות כדוגמה הבולטת ביותר. ראו גם Gabriella Blum, *On a Differential Law of War*, 52 HARV. INT'L L.J. 163, 187 (2011) (להלן: בלום).

3 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1125 U.N.T.S. 3 (1977), <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201125/volume-1125-i-17512-english.pdf>

4 עקרון ההבחנה מבחין בין מטרות צבאיות, שפגיעה בהן חוקית לפי המשפט ההומניטרי, לבין מטרות אזרחיות, אשר אין לפגוע בהן. אחד הביטויים המרכזיים שלו נמצא בס' 48 לפרוטוקול הראשון, שקובע כי התקפות יכוונו אך ורק כלפי מטרות צבאיות.

גדולה. הספר כולל דיון מקיף בדין הנוהג, ובכלל זה בסעיפי האמנות הרלוונטיים ובפרשנות שניתנה להם בספרות ובפסיקה (בעיקר בפסקי-דין של בתי-דין פליליים בין-לאומיים). מעבר להצגת הדין הנוהג, הספר מכיל דיון ביקורתי חשוב בעקרון המידתיות, עם התמקדות באפשרות להעביר את כובד המשקל למה שהכותבים מכנים "ההיבט הפרוצדורלי של עקרון המידתיות". במובן זה הספר פונה לשלוש קהילות שונות: לפרקטיקה המשפטית, לאקדמיה ולסטודנטים למשפטים. כל אחת מהקהילות תמצא עניין רב בחלקים השונים שבספר. אתחיל בסקירה תמציתית של חלקי הספר ולאחר-מכן אבקש למקד את ביקורתי בשלוש נקודות מרכזיות.

א. סיכום תמציתי של פרקי הספר

ספרם של כהן וזלוטוגורסקי מחולק לשלושה חלקים: חלק מבואי, המציג לקוראים את הרקע התיאורטי וההיסטורי של עקרון המידתיות; חלק מרכזי, העוסק בניתוח עקרון המידתיות עצמו; וחלק אחרון, העוסק בדיון ביקורתי בעקרון המידתיות ובמבט קדימה לעבר התפתחויות עתידיות.

החלק המבואי של הספר מחולק לפרק מבוא כללי, לפרק תיאורטי ולפרק היסטורי. בפרק המבוא הקצר הכותבים מציגים את היסודות של עקרון המידתיות, את מקורותיו הנורמטיביים ואת העמימות המשמעותית הנלווית אליו. על-אף החשיבות הגדולה של עקרון המידתיות, הכותבים מדגישים כי יישומו בפועל מורכב, לנוכח המחלוקת הנמשכת על התוכן שיש למזוג לתוכו. היבטים אלו זוכים בפיתוח משמעותי וחשוב בהמשך הספר. בפרק התיאורטי הכותבים מתארים את היסודות הדתיים והפילוסופיים של עקרון המידתיות. הפרק מתחיל בכמה דוגמאות של מקורות דתיים לעקרון המידתיות,⁵ ומתמקד לאחר-מכן בדיונים על-אודות ההצדקות לעקרון המידתיות, תוך חלוקה לשני סוגי הסברים – הסברים פילוסופיים והסברים תוצאתניים. ההסבר הפילוסופי מתמקד בעקרון המשלימות במסגרת "תורת המלחמה הצודקת", ובאופן ספציפי בדוקטרינה השנויה במחלוקת של "האפקט הכפול" כהצדקה לפגיעה אגבית באזרחים,⁶ כמרגם בעקרון ההומניות. ההסבר התוצאתני מתמקד בדרך שבה הכללים של המשפט ההומניטרי – ובכלל זה עקרון המידתיות – מפחיתים את הנזק שנגרם במהלך הסכסוך ומשום כך יעילים

5 אעיר בשולי הדברים כי על-אף היתרון הספרותי הגלום בשימוש במקורות תנ"כיים, אני סבור כי יש לשקול היטב אם השימוש בדוגמאות משרת את המטרה. כהן וזלוטוגורסקי משתמשים בהשמדה של סדום ועמורה ובדיון בין אברהם לאלוהים על-אודות עשרת הצדיקים כדוגמה לשימוש בעקרון המידתיות. אולם אם מדקדקים בדוגמה, ספק רב אם היא עוברת את מבחן עקרון ההבחנה, משום שאין שום אינדיקציה לכך שלא הייתה (לא) יכולת להבחין בין הצדיקים לרשעים שבעיר ולפגוע רק באחרונים. דבר זה נכון גם לדוגמאות מודרניות יותר של פגיעה בעיר או בכפר שלם, אשר בהמשך הספר נדונות (בצדק) בהקשר של פגיעה בלתי-מבחנית באוכלוסייה והפרה של עקרון ההבחנה.

6 ראו בהקשר זה, למשל, F.M. Kamm, *Failures of Just War Theory: Terror, Harm, and Justice*, 114 ETHICS 650 (2004).

לשני הצדדים. המחברים מדגישים, עם זאת, שהדבר תלוי במידה רבה בהדדיות בין הצדדים, כמו גם בגורמים נוספים. הם טוענים כי בסכסוכים רבים, ובפרט בסכסוכים בין מדינות לשחקנים לא-מדינתיים, התנאים אינם מתקיימים, ומשום כך ההסבר התוצאתי אינו מספק. לבסוף, המחברים מתייחסים בהרחבה להסבר נוסף ליצירת המשפט ההומניטרי, המתבסס על מאמר משותף של אחד המחברים, עמיחי כהן, עם איל בנבנישתי. לפי ההסבר הזה, המשפט ההומניטרי נוצר לתכלית פנימית של שליטה על הצבא – פתרון לבעיית הנציג (Principal-Agent Theory) בהקשר הצבאי.⁷ המחברים טוענים כי הסבר זה מחזק את התמיכה בהיבט הפרוצדורלי של המידתיות, שאותו הם מקדמים בהמשך הספר. אחזור להיבט זה בהרחבה בהמשך סקירה זו.

הפרק ההיסטורי של הספר מתאר בקיצור נמרץ את התפתחותו של עקרון המידתיות עד שנהפך בשנות השבעים של המאה העשרים לנורמה מחייבת בפרוטוקול הראשון. חלק-הארי של הפרק מוקדש למופע הנוכחי של העיקרון ולדוגמאות המציגות דילמות מרכזיות בנוגע אליו. רוב הדוגמאות נוגעות בסכסוכים בין מדינות לבין שחקנים לא-מדינתיים – סכסוכים שמהווים כיום, לפי המחברים, מוקד מרכזי של הדיון בהסדרה של לחימה. אחזור להיבט זה בהרחבה להלן בחלק ב.3. חלקו האחרון של הפרק עוסק ביחסים בין דיני המלחמה לדיני זכויות האדם. הכותבים משתמשים בדיון הכללי על-אודות היחסים בין שני הענפים של המשפט הבין-לאומי כדי לטעון כי יישומו של עקרון המידתיות הוא תלוי-הקשר, וכי ככל שעצימות הלחימה קטנה יותר כן יש מקום לפרשנות מצמצמת יותר שלו.⁸

החלק השני, שהוא לב הספר, עוסק בניתוח מהותי של עקרון המידתיות. מדובר בקריאת-חובה לכל מי שמתעניין במשפט ההומניטרי ומבקש להבין את מורכבות יישומו של העיקרון. המחברים תורמים תרומה משמעותית להבנה עמוקה של הדיונים המהותיים על-אודות עקרון המידתיות, והספר מציג באופן עשיר והוגן את המחלוקות המרכזיות בדבר יישומו בפועל של העיקרון, כפי שהן עולות מן הספרות והפסיקה. בכך המחברים מותירים ביד הקוראים את האפשרות להעריך את העמדות השונות באופן מושכל גם במקרים שבהם המחברים עצמם מצדדים באופן מפורש באחת העמדות.

שני הפרקים הראשונים בחלק זה עוסקים במושגים "יתרון צבאי" ו"נזק נלווה", שהם שני הצדדים של משוואת המידתיות. המחברים מציגים בפירוט רב סוגיות רבות הנלוות למושגים כלליים אלו. כך, למשל, הדיון ביתרון הצבאי כולל, בין היתר, דיונים על-אודות ההגדרה של "התקפה" שהיתרון הצבאי הגלום בה מובא בחשבון בבחינת המידתיות, ועל-אודות שאלת סמיכות הזמנים בין ההתקפה לבין היתרון הצבאי שנובע ממנה. הדיון בנוק

7 Eyal Benvenisti & Amichai Cohen, *War is Governance: Explaining the Logic of the Laws of War from a Principal-Agent Perspective*, 112 MICH. L. REV. 1363 (2014) (להלן: בנבנישתי וכהן).

8 כהן וזלוטוגורסקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 55.

הנלווה בוחן, בין היתר, את המקום של נזק נפשי ושל נזק כלכלי טהור בחישוב המידתיות.⁹

יתר הפרקים עוסקים בסוגיות ספציפיות שעוררו דיון רב בנוגע ליישומן של עקרונות המידתיות. פרק 6 עוסק בהגנה על חיילים (force protection) כחלק ממשוואת המידתיות. כך, למשל, המחברים בוחנים אם מדינה יכולה לבחור בשיטת התקפה שמספקת הגנה טובה יותר לחיילים שלה (למשל, התקפה מהאוויר במקום פעולה קרקעית) גם במחיר של פגיעה גדולה יותר באזרחים של הצד האחר. הדיון בסוגיה משלב דיון אתי עם דיון דוקטרינרי על-אודות הגנה על חיילים. פרק 7 בוחן את מקומם של שיקולים אסטרטגיים ותרבותיים כהצדקה אפשרית להחלה שונה של עקרונות המידתיות על-ידי מדינות שונות. דוגמה לשיקולים אלו היא היכולת לתת משקל שונה במשוואת המידתיות לחייהם של חיילים ואזרחים לפי הערך שניתן לחיים של קבוצות אלו בתרבויות שונות. מדובר בדיון בעל חשיבות עקרונית לגבי ההסדרה של המשפט ההומניטרי, מעבר להקשר של עקרונות המידתיות, שכן אחת הדרכים המרכזיות שבאמצעותן המשפט ההומניטרי מבקש להיות אפקטיבי היא ההחלה השווה של הנורמות על הצדדים השונים לסכסוך.¹⁰ הפרקים הנותרים בוחנים עוד כמה שאלות קונקרטיות: פרק 8 בוחן את ההשפעה של השתתפות ישירה בלחימה על עקרון המידתיות; פרק 9 בוחן את ההשפעה של שימוש במגינים אנושיים על עקרון המידתיות, תוך דיון ביקורתי ביכולת להבחין בין מגינים אנושיים מרצון למגינים אנושיים בכפייה; ופרק 10 בוחן את היחס בין עקרון ההבחנה לעקרון המידתיות תוך דיון ביקורתי, בין היתר, באפשרות להשתמש בתחמושת נפיצה בשטח בנוי. החלק השני של הספר עשוי לעורר עניין מיוחד אצל הקורא הישראלי, מאחר שחלק גדול מהדוגמאות והדיונים עוסקים בשאלות שעלו בהקשר של הסכסוך הישראלי-פלסטיני, ובפרט בהקשר של סבבי הלחימה בעזה. כך, למשל, הדיון על-אודות שיקולים אסטרטגיים ותרבותיים בפרק 7 מתמקד במידה רבה באירועים סביב החטיפה של הדר גולדין ברפיח, המכונים "אירועי יום שישי השחור".¹¹ חלק ניכר מהדיונים על-אודות אירועי יום שישי השחור נסבו סביב יחסיות תרבותית בנוגע למשקל שיש לחיילים חטופים בהקשר הישראלי, ואם הדבר עשוי להשפיע על תחשיב המידתיות, מתוך הכרה בכך שלחטיפות יש ערך אסטרטגי מבחינת החמאס. השאלה עוררה דיון ער בקהילת המשפט הבין-לאומי, שכלל גם את אחד ממחברי הספר.¹² דיון חשוב אחר נוגע בשימוש באש

9 שם, בעמ' 78–81.

10 לעמדה שמבקשת לסטות משוויון פורמלי בהקשרים מסוימים ראו בלום, לעיל ה"ש 2.

11 כהן וזלוטוגורסקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 125–126.

12 Amichai Cohen & Yuval Shany, *Contextualizing Proportionality Analysis? A Response to Schmitt and Merriam on Israel's Targeting Practices*, JUST SECURITY (May 7, 2015), <https://www.justsecurity.org/22786/contextualizing-proportionality-analysis-response-schmitt-merriam/>; Michael Schmitt & John Merriam, *A Legal and Operational Assessment of Israel's Targeting Practices*, JUST SECURITY (Apr. 24, 2015), <https://www.justsecurity.org/22392/legal-operational-assessment-israels-targeting-practices/>.

לחילוף כוחות שנמצאים תחת התקפה, במסגרת בחינת שאלת ההגנה על חיילים בפרק 6. דוגמה מרכזית בו לקוחה גם היא מהקרבות שהתנהלו במסגרת מבצע "צוק איתן".¹³ דוגמה אחרונה להקשר הישראלי היא הדיון המורכב על-אודות ההשפעה של אמצעי הגנה על היתרון הצבאי בתחשיב המידתיות. טענה שעולה בהקשר זה היא שאמצעי הגנה יעילים מפחיתים את היתרון הצבאי של פגיעה במחסני נשק ובשיגורים של טילים שאמצעי הגנה מגינים מפניהם. דוגמה מרכזית בהקשר זה היא ההשפעה האפשרית של "כיפת ברזל" על שאלת המידתיות של פגיעה במחסני נשק וחוליות שיגור בעזה.¹⁴ דיון זה מתקשר לדיון רחב יותר על-אודות ההשפעה של יתרונות טכנולוגיים על החובות המשפטיות של צדדים לסכסוך, ובמובן זה הוא קשור באופן הדוק לדיון לעיל על-אודות האפשרות להחיל את המשפט ההומניטרי באופן שונה כתוצאה מהבדלים כאלה או אחרים בין הצדדים לסכסוך.¹⁵

סכסוכים חדשים נוטים להפנות זרקור לשאלות שלא עמדו בהכרח במוקד במקרים קודמים. לאחר פרסום הספר התקיים סבב לחימה נוסף בעזה – מבצע "שומר החומות". אחת הפעולות במבצע הייתה הפצצת הבניין רב הקומות אל-ג'לאא, שבו שכנו, בין היתר, משרדים של אל-ג'זירה וסוכנות הידיעות AP. לטענת ישראל, חלק מהבניין שימש את המודיעין הצבאי של חמאס, ולאחר שבוצע נהל "הקש בגג"¹⁶ ופנוו התושבים, הופצץ הבניין ונהרס לחלוטין. הפצצת הבניין נוגעת בהיבטים רבים של המשפט ההומניטרי, וזכתה בדיון מקיף של מומחים למשפט בין-לאומי, ובכלל זה גם אחד ממחברי הספר.¹⁷ אחת השאלות נוגעת ביכולת להביא בחשבון את ההרס לבניין עצמו בחישוב הנזק האגבי. עמדה מקובלת (אם כי היא אינה מקובלת עליי), שהמחברים דנים בה בספר, היא שמרגע שאובייקט מסוים נהפך למטרה לגיטימית (למשל, בית שמשמש עמדה צבאית), הנזק לאובייקט אינו חלק מהנזק הנלווה במשוואת המידתיות.¹⁸ עמדה זו מעוררת קושי רב במקרים שבהם מדובר בבניינים רבי קומות שרק חלק קטן מהם משמש את הכוחות הלוחמים ואשר הריסתם גורמת נזק אדיר. על-אף הדיון רחב-היריעה בעקרון המידתיות בחלק מהותי של הספר, הוא אינו כולל דיון בהגדרת המטרה הצבאית או בתחשיב הנזק בקומפלקסים גדולים, כגון בניינים רבי קומות. הדבר ממחיש את המורכבות הגדולה של

13 כהן וזלוטוגורסקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 115.

14 שם, בעמ' 129–130.

15 בלוס, לעיל ה"ש 2; *Yahli Shereshevsky, Are All Soldiers Created Equal? – On the Equal Application of the Law to Enhanced Soldiers*, 61 VA. J. INT'L L. 271 (2021).

16 כהן וזלוטוגורסקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 196–197.

17 Amichai Cohen & Yuval Shany, *Israel, IHL, and the Al-Jalaa Tower*, ARTICLES OF WAR (June 17, 2021), <https://lieber.westpoint.edu/israel-ihl-al-jalaa-tower/>; Adil Ahmad Haque, *The IDF's Unlawful Attack on Al Jalaa Tower*, JUST SECURITY (May 27, 2021), <https://www.justsecurity.org/76657/the-idfs-unlawful-attack-on-al-jalaa-tower/>; Aurel Sari, *Israeli Attacks on Gaza's Tower Blocks*, ARTICLES OF WAR (May 17, 2021), <https://lieber.westpoint.edu/israeli-attacks-gazas-tower-blocks/>.

18 כהן וזלוטוגורסקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 157–159.

עקרון המידתיות ואת הקושי לערוך דיון ממצה בסוגיות הרבות שמתעוררות בנוגע ליישומו.

החלק השלישי של הספר עוסק בדיון ביקורתי בעקרון המידתיות. פרק 11 דן ביכולת לכמת את העיקרון, תוך דיון במחקר ניסויי ובנסיונות ליצור מודל תיאורטי של מידתיות. הפרק עוסק בנושא שנמצא בלב הביקורת בדבר עמימותו של עקרון המידתיות, והוא נותן לקוראים הבנה טובה יותר של הפער בין היכולת ליישם כללים של המשפט ההומניטרי לבין היכולת ליישם סטנדרט דוגמת עקרון המידתיות.¹⁹ עם זאת, הפרק גם מדגים את מגבלותיו הנוכחיות של המחקר האמפירי המשפטי בנושא. החלק האמפירי בפרק מסתמך רובו ככולו על מאמר אחד שבדק את שאלת המידתיות.²⁰ דיון ביקורתי באותו מאמר אמפירי על-אודות עקרון המידתיות חורג מגדרי ביקורת הספר הנוכחית. לענייננו די בציון המובן מאליו, והוא שהיקף הממצאים של מחקר יחיד הוא מוגבל, ושיש להתייחס בזהירות לאפשרות לגזור ממחקר כזה מסקנות חזקות. באופן ספציפי, שאלה בעלת חשיבות רבה לדיון על-אודות עמימותו של עקרון המידתיות היא היכולת להבחין בין מקרים מובהקים למקרים "אפורים" יותר. סביר להניח שיש מקרים מובהקים שבמסגרתם יהיה קונסנזוס רחב שלפיו פעולה מסוימת אינה מידתית. ייתכן שיש מקום להדגיש ביתר שאת שהעמימות נוגעת במקרי-ביניים, ולא במקרי-קצה, ושיש חשיבות רבה גם להיבט המהותי של עקרון המידתיות באותם מקרי-קצה. היכן עובר הגבול בין מקרי-קצה למקרי-ביניים היא שאלה אמפירית שהמחקר הנוכחי על-אודות עקרון המידתיות טרם ענה עליה, ואשר תשובה לה עשויה להניב הבנה טובה יותר לגבי האפקטיביות של ההיבט המהותי של העיקרון בהכוונת התנהגות.

פרקים 12 ו-13 נוגעים בלב הטענה של המחברים כי יש לשים דגש רב יותר על ההיבט הפרוצדורלי של עקרון המידתיות. לטענת המחברים, לנוכח העמימות הרבה של ההיבט המהותי של עקרון המידתיות והקשיים הגדולים הכרוכים ביישומו, יש בהיבטים הפרוצדורליים של עקרון המידתיות – שבהם הדרישות עשויות להיות ברורות יותר – הבטחה רבה יותר למזעור הנזק הנגרם לאזרחים מאשר בהיבט המהותי של העיקרון. ההיבט הפרוצדורלי כולל, בראש ובראשונה, את החובה המשפטית לנקוט אמצעי זהירות לפני התקפה. חובה זו נמצאת בסעיף 57 לפרוטוקול הראשון. המחברים דנים בהקשר זה בהיבטים שונים של החובה לנקוט אמצעי זהירות, תוך התמקדות בסוגיה המורכבת של שימוש באזהרות לפני תקיפה, ובפרט בפרקטיקה של צה"ל המכונה "הקש בגג", שבמסגרתה נעשה שימוש בפצצות בעלות ראש-נפץ קטן כדי להזהיר את התושבים לפני התקיפה העיקרית. מעבר לחובה המשפטית לנקוט אמצעי זהירות, המחברים כוללים בהיבט הפרוצדורלי גם את פרוצדורת קבלת ההחלטות בצבא בנוגע לתקיפות, ובהקשר זה דנים, בין היתר, בשאלת זהותו של מקבל ההחלטות הרלוונטי,²¹ בשאלת ההשלכות

19 ראו כהן, לעיל ה"ש 2.

20 Daniel Statman et al., *Unreliable Protection: An Experimental Study of Experts' In Bello Proportionality Decisions*, 31 EUR. J. INT'L L. 429 (2020)

21 כהן וזלוטגורסקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 181–186.

של ספקות לגבי חוקיותן של תקיפות,²² ברמת המודיעין הנדרשת²³ וכן בתפקידו של הייעוץ המשפטי של הצבא.²⁴ לבסוף, בפרק 13 המחברים דנים במנגנוני פיקוח פנימיים וחיצוניים, עם דגש על מנגנוני פיקוח אקס-פוסט. חלק משמעותי בפרק מוקדש למשפט הבין-לאומי הפלילי. המחברים דנים באופן ביקורתי ביכולת הנוכחית של המשפט הפלילי לשמש כלי אפקטיבי לאכיפה של עקרון המידתיות, תוך ציון חוסר הנכונות להעמיד לדין ולהרשיע, בבתי-משפט מדינתיים ובין-לאומיים, בגין פגיעה לא-מידתית.²⁵ יש לציין כי קיים בהקשר זה מכשול מרכזי נוסף, שלא הוזכר בספר, והוא העדר עברה של פגיעה לא-מידתית בחוקת בית-המשפט הפלילי הבין-לאומי (חוקת רומא) בכלל הנוגע בסכסוכים שאינם בין-לאומיים. המחברים מציעים את האפשרות של מנגנוני חקירה לא-פליליים כחלופה שעשויה להיות בעלת ערך רב לנוכח האפקטיביות המוגבלת של המסלול הפלילי. מעבר למנגנונים אלו חסר בעיניי בפרק דיון באפשרויות משפטיות נוספות לקביעת אחריות להפרת המשפט הבין-לאומי, אשר הוצעו בהקשרים אחרים כחלופות למשפט הבין-לאומי הפלילי. באופן ספציפי חסר בעיניי דיון באחריות מדינה ובאחריות נזיקתית.²⁶ הפרק האחרון בספר, פרק 14, כולל דיון בעתיד של שדה-הקרב ועקרון המידתיות, תוך התמקדות בלוחמת סייבר ובנשקים אוטונומיים. אין ספק שלטכנולוגיות לחימה חדשות עשויה להיות משמעות מהפכנית בשדה-הקרב, ושהשימוש בהן כרוך באתגרים משפטיים גדולים ביותר. בהתאם לכך, חוקרים של המשפט הבין-לאומי עוסקים רבות בשנים האחרונות בהחלת המשפט ההומניטרי על טכנולוגיות לחימה חדשות, ובפרט על לוחמת סייבר ונשקים אוטונומיים. לפיכך הבחירה להקדיש את אחד הפרקים בספר לנושא אינה מפתיעה. עם זאת, בניגוד לפרקים אחרים בספר, שבהם קיים דיון מעמיק בהיבטים שונים של עקרון המידתיות, הדיון בטכנולוגיות לחימה חדשות נעשה בקיצור נמרץ. אף שמדובר בבחירה מובנת, לנוכח רוחב היריעה של הספר, הדבר אינו מאפשר דיון מספק בתופעה המורכבת של טכנולוגיות הלחימה החדשות. בין היתר, הספר מגביל את עצמו לדיון במספר מצומצם של טכנולוגיות שנמצאות בלב השיח. אולם קיימות טכנולוגיות נוספות בפיתוח שמעלות שאלות חשובות לגבי עקרון המידתיות. כך, למשל, האפשרות שבעתיד ישתמשו בטכנולוגיה של השבחה כדי לשפר את ביצועיהם של חיילים מעלה שאלה משמעותית בנוגע ליכולת לתת משקל שונה לחיילים שונים בחישוב המידתיות לפי יכולת הלחימה שלהם או מאפיינים פרטניים אחרים.²⁷ נקודה אחת חשובה שמתקיים לגביה דיון בפרק היא האפשרות לקבוע נוסחת מידתיות מדויקת כאשר מדובר בנשקים

22 שם, בעמ' 187–189.

23 שם, בעמ' 189–194.

24 שם, בעמ' 197–198.

25 שם, בעמ' 207–212.

26 ראו, למשל, Rebecca Crootof, *War Torts*, 97 NYU L. REV. 1063 (2022); Rebecca Crootof, *War Torts: Accountability for Autonomous Weapons*, 164 U. PA. L. REV. 1347 (2016).

27 ראו Shereshevsky, לעיל ה"ש 15, בעמ' 302–304.

אוטונומיים. באופן מעניין נראה שבניגוד לדיון בפרק 11, שבו הביעו הכותבים ספקות גדולים ביותר בנוגע ליכולת להגיע לנוסחה המכמתת את עקרון המידתיות, בפרק 14 הם נראים פתוחים לאפשרות שיפותחו נשקים אוטונומיים עם אלגוריתמים שמאפשרים להם ליישם את העיקרון.

ב. מבט כולל וביקורת

כפי שניתן לראות בתיאור הפרקים, הספר מעניק לקוראים מבט מעמיק ועשיר על הדוקטרינה והתיאוריה של עקרון המידתיות. בחלק זה אבחן את הספר במבט רחב יותר, ואתמקד בשלושה היבטים מרכזיים: הראשון הוא הקריאה של המחברים להגדיל את חשיבותו של ההיבט הפרוצדורלי של מידתיות על-חשבון הנטייה להתמקד בהיבט המהותי של העיקרון; השני הוא היחס בין החלק התיאורטי של הספר לבין החלק שעוסק ביישום עקרון המידתיות; והאחרון הוא הדיון בסכסוכים בין מדינות לבין ארגונים חמושים לא-מדינתיים, שמהווה מוטיב מרכזי לאורך הספר.

1. ההיבט הפרוצדורלי של מידתיות

אחת התרומות המרכזיות של הספר היא הבלטת החשיבות של מה שהכותבים מכנים ההיבט הפרוצדורלי של מידתיות. אכן, הקושי הגדול מאוד בהפחתת עמימותו של עקרון המידתיות הוביל כותבים אחדים לבחון חלופות להתמקדות בעיקרון זה בדיונים על-אודות המשפט ההומניטרי. כך, למשל, Geoffrey Corn קרא להגדיל את משקלה של החובה לנקוט אמצעי זהירות על-חשבון ההתמקדות בעקרון המידתיות.²⁸ בדומה לטענה של מחברי הספר, גם Corn סבור כי לחובה לנקוט אמצעי זהירות, ובאופן ספציפי להיבט הפרוצדורלי שלה, יש פוטנציאל גדול יותר להקטין את הפגיעה באזרחים מאשר לבחינה מהותית של מידתיות. בסיום פרק 12 הכותבים מציינים שלוש הצדקות מרכזיות להדגשת חשיבותו של המרכיב הפרוצדורלי ככלי מרכזי באסדרה של סכסוכים חמושים: ראשית, עצם קיומה של הפרוצדורה יוצר מתחם של סבירות שבמסגרתו מקבל ההחלטות חייב להביא בחשבון את הפגיעה באזרחים; שנית, הפרוצדורה יוצרת מדרג ברור של קבלת החלטות, שמגביר את אחרייתם של הדרגים הבכירים להחלטות שמתקבלות; ולבסוף, פרוצדורות יוצרות תרבות ארגונית אשר במידה רבה גם מגבירה את תפקידם של עורכי-הדין הצבאיים, ויש בכך גם כדי לתרום לריסון של עוצמת השימוש בכוח. גם אני נוטה לחשוב כי יש פוטנציאל משמעותי להדגשת חשיבותו של המרכיב הפרוצדורלי של מידתיות. אני שותף במידה רבה לאינטואיציות של הכותבים לגבי יכולתה של פרוצדורה לתרום באופן אפקטיבי למזעור הפגיעה באזרחים, ויש ערך רב להתמקדות

Geoffrey S. Corn, *War, Law, and the Oft Overlooked Value of Process as a Precautionary Measure*, 42 PEPP. L. REV. 419 (2015)

בנושא זה בספר שמוקדש למידתיות, בפרט כאשר רוב הכתיבה על העיקרון מתמקדת בהיבט המהותי שלו. עם זאת, הספר אינו נותן מספיק משקל לביקורות אפשריות על ההיבט הפרוצדורלי של מידתיות, ובאופן ספציפי לשלוש ביקורות מרכזיות. ראשית, בדומה להיבט המהותי של מידתיות, אין לנו עדויות מוצקות לאפקטיביות של ההיבט הפרוצדורלי של מידתיות. אין בידינו מחקרים אמפיריים שבוחנים את הנושא, והקושי לבחון את האפקטיביות נראה משמעותי ביותר לנוכח הסודיות הרבה שמלווה את הליכי קבלתן של החלטות מבצעיות. נקודה אחרונה זו מובילה אותי לנקודת הביקורת השנייה. נראה שרבות מההנחות תלויות באפשרות לסמוך על המקצועיות והאתיקה של הצבאות הלוחמים עצמם ושל מנגנוני הפיקוח הפנימיים שלהם, כגון הפרקליטות הצבאית. אולם יש ספק רב לגבי מידת המחויבות של צבאות שונים למזעור הפגיעה במי שאינו מעורב בלחימה. עדות לקושי זה ניתן למצוא ברקורד הבעייתי של מנגנוני החקירה וההעמדה לדין של מדינות במקרים של חשד לביצוע פשעי-מלחמה – היבט שהכותבים עצמם דנים בו בספר.²⁹ לבסוף, אין התייחסות לחשש שהפחתת חשיבותו של המרכיב המהותי של מידתיות לטובת המרכיב הפרוצדורלי עלולה דווקא להגביר את הלגיטימיות של פגיעה באזרחים כל עוד הצבא עמד בכללים הפרוצדורליים. כלומר, אם תתקבע העמדה שאי אפשר לקבוע מסמרות בנוגע למשוואת המידתיות, הדבר עלול להגביר את האפשרות של צבאות בעלי מנגנונים בירוקרטיים מפותחים לטעון כי פעולותיהם עולות בקנה אחד עם המשפט ההומניטרי, ובכך לחזק את ההיבט של המשפט ההומניטרי שנותן לגיטימציה לשימוש באלימות על-חשבון ההיבט המגביל שבו.³⁰

2. היחס בין החלק התיאורטי לבין החלק העוסק ביישום עקרון המידתיות

קיימת חשיבות רבה להתייחסות לבסיס התיאורטי של המשפט ההומניטרי בכלל ושל עקרון המידתיות בפרט, ויש לברך את המחברים על כך. פעמים רבות קיים נתק בין הספרות הפילוסופית על-אודות תורת המלחמה הצודקת לבין הספרות המשפטית הדנה במשפט ההומניטרי, ורק חיבורים משפטיים מעטים על-אודות עקרון המידתיות מתייחסים לספרות הפילוסופית הענפה בנושא. לעיבוי הדיון הנורמטיבי המשפטי באמצעות התייחסות לכתיבה האתית בנושא יש פוטנציאל לעודד חשיבה מחדש על הדין הקיים, ובכך לתרום תרומה חשובה להתפתחות הדין. עם זאת, יש מחיר בלתי-נמנע לבחירה להתייחס במסגרת הספר בקיצור נמרץ לנושאים מורכבים. כך, למשל, הדיון בגוף הספר אינו יורד לעומקם של הדיונים האתיים על-אודות מידתיות, וההשפעה של הדיון

29 כהן וזלוטוגורסקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 207–210. על התמריצים של מערכת המשפט המדינתית תחת צילו של בית-המשפט הפלילי הבין-לאומי (ICC) ראו Yahlı Shereshevsky, *The Unintended Negative Effect of Positive Complementarity*, 18 J. INT'L CRIM. JUST. 1017 (2020).

30 על ההיבט של מתן לגיטימציה במשפט ההומניטרי ראו Chris af Jochnick & Roger Normand, *The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War*, 35 HARV. INT'L L.J. 49 (1994).

הקצר בתורת המלחמה הצודקת אינה ניכרת כמעט בפרקים המשפטיים בחלקים השני והשלישי של הספר, למעט הדיון הקצר על-אודות החשיבות של חיילים.³¹ באותו אופן גם הדיון הקצר והחשוב בהנמקה התוצאתנית אינו עושה חסד עם המורכבות של העניין. דוגמה לכך היא ההנחה הסבירה שהמחברים מציגים שלפיה מבחינה תוצאתנית עקרון המידתיות, כמו-גם עקרונות נוספים של המשפט ההומניטרי, נועדו למזער את הנזק הנגרם במהלך הלחימה. אולם הם אינם מקיימים דיון בטענות חשובות נוגדות על-אודות הלגיטימציה שהמשפט ההומניטרי נותן לשימוש באלימות, ולכך שייתכן שהכללים שלו מאפשרים שימוש גדול יותר בכוח לאורך זמן, ובכך מובילים בסופו של דבר להגדלת סך הנזק. טיעונים אלו נשמעים באופן ספציפי ביחס לעקרון המידתיות, בפרט בהקשר של לחימה בשטח בנוי, שכן עיקרון זה מאפשר להתייחס לנזק משוקלל גדול ביותר לאוכלוסייה אזרחית כאל סדרה של תקיפות חוקיות.³²

לבסוף, כאמור, הפרק התיאורטי מקדיש מקום משמעותי לתיאור גישתם של בנבנישתי וכהן שלפיה המשפט ההומניטרי הוא פתרון לבעיית הנציג, קרי, אמצעי לשליטת המדינה בצבאה. אני, כשלעצמי, מסופק עד כמה בעיית הנציג מהווה הסבר מרכזי ליצירת המשפט ההומניטרי, בעיקר לנוכח החולשה היחסית של המשפט הבין-לאומי בכלל ושל המשפט ההומניטרי בפרט ככלי אכיפתי, ולנוכח החלופה החזקה יותר של מנגנונים משפטיים (ובכלל זה דין משמעותי) מדינתיים. זאת, בניגוד לטענה בספר שאכיפה על-ידי צדדים שלישיים עשויה להתברר כאיום אפקטיבי ואמין כלפי הנציגים, אשר בלעדיה עלולים להפר את הפקודות.³³ נוסף על כך, כלל לא ברור שהאינטרס של הצד הממונה בשמירה על המשפט ההומניטרי גדול מזה של הצד הכפוף לו, בפרט כאשר מדובר ביחסים בין הדרג האזרחי לבין הדרג המקצועי הצבאי. אנחנו מורגלים לשמוע התבטאויות של נבחרי ציבור בסגנון של הסרת הכפפות בהקשרים שונים,³⁴ ופעמים רבות דווקא הדרגים המקצועיים הם שמציגים עמדה מרוסנת יותר. עם זאת, דיון ממצה בטענה התיאורית של בנבנישתי וכהן חורג מתחומיה של ביקורת הספר הנוכחית, ואותיר אותו להזדמנות אחרת. כאן אבקש להתייחס בעיקר לשימוש שהספר עושה בבעיית הנציג. אף שבפרק התיאורטי המחברים כותבים במפורש כי בהמשך הספר יוסבר במפורט הקשר בין בעיית הנציג לבין ההיבט הפרוצדורלי של המידתיות, הדיון בבעיית הנציג מעבר לפרק התיאורטי של הספר הוא מינימלי, כך שהביקורת שלי מתמקדת בדיון התיאורטי. בהקשר זה נראה שיש עירוב מסוים בין טענות פוזיטיביות לטענות נורמטיביות. המאמר של בנבנישתי וכהן

31 כהן וזלוטוגורסקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 108–114.

32 ראו, לדוגמה, Thomas W. Smith, *The New Law of War: Legitimizing Hi-Tech and Infrastructural Violence*, 46 INT'L STUD. Q. 355 (2002).

33 כהן וזלוטוגורסקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 20.

34 ראו, למשל, את האיום מהזמן האחרון של שר האוצר דאז אביגדור ליברמן כי במקרה של פגיעה של חיזבאללה באסדת כריש "אנחנו הולכים למחוק את כל רובע הדאחייה בביירות". אנה ברסקי "ליברמן מאיים: 'אם חיזבאללה יתקפו את אסדת כריש, נמחק חלק מביירות'" **מעריב** (3.8.2022) <https://www.maariv.co.il/news/military/Article-936344>

מתאר את בעיית הנציג כהסבר ליצירת המשפט ההומניטרי, ולא בהכרח כהצדקה שלו.³⁵ בספר, לעומת זאת, הכותבים מתייחסים להשלכות של התפיסה שבעיית הנציג עומדת בבסיס המשפט ההומניטרי. לשיטתם, יש יתרונות להסבר של בעיית הנציג, בין היתר משום שהוא עשוי לעודד ציות למשפט ההומניטרי.³⁶ אולם עמדה זו מעוררת קושי, שכן עידוד הציות אינו קשור לעצם התמיכה בהסבר, אלא לשאלה האמפירית אם העמדה התיאורית של המחזיקים בו מדויקת. בהקשר דומה הכותבים מציינים כי ההסבר של בעיית הנציג תומך בגישה הפרוצדורלית למידתיות, משום שאם המטרה של המשפט ההומניטרי היא להגביר את השליטה בצבא, אזי הדרך הטובה יותר לעשות זאת היא על-ידי התמקדות בפרוצדורה.³⁷ אלא שגם כאן עצם ההכרה בהסבר תיאורי ליצירת המשפט ההומניטרי אינה גוזרת בהכרח מסקנות נורמטיביות לגבי דרך הפרשנות של עקרון המידתיות. הפער בין המרכיב ההסברי למרכיב הנורמטיבי בולט במקרה זה במיוחד, משום שאף אחת מהאמנות ההומניטריות המרכזיות אינה מציינת את בעיית הנציג כמטרה נורמטיבית של המשפט ההומניטרי, וכך גם השיח הנורמטיבי הדומיננטי על-אודות המשפט ההומניטרי בקרב כל השחקנים הרלוונטיים.

הקישור בין ההיבט הפרוצדורלי של מידתיות לבין בעיית הנציג מעלה שאלה מעניינת לגבי העיצוב של יתר הנורמות של המשפט ההומניטרי. כאמור, עקרון המידתיות הוא נורמה יוצאת-דופן במשפט ההומניטרי, סטנדרט בעולם של כללים, בעוד בעיית הנציג מהווה הסבר כללי ליצירת הענף כולו. האם יש לעבור למודל פרוצדורלי גם ביחס לנורמות אחרות? האם בעיית הנציג מתמרצת עיצוב של כללים או סטנדרטים במשפט ההומניטרי? אלה חלק מהשאלות המעניינות שעולות בהקשר זה, ואשר מסיבות מובנות אינן מפותחות בספר, שהרי זה מתמקד בעקרון המידתיות, ולא במשפט ההומניטרי בכללותו.

3. מידתיות וסכסוכים א-סימטריים

הנקודה השלישית נוגעת ביחס בין סוג הסכסוך לבין שאלת המידתיות. לאורך הספר שזורות אמירות רבות בנוגע להיבטים אשר ייחודיים לסכסוכים בין מדינות לבין ארגונים לא-מדינתיים. כך, למשל, כבר בתחילת הספר, במסגרת הדיון באופייה המשתנה של המלחמה, המחברים מדגישים את החשיבות הגדולה בזמננו של סכסוכים בין מדינות לבין שחקנים לא-מדינתיים.³⁸ אין מדובר בעמדה ייחודית למחברים; הנטייה לתת משקל גדול לסכסוכים בין מדינות לבין שחקנים לא-מדינתיים החלה להיות נפוצה מאוד בראשית המאה העשרים ואחת, בעקבות פיגועי 11 בספטמבר והאינתיפאדה השנייה. בשנים אלו התקבעה התודעה שסכסוכים בין-לאומיים קלסיים כבר אינם חלק משמעוטי מהסכסוכים

35 ראו את הדיון הנורמטיבי הקצר, שהוא ביקורתי בעיקרו, אצל כנבנישתי וכהן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1412–1414.

36 כהן וזלוטוגורסקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 21.

37 שם, בעמ' 21–22.

38 שם, בעמ' 33.

בני זמננו.³⁹ אלא שכפי שניתן לראות, המציאות דינמית. למעשה, גם לפני שהספר יצא לאור היה אפשר להיווכח כי סכסוכים חמושים בין מדינות לא עברו מן העולם (לדוגמה, המלחמה בין רוסיה לגיאורגיה בשנת 2008), אולם נדמה שהמלחמה בין רוסיה לאוקראינה מהווה קריאת השכמה ברורה לקהילת המשפט ההומניטרי בנוגע להתמקדותה בעשרים השנים האחרונות בסכסוכים חוצי גבולות בין מדינות לבין ארגונים חמושים לא-מדינתיים.

באופן ספציפי, יש מקום לשאול עד כמה המאפיינים המוצגים כייחודיים לסכסוכים בין מדינות לבין ארגונים חמושים לא-מדינתיים הם אכן ייחודיים לסכסוכים כאלה. בספר המחברים מונים כמה מאפיינים של סכסוכים בין מדינות לבין ארגונים חמושים לא-מדינתיים. הראשון הוא שארגונים חמושים לא-מדינתיים פועלים מתוך האוכלוסייה האזרחית, מחביאים נשק בתוך בתים של אזרחים, משתמשים בלבוש אזרחי, ולעיתים מנהלים לחימה מתוך בתים אזרחיים ומשתמשים באוכלוסייה האזרחית כמגינים אנושיים. השני הוא שסכסוכים מסוג זה נוטים להיות סכסוכים מתמשכים, לעיתים קרובות בעצימות משתנה לאורך שנים. השלישי הוא שהתפתחות הטכנולוגיה מאפשרת העברת מידע רב לציבור שאינו נמצא קרוב לשדה-הקרב, ובכך מאפשרת לדעת-הקהל למלא תפקיד משמעותי ולהשפיע על המדיניות, לעיתים מעבר לחובה המשפטית הפורמלית, בפרט במקרים שיש בהם נזק נלווה לאוכלוסייה אזרחית. הרביעי הוא העדר הדדיות בציות למשפט ההומניטרי, המתבטא בעיקר במקרים שבהם הצד הלא-מדינתי מפר את המשפט ההומניטרי.

כאשר בוחנים את הסכסוך הנוכחי בין רוסיה לאוקראינה בראי ארבעת המאפיינים האלה, מתעורר ספק אם אכן מדובר במאפיינים שייחודיים לסכסוכים בין מדינות לבין שחקנים לא-מדינתיים או שמא אלה מאפיינים שמשותפים במידה רבה לסכסוכים בני זמננו, ואולי גם לסכסוכים חמושים באופן כללי. ראשית, רבים מהמאפיינים שהמחברים מייחסים ללחימה בשטח בנוי בסכסוכים א-סימטריים מתקיימים גם בלחימה בין רוסיה לאוקראינה. בין היתר, נעשה שימוש במבנים אזרחיים כמחסני נשק, לחימה מנוהלת מתוך בתים אזרחיים, עולות שאלות משמעותיות לגבי היכולת להבחין בין לוחמים לאזרחים, ונשמעות טענות בנוגע לשימוש במגינים אנושיים. שנית, הסכסוך בין רוסיה לאוקראינה מתמשך כבר שנים לא-מעטות, לכל-הפחות למן הפלישה הרוסית למזרח אוקראינה וסיפוחו של חצי-האי קרים, והלחימה במסגרתו מתקיימת בעצימות משתנה לאורך השנים. שלישית, למדיה ולדעת-הקהל יש תפקיד גדול בסכסוך: שני הצדדים עושים שימוש ניכר במדיה כדי לחשוף את הנזק שהצד האחר לסכסוך גורם ולהדגיש פגיעה באזרחים. נוסף על כך, יש מרכיב משמעותי של שימוש בטכנולוגיה בחקירת הפרות של דיני המלחמה. לבסוף, גם כאן נראה שיש פערים משמעותיים בציות למשפט ההומניטרי.

39 ראו, למשל, M. Cherif Bassiouni, *The New Wars and the Crisis of Compliance with the Law of Armed Conflict by Non-state Actors*, 98 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 711 (2008).

נראה שהצד האוקראיני מגלה מחויבות רבה יותר לדין, אם כי יש גם דיווחים על הפרות של המשפט ההומניטרי על-ידי הצד האוקראיני. נקודה אחרונה זו, שנוגעת בציות למשפט ההומניטרי, מובילה אותי להיבט נוסף שאני מבקש להתייחס אליו ביחס לעיסוקו של הספר בסכסוכים בין מדינות לבין ארגונים חמושים לא-מדינתיים. מהספר עולה פעמים רבות שרבים מהקשיים הייחודיים לסכסוכים בין מדינות לבין שחקנים לא-מדינתיים נובעים מהתנהגותם של השחקנים הלא-מדינתיים. כך, למשל, לדברי המחברים:

[P]arties to conflicts, usually non-state actors (NSAs), often manipulate the principle of proportionality. Knowing that the other party to the conflict (usually the state) will attempt to limit civilian casualties, these NSAs deliberately act from within civilian population centers, making collateral damage almost unavoidable, and often large scale.⁴⁰

הצגה זו של הדברים מעוררת קושי בשני מובנים. הקושי הראשון הוא שהמחברים קובעים קביעה חזקה שמבוססת על מדינות וסכסוכים ספציפיים, בעוד המציאות דינמית יותר. בפועל אין הכרח שמדינות יצייתו למשפט ההומניטרי יותר משחקנים לא-מדינתיים, והסכסוך הנוכחי בין אוקראינה לרוסיה מראה שגם מדינות יכולות להפר את המשפט הבין-לאומי באופן משמעותי ביותר. גם מלחמת-האזרחים בסוריה, בוודאי בתקופה שלפני עליית דאע"ש, מעלה תמונה מורכבת הרבה יותר לגבי הציות למשפט ההומניטרי, שכן השחקן המדינתי – ממשלת אסד – הפר במסגרתה את המשפט ההומניטרי (ואת דיני זכויות האדם) באופן חריף. בהמשך לכך, כידוע, גם בסכסוכים חוצי גבולות בין מדינות לבין ארגונים חמושים לא-מדינתיים עולות טענות רבות לגבי הפרות של המשפט ההומניטרי על-ידי המדינות, ולא רק על-ידי הצד הלא-מדינתי. כאמור, אתוס יסודי של המשפט ההומניטרי הוא עקרון השוויון בין הצדדים הלוחמים, ונראה כי הנחה חזקה לגבי הצד שנוטה להפר את המשפט חותרת במידה מסוימת תחת אותו שוויון. חתירה זו היא במידה רבה נקודת חולשה מבנית של המשפט ההומניטרי, שנוצר בעיקר על-ידי מדינות, באופן שאינו עולה בהכרח בקנה אחד עם עקרון השוויון בין הצדדים הלוחמים ואינו מספק תמריצים זהים לשחקנים הלא-מדינתיים לציית לדין. דוגמה מרכזית לכך היא אי-חסינותם של הלוחמים בסכסוכים שאינם בין-לאומיים. חסינות הלוחמים, כלומר חסינותם מהעמדה לדין על פגיעה במטרות מותרות לפי המשפט ההומניטרי, מהווה תמריץ מרכזי ללוחמים לפגוע במטרות חוקיות ולהימנע מפגיעה במטרות אסורות. כאשר לוחם בארגון לא-מדינתי יודע שהוא יעמוד לדין גם על פגיעה בחיילים, התמריץ שלו להימנע מפגיעה באזרחים קטן באופן משמעותי.

נקודה אחרונה זו קשורה לקושי השני בדרך הצגתם של היחסים בין מדינות לבין ארגונים חמושים לא-מדינתיים: בעוד הספר מתמקד בעיקר באתגרים שניצבים בפני מדינות לנוכח שחקנים לא-מדינתיים אשר אינם מצייתים בהכרח לדין ועשויים לנצל אותו

40 כהן וזלוטגורסקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 17.

לטובתם, הדין עצמו מקל דווקא על הצד המדינתי – שהוא ככלל גם הצד החזק יותר – לפגוע במספר רב יותר של אזרחים תוך המשכת היכולת לטעון לציות לדין. חלק מרכזי של הדיון העכשווי במידתיות נוגע בתקיפות אוויריות, אשר מבוצעות כמעט תמיד על-ידי הצד המדינתי.⁴¹ הקושי האינהרנטי – שהמחברים עומדים עליו בספר – לקבוע שתקיפה ספציפית אינה מידתית מקל על מדינות לטעון שתקיפות רבות שבהן נפגעו אזרחים רבים אינן מפרות את המשפט ההומניטרי. כך, למשל, במבצע "צוק איתן", שתופס מקום משמעותי בספר, נפגעו (גם לשיטת ישראל) אזרחים עזתים רבים מאוד, ועם זאת ישראל טוענת לציות כמעט מלא למשפט ההומניטרי. לעומת זאת, הצד הלא-מדינתי, פעמים רבות, נהנה הרבה פחות מהעמימות של עקרון המידתיות. נקודה זו, שעלתה גם בדיון לעיל על-אודות ההיבט הפרוצדורלי של עקרון המידתיות, הייתה צריכה לכאורה להוביל לזהירות רבה במתן שיקול-דעת למדינות בנוגע לדרך הפעלתו של עקרון המידתיות. עם זאת, כאמור, נראה שהמחברים נותנים פעמים רבות אמון משמעותי בקבלת ההחלטות של הצד המדינתי. דוגמה אחת היא כאמור הדגש המשמעותי שהמחברים שמים על הליכי קבלת החלטות פנים-מדינתיים.⁴² דוגמה נוספת לכך היא הדיון של המחברים ביחס שבין עקרון המידתיות לבין אזהרות לפני תקיפה, ובאופן ספציפי בשאלה אם וכיצד החלטה של אדם להישאר בביתו לאחר מתן אזהרה משפיעה על חישוב המידתיות. המחברים תומכים בעמדה שצריך להיות משקל כלשהו לאזהרות כאשר בוחנים את חוקיות התקיפה תחת עקרון המידתיות. כהצדקה לכך הם סבורים, בין היתר, כי "there is also a utilitarian logic for attacking parties here: if states that issue effective warnings were to be rewarded in some way, there would be a greater chance of more states using this method"⁴³ מדובר לכאורה בהנחה תוצאתנית סבירה כשלעצמה, אך היא אינה מביאה כלל בחשבון את האפשרות שהקלת האפשרות לתקוף עלולה להוביל גם ליד קלה יותר על ההדק מצד מדינות ולהגדלה של מספר הנפגעים הכולל בסכסוכים מסוג זה.

דיונם של המחברים בהשפעות של התנהגויות אסטרטגיות של ארגונים חמושים לא-מדינתיים, כגון פעולה מלב אוכלוסייה בשטח בנוי צפוף, הוא דיון חשוב ביותר. עם זאת, אני סבור שהיה מקום לתת משקל גדול יותר גם לחששות שעולים ביחס לשימוש לרעה בעקרון המידתיות על-ידי הצד החזק בסכסוכים א-סימטריים.

ג. סיכום

אני רוצה להודות למחברים על ההזדמנות לקרוא את הספר. כתיבת ביקורת ספר שונה מפרויקטים אקדמיים אחרים. במקום להתמקד ברעיון שלך, בבחירות שלך, בהתמקדות

41 ראו, למשל, Marco Roscini, *Targeting and Contemporary Aerial Bombardment*, 54 INT'L COMP. L.Q. 411, 411 (2005).

42 ראו, למשל, כהן וזלוטוגורסקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 179–194 ו-197–200.

43 שם, בעמ' 196.

היא ברעיונות ובכתיבה של אחרים. זו הזדמנות ללמוד ולחשוב; לנסות לאמץ נקודת־מבט שונה על דברים. קריאה בספרם של כהן וזלוטוגורסקי לוקחת את הקורא למסע בעקבות עקרון המידתיות במשפט ההומניטרי, ומאפשרת לחשוב מחדש על מקומה של המידתיות במשפט ההומניטרי, ובכלל זה על עצם המרכזיות שניתנת להיבט המהותי של העיקרון במשפט ההומניטרי העכשווי ועל האפשרות להסיט את תשומת־הלב לעבר ההיבטים הפרוצדורליים שלו. כתבתי שהספר פונה לקהלים שונים, ובכלל זה למי שמצוי בפרקטיקה של המשפט הבין־לאומי, לסטודנטים ולאקדמאים. כחלק מהקהילה האחרונה, אני משוכנע שהספר יהיה נקודת ייחוס מרכזית בכל דיון אקדמי לגבי עקרון המשלימות, ובמיוחד יעורר דיון משמעותי באפשרות להפנות את נקודת־המבט לעבר תהליכי קבלת ההחלטות של הצדדים הלוחמים ככלי אסדרתי מרכזי.