



אנקדוטות והתפתחות המשפט הבין-לאומי: על הסיפורים שמאחורי פרשות האלבמה והקרולין

יניב רוזנאי

כרך כה, תשפ"ב

אנקדוטות והתפתחות המשפט הבין-לאומי: על הסיפורים שמאחורי פרשות האלבמה והקרולין

יניב רוזנאי*

"The truth has escaped history, just as
the *Alabama* evaded the British
authorities."¹

מאחורי התפתחותו של המשפט הבין-לאומי מסתתרים סיפורים מרתקים, לעיתים אף מוזרים. חלקם אינם ידועים, וחלקם אינם ידועים מספיק. כמובן, מאחורי כל התפתחות משפטית קיימים סיפורים אנושיים מעניינים, אך נדמה כי סיפורים אלה חשובים במיוחד בכל הנוגע בהתפתחותו של המשפט הבין-לאומי, שכן בניגוד לרוב מקורות המשפט המדינתי, אחד המקורות העיקריים של המשפט הבין-לאומי הוא מנהג המבוסס על התנהגות עקיבה של מדינות מתוך תחושת מחויבות משפטית. התנהגות של מדינות יוצרת משפט. לכן אירועים והתרחשויות שהובילו להתנהגות מסוימת יכולים להיות מעניינים במיוחד.

המאמר מבקש להפנות זרקור אל שני סיפורים מרתקים – אולי אף ביזריים – מאחורי שתי התפתחויות דרמטיות של המשפט הבין-לאומי: מקרה האלבמה ומקרה הקרולין, שהם שני מקרים שעיצבו את המשפט הבין-לאומי כפי שאנו מכירים אותו כיום. מטרת המאמר היא להראות כיצד

* פרופסור חבר, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. מחקר זה הוצג בסדנה
Contingency in the Course of International Law, שהתקיימה באוניברסיטת אמסטרדם ביוני
2018. ברצוני להודות למשתתפי הסדנה, ובמיוחד לפרופסורים גרי סימפסון וקרן קנוף על הערות
מועילות, וכן לזיו עידן על עזרה מעולה במחקר. תודתי נתונה גם לד"ר גיא לוריא על הצעות
מועילות לעניין חשיבותן של אנקדוטות במחקר ההיסטורי. עוד אבקש להודות למערכת כתב העת
משפט ועסקים, ובפרט לעורכת גל אגמון ולחברת המערכת תמר רוטנברג, על עבודה נהדרת, וכן
לגיא פרמינגר על עריכה לשונית מצוינת. מאמר זה מוקדש בהוקרה למורי פרופ' נתן לרנר ז"ל.

¹ Brunson MacChesney, *The Alabama and the Queen's Advocate – A Mystery of History*, 62
Nw. U. L. Rev. 568, 573 (1967–1968).

התפתחויות דרמטיות של המשפט הבין-לאומי, אשר שינו למעשה את פני ההיסטוריה, התרחשו באופן אנקדוטי כמעט.

מבוא

פרק א: פרשת האלבמה וסר ג'ון הרדינג
פרק ב: פרשת הקרולין ואלכסנדר מקלאוד
סיכום

מבוא

הוראת המשפט הבין-לאומי מלווה סיפורים רבים, העוסקים באנשים, במדינות, במלחמות ובנסיכות העומדות מאחורי המאורעות השונים. פרופ' נתן לרנר, שלימד דורות רבים של משפטנים, שחלקם כיום מרצים למשפט בין-לאומי, שילב בהוראת המשפט הבין-לאומי סיפורים רבים – חלקם היסטוריים וחלקם עכשוויים. "ראו כמה המשפט הבין-לאומי אקטואלי", הוא היה אומר, ודוחק בנו, הסטודנטים, לעבור על דפי העיתונות היומית ולהביא לכיתה סיפורי מאורעות שיש להם חשיבות למשפט הבין-לאומי או נגיעה ממשית בו. וכך עשינו. גם אני, סטודנט לשעבר של פרופ' לרנר וכיום מרצה, בין היתר למשפט בין-לאומי, משתדל להביא לשיעור את הסיפורים המרתקים מאחורי התפתחותו של המשפט הבין-לאומי.

אכן, מאחורי התפתחותו של המשפט הבין-לאומי מסתתרים סיפורים מרתקים, ולעיתים אף מוזרים. חלקם אינם ידועים, וחלקם אינם ידועים מספיק, לטעמי. כמובן, מאחורי כל התפתחות משפטית קיימים סיפורים אנושיים מעניינים, אך נדמה כי סיפורים אלה חשובים במיוחד בכל הנוגע בהתפתחותו של המשפט הבין-לאומי, שכן בניגוד לרוב מקורות המשפט המדינתי, אחד המקורות העיקריים של המשפט הבין-לאומי הוא מנהג המבוסס על **התנהגות עקיבה** של מדינות מתוך תחושת מחויבות משפטית (יסוד ה-*Opinio Juris*)². התנהגות של מדינות יוצרת משפט. לכן אירועים והתרחשויות שהובילו להתנהגות מסוימת יכולים להיות מעניינים במיוחד.

במאמר קצר זה אבקש להפנות זרקור אל שני סיפורים מרתקים – אולי אף ביזריים – מאחורי שתי התפתחויות דרמטיות של המשפט הבין-לאומי. כוונתי למקרה **האלבמה**

2. אנו למדים על מקורות המשפט הבין-לאומי מס' 38 לחוקת בית הדין הבין-לאומי, אשר קובע רשימה של מקורות שבית הדין צריך לפנות אליהם: הסכמים בין-לאומיים, מנהג בין-לאומי ועקרונות כלליים של המשפט. הסעיף מוסיף ומונה שני מקורות משניים שניתן להיעזר בהם בזיהוי המקורות הראשוניים: החלטות שיפוטיות וכתביהם של גדולי המומחים. ראו Statute of the International Court of Justice, art. 38, www.icj-cij.org/en/statute.

ולמקרה הקרוליין, שהם שני מקרים שעיצבו את המשפט הבין-לאומי כפי שאנו מכירים אותו כיום. מטרת המאמר היא להראות כיצד התפתחויות דרמטיות של המשפט הבין-לאומי, אשר שינו למעשה את פני ההיסטוריה, התרחשו באופן אנקדוטי כמעט.

"אנקדוטה" משמעה בדרך כלל סיפור קצר, לרוב משעשע, על אודות מקרה מעניין או מוזר.³ אנקדוטות מסופרות לרוב בסיטואציות חברתיות, ונתפסות כמשהו "קליל" הנושא משקל מועט בלבד בדיון רציני, בוודאי אקדמי. מובן שאנקדוטות חסרות את העומק והאופי ההסבריי-המחקרי של מקרי מבחן, אך יש ביכולתן לשמש וקטורים לתובנות מסוימות.⁴ האנקדוטה עוסקת כידוע בפרטים שוליים של מאורע, אולם לעיתים יש בה כדי להאיר פרטים מהותיים על המאורע. אכן, כל אחת מן האנקדוטות שאבקש לספר במאמר זה היא סיפור קצר ומוזר בפני עצמו, אך באספקלריה רחבה יותר כל אחת מהן הובילה להתפתחות דרמטית של המשפט הבין-לאומי. לכן, לדעתי, ביכולתן של אנקדוטות ללמדנו רבות על התפתחות המשפט הבין-לאומי.

מאמר זה בנוי בסדר הבא: **חלקו הראשון** של המאמר יעסוק בפרשת האלבמה, שעיקרה הבוררות המפורסמת שהתקיימה בין ארצות הברית לבריטניה בעקבות מחדלה של בריטניה בזמן מלחמת האזרחים האמריקנית. בקצרה, בעת המלחמה הייתה בריטניה ניטרלית באופן פורמלי, ולפי דיני הניטרליות היה עליה להימנע מלסייע למאמצי הלחימה של מדינות הצפון או מדינות הדרום. בעקבות מצור ימי של לינקולן על הדרום, נסעו סוכני קונפדרציה לבריטניה כדי לרכוש נשק, וחשוב מכך, כדי לבנות אוניות

3 "אֶנְקְדוּטָה" מילון אבניאון (מילון ספיר המקוון) (איתן אבניאון וינון קחטן עורכים) www.milononline.net/do_search.php?Q=%E0%F0%F7%E3%E5%E8%E4. אף השתלשלות המילה "אנקדוטה" מעניינת. ביוונית עתיקה פירוש התואר אֶנְקְדוּטֹס היה "דבר שנמסר", ו"דבר שלא נמסר" תואר כאֶנְקְדוּטֹס. יש עדויות לכך שהמילה תיארה בתולדות שטרם נמסרו לנישואים על ידי אביהן או כתבי יד שטרם התפרסמו. היה זה הודות לפרוקופיוס, יליד קיסריה, שהמילה היוונית נהפכה ל"סיפור קצר ומשעשע". בשנת 527 החל פרוקופיוס לעבוד כפרקליטו של המצביא הביזנטי פֶּלְסָרְיוֹס, וליווה אותו במשך רוב הקריירה שלו. במקביל לעבודתו זו הוא תיעד את התקופה הביזנטית במאה השישית, ימי שלטונו של הקיסר הביזנטי יוֹסְטִינְיָנוֹס הראשון, בספריו **מלחמות יוסטיניאנוס ומבני יוסטיניאנוס**, המתארים את יוסטיניאנוס כקיסר נפלא וגדול. אך פרוקופיוס כתב ספר נוסף, שאבד, אשר נודע בשם **אנקדוטה** (ANEKΔΟΤΑ), כלומר, "לא פורסם" (תורגם ל**זכרונות שלא פורסמו** או ל**ההיסטוריה הסודית**). כאשר נמצא כתב היד היווני בספריית הוותיקן, הוא ראה אור במהדורה מודפסת בשנת 1623, וזכה עד מהרה בהצלחה, שכן הוא תיאר את דמויותיהם של הקיסר יוסטיניאנוס ואשתו הקיסרית תאודוֹרָה באור שלילי במיוחד, וכלל סיפורים קצרים ורכילותיים מהחיים הפרטיים בחצר הקיסרות הביזנטית. הצלחת הספר הובילה במאה השבע-עשרה להוצאתם לאור, בצרפת, של ספרים רבים תחת הכותרת **אנקדוטה**, המתארים סודות של אישים רמי דרג. מגמה זו התפשטה גם לאנגליה, לגרמניה ולשאר אירופה, ובעקבותיה החלו להשתמש במילה "אנקדוטה" כדי לתאר סיפורים פיקנטיים. השתלשלות זו של המילה "אנקדוטה" מבוססת על אילון גלעד "מה מקור המילה 'אֶנְקְדוּטָה'?" **הארץ** 29.7.2015 www.haaretz.co.il/magazine/the-edge/mehasafa/premium-1.2694333.

4 Des Gasper, *Anecdotes, Situations, Histories – Varieties and Uses of Cases in Thinking About Ethics and Development Practice*, 31 DEV. & CHANGE 1055, 1063 (2000).

מלחמה בנמלים בריטיים, תוך הסתרת תכליתן האמיתית עד לעזיבת המים הטריטוריאליים הבריטיים, שלאחריה הורכבו על האוניות כלי הנשק. במקרה של הספינה אלבמה גילו מדינות הצפון את דבר בנייתה של הספינה, וטענו לפני הבריטים כי עליהם לעצור את הבנייה, שאם לא כן הם יפרו את החוק הבריטי ואת המשפט הבין-לאומי בדבר ניטרליות, אך מאמצייהן לא נחלו הצלחה. ספינת המלחמה הצליחה לעזוב את הנמל הבריטי ולגרום בהמשך נזקים משמעותיים למדינות הצפון. לאחר סיום מלחמת האזרחים התנהל משא ומתן מורכב בין האמריקנים לבריטים בשאלת מעורבותה של בריטניה במלחמה. משא ומתן זה הוביל לחתימה על אמנת וושינגטון משנת 1871, שקבעה כי הצדדים מסכימים שכל תביעה שתוגש בנוגע לספינות המלחמה שנבנו בבריטניה תופנה לטריבונל בורות.⁵ אכן, טריבונל הבורות קבע, בהחלטתו מיום 14 בספטמבר 1872, כי על בריטניה לפצות את ארצות הברית בסכום של כ-15.5 מיליון דולר, שהיה סכום בדיוני במונחים של אותה תקופה.⁶ במאמר אמחיש כיצד הבורות המפורסמת בעולם, שעיצבה למעשה את התחום של בורות בין-לאומית לשם יישוב סכסוכים בדרכי שלום, התרחשה, פשיטא, בשל שיגעון של היועץ המשפטי למלכה סר ג'ון הרדינג, אשר לפי אחת הגרסאות הוחבא על ידי אשתו בביתם כדי שדבר שגוענו לא ייוודע ברבים. היעדרותו של הרדינג גרמה לעיכוב של ימים אחדים במתן חוות הדעת המשפטית באשר ליכולת המשפטית של הכוחות הבריטיים לעצור את האלבמה ולמנוע אותה מלעזוב את נמל ליברפול.

חלקו השני של המאמר יעסוק בפרשת הקרולייין המפורסמת, שעיקרה ההתקפה הבריטית שנערכה בשנת 1837 על הספינה האמריקנית קרולייין בשטחה של ארצות הברית. בעקבות פרשה זו התפתחה נוסחת קרולייין, הקובעת את התנאים להפעלה לגיטימית של כוח על ידי מדינה לשם הגנה עצמית. תקרית הקרולייין הובילה לתכונות מפורסמת שהתנהלה בשנים 1841–1842 בין מזכיר המדינה האמריקני דניאל ובסטר לבין לורד אשברטון, נציג בית המלוכה הבריטי, בעקבות בקשתה של בריטניה שארצות הברית תשחרר את הנתין הבריטי אלכסנדר מקלאוד, אשר נעצר על ידיה באשמת ביצוע רצח במהלך תקרית הקרולייין. תכתובת זו – ובמיוחד "נוסחת ובסטר" בדבר התנאים שהיה על בריטניה להוכיח כי התקיימו לפני התקיפה – נהפכה ברבות השנים לבסיסם של כללי המשפט המנהגי הבין-לאומי בנוגע לשימוש בכוח כהגנה עצמית. כפי שאבקש להראות, אותה תכתובת מפורסמת התקיימה בעקבות התרברבות של מקלאוד, בבר בצפון ניו יורק, בנוגע למעורבותו בפרשת הקרולייין. התרברבות זו, של אדם שיכור ככל הנראה, התבררה מאוחר יותר כעורבא פרח, אולם תוצאתה הייתה התפתחות של אחד מעקרונות היסוד של המשפט הבין-לאומי. **חלקו השלישי של המאמר יסכם כיצד**

5 Amity (Treaty of Washington), U.K.–U.S., June 17, 1871, 17 Stat. 863, T.S. 133

6 Alabama Claims of the United States of America Against Great Britain (U.S. v. U.K.), 29 R.I.A.A. 125 (Sep. 14, 1872), legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf (להלן: הכרעת בורות האלבמה).

התפתחויות דרמטיות של המשפט הבין-לאומי מתרחשות באופן אנקדוטי, ויעמוד על חשיבותן של אנקדוטות בחקר המשפט הבין-לאומי ובהוראתו.

פרק א: פרשת האלבמה וסר ג'ון הרדינג

אחת הזוויות המעניינות והחשובות ביותר של מלחמת האזרחים האמריקנית הייתה המאבק הימי של הקונפדרציה האמריקנית במשלוחים הימיים של הממשל הפדרלי. בתחילת מלחמת האזרחים הטיל הנשיא לינקולן סגר על הנמלים של הקונפדרציה, וזמן קצר לאחר מכן הכריזה המלכה ויקטוריה על הניטרליות של בריטניה.⁷ במהלך המלחמה יכלו שני הצדדים, הצפון והדרום, לרכוש נשק במדינות ניטרליות. אולם מדינה ניטרלית הייתה חייבת למנוע שימוש בטריטוריה שלה כבסיס מבצעים או כנקודת יציאה של "משלחת עוינת". הדיון העיקרי בפרשת האלבמה עסק בשאלה השנויה במחלוקת אם מדינה ניטרלית יכולה לאשר בנייה בתוך הטריטוריה שלה של ספינה לא חמושה אך כזו שמואמת לשימוש מלחמתי ואשר תוכננה לשמש, אחרי ציודה וחימושה, לפגיעה בספינות סחר של מדינה המקיימת יחסי שלום עם המדינה הניטרלית.⁸ בהוראת הקונפדרציה נבנו שש ספינות כאלה בשטחה של בריטניה במהלך מלחמת האזרחים.⁹ זה סיפורה של הספינה אלבמה, שהייתה למעשה כלי השיט שגבה את המחיר הגבוה ביותר מספינות הצפון, ואשר ניצבה בלב המחלוקת.¹⁰

האלבמה נבנתה על ידי האחים ליירד (Laird) בבירקנהד (Birkenhead) שלייד ליברפול. החוזה לבניית הספינה נחתם באוגוסט 1861 על ידי ג'יימס בולוך (James D. Bulloch), שהיה אחד מנציגיו של צי הקונפדרציה באירופה.¹¹ באותה עת לא הייתה

7 על תפקידו של המשפט הבין-לאומי במלחמת האזרחים האמריקנית ראו Quincy Wright, *The American Civil War (1861–65)*, in *THE INTERNATIONAL LAW OF CIVIL WAR* 30 (Richard A. Falk ed., 1971) (ועל מחלוקת האלבמה שבמרכז מאמר זה ראו במיוחד שם, בעמ' 102–103).

8 למחקר היסטורי מקיף בדבר הניטרליות של בריטניה במהלך מלחמת האזרחים האמריקנית ראו MOUNTAGUE BERNARD, *A HISTORICAL ACCOUNT OF THE NEUTRALITY OF GREAT BRITAIN DURING THE AMERICAN CIVIL WAR* (London, Longmans & Co. 1870).

9 למחקר מקיף על הצי של הקונפדרציה באירופה ראו WARREN F. SPENCER, *THE CONFEDERATE NAVY IN EUROPE* (1983).

10 ההיסטוריון הצבאי דגלס מיינרד הרחיב על אודות בנייתה של האלבמה באנגליה, תכנון בריחתה מן הנמל האנגלי והנסיונות לעצור את בריחתה. ראו Douglas H. Maynard, *Union Efforts to Prevent the Escape of the Alabama*, 41 *MISS. VALLEY HIST. REV.* 41 (1954); Douglas H. Maynard, *Plotting the Escape of the Alabama*, 20 *J. S. HIST.* 197 (1954).

11 בולוך סיפר בספרו בהרחבה על בנייתן וציודן של ספינות המלחמה של הקונפדרציה באירופה. ראו JAMES D. BULLOCH, *THE SECRET SERVICE OF THE CONFEDERATE STATES IN EUROPE: OR*

דוקטרינה אוניוורסלית בדבר חובותיה של מדינה ניטרלית בכל הקשור לבניית ספינות מלחמה וצירוף בתחומי המדינה בשביל מדינות לוחמות. החוק הפנימי בבריטניה באותה עת, אף שגם הוא לא היה ברור לחלוטין בעניין זה, העמיד את הקונפדרציה בבעיה. ה-Foreign Enlistment Act of 1819 קבע את הניטרליות של הממלכה בעניין מלחמות של אומות אחרות.¹² חוק זה כלל איסור – שחל לגבי כל שטחה של הממלכה – לצייד, לשפץ או לחמש כלי שעתיד להיות בשימוש נגד אומה שהממלכה מקיימת יחסי שלום עימה או אינה שרויה במלחמה איתה באותה עת. כמו כן הוסיף החוק כי אין להזמין או לספק הזמנה אשר מציידת, משפצת או מחמשת ספינה כזו. המפרים חוק זה היו צפויים לעונשים כספיים, לעונשי מאסר וכן להחרמה של הציוד.¹³ בולוך ידע על הסכנה הטמונה בהפרת החוק, ובהגיעו לליברפול שכר ייעוץ משפטי כדי לקבל הכוונה כיצד להישאר בתחומי החוק או לכל הפחות לעקפו. עורך דינו יעץ לו לבחור באחת מהאפשרויות הבאות: להסתפק בבניית הספינה בבריטניה; לצייד את הספינה לאחר בנייתה, אך מחוץ למים הטריטוריאליים של בריטניה; לצייד את הספינה במים הטריטוריאליים של בריטניה, אך ללא כוונה ממשית לפעול נגד מדינה שיש עימה יחסי שלום.¹⁴ כדי לעמוד בתוך מסגרת הדין הקיים, ובעצתו של עורך דינו, שמר בולוך על סודיות ככל יכולתו באמצעות חתימה על החוזים בשמו הפרטי, ללא אזכור דבר היותו נציג של הקונפדרציה. כאשר סיים לבנות את הספינה, הוא חימש אותה מחוץ למים הטריטוריאליים של בריטניה.¹⁵ הספינה נודעה אז בשם "מספר 290".¹⁶

בולוך ידע שסוכנים של מדינות הצפון נמצאים באנגליה, ושהם מודעים קרוב לוודאי למשימתו. עוד לפני השקת הספינה הבין בולוך כי "מרגלים אורבים וחוקרים את עובדי המפעל", וכי בלש בשם מקגוור, שנשכר על ידי מדינות הצפון, התעניין לעומק בענייניו הפרטיים ובתנועותיו של בולוך.¹⁷ אכן, עוד באוקטובר 1861 נודע לתומס דדלי

HOW THE CONFEDERATE CRUISERS WERE EQUIPPED (New York, G.P. Putnam's Sons 1884).

12 The Foreign Enlistment Act 1819, 59 Geo. 3, c. 69. לסקירה כללית של החוק בהקשר של המשפט הבין-לאומי ראו Nir Arielli, Gabriela A. Frei & Inge Van Hulle, *The Foreign Enlistment Act, International Law, and British Politics, 1819–2014*, 38 INT'L HIST. REV. 636 (2016).

13 2 ROUNDELL PALMER, MEMORIALS: PART I. FAMILY AND PERSONAL 1766–1865, 409–410 (London, MacMillan & Co. 1896).

14 BULLOCH, לעיל ה"ש 11, בעמ' 65–67.

15 Maynard, *Plotting the Escape of the Alabama*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 201–202.

16 האדמירל רפאל סמס, מפקדה של ה-290 (ומאוחר יותר של האלבמה) מהצי של הקונפדרציה, מספר בזכרונותיו כי הספינה נקראה כך פשוט משום שהייתה זו הספינה המאתיים ותשעים שנבנתה על ידי האחים ליירד. דובר בספינה עוצמתית שהכילה 120 אנשי צוות, 24 קצינים ו-8 תותחים. עלות בנייתה לקונפדרציה הייתה 250,000 דולר. לפירוט על אודות הספינה ראו RAPHAEL SEMMES, MY ADVENTURES AFLOAT: A PERSONAL MEMOIR OF MY CRUISES AND SERVICES IN 'THE SUMTER' AND 'ALABAMA' 400–403 (London, Richard Bentley 1869).

17 BULLOCH, לעיל ה"ש 11, בעמ' 227.

(Thomas Dudley), הקונסול של ארצות הברית בליברפול, דבר החשדות בעניין ה-290, ומאז הוא ריכז את המאמצים לעצור את האלבמה. עיקר המאמצים הושקעו בניסיון לשכנע את הממשלה הבריטית להפעיל את החוק נגד הספינות הנבנות בשביל מדינות הדרום, אך זו התעקשה שהיא אינה יכולה לפעול מבלי שיוצגו לפניו ראיות קבילות מבחינה משפטית. דדלי החל לאסוף מידע, ובאפריל 1862 דיווח על הספינה למחלקת המדינה ולשגריר האמריקני בלונדון, צ'רלס אדמס (Charles Francis Adams), בצירוף חשדותיו כי זו מיועדת למדינות הקונפדרציה.¹⁸

ב-15 במאי 1862 הושקה ה-290 ויצאה מהמספנה. במטרה לטשטש את יעדה, או לכל הפחות להשקיט את החשד שהתעורר, היא כונתה "אנריקה" (Enrica). השם ההיספני ניתן ל-290 במטרה ליצור את הרושם שהספינה מיועדת לממשלת ספרד או לחברה פרטית בספרד.¹⁹ בעת השקתה היה כבר בידי דדלי תיאור נרחב על הספינה, אך על כך שמדובר בספינה של הקונפדרציה היו בעיקר השערות וראיות מעורפלות למדי מפי השמועה. חודש מאוחר יותר, באמצע יוני, נצפתה ה-290 יוצאת לשיט מבחן, אך אף שהאבטחה סביב הספינה הייתה נוקשה ועוררה חשד לגבי ייעודה, ואף שהמידע על אודותיה המשיך לזרום, לא היו עדיין ראיות שיכלו להוכיח כי היא מיועדת למדינות הדרום. ימים מספר מאוחר יותר, ב-21 ביוני, אחרי שסבר כי כבר יש בידי ראיות מספיקות, שלח דדלי מכתב רשמי לשגריר אדמס ובו ציין כי ה-290 מיועדת להיות ספינת מלחמה, וכי השמועות הן שהיא נבנית לטובת מדינות הקונפדרציה, והרחיב על אודות החשדות והאבטחה סביב בנייתה. אדמס העביר את המכתב לשר החוץ הבריטי, לורד ג'ון רסל (John Russell), ב-23 ביוני, בצירוף בקשה לעצור את פרויקט בנייתה של הספינה. רסל העביר את המכתב ב-25 ביוני ליועץ המשפטי לממשלה (Attorney General) ולפרקליט המדינה (Solicitor General) – שניים מקציני המשפט (Law Officers) של הכתר – על מנת שיחוו את דעתם המשפטית. קצין המשפט השלישי של הכתר – פרקליט המלכה (Queen's Advocate) – לא נכלל בהתכתבות זו (בהמשך אשוב לחשיבותה של השמטה זו).

ביום 30 ביוני חיוו המשפטנים את דעתם כי אם הטענות נכונות, אזי ניתן לעצור את הספינה, אולם הממשלה לא יכלה לפעול בהעדר ראיות שיעמדו בבית המשפט בדבר נכונותם של האישומים. רסל הפנה את חוות הדעת לאנשי נציבות המכס, אך אלה הודיעו בתגובה כי הם אינם יכולים להשיג מידע מהימן. לפיכך שלח רסל את חוות הדעת לשגריר האמריקני אדמס בצירוף הצעה שדדלי ישיג את הראיות, וכך אכן הנחה אדמס את הקונסול האמריקני. כאשר דדלי העביר את המידע שהיה ברשותו לנציג המכס בליברפול, נדחה המידע כעדות שמיצה בלבד. דדלי העביר את המידע שברשותו לנציבות המכס בלונדון, אך גם הם סברו כי המידע אינו עומד על פניו בנטל, וכך השיבו לדדלי ב-15 ביולי. ב-21 ביולי הופיע דדלי לפני נציג המכס יחד עם עורך דינו (A.F. Squarey) וחמישה עדים, הגיש תצהירים חתומים, וביקש את תפיסת הספינה 290.

18 Maynard, *Union Efforts to Prevent the Escape of the Alabama*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 42-44.

19 BULLOCH, לעיל ה"ש 11, בעמ' 229.

תצהירים אלה כללו הצהרות בשבועה של ימאים שגויסו על ידי סוכן הקונפדרציה הראשי באנגליה כאנשי צוות ל-290 אך עזבו את עבודתם, ולפיהן היה ידוע להם כי הספינה מיועדת להיות ספינת מלחמה בשירות הקונפדרציה. הימאים סיפרו שקפטן בולוך הגיע לעיתים קרובות לסיפון לפקח על העבודה. אחד הספנים נשבע כי קברניט הספינה, מתיו בוטצ'ר (Matthew J. Butcher), אמר לו שמדובר בספינת מלחמה של הקונפדרציה. נציג המכס העביר את המסמכים לנציבות המכס בלונדון, אך הללו שוב סברו כי החומר אינו מספיק לשם פעולה.²⁰

ביום 22 ביולי שלח אדמס את ששת התצהירים ללורד רסל. ב-23 ביולי שלח עורך דינו של דדלי לנציבות בלונדון שני תצהירים דומים בצירוף חוות דעת של פרקליט בכיר, רוברט קולייר (Robert Collier), אשר מונה שנה לאחר מכן לתובע הכללי (ולאחר מכן ליועץ המשפטי לממשלה ולשופט). על פי חוות הדעת, שמונת התצהירים מצביעים על הפרה של ה-Foreign Enlistment Act of 1819 אשר מצדיקה ואף מחייבת את תפיסת הספינה על ידי נציג המכס.²¹ אולם הנציבות לא השתכנעה מחוות דעת זו, וסברה כי עדיין אין ראיות מספיקות. רסל ביקש אז שהמסמכים יועברו לקציני המשפט באופן מיידי לשם קבלת חוות דעתם, והמסמכים אכן הגיעו ליעדם עוד בערב של אותו יום, 23 ביולי.²² לפי סדר הקדימות, נשלחו המסמכים תחילה אל פרקליט המלכה, סר ג'ון

20 Maynard, *Plotting the Escape of the Alabama*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 204.

21 "...I am of opinion [he said] that the collector of customs would be justified in detaining the vessel. Indeed, I should think it his duty to detain her, and that if, after the application which has been made to him, supported by the evidence which has been laid before me, he allows the vessel to leave Liverpool, he will incur a heavy responsibility of which the board of customs, under whose directions he appears to be acting, must take their share. It appears difficult to make out a stronger case of infringement of the foreign enlistment act, which, if not enforced on this occasion, is little better than a dead letter. It well deserves consideration whether, if the vessel be allowed to escape, the federal government would not have serious grounds of remonstrance" Maynard, *Union*. חוות הדעת מצוטטת במאמר Maynard, *Efforts to Prevent the Escape of the Alabama*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 52. חוות דעת זו של קולייר הייתה השנייה שלו, אחרי שב-16 ביולי חיווה דעתו כך: "I think the evidence almost conclusive that the vessel in question is being fitted out by the Messrs. Laird as a privateer for the use of the confederate government, in contravention of the provisions of the foreign enlistment act, 59 Geo. III, cap. 69. As the matter is represented to me to be urgent, I advise that the principal officer of the customs at Liverpool be immediately applied to, under 59 Geo. III, cap. 69, to exercise the powers conferred upon him by that section to seize the vessel, with a view to her condemnation, an indemnity being given to him if he requires it. It would be proper at the same time to lay a statement of the fact before the secretary of state for foreign affairs, coupled with a request that Her Majesty's government would direct the vessel to be seized, or ratify her seizure if it has been made" שם, בעמ' 49-50.

22 שם, בעמ' 53-54.

הרדינג (Sir John Harding), שהפעם נכלל בהתכתבות.²³ ב-26 ביולי כתב דדלי שוב למכס בבקשה שיקבלו החלטה, אך זו לא ניתנה. בינתיים גילו בלשיו של דדלי כי הספינה עומדת לעזוב באופן מיידי, ביום שני, 28 ביולי. על בסיס זה פנה שוב עורך דינו של דדלי אל נציבות המכס, בצינו כי יש להם יסוד להאמין שה-290 תעזוב ביום המחרת.

כצפוי, ביום 28 ביולי 1862 עזבה ה-290 את המזח ועגנה בליברפול. למחרת, בבוקר 29 ביולי, יצאה ה-290 לשיט ניסיון בנהר מְרזי (Mersey) בלא חימוש, עם צוות אזרחי ובפיקודו של קפטן מסחרי. כדי לקיים את ההצגה כולה, נתלו על הספינה דגלים רבים, ועל סיפונה עלו עובדי המספנה וכן כמה אורחים, גברים ונשים, שהורדו מאוחר יותר ליד מפרץ ליברפול.²⁴ היה זה שיט ניסיון למראית עין בלבד. ה-290 יצאה לדרכה ומעולם לא שבה לליברפול, אלא המשיכה ועגנה ליד מפרץ מולפרה (Moelfre), ליד החוף הצפוני של ויילס.

ביום יציאתה של ה-290 מליברפול, 29 ביולי, נחתם דוח קציני המשפט רק על ידי היועץ המשפטי לממשלה ויליאם אתרטרון (Sir William Atherton) ופרקליט המדינה ראונדל פלמר (Sir Roundell Palmer), ואילו פרקליט המלכה הרדינג, שאליו נשלחו המסמכים תחילה, לא חתם על הדוח. באותו בוקר קיבל רסל את הדוח המשפטי שמייצע לתפוס את הספינה 290, והורה לנציג המכס בליברפול לתופסה באופן מיידי. ההוראה הגיעה למשרד האוצר ביום 30 ביולי, ובשעות אחר הצהריים של 31 ביולי הועברה בטלגרף לנציבות המכס בליברפול ולנציבות המכס בקורק, שליד חופה הדרומי של אירלנד (שם סברו כי הספינה עשויה לעגון), אולם היה זה כבר מאוחר מדי.

בשעות הבוקר המוקדמות של 31 ביולי יצאה ה-290 מהמים הבריטיים לכיוון מפרץ פראייה (Praia) באי טרסיירה (Terceira) שבאיים האזוריים כשהיא אינה חמושה. היא הגיעה למקום המפגש ב-20 באוגוסט, ונפגשה שם עם שתי ספינות אחרות, גם הן מאנגליה, שסיפקו לה צוות, תותחים ותחמושת. חימושה הסתיים ב-23 באוגוסט. אחרי שחומשה, שטו הספינות אל מחוץ לשטח השיפוט של פורטוגל. קפטן סמס, קצין בצי הימי של הקונפדרציה, הכריז על עצמו כמפקד הספינה, ושינה את שמה ל"אלבמה". דגלי אנגליה הורדו, ובמקומם הונפו דגלי הקונפדרציה. לאחר מכן נאם סמס נאום קצר שבו שחרר את אנשי הספינה מהסעיפים שעליהם חתמו בליברפול, ודחק בהם להתגייס לצי הקונפדרציה. כשמונים אנשים חתמו. אלה שלא הסכימו להתגייס עלו יחד עם בולוך ובוטצ'ר אל סיפון הבהאמה והפליגו בחזרה לליברפול, ואילו האלבמה יצאה אל מסע ההרס הלוחמתי המפורסם שלה.²⁵

23 סר ג'ון ד' הרדינג מונה לתפקיד עורך הדין של המלכה עוד בשנת 1854, על ידי לורד רברי, ראש הממשלה דאז. למרות החלפת ממשלות הושאר הרדינג בתפקידו, שהעניק לו עדיפות וקדימות על היועץ המשפטי לממשלה ועל פרקליט המדינה בכל הנוגע בקבלת מסמכים ומתן חוות דעת.

24 Maynard, *Plotting the Escape of the Alabama*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 206.

25 שם, בעמ' 208–209.

במשך שנתיים של פעילות באוקיינוס האטלנטי גרמה האלבמה לספינות הצפון נזקים כבדים, עד ששקעה למצולות ליד חופי צרפת ביום 19 ביוני 1864 אחרי קרב עם ה-USS Kearsarge ("קרב שרבורג").²⁶ יאכטה בריטית פרטית שצפתה בקרב בין הספינות העלתה אל סיפונה ניצולים, ביניהם קפטן סמס, והעבירה אותם לאנגליה, וכך למעשה מנעה את תפיסתם כשבויי מלחמה. יש הסבורים כי הצלת מפקד המשתייך לקונפדרציה העצימה את זעמן של מדינות הצפון והחריפה את המחלוקת בעניין האלבמה.²⁷

בסיום מלחמת האזרחים דרשה ארצות הברית פיצויי נזק מבריטניה בעבור ההפסדים שגרמה האלבמה וספינות כמוה שנבנו באנגליה. במשך שנים אחדות התקיים משא ומתן, אך הצדדים לא הצליחו להגיע לפשרה. הצעה לבוררות סורבה על ידי ממשלת בריטניה, בטענה שבדיקת נאותות של הממשלה ופרשנות הדין הפנימי של המדינה קשורות לכבודה של הממשלה ולענייני פנים שאינם יכולים להידון בבוררות. רק בשנת 1866, עם עליית השמרנים לשלטון, הסכימה בריטניה לענות על שאלות בנוגע לאלבמה. אחרי שנים נוספות של משא ומתן הציעה הממשלה הבריטית לשלוח משלחת מטעמה לווינגטון, שם ינהלו משא ומתן ויגיעו להסכם בנושא. ההצעה התקבלה. בעקבות הדיונים, ביום 8 במאי 1871, חתמו הצדדים על אמנת ווינגטון במטרה ליישב את הסכסוך על ידי בוררות שתנוהל על ידי חמישה בוררים מחמש מדינות: בריטניה, ארצות הברית, ברזיל, איטליה ושווייץ – כל בורר לפי בחירת מדינתו. ג'ון בַּסֶט מור (John Bassett Moore) מתאר את אמנת ווינגטון כאמנת הבוררות הטובה ביותר שראה העולם.²⁸

אכן, האמנה שהקימה את טריבונל הבוררות פיתחה את דיני הניטרליות בקובעה, בסעיף 6, את שלושת כללי הניטרליות הבאים:

"In deciding the matters submitted to the Arbitrators, they shall be governed by the following three rules, which are agreed upon by the High Contracting Parties as rules to be taken as applicable to the case, and by such principles of international law not inconsistent therewith as the Arbitrators shall determine to have been applicable to the case.

'Rules: A Neutral government is bound

'First, to use due diligence to prevent the fitting out, arming or equipping, within its jurisdiction, of any vessel which it has reasonable ground to believe

26 ב-30 באוקטובר 1984 איתרו צוללנים צרפתיים את הריסות האלבמה מחוץ לחוף נורמנדי. J. Ashley Roach, *France Concedes United States has Title to CSS Alabama*, 85 AM. J. INT'L L. 381 (1991).

27 MacChesney, לעיל ה"ש 1, בעמ' 572.

28 JOHN BASSETT MOORE, AMERICAN DIPLOMACY: ITS SPIRIT AND ACHIEVEMENTS 210 (1905).

is intended to cruise or to carry on war against a Power with which it is at peace; and also to use like diligence to prevent the departure from its jurisdiction of any vessel intended to cruise or carry on war as above, such vessel having been specially adapted, in whole or in part, within its jurisdiction, to warlike use.

'Secondly, not to permit or suffer either belligerent to make use of its ports or waters as the base of naval operations against the other, or for the purpose of the renewal or augmentation of military supplies or arms, or the recruitment of men.

'Thirdly, to exercise due diligence in its own ports and waters, and, as to all persons within its jurisdiction, to prevent any violation of the foregoing obligations and duties."²⁹

כללים אלה מוכרים מאז כ"שלושת כללי וושינגטון".³⁰
הבוררים נפגשו בז'נבה בשנת 1871 וקיימו שלושים ושתיים ישיבות. בהחלטה מיום 14 בספטמבר 1872 קבע טריבונל הבוררות כי חובות של ניטרליות כוללות:

"...construction, equipment and armament of a vessel, as well as free admission of vessels in ports of colonies, viewed as a violation of neutrality – admission of a war vessel in the port resulting in an augmentation of the force on board viewed as a breach of the duties of neutrality – insufficient legal means cannot justify failure of due diligence."³¹

ביחס לספינה אלבמה פסקו כל הבוררים פה אחד כי בריטניה הפרה את חובות הניטרליות. ביחס לספינות האחרות שבהן דנו היו הבוררים חלוקים. בסיכומו של דבר קבע הטריבונל כי בריטניה הפרה את מחויבויותיה, ופסק פיצוי כספי עצום:

"The tribunal, making use of the authority conferred upon it by Article VII of the said treaty by a majority of four voices to one, awards to the United States a sum of \$15,500,000 in gold, as the indemnity to be paid by Great Britain to the United States, for the satisfaction of all the claims referred to the

29 ראו אצל HANS KELSEN, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW 82–83 n. 46 (2003).

30 2 LASSA OPPENHEIM, INTERNATIONAL LAW. A TREATISE: WAR AND NEUTRALITY 407 (2nd ed. 1912).

31 הכרעת בוררות האלבמה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 127.

consideration of the tribunal, conformably to the provisions contained in Article VII of the aforesaid treaty."³²

מקרה האלבמה הוא אחד מפסקי הבוררות הידועים ביותר במשפט הבין-לאומי. תרומתה של בוררות האלבמה להתפתחות המשפט הבין-לאומי מתבטאת לא רק בפיתוח העקרונות בדבר ניטרליות של מדינה, אלא בעיקר בפיתוח מנגנון הבוררות ליישוב סכסוכים בדרכי שלום. פסק בוררות זה היווה נקודת מפנה בתולדות הבוררות הבין-לאומית, שכן הוא ייסד את השיטה של בוררות על ידי צד שלישי המורכב לרוב ממשפטים שמומחים במשפט בין-לאומי.³³

בוררות האלבמה נחשבת הצלחה מסחררת שהובילה לסדרה של יישובי סכסוכים בדרכי שלום, ביניהם הבוררות בשנת 1893 בסכסוך סביב ציד כלבי הים לפרוות בים ברינג והבוררות בשנת 1897 בסכסוך הגבולות בין גיאנה הבריטית לבין ונצואלה. הצלחתה של בוררות האלבמה היוותה גם השראה למדינות שנטלו חלק בוועידת השלום בהאג בשנת 1899, שהתכנסה במטרה למצוא דרכים להפחתת סכסוכים מזוינים באירופה, ובפרט לאמנה ליישוב סכסוכים שאומצה באותה ועידה, ואשר בה מילאה בוררות, יחד עם גישור, תפקיד משמעותי.³⁴ בשלושת העשורים שאחרי החלטת האלבמה הוגשו כמעט מאה תיקים לבוררות בין-לאומית.³⁵

התרומה המשמעותית ביותר של בוררות האלבמה הייתה אפוא ביצירת מנגנון ליישוב סכסוכים בדרכי שלום. אכן, רבים מאמינים כי תביעת האלבמה והציות הבריטי לפסק הבוררות מנעו מלחמה בין שתי המדינות. כך אף הכריז ראש ממשלת בריטניה בעבר ויליאם גלדסטון (William E. Gladstone) לפני בית הנבחרים הבריטי, ביום 15 ביוני 1880, בהתייחסו לפיצויים האדירים שממשלתו נדרשה לשלם:

"I regard the fine imposed on this country as dust in the balance compared with the moral value of the example set when two great nations... went in

32 שם, בעמ' 133–134.

33 BOLESŁAW A. BOCZEK, INTERNATIONAL LAW: A DICTIONARY 18 (2005). על אף חשיבותו של פסק הבוררות בעניין האלבמה לפיתוח יישוב סכסוכים בדרכי שלום, לאוטרפכט מציין כי טריבונלים מאוחרים של בוררות בין-לאומית לא אימצו, ככלל, את עמדת הטריבונל באלבמה שלפיה הפסדים שאינם ישירים אינם מהווים בסיס להענקת פיצוי. ראו, HERSCH LAUTERPACHT, THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW BY THE INTERNATIONAL COURT 17 (1982).

34 JOHN COLLIER & VAUGHAN LOWE, THE SETTLEMENT OF DISPUTES IN INTERNATIONAL LAW: INSTITUTIONS AND PROCEDURES 32–33 (1999).

35 Frederic L. Kirgis, *The Formative Years of the American Society of International Law*, 90 Am. J. INT'L L. 559, 561 (1996).

peace and concord before a judicial tribunal rather than resort to the arbitrament of the sword."³⁶

במחקרו על תולדות הבוררות הבין-לאומית כינה הנרי פרייזר (Henry S. Fraser) את בוררות האלבמה "...one of the most important of all history, forming a landmark in the evolution of international peace"³⁷

לבסוף, תרומה נוספת של האלבמה להתפתחות המשפט הבין-לאומי נוגעת ביחס שבין המשפט הבין-לאומי למשפט המדינתי. התפיסה הבסיסית הרווחת כיום בנוגע לאחריות מדינה היא שמדינה חבה באחריות בין-לאומית לפעולה אסורה שלה במישור הבין-לאומי גם אם פעולה זו נחשבת חוקית בדיני המדינה הפנימיים.³⁸ מקורה של תפיסה זו בבוררות האלבמה, שבה טענתה של בריטניה כי לא הייתה חקיקה פנימית שאפשרה לה למנוע את ציודן של ספינות מסחר בנמלים בריטיים או לאסור את יציאתן מהנמל כדי להצטרף לקונפדרציה לא התקבלה כטענת הגנה.³⁹ אי-קיומו של דין פנימי המאפשר את עצירת הספינות היה חסר משמעות, שכן הדין הבין-לאומי חייב את בריטניה לעשות כן. בצדק אפוא מתאר ג'יימס קרופורד (James Crawford) את האלבמה כפסק בוררות שתורם תרומה משמעותית להתפתחות המשפט הבין-לאומי.⁴⁰

36 הכרזה זו צוטטה במאמר George A. Finch, *The American Society of International Law 1906–1956*, 50 AM. J. INT'L L. 293, 293 (1956).

37 Henry S. Fraser, *A Sketch of the History of International Arbitration*, 11 CORNELL L.Q. 179, 200 (1926).

38 Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 27, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331; Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, Int'l L. Comm'n, Rep. on the Work of Its Fifty-Third Session, U.N. Doc. A/56/10, art. 3 (Nov. 2001); *Draft Declaration on Rights and Duties of States with commentaries 1949*, Y.B. Int'l L. Comm'n 286, art. 13, U.N. Doc. A/RES/375(IV).

39 JAMES CRAWFORD, *STATE RESPONSIBILITY: THE GENERAL PART* 101 (2013). ראו גם Edwin Borchard, *The Relation Between International Law and Municipal Law*, 27 VA. L. REV. 137, 143 (1940).

40 JAMES CRAWFORD, *BROWNIE'S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 37 (9th ed. 2019). לורד בינגהם סיכם יפה את חשיבותה של בוררות האלבמה: "The Alabama arbitration is, however, significant as one of the very few instances in history when the world's leading nation, in the plenitude of its power, has agreed to submit an issue of great national moment to the decision of a body in which it could be, as it was, heavily outvoted... [W]hen in 1872 Gustave Moynier made the first proposal to establish a permanent international criminal court to rule on breaches of the 1864 Convention on the treatment of wounded combatants, he based his model on the Geneva tribunal. It was experience of this tribunal which inspired the Tsar and President Theodore Roosevelt to seek, in the Hague Conferences of 1899 and 1907, to explore means of making international arbitration more effective. On these foundations the Permanent Court of Arbitration, the Permanent Court of

כעת, אחרי שעמדתי על נסיבותיה של תקרית האלבמה ועל חשיבותה של הבוררות שנערכה בעקבותיה להתפתחותו של המשפט הבין-לאומי, ברצוני להציג סיפור מוזר שעמד בבסיס התקרית ואשר היה, ככל הנראה, מרכיב משמעותי בדרך שבה היא התפתחה.

השאלה המרכזית היא כמובן איך הצליחה האלבמה לעזוב את הנמל הבריטי, ומדוע לא התערבה הממשלה הבריטית ומנעה את יציאת האונייה. מהשתלשלות העניינים נראה שהממשלה המתונה לחוות דעת משפטית של קציני המשפט. העיכוב במענה ובדרישה לעצור את הספינה היווה נקודה מרכזית בפרשה, שצוינה גם בפסק הבוררות עצמו:

"And whereas, with respect to the vessel called the Alabama, it clearly results from all the facts relative to the construction of the ship at first designated by the number '290' in the port of Liverpool, and its equipment and armament in the vicinity of Terceira through the agency of the vessels called the 'Agrippina' and the 'Bahama,' dispatched from Great Britain to that end, that the British government failed to use due diligence in the performance of its neutral obligations; and especially that it omitted, notwithstanding the warnings and official representations made by the diplomatic agents of the United States during the construction of the said number '290,' to take in due time any effective measures of prevention, and that those orders which it did give at last, for the detention of the vessel, were issued so late that their execution was not practicable;

And whereas, after the escape of that vessel, the measures taken for its pursuit and arrest were so imperfect as to lead to no result, and therefore cannot be considered sufficient to release Great Britain from the responsibility already incurred..."⁴¹

השאלה המרכזית היא אפוא מה קרה בשנת 1862 בין 23 ביולי – המועד שבו נשלחו המסמכים על ידי משרד החוץ – לבין 29 ביולי, שהוא היום שבו קיבל לורד רסל את חוות הדעת המשפטית שיעצה לתפוס את הספינה 290 באופן מיידי.

חוקר תולדות המשפט הבין-לאומי מונטגיו ברנרד (Mountague Bernard) כותב כי העיכוב בהוראה לתפוס את האלבמה נבע, בראש ובראשונה, מחוסר ודאות באשר לדין החל, ושנית, מספקות ביחס לשאלה אם הראיות מספיקות.⁴² אך גם ברנרד מזכיר ריאיון עם רסל שמציין כי העיכוב בהחלטה נגרם עקב מחלתו הבלתי-צפויה של פרקליט

"International Justice, and the International Court of Justice were in due course to be built"

ראו Tom Bingham, *The Alabama Claims Arbitration*, 54 INT'L & COMP. L.Q. 1, 24 (2005).

41 הכרעת בורות האלבמה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 130.

42 BERNARD, לעיל ה"ש 8, בעמ' 387.

המלכה סר ג'ון הרדינג, אשר לא אפשרה לו לעבוד. ברנרד מציין כי היה ידוע שהרדינג – שאליו היה המקרה אמור להגיע תחילה בהתאם לפרקטיקה שהייתה נהוגה באותה עת – לקה באותה עת בהתקף של מחלת נפש, שממנה מעולם לא הבריא לחלוטין, מה שגרם לעיכוב.⁴³

אכן, בכתיבה על הגורמים והסיבות לעיכוב הרוח נדמה שהנסתר גובר על הגלוי, והאמת נשארת בצללים. אחד ההסברים המפורטים ביותר שניתנו הוא זה של סר ראונדל פלמר, שהיה פרקליט המדינה בזמן תקרית האלבמה והיועץ המשפטי לממשלה הבריטית בזמן הבוררות בז'נבה (ואשר בשנת 1872 מונה ללורד צ'נסלור). בכתיבי זכרונותיו⁴⁴ הוא מספר כי ראה לראשונה את מסמכי האלבמה ביום שני 28 ביולי 1862, בפגישה עם אתרטון, היועץ המשפטי לממשלה. באותה ישיבה, אחרי שבחנו את המסמכים, הם הסכימו מייד עם עמדתו של קולייר והמליצו לתפוס את הספינה באופן מיידי. הרוח שלהם הגיע לרסל בבוקר למחרת. המועד שבו הגיעו המסמכים לידיה של אתרטון אינו ידוע, אולם פלמר ציין בזכרונותיו כי הוא משוכנע שאילו הגיעו המסמכים לידיה של אתרטון קודם לכן, הוא היה בוודאי מטפל בהם ללא דיחוי. ייתכן, סבר פלמר, שהמסמכים הגיעו ללשכת היועץ המשפטי לממשלה בשבת 26 ביולי אחר הצהריים לאחר סיום שעות העבודה, מה שמסביר את העיכוב עד ליום שני 28 בחודש. אך סברה זו אינה מניחה את הדעת באשר לעיכוב שחל מ-23 ביולי ועד 26 באותו חודש.⁴⁵ וכאן מגיע סיפורו של סר ג'ון הרדינג, אשר פלמר מתארו בלשון שאינה כה חיובית: "He was a clever but flighty and intractable man, who had never been in Parliament..."⁴⁶

ב-31 ביולי 1862 אמר רסל לשגריר אדמס כי עיכוב מסוים נגרם כתוצאה ממצבו הבריאותי של הרדינג. אולם רק בקיץ 1869, כאשר עלתה פרשת האלבמה לכותרות בעקבות המשא ומתן ליישוב הסכסוך, החלו להתעניין בנסיבות העיכוב. אתרטון, הרדינג והאישים הקרובים אליהם, שיכלו להאיר את נסיבות האירוע, כבר לא היו בין החיים, ואילו זכרונות של רסל כבר לא היה טוב. הוא פנה למזכירו מאותה תקופה כדי שיזכירו לו את המאורעות. אחד מהם, מר המונד (Hammond), כתב בתגובה:

"The Foreign Office could not divine that poor Harding was mad, even if they had known that he was ill, which they hardly could do... the papers may be presumed to have gone first to Harding's chambers; whose clerk ought to have sent them on at once to the Attorney-General, when he learnt that his own master was incapacitated from business."⁴⁷

43 שם, בעמ' 389, ה"ש 1.

44 PALMER, לעיל ה"ש 13.

45 שם, בעמ' 426.

46 שם, בעמ' 377.

47 שם, בעמ' 427.

עוזר אחר, מר ליארד (Layard), סיפר לפלמר שנים מאוחר יותר (1888) כי הוא זוכר שהמסמכים הושארו בלשכתו או בביתו של ג'ון הרדינג. עיכוב זה הוביל לפנייה בדבר המסמכים, שבזכותה נמצאו המסמכים ונשלחו לאתרטון.⁴⁸ פלמר מתאר בספרו זיכרון שכתב הסופר תומס מוזלי (Thomas Mozley), בן כיתתו של הרדינג, בספרו REMINISCENCES משנת 1882, שלפיו מוזלי פגש את הרדינג ברחובות לונדון וסיפר לו כי "הממשלה מתלוננת שהוא [הרדינג] אינו מעביר להם חוות דעת" בנוגע לספינה האמורה, והרדינג השיב לו כי "הממשלה לא שלחה אליי את המקרה", וכי דווקא הוא זה שהמתין למסמכים במשרדו בשבת עד שעה מאוחרת, ורק ביום שני, כאשר שב למשרדו מביתו שבכפר, ראה את חבילת המסמכים שהמתינה לו, ככל הנראה משבת בערב, אפילו בלי מכתב נלווה.⁴⁹ על כך העיר מוזלי בציניות: "איזה מנהל בריטי טיפוסי!" פלמר דוחה את הסיפור הזה, מכנה אותו "manufactured history", וכותב כי מדובר ב"יציר דמיונו של מוזלי" או שמוזלי פשוט "האמין לדבריו של אדם שאינו בריא בנפשו".⁵⁰

פלמר מספר שחוות הדעת האחרונה שנחתמה על ידי הרדינג הייתה כחודש לפני כן, ב-30 ביוני – אותו יום שבו פלמר עצמו ואתרטון חיוו את דעתם על המקרה; ושהרדינג היה מצטרף לעמדתם או נותן חוות דעת אחרת אילו הופנתה הבקשה גם אליו.⁵¹ מאז, מתאר פלמר, נעדר למעשה הרדינג מלשכתו במהלך מרבית חודש יולי, אם לא כולו, ולא הופיע באירועים פרטיים או ציבוריים. הוא לא היה יכול להיות בלשכתו או בבית משפט בשבת 26 ביולי או ביום שני 28 ביולי שכן באותם ימים, לדברי פלמר, ואף במשך כמה ימים קודם לכן, הוא טופל כחולה נפש ללא צפי להחלמה ("under care as a lunatic, without prospect of recovery"). אילו היה שפוי ומצא ביום 28 בחודש ערימת מכתבים בלשכתו כפי שמוזלי מתאר, הייתה ההיוועצות עם קציני המשפט בעניינם נערכת בזמן

48 שם.

49 ראו 2 THOMAS MOZLEY, REMINISCENCES CHIEFLY OF ORIEL COLLEGE AND THE OXFORD MOVEMENT 140–141 (H. O. Houghton & Co., 1882): "I met him again very shortly after the Alabama had got away. He told me that he had been expecting a communication from Government anxiously the whole week before; that the expectation had unsettled and unnerved him for other business; and that he had stayed in his chambers rather later than usual on Saturday for the chance of hearing at last from them. He had then gone to his house in the country. Returning on Monday, when he was engaged to appear in court, he found a large bundle of documents in a big envelope, without even an accompanying note, that had been dropped into his letter-box on Saturday evening. To all appearance, every letter, and every remonstrance, and every affidavit, as fast as it had arrived from Liverpool, had been piled in a pigeon-hole till four or five o'clock on Saturday, when the Minister, on taking his own departure for the country, had directed a clerk to tie up the whole heap and carry it to Doctors' Commons".

50 PALMER, לעיל ה"ש 13, בעמ' 427–430.

51 קודם לכן, בתחילת תיאור הפרשה, הזכרתי שהרדינג נשפט מפנייה זו. ראו לעיל אחרי ה"ש 19.

ובמקום שהרדינג היה קובע, וחתירתו הייתה מתנוססת ראשונה על הדוח. לא ייתכן, מסכם פלמר, שמוזלי פגש ושוחח עם הרדינג, כאדם שפוי, אחרי בריחת האלבמה.⁵² פלמר מציין כי בריאותו של הרדינג קרסה בקיץ 1862, והוא הוחלף ב־14 באוגוסט אותה שנה על ידי סר רוברט פילימור (Robert Phillimore).⁵³ לדעת פלמר, גם טענת מוזלי ששרי המלכה דווקא קפצו משמחה כאשר שמעו על בריחתה של האלבמה, וכי הם שגרמו לשגעונו של הרדינג המסכן, ולא הוא שעייב אותם, מופרכת מיסודה. מעולם, מספר פלמר, לא שמעתי מאיש משרי המלכה באותה עת דבר פרט לצער שההוראות בדבר עצירת האלבמה נשלחו כה מאוחר.⁵⁴

בספרו משנת 1898 על תולדות הבוררות הבין-לאומית⁵⁵ הציג ג'ון מור שני תיאורים אחרים לתקריט. לפי הראשון, בדיון שנערך בבית הנבחרים בשנת 1893 טען סר הנרי ג'יימס כי בשעה הגורלית היה הרדינג "reposing on the banks of the River Wye", ושלח את חוות דעתו ללונדון בעטיפת נייר חומה. סוכן של הקונפדרציה עקב אחר חבילה זו ולמד את תוכנה לפני הגעתה ללונדון, וכך הצליחה האלבמה לברוח בעוד מועד.⁵⁶ אכן, נראה כי יש ביסוס לעמדה שלסוכני הפדרציה היה מידע בדבר האפשרות שהספינה 290 עומדת להיתפס, ושהדבר זירז את יציאתה.⁵⁷ שנים לאחר תום המלחמה סברו רבים שיציאת הספינה הוקדמה בעקבות התצהירים. בולוך עצמו הכחיש טענות שפקידים בריטים יידעו אותו בדבר ההשתלטות הצפויה, אך הוסיף כי ידע באופן ודאי למדי על ההידברות בין ארצות הברית לבריטניה לגבי הספינה.⁵⁸

התיאור השני בספרו של מור מעורר שאלות רבות אף יותר. לפי תיאור זה, מגזין הטיימס פרסם מכתב (מיום 29 במרץ 1893) שבו סיפר ד"ר הנרי מרשל סיפור ששמע מפי חברו סר פיטסרוי קלי המנוח (Fitzroy Kelly), שהיה פרקליט המדינה בשנים 1845 ו־1852. מרשל כתב כי פיטסרוי סיפר לו כיצד גב' הרדינג "had shown herself a better wife than subject". ג'ון הרדינג ואשתו שהו בביתם שברוקפילדס (Rockfields) על גדות נהר הוויי, ליד מונמאות (Monmouth), כאשר הרדינג החל להראות סימנים של אובדן שפיות. אשתו החליטה להסתיר את מצבו ולשמור את דבר מחלתו בסוד, מתוך תקווה שיחלים. המסמכים בנוגע לאלבמה, מציין מרשל, נשלחו לבית הכפר במונמאות. גב' הרדינג פתחה את המסמכים אך התעכבה במתן מענה במשך שלושה או ארבעה ימים, עד שהגיעה תקשורת שנייה ודחופה יותר, שאילצה אותה לחשוף שבעלה אינו במצב נפשי המאפשר לו להגיב.⁵⁹

52 PALMER, לעיל ה"ש 13, בעמ' 428–429.

53 שם, בעמ' 378.

54 שם, בעמ' 430.

55 JOHN BASSET MOORE, HISTORY AND DIGEST OF THE INTERNATIONAL ARBITRATION TO WHICH THE UNITED STATES HAS BEEN A PARTY (1898).

56 שם, בעמ' 678.

57 MacChesney, לעיל ה"ש 1, בעמ' 576.

58 BULLOCH, לעיל ה"ש 11, בעמ' 264.

59 MOORE, לעיל ה"ש 55, בעמ' 680–681.

פלמר מפקפק גם בדיוקו של סיפור זה, אף שהוא אינו מטיל ספק שפיטסרוי אכן סיפר למרשל את הסיפור, שכן לא נמצא שום מכתב מגב' הרדינג במשרד החוץ. מהתכתבויות של פלמר עם לורד רסל, סר ליארד ולורד המונד נלמד כי לא התקבל מכתב כאמור, וכי המסמכים הושגו מביתו הפרטי של הרדינג בלונדון. כפי שפלמר מסכם:

"I can not, of course, take upon myself to say that Sir John Harding may not have been in Monmouthshire during some part of the month of July 1862, over the whole of which his illness may in a greater or less degree have extended... But I have always, since the time in question, understood that he was actually under care for an acute mental disorder at the time when the papers were sent for the law officers' opinion on the 23d and 26th of July 1862, and I have always believed, and still believe, that he was then in London."⁶⁰

בין שהעיכוב נגרם כי הרדינג שהה בביתו שבכפר ובין שהוא נגרם בעודו שוהה בביתו שבלונדון, ברור למדי שעקב נסיבה אישית מצערת הצליחה האלבמה לברוח, ובריחה זו שינתה את ההיסטוריה, שכן נסיבות אישיות אלה לא שחררו את בריטניה מחבותה. כפי שמור מציין:

"The curious incident thus discussed is interesting as showing that the escape of the *Alabama* was, so far as the foreign office was concerned, in a certain sense the result of an accident, but it does not affect the question of the British Government's liability for the acts of the *Alabama*."⁶¹

ההשלכות הבין-לאומיות של פרשת האלבמה היו דרמטיות – בנזקים, בנפש, וגם בהתפתחות המשפט הבין-לאומי.⁶² כזכור, חלק מרכזי באחריותה של בריטניה נבע מכך שהיא הייתה יכולה למנוע את יציאת האלבמה אך התעכבה בפעולותיה. קשה אומנם לקבוע שעיקוב המסמכים אצל הרדינג היה מכריע, אך הוא בוודאי היה מרכיב חשוב בעיכוב. מבלי להיכנס לדיונים בדבר היסטוריה חלופית, ניתן לשער שאילו היה הרדינג אדם בריא ולשכתו הייתה מתנהלת כהלכה, המסמכים לעצירת האלבמה היו מגיעים בזמן, וזו הייתה נכשלת בבריחתה. האלבמה, עם הנזקים האדירים שגרמה והתחושות שהיא עוררה במדינות הצפון, הייתה מקרה הבוררות החמור ביותר. אלמלא האלבמה, אמנת ושינגטון מ-1871 והבוררות בז'נבה לא היו מתקיימים כלל, וייתכן שכל המשפט

60 מצוטט שם, בעמ' 681.

61 שם, בעמ' 681–682.

62 היו גם השלכות פנימיות. כך, למשל, הרדינג היה עורך הדין האחרון שנהנה מעדיפות על היועץ המשפטי לממשלה ועל פרקליט המדינה. בשנת 1872 בוטל התפקיד של פרקליט המלכה, ומשרד החוץ קיבל ייעוץ משפטי משלו. ראו MacChesney, לעיל ה"ש 1, בעמ' 580.

הבין-לאומי היה נראה אז אחרת. במחקרו על האלבמה וג'ון הרדינג, כותב ברונסון מקצ'סני (Brunson MacChesney):

"Whatever the truth may have been about the delay caused by Harding's illness, it cannot be denied that this seemingly trivial incident had significant historical consequences."⁶³

אכן, סיפורה של ספינת המלחמה אלבמה מלמדנו כי אירועים גדולים שעיצבו את ההיסטוריה מתפתחים בדרכים מסתוריות. הנסיבות המקריות של סר ג'ון הרדינג ומצבו הבריאותי קנו לו – ויש שיאמרו לאשתו – פיסת היסטוריה קטנה המוקדשת להם.⁶⁴

פרק ב: פרשת הקרולין ואלכסנדר מקלאוד

פרשת הקרולין היא אולי התקרית המפורסמת ביותר במשפט הבין-לאומי, והררי ספרות אקדמית נכתבו על אודותיה.⁶⁵ לפיכך אסתפק כאן בתיאור קצר יחסית של השתלשלות העניינים.⁶⁶

בשנת 1837 פרץ בקנדה מרד נגד השלטון הבריטי. מורדים קנדים רבים מצאו מקלט בארצות הברית, בעיקר ליד הגבול הקנדי. מנהיגי המורדים, מקנזי (Mackenzie) ורולף (Rolfe), הופיעו באספות ציבוריות בבפלו (Buffalo) וקראו לארגון כוחות שיסייעו להם

63 שם.

64 שם, בעמ' 583–585.

65 ראו ALBERT B. COREY, THE CRISIS OF 1830–1842 IN CANADIAN–AMERICAN RELATIONS (1941); Howard Jones, *The Caroline Affair*, 38 THE HISTORIAN 485 (1976); KENNETH R. STEVENS, BORDER DIPLOMACY: THE CAROLINE AND MCLEOD AFFAIRS IN ANGLO-AMERICAN-CANADIAN RELATIONS, 1837–1842 (1989); Christopher Greenwood, *The Caroline*, MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUB. INT'L L. (2009), opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e261?prd=EPIL.

66 כפי שציין בונהם: "To go into all the ramifications of the McLeod saga would require a good-sized volume" Milledge L. Bonham, Jr., *Alexander McLeod: Bone of Contention*, 18 N.Y. HIST. 189, 189 (1937) R.Y. לתיאור קצר ומהימן של הפרשה ראו Jennings, *The Caroline and McLeod Cases*, 32 AM. J. INT'L L. 82 (1938) לתיאור מפורט ראו ANDREW DREW, A NARRATIVE OF THE CAPTURE AND DESTRUCTION OF THE STEAMER 'CAROLINE' AND HER DESCENT OVER THE FALLS OF NIAGARA ON THE NIGHT OF THE 29TH OF DECEMBER, 1837: WITH A CORRESPONDENCE (London, Spottiswoode & Co. 1864). כן ראו את הספר המקיף שראה אור לאחרונה ומוקדש לפרשה: CRAIG FORCESE, DESTROYING THE CAROLINE: THE FRONTIER RAID THAT RESHAPED THE RIGHT TO WAR (2018).

בנסיונות המרד, ואכן כמה מאות מתנדבים הצטרפו לכוח המלחמתי, שגדל לכאלף לוחמים. ב-13 בדצמבר 1837 השתלטה קבוצת מורדים זו, בפיקודו של האמריקני ון רוסליר (Van Rausselear), על האי נייבי (Navy Island) בנהר הניאגרה, שהיה בשליטת בריטניה, ומאותו יום ועד 29 בחודש החזיקה באי וביצעה התקפות חוזרות ונשנות בחופי קנדה ועל אוניות בריטיות שחלפו ליד האי. בכל אותו זמן תוגברה הקבוצה בציד ובלוחמים ממדינת ניו יורק (ובמיוחד מפורט שלוסר – Fort Schlosser). ב-29 בדצמבר בוצעו שתי תקיפות של ירי חימוש כבד מהחוף האמריקני, סמוך לפורט שלוסר, על סירה בריטית. באותו יום שטה הקרוליינ (שהייתה בבעלות אמריקנית) פעמיים במורד הנהר מבפלו לאי נייבי כדי לפרוק שם אנשים, נשק וציוד. בנסיבות אלה סבר קולונל מקנב (McNab), שפיקד על הכוחות הבריטיים באזור מן העיירה צ'יפווה (Chippewa), כי השמדת הקרוליינ תשרת מטרה כפולה: מניעת תגבורות, חימוש והצטיידות עתידיים מן הכוחות שבאי, ושליטת יכולת הגישה של הכוחות המורדים אל חופי קנדה. וכך, בליל 29 בדצמבר, בעודה עוגנת בפורט שלוסר, עלו על סיפונה של הקרוליינ כ-70 או 80 חיילים בריטים חמושים ברובי מוסקט ובחרבות קטלס, בפיקודו של קפטן דרו (Captain Drew). המורדים, שחששו לחייהם, נטשו את הספינה בלי התנגדות. מייד אחרי שהשתלטו על הספינה הציתו אותה הכוחות הבריטיים, שחררו אותה מן המעגן, גררו אותה במורד הנהר ונתנו לה להיסחף אל מעבר למפלי הניאגרה.⁶⁷ לאחר מכן התגלה כי עשרים מבין שלושים ושלושה האנשים ששהו באותו זמן על הקרוליינ נעדרים, והסברה הייתה כי הם היו עדיין על הספינה כאשר זו טבעה במצולות המפלים. אולם מאוחר יותר התברר כי רוב הנעדרים נמצאו או לא היו כלל על הסיפון, וכי שני אנשים בלבד איבדו את חייהם בתקרית: איימוס דרפי (Amos Durfee) ונער סיפון שפונה "בילי הקטן", אשר נורה בזמן שניסה להימלט מהאונייה.⁶⁸

התקרית עוררה חליפת מכתבים בין האמריקנים לבריטים. מזכיר המדינה האמריקני ג'ון פורסיית (John Forsyth) דרש פיצוי, אולם השר הבריטי בווינגטון הנרי פוקס (Henry S. Fox) טען במכתב תגובה מיום 6 בפברואר 1838 כי מדובר בפעולה של הגנה עצמית:

"The piratical character of the steam boat 'Caroline' and the necessity of self-defence and self-preservation, under which Her Majesty's subjects acted in destroying that vessel, would seem to be sufficiently established. At the time

67 ווט טוען, בעקבות דיווחים של אנשים ששרדו לאחר תקיפת הקרוליינ, כי האונייה טבעה ככל הנראה שניים או שלושה קילומטרים לפני המפלים: Alastair Watt, *The Case of Alexander McLeod*, 12, CAN. HIST. REV. 145, 146 (1931). עם זאת, רוב הכותבים לא נתנו למידע זה להרוס את הנרטיב הדרמטי של שקיעת האונייה במפלי הניאגרה.

68 כך לפי גרסתו של Jennings, לעיל ה"ש 66. ווט, לעומת זאת, טוען כי רק לגבי אדם אחד – איימוס דרפי – הוכח שהוא נהרג בתקרית (ומוסיף שם בעקיצה ש" The date of the destruction of the Caroline and the resulting number of fatalities vary with almost every writer who treats the subject". ראו Watt, שם, בעמ' 146.

when the event happened, the ordinary laws of the United States were not enforced within the frontier district of the State of New York. The authority of the law was overborne, publicly, by piratical violence. Through such violence, Her Majesty's subjects in Upper Canada had already severely suffered; and they were threatened with still further injury and outrage. This extraordinary state of things appears, naturally and necessarily, to have impelled them to consult their own security, by pursuing and destroying the vessel of their piratical enemy, wheresoever they might find her."⁶⁹

האירוע נשכח מעט עד התפתחות מוזרה למדי שהחזירה את תקרית הקרולין לכותרות. ב-12 בנובמבר 1840 נעצר בניו יורק סגן שריף קנדי בשם אלכסנדר מקלאוד באשמת רצח, אחרי שהתפאר במסבאה בלוויסטון (Lewiston) כי שלוש שנים קודם לכן "שתתה חרבו את דמם של שני אנשים על סיפונה של הקרולין".⁷⁰ רידל (Riddell) מתאר זאת כך:

"McLeod seems to have been under the influence of liquor when he made his boasts – in those days of cheap and strong whiskey, drunkenness was the curse of Upper Canada; everything was an excuse for drink."⁷¹

או כפי שהתפארות מתוארת אצל רנדל, "his confession having been made in a mere spirit of boastfulness and drunken bravado"⁷². מכל מקום, מקלאוד נעצר באשמת רצח.

69 מצוטט אצל Jennings, לעיל ה"ש 66, בעמ' 85.

70 Brian Bixby, *Panic of 1837*, in *ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN RECESSIONS AND DEPRESSIONS* vol. 1, 133, 156 (Daniel J. Leab ed., 2014).

71 William Renwick Riddell, *An International Murder Trial*, 10 J. AM. INST. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 176, 183 n. 21 (1919).

72 S.S. RANDALL, *HISTORY OF THE STATE OF NEW YORK: FOR THE USE OF COMMON SCHOOLS, ACADEMIES, NORMAL AND HIGH SCHOOLS, AND OTHER SEMINARIES OF INSTRUCTION* 249 (J.B. Ford 1871). על אף הכתיבה הרבה המתארת את התרברבותו של מקלאוד במסבאה בארצות הברית, יש הסוברים כי האירוע לא התרחש כלל. ראו, למשל, JOHN CHARLES DENT, *THE LAST FORTY YEARS: CANADA SINCE THE UNION OF 1841*, 173 (Toronto, G. Virtue 1881). ווט מציין כי "McLeod did not, at any time, boast in the United States about his connection with the episode of the Caroline. Not one of the many witnesses brought against him at his various examinations made that charge, as a scrutiny of the proceedings will disclose. The allegation gained currency through its employment by Webster in his speech in defence of the Treaty of Washington, and his rhetorical exaggeration has been repeated by historians ever since. So anxious was McLeod to refute this calumny that he procured sworn statements to the contrary from the American judges who examined him. It

בעודו ממתיך למשפטו, פנה מקלאוד לרשויות הקנדיות בבקשה שיתערבו למענו, תוך שהוא מכחיש כל מעורבות בתקרית הקרולייין. השר הבריטי בווינינגטון פוקס אכן פנה למזכיר המדינה האמריקני פורסיית, הכחיש את מעורבותו של מקלאוד בפרשה וביקש לשחררו, בעיקר על בסיס העמדה הבריטית שמדובר בסכסוך בין מדינות ואין לערב בו האשמות פליליות נגד יחידים.⁷³

בתגובה על פנייתו של פוקס השיב פורסיית כי סמכות השיפוט המדינתית היא עצמאית לחלוטין ואינה כפופה לזו של המשטר הפדרלי, והעברה שמקלאוד מואשם בה נעשתה בתחומי מדינת ניו יורק ונגד חוקיה ואזרחיה. מזכיר המדינה האמריקני שהחליף את פורסיית, דניאל ובסטר (Daniel Webster), כבר היה קשוב יותר לבריטים, ובתגובתו מאפריל 1841 על פנייה חוזרת של פוקס, מחודש מרץ, הוא קיבל את העמדה שמקלאוד אינו חב באחריות כלשהי להשתתפותו הלכאורית בתקרית הקרולייין, והבטיח לבחון את שחרורו. עם זאת, הוא דאג להוסיף, בזהירות הראויה, כי בארצות הברית, כמו באנגליה, אדם המצוי בהליך שיפוטי יוכל להשתחרר רק בהליך שיפוטי, ולא על ידי התערבות ישירה או עקיפה של הרשות המבצעת.⁷⁴

ביוני 1841 עתרו עורכי דינו של מקלאוד בבקשת הביאס קורפוס לפני בית המשפט העליון של ניו יורק. בית המשפט העליון קבע כי בתיק של הביאס קורפוס אין בסמכותו לבחון מעבר לאישום, שכן אין בסמכותו להורות על nolle prosequi (הפסקת התביעה) מיוזמתו; כי חסינות מפני העמדה לדין יכולה לנבוע רק ממעשים שהתרחשו במהלך מלחמה, אך בעת הפשיטה על הקרולייין לא היו בריטניה וארצות הברית שרויות במלחמה; וכי סמכותו של בית המשפט אינה מושעת רק בשל העובדה שהמקרה נהפך לנושא של משא ומתן דיפלומטי. בית המשפט קבע כי מקלאוד ייעצר עד תום ההליכים, אך שינה את מקום המשפט ממחוז ניאגרה למחוז אוניידה (Oneida).⁷⁵

is definitely untrue. All the witnesses who swore to having heard McLeod boasting placed the scene somewhere on the Canadian side of the line, in the vicinity of Chippewa" Watt, לעיל ה"ש 67, בעמ' 165. בין שהתברכות התקיימה על אדמת ארצות הברית ובין שהיא התקיימה על אדמת קנדה במועד קודם, העניין המרכזי כאן הוא עצם ההתברכות על ההשתתפות במעשה.

73 לורד פלמרסטון (Lord Palmerston), שר החוץ הבריטי, העביר לפוקס, בחוות דעת מיום 6 בנובמבר 1838, את ההנחיה הבאה: "The attack upon the Caroline was the public act of persons in Her Majesty's Service, and, according to the usages of nations, that proceeding can only be the subject of negotiations between the two governments, and cannot be made the ground of proceedings against individuals". מובא אצל Watt, שם, בעמ' 149.

74 שם, בעמ' 154.

75 ראו פירוט אצל Nicholas Hill, *The People vs. Alexander McLeod*, in REPORTS OF CASES ARGUED AND DETERMINED IN THE SUPREME COURT OF THE STATE OF NEW YORK IN JULY TERM, 1841, 377 (1845). במאמר שפרסם השופט טלמדג' בניו יורק טיימס הוא ביקר את ההחלטה, וטען כי תקרית הקרולייין הייתה מלחמה חוקית המוציאה את רצח דרפי מסמכות השיפוט של בתי המשפט האמריקניים. עוד טען השופט כי מערכת היחסים הטעונה בין ארצות הברית לאנגליה ניתנת לאפיון כ-"imperfect war", שמשמעה שפרטים אינם אחראים למעשים הנעשים

משפטו של מקלאוד נפתח ב־Fifth Circuit Court של מחוז אוניידה, בבוקר יום 4 באוקטובר 1841, בהקריאו את כתב האישום, ציין פרקליט המחוז:

"Alexander McLeod... not having the fear of God before his eyes, but being moved and seduced by the instigation of the devil... with force and arms... on and upon one Amos Durfee, in the peace of God... then and there being, feloniously, wilfully, and in his malice aforethought, and with a premeditated design to effect the death of the said Amos Durfee, did then and there make an assault upon the said Durfee... loaded and charged with gunpowder and one leaden bullet... did shoot and discharge... with the leaden bullet aforesaid, out of the gun aforesaid... by force of the gunpowder and shot sent forth as aforesaid, the said Amos Durfee, in and upon the back part of the head of him... one mortal wound, the said Durfee, then and there... did languish, and languishing, did die..."⁷⁶

שנים־עשר המושבעים שנבחרו לכהן במשפט – רופא, שני סוחרים ותשעה חקלאים – שמעו את הצדדים והעדים: הראשונים העידו על אודות הבעלות באונייה קרולייין ואירועי 29 בדצמבר 1837. עדי תביעה אחדים נשבעו כי שמעו את מקלאוד מתרברב על כך שנטל חלק בהובלת הפעולה וששחט "a damned Yankee" (באופן מעניין, כל העדים העידו כי שמעו את ההתרברבות בבתי מרוח), אולם התביעה לא סיפקה עדות או ראיות לכך שמקלאוד היה נוכח בעת ההשתלטות על הקרולייין והריסתה. ההגנה, לעומת זאת, סיפקה למקלאוד אליבי שלפיו הוא היה במקום אחר בזמן ההתקפה.⁷⁷ בסך הכל חקרה המדינה שלושים וארבעה עדים, ואילו ההגנה סיפקה ארבעה־עשר עדים. חמישה־עשר תצהירים הוקראו מטעם ההגנה, ושמונה מטעם התביעה. לאחר ימים אחדים של דיונים,

במסגרת מערכת יחסים זו. המאמר נהיה פופולרי עד כדי כך שהוא פותח לאחר מכן ופורסם כספרון: JUDGE TALLMADGE, REVIEW OF THE OPINION OF JUDGE COWEN OF THE SUPREME COURT OF THE STATE OF NEW-YORK, IN THE CASE OF ALEXANDER MCLEOD (N.T. Eldredge 1841).

76 GOULD'S STENOGRAPHIC REPORTER, THE TRIAL OF ALEXANDER MCLEOD: FOR THE MURDER OF AMOS DURFEE, AT THE BURNING AND DESTRUCTION OF THE STEAMBOAT CAROLINE, BY THE CANADIANS 17–18 (Gould, Banks & Co. 1841).

77 לפי האליבי, מקלאוד עזב את צ'יפווה ב־29 בדצמבר בערך בשבע בערב ונסע בעגלה לסטמפורד (Stamford), עיירה המרוחקת כעשרה קילומטרים מצ'יפווה, שם בילה את הלילה אצל משפחת מוריסון שאלהיה היה מקורב. למחרת בבוקר, אחרי ששמע את הדיווח על הרס הקרולייין, נסע מקלאוד בחזרה לצ'יפווה, ולאחר שפגש כמה אנשים בכביש, הוא הגיע לשם בערך בשעה 11:00.

ב-11 באוקטובר, יצאו המושבעים לדיון ולהיוועצות שנמשכו עשרים ושמונה דקות בלבד, שאחריהם שבו והכריזו כי מקלאוד חף מפשע.⁷⁸ יוער כי ההשלכות של הרשעה והוצאה להורג של מקלאוד היו עלולות להיות דרמטיות לגבי מערכת היחסים בין המדינות. לורד פלמרסטון (Lord Palmerston), שר החוץ הבריטי, הזהיר את השגריר האמריקני בלונדון כי "McLeod's execution would produce war... frightful in its character"⁷⁹ גם המושבעים היו מודעים לכך, שכן לפני צאתם להתייעצות הודיעם השופט:

"If you shall believe that this man is guilty of murder, then, fearless of consequences, whatever those consequences may be – though they shall wrap your country in a flame of war – whatever the result, look with a single eye to truth, and a hand firm to duty; look to the God of Justice, and say whether the prisoner be guilty or not... [M]ay the God of all justice and truth preside over your deliberations..."⁸⁰

תומפסון ורנדל מציינים כי למזלם הטוב של ארצות הברית, של בריטניה, של קנדה ובמיוחד של מקלאוד, האמינו המושבעים כי השתתפותו של מקלאוד בפרשה הייתה לא יותר מאשר התפארות בעת שכרות.⁸¹ אכן, למזלו הרב, במהלך המשפט "McLeod sober found an alibi for McLeod drunk"⁸² אין ספק שהתרברבותו השקרית של מקלאוד בעודו שיכור לא הייתה המעשה הנכון ביותר, או בלשונה הנקייה מעט פחות של קתלין בורק, הייתה זו "drunken idiocy".⁸³ בעקבות מעצרו ומשפטו של מקלאוד התפתחה סדרת התכתבויות נוספת ומפורסמת יותר בין מזכיר המדינה האמריקני דניאל ובסטר לבין לורד אשברטון (Lord Ashburton), שנשלח בשנת 1841 מבריטניה לווינגטון כנציג מיוחד לשם השגת הסדר בסכסוכי הגבולות השונים בין המדינות, ובמיוחד כדי ליישב את המחלוקת על הגבול הצפון-

78 ראו Bonham, לעיל ה"ש 66, בעמ' 208–215. לדיווח מפורט של המשפט ראו GOULD'S STENOGRAPHIC REPORTER, לעיל ה"ש 76.

79 מכתב מפלמרסטון לפוקס מיום 9 בפברואר 1841, מצוטט אצל KENNETH BOURNE, BRITAIN AND THE BALANCE OF POWER IN NORTH AMERICA 1815–1908, 86 (1967).

80 GOULD'S STENOGRAPHIC REPORTER, לעיל ה"ש 76, בעמ' 357–358.

81 JOHN HERD THOMPSON & STEPHEN J. RANDALL, CANADA AND THE UNITED STATES: AMBIVALENT ALLIES 30–31 (3rd ed. 2002).

82 SAMUEL ELIOT MORISON, HENRY STEELE COMMAGER & WILLIAM E. LEUCHTENBURG, THE GROWTH OF THE AMERICAN REPUBLIC 521 (7th ed. 1980).

83 KATHLEEN BURK, THE LION AND THE EAGLE: THE INTERACTION OF THE BRITISH AND AMERICAN EMPIRES 1783–1972 ch. 2, sec. X (2018).

מזרחי.⁸⁴ במסגרת ההתכתבויות דנו השניים גם בעניין הקרוליין ומעצרו של מקלאוד.⁸⁵ המכתב הראשון מוובסטר לאשברטון נשלח ב-27 ביולי 1842, ובו כתב וובסטר כי כדי לבסס טענה של הגנה עצמית, על בריטניה להראות כי פעולת ההגנה העצמית נעשתה לצורך חיוני, מיידית ומכריע, שלא הותיר כל אפשרות של בחירה בין אמצעים או שהות להידברות, וכי על השימוש בכוח במסגרת ההגנה העצמית להיות סביר ומידתי:

"[I]t will be for Her Majesty's Government to show, upon what state of facts, and what rules of national law, the destruction of the 'Caroline' is to be defended. It will be for that Government to show a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation. It will be for it to show, also, that the 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-defence, must be limited by that necessity, and kept clearly within it."⁸⁶

אשברטון ענה ביום המחרת, 28 ביולי 1842. הוא פתח את מכתבו בהתנצלות על כך שהפעולה הצבאית חייבה הפרה של הריבונות האמריקנית, אך טען כי הפעולה הייתה מוצדקת ומידתית. ההתכתבות נחתמה עם מכתבו של וובסטר לאשברטון מיום 6 באוגוסט 1842, שבו ציין:

"Undoubtedly it is just, that while it is admitted that exceptions growing out of the great law of self-defence do exist, those exceptions should be confined to cases in which the 'necessity of that self-defence is instant, overwhelming, and leaving no choice of means, and no moment for deliberation.'

Understanding these principles alike, the difference between the two Governments is only whether the facts in the case of the 'Caroline' make out a case of such necessity for the purpose of self-defence."⁸⁷

84 ראו, למשל, Ephraim Douglass Adams, *Lord Ashburton and the Treaty of Washington*, 17 AM. HIST. REV. 764 (1912); J. Chris Arndt, *Maine in the Northeastern Boundary Controversy: States' Rights in Antebellum New England*, 62 NEW ENG. Q. 205 (1989).

המחלוקת יושבה עם החתימה על אמנת וובסטר-אשברטון ביום 9 באוגוסט 1842. לנסח המכתבים ראו avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp.

86 שם, Letter from Lord Ashburton to Mr. Webster (July 28, 1842).

87 שם, Letter from Mr. Webster to Lord Ashburton (Aug. 6, 1842).

כלומר, העיקרון בדבר התנאים לקיום הגנה עצמית הוסכם, אך לא הנסיבות במקרה הספציפי של הקרולין.

חשיבותה של נוסחה זו, המכונה עד היום "נוסחת קרולין", נעוצה בכך שהיא הפכה את הצידוק הפוליטי בדבר שימוש בכוח לדוקטרינה משפטית המכירה בזכות להגנה עצמית מקדימה בכפוף לדרישות של נחיצות ומידתיות.⁸⁸ נוסחה זו שימשה בסיס לטיעונים משפטיים עתידיים בדבר ה"חוקיות" של הפעלת כוח מהמאה התשע-עשרה ועד היום.⁸⁹ כך, למשל, במשפטי נירנברג משנת 1946 ביקשו הגרמנים לטעון כי הפלישה הגרמנית לנורווגיה בשנת 1940 הייתה חוקית כי גרמניה פעלה בהגנה עצמית ונאלצה לתקוף את נורווגיה כדי למנוע חדירת אויב. הטריבונל הצבאי הבין-לאומי דחה את הטענה, וציין, תוך הסתמכות על נוסחת קרולין:

"It must be remembered that preventive action in foreign territory is justified only in case of 'an instant and overwhelming necessity for self-defense, leaving no choice of means and no moment of deliberation'."⁹⁰

אחרי מבצע אנטבה הצדיק חיים הרצוג, שגריר ישראל באו"ם, את הפעולה הצבאית תוך הפניה לתקרת הקרולין:

"The right of self-defense is enshrined in international law and in the Charter of the United Nations and can be applied on the basis of the classic formulation, as was done in the well-known *Caroline Case*, permitting such action where the 'necessity of self-defence is instant, overwhelming, and leaving no choice of means, and no moment for deliberation'. That was exactly the situation which faced the Government of Israel."⁹¹

נוסחת קרולין שימשה לעיתים גם כטיעון נגד פעולות ישראליות. כך, למשל, בדיוני מועצת הביטחון בדבר ההתקפה הישראלית על הכור הגרעיני בעיראק בשנת 1981 התייחסו נציגיהן של מדינות אחדות לנוסחת קרולין, וטענו כי ההתקפה לא הייתה

88 Jennings, לעיל ה"ש 66, בעמ' 92; Beth M. Polebaum, *National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age*, 59 N.Y.U. L. REV. 187, 190 (1984).

89 ראו, למשל, את טענת ארצות הברית (שלא התקבלה) בבורות: Award Between the United States and the United Kingdom Relating to the Rights of Jurisdiction of United States in the Bering's Sea and the Preservation of Fur Seals (U.K. v. U.S.) XXVIII R.I.A.A 263 (1893).

90 INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL OF NUREMBERG, TRIAL OF THE MAJOR WAR CRIMINALS 207 (1947), www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf.

91 U.N. SCOR, 39th Sess., mtg. at 3.30, U.N. Doc. S/PV.1939 (July 9, 1976), para. 115, digitallibrary.un.org/record/86947.

חוקית כי לא התקיימו תנאי הנחיצות.⁹² בתגובה טען השגריר הישראלי יהודה בלום כי נוסחת קרוליין משנת 1841 כבר אינה מתאימה לאתגרים של עידן הנשק הגרעיני:

"We have been reminded here of the Caroline affair. But that incident, as is well known... occurred almost a century and a half ago. It occurred precisely 20 years before Hiroshima. To try and apply it to a nuclear situation in the post-Hiroshima era makes clear the absurdity of the position of those who base themselves upon it. To assert the applicability of the Caroline principles to a State confronted with the threat of nuclear destruction would be an emasculation of that State's inherent and natural right of self-defense."⁹³

נחיצות ומידתיות הוזכרו גם בפסיקותיו של בית הדין הבינ-לאומי לצדק כתנאי לחוקיות של שימוש בכוח לשם הגנה עצמית. כך, למשל, נאמר בפרשת ניקרגואה המפורסמת:

92 כך, לדוגמה, טען שגריר אוגדנה: "The requirements of self-defense, under what the representative of Israel has called general international law, have been well established since the famous North American case of *The Caroline* in 1837... The rule of necessity established in the case of *The Caroline* and stated by the then American Secretary of State, Daniel Webster, is that self-defense is justified only when the necessity of that self-defense is 'instant, overwhelming, leaving no choice of means and no moment for deliberation'. Prime Minister Begin of Israel and the Commander of the Israeli Air Force, General Ivri, have both informed the world that the raid was preceded by many months of elaborate planning and rehearsal. These are circumstances that are plainly inconsistent with the U.N. SCOR, 2282nd mtg. at 10.30, U.N. Doc. S/PV.2282 (June 15, 1981), ¶¶ 14–16, [unispal.un.org/DPA/DPR/](https://www.unispal.org/DPA/DPR/) requirements of self-defense under general international law" [unispal.nsf/0/8CCF55E28DF86B1B052567FD005A09DE](https://www.unispal.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/8CCF55E28DF86B1B052567FD005A09DE). "As for the principle of self-defense, it has long been accepted that, for it to be invoked or justified, the necessity for action must be instant, overwhelming and leaving no choice of means and no moment for deliberation. The Israeli action was carried out in pursuance of policies long considered and prepared and was plainly an act of aggression" U.N. SCOR, 2283rd mtg. at 3, U.N. Doc. S/PV.2283 (June 15, 1981), ¶ 148, [unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/E90D6AEA878B380D052567FC0052B050](https://www.unispal.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/E90D6AEA878B380D052567FC0052B050) ושגריר בריטניה טען גם הוא כי ההתקפה הישראלית לא הייתה פעולה לגיטימית של הגנה עצמית, היות ש-"[t]here was no instant or overwhelming necessity of self-defence". U.N. SCOR, 2288th mtg. at 10.30, U.N. Doc. S/PV.2288 (Jun. 19, 1981), ¶ 80, [unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/4AED70BAA0B37B53052567FD00762F30](https://www.unispal.org/UNISPAL.NSF/0/4AED70BAA0B37B53052567FD00762F30).

"[W]hether the response to the [armed] attack is lawful depends on observance of the criteria of the necessity and the proportionality of the measures taken in self-defence."⁹⁴

כך נקבע גם בחוות הדעת המייעצת בעניין חוקיות השימוש בנשק גרעיני,⁹⁵ וכן בפסק הדין שניתן בשנת 2003 בנוגע לסכסוך בין איראן לארצות הברית בנוגע לאסדת נפט.⁹⁶

גדולי המשפט הבין-לאומי התייחסו גם הם לנוסחת קרוליין כמבטאת משפט מנהגי של הגנה עצמית. כך, למשל, ציין פרופ' אנטוניו קססה: "This formula, which became famous and was taken up in subsequent years, initiated an international practice which gradually led to the placing of some restrictions on the unfettered freedom of States to use force for the protection of their interests"⁹⁷. פרופ' אוסקר שכטר כתב כי "The Webster formulation of self-defence is often cited as authoritative customary law"⁹⁸. לפי פרופ' מלקולם שאו, "the traditional definition of the right of self-defence in customary international law arose out of the *Caroline* case"⁹⁹. ואילו רוזלין היגנס, לשעבר נשיאת בית הדין הבין-לאומי לצדק בהאג, ציינה בשנת 1986 כי "[i]t is generally felt... that the classical test of the *Caroline Case* is still appropriate today."¹⁰⁰ אכן, העמדה האקדמית המקובלת כיום היא שתנאים אלה, המבוססים על

94 Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U.S.), Judgment, 1986 I.C.J. Rep. 14, ¶ 194 (June 27) "[a] rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it [is] a rule well established in customary international law".

95 Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons, advisory opinion, 1996 I.C.J. Rep. 226, ¶ 41 (July 8): "The submission of the exercise of the right of self-defence to the conditions of necessity and proportionality is a rule of customary international law"

96 Oil Platform (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, 2003 I.C.J. 161, ¶ 43 (Nov. 6): "[T]he criteria of necessity and proportionality must be observed if a measure is to be qualified as self-defence"

97 ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL LAW 298 (2nd ed., 2005)

98 Oscar Schachter, *The Right of States to Use Armed Force*, 82 MICH. L. REV. 1620, 1635 (1984).

99 MALCOLM N. SHAW, INTERNATIONAL LAW 861 (8th ed. 2017)

100 Rosalyn Higgins, *The Attitudes of Western States Towards Legal Aspects of the Use of Force*, in THE CURRENT LEGAL REGULATION OF THE USE OF FORCE 435, 442 (A. Cassese ed., 1986)

ההתכתבות בין ובסטר לאשברטון, נחשבים כללים מנהגיים או עקרונות כלליים במשפט הבין-לאומי החלים על זכות ההגנה העצמית.¹⁰¹ אומנם, תנאים אלה אינם מופיעים בסעיף 51 למגילת האו"ם, המעגן את זכות ההגנה העצמית, אולם רבים סבורים כי המילים "Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of... self-defence" המופיעות באותו סעיף, מתייחסות לזכות המנהגית להגנה עצמית כפי שחלה בעת ניסוח המגילה. לכן הזכות המנהגית, כפי שהתפתחה בנוסחת קרוליין, ממשיכה להתקיים.¹⁰² היתרון של החלת הזכות המנהגית על פרשנות טקסטואלית של אמנת האו"ם היא שהראשונה מאפשרת גם תקיפה מקדימה, ולא רק הגנה עצמית בתגובה על מתקפה שכבר החלה.¹⁰³ חשוב לציין כי בדומה לטיעונו של השגריר בלום במועצת הביטחון, בעשורים האחרונים מבחני הקרוליין מעוררים דיונים אקדמיים עזים בדבר החלתם בעידן הנוכחי של נשק להשמדה המונית או מול טרוריסטים. אחרים טוענים כי גם אם נוסחת קרוליין חשובה, מבחניה אינם זהים למבחני הנחיצות והמידתיות כפי שהתפתחו והתקבלו במשפט המנהגי. רבים אפוא מבקשים לקרוא תיגר על התאמתה של נוסחת קרוליין לאתגרי הלחימה המודרנית או על ההנחה שהיא משקפת נאמנה את המשפט המנהגי, וזאת בדרך כלל במאמרים שכותרתם כוללת התייחסות לים ולשקיעתה של האונייה: *Docking the Caroline*¹⁰⁴; *Making Waves*¹⁰⁵; *Raising the Caroline*¹⁰⁶;

101 YORAM DINSTEIN, WAR, AGGRESSION AND SELF-DEFENCE 183 (4th ed. 2005); James A. Green, *The Criteria of Necessity and Proportionality*, in THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AND SELF-DEFENCE IN INTERNATIONAL LAW 63 (2009). לדיון כללי ראו JUDITH

GARDAM, NECESSITY, PROPORTIONALITY AND THE USE OF FORCE BY STATES (2004).

102 במקום אחר עמדתי בהרחבה על טיעונים אלה, על טיעונים נוגדים ועל המחלוקות בדבר פרשנותו של ס' 51 למגילת האו"ם. ראו יניב רוזנאי "לפצה את הגרעין – גם בשדה המשפט: מתקפה ישראלית על מתקני הגרעין האיראניים בראי המשפט הבין-לאומי" **שערי משפט** ו' 221, 236–241 (2013). ראו גם ANTHONY CLARK AREND & ROBERT J. BECK, INTERNATIONAL LAW AND THE USE OF FORCE: BEYOND THE UN CHARTER PARADIGM 74 (1993); STANIMIR A. ALEXANDROV, SELF-DEFENSE AGAINST THE USE OF FORCE IN INTERNATIONAL LAW 93–100 (1996); JAN KITTRICH, THE RIGHT OF INDIVIDUAL SELF-DEFENSE IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW 159–164 (2008).

103 ראו, למשל, Leo Van den Hole, *Anticipatory Self-Defence Under International Law*, 19 AM. U. INT'L L. REV. 69, 78 (2003); Louis-Philippe Rouillard, *The Caroline Case: Anticipatory Self-Defence in Contemporary International Law*, 1 MISKOLC J. INT'L L. 104 (2004); Sean D. Murphy, *The Doctrine of Preemptive Self-Defense*, 50 VILL. L. REV. 699 (2005).

104 James A. Green, *Docking the Caroline: Understanding the Relevance of the Formula in Contemporary Customary International Law concerning Self-Defense*, 14 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 429 (2006).

105 James Dever & John P. Dever, Jr., *Making Waves: Refitting the Caroline Doctrine for the Twenty-First Century*, 31 QUINNIPIAC L. REV. 165 (2013).

106 Timothy Kearley, *Raising the Caroline*, 17 WIS. INT'L L.J. 325 (1999).

"Let the Caroline Sink! 107. גם כותב מאמר זה חטא בכך כאשר ביקש: "Sink! 108."

בין שאימוץ הדוקטרינה נעשה באופן מדויק ובהתאם למקרה שממנו היא נבעה ובין שהיא הוצאה מהקשר ההיסטורי, ובלא קשר לשאלה אם מבחינה עורם רלוונטיים לעידן המודרני או שיש לעדכןם, נדמה שאין להפחית – ואף אי-אפשר להפריז – בחשיבותה של נוסחת קרוליין להתפתחות המשפט הבין-לאומי. מעטות התקריות שהשפיעו על התפתחות המשפט הבין-לאומי יותר מתקרית הקרוליין, אשר מצוטטת, נחקרת ונלמדת עד היום:

"An international incident often retains significance over time in consequence of the effect it has on the development of law. The actions, claims, and counterclaims of governments during international incidents usually clarify, and sometimes even generate, law. Few such incidents have had greater effect on the development of international law than the destruction of the privately owned United States steamboat *Caroline* by British forces during the Canadian insurrection of 1837. To this day... scholars and practitioners of international law and diplomacy continue to make appeal to the norms that were generated and clarified by the destruction of the *Caroline* and the dispute that followed it." 109

ויש שיראו את ההתכתבות בין ארצות הברית לבריטניה כתולדה ישירה של מעצרו של אלכסנדר מקלאוד, אשר התרחש כזכור רק בעקבות התרברבות שלו בהיותו שיכור במסבאה. עכבר שהוליד הר, או כפי שגרגורי מקינון רונג כותב: "Such fireworks over a drunken boast do not aid belief in human wisdom" 110. אלמלא מעצרו של מקלאוד

Maria Benvenuta Occelli, Commentary, "Sinking" the Caroline: Why the Caroline Doctrine's Restrictions on Self-Defense Should Not Be Regarded as Customary, 4 SAN DIEGO INT'L L.J. 467 (2003).

Yaniv Roznai, Let the Caroline Sink! Assessing the Legality of a Possible Israeli Attack on Iranian Nuclear Facilities and Why the Traditional Self-Defense Formula Is Incompatible with the Nuclear Age, 18(2) CAL. INT'L L.J. 18 (2010).

Martin A. Rogoff & Edward Collins, Jr., The Caroline Incident and the Development of International Law, 16 BROOK. J. INT'L L. 493, 493 (1990).

Martin A. Rogoff, The Caroline Incident of 1837, the McLeod Affair of 1840–1841, and the Development of International Law, 20 AM. REV. CAN. STUD. 81 (1990).

.GEORGE MCKINNON WRONG, THE CANADIANS: THE STORY OF A PEOPLE 320 (1942).

נראה שתקרית הקרוליין הייתה נשכחת,¹¹¹ וייתכן שלא היינו זוכים בנוסחת קרוליין להגנה עצמית במשפט הבין-לאומי.

סיכום

מאמר זה מבקש לספר שני סיפורים: סיפור האלבמה, שהוביל להתפתחות של יישוב סכסוכים בדרכי שלום באמצעות מוסדות בוררות; וסיפור הקרוליין, שהוביל לפיתוח כללים להפעלת כוח מוצדקת לשם הגנה עצמית. בתוך סיפורים אלה מסתתרות שתי אנקדוטות מרתקות: היו אלה מחלת נפש פתאומית של פרקליט המלכה והתרברבות שקרית של אדם שיכור בבר שהובילו לשתי התפתחויות משמעותיות של המשפט הבין-לאומי.

יובהר כי אין בכוונתי לטעון כי אילולא נתקף הרדינג במחלת נפש היו שלטונות בריטניה מצליחים בוודאות לעצור את האלבמה, וכל מנגנוני הבוררות ויישוב הסכסוכים בדרכי שלום המוכרים לנו לא היו קיימים או למצער היו נראים אחרת. באותו אופן איני טוען כי אילולא התרברב מקלאוד בעודו שתוי לא הייתה מתפתחת דוקטרינת ההגנה העצמית במשפט הבין-לאומי כפי שזו מוכרת לנו כיום. איני עוסק כאן בהיסטוריה נוגדת עובדות (counterfactual history), שכן זו מערבת שאלות סבוכות מתחום הפילוסופיה של ההיסטוריה בדבר סיבתיות ותוצאה ובדבר משמעות הקביעה כי מאורע מסוים "גרם" למאורע אחר. מטרת המאמר צנועה יותר, והיא להראות כיצד אירועים גדולים שעיצבו את המשפט הבין-לאומי התפתחו בדרכים מסתוריות, כמעט אנקדוטיות. כפי שקס סנסטין (Cass R. Sunstein) מציין, לעיתים דברים קטנים משנים את נתיבן של אומות שלמות:

"These questions [about counterfactual history] are not only fun but also fascinating, not least because they connect large historical inquiries with ordinary life, where unexpected forks in the road, and sheer serendipity, seem to move our paths in new and unanticipated directions."¹¹²

מעבר להיותם סיפורים מעניינים, במיוחד לאלה העוסקים במשפט בין-לאומי, יש למקרים אלה גם חשיבות אקדמית. כפי שהראו קתרין גלגר וסטיבן גרינבלט בספרם PRACTICING NEW HISTORICISM, ללימודי אנקדוטות יש חשיבות בחקר ההיסטורי

THOMAS G. PATERSON, JOHN GARRY CLIFFORD & KENNETH J. HAGAN, AMERICAN FOREIGN POLICY: A HISTORY 101–102 (1977).

Cass R. Sunstein, *Historical Explanations Always Involve Counterfactual History*, 10 J. PHIL. HIST. 433, 434 (2016).

ובפיתוחו של מה שמכונה בספרות "counterhistory". בעוד המגמה הרווחת בהיסטוריה היא שלאנקדוטות אין ערך מתודולוגי, חוקרים מסוימים סבורים כי יש בכוחן "לחורר" את הנרטיב ההיסטורי, ומכאן חשיבותן. כפי שגלגר וגרינבלט מציינים, בהזכירם את דעתו של ג'ואל פיינמן, *any petit récit would puncture the historical grand récit into* "which it was inserted"¹¹³. כלומר, יש בכוחן של אנקדוטות להאיר מאורעות היסטוריים באור שונה, ובכך לערער את הסדר ההיסטורי הקיים כפי שהוא נתפס בהיסטוריה הממוסדת. ביכולתן של אנקדוטות, כפי שניסיתי להמחיש במאמר זה, להניב אפוא הבנה טובה יותר של מאורעות היסטוריים, ובנושא דיוננו – של מאורעות שהובילו להתפתחות דרמטית של המשפט הבין-לאומי.

נוסף על חשיבותן המחקרית, לאנקדוטות יש חשיבות גם בהוראה האקדמית. בהיותן לעיתים אתגרתה מבררת, אנקדוטות יכולות להוות מכשיר דידקטי ללכידת תשומת לב, אשר מאפשר לסטודנטים לזכור בצורה טובה יותר את החומר הנלמד ומספק חווית לימוד מהנה המחברת בין התיאוריה לבין התנהלות אנושית או מאורעות יומיום שהסטודנטים יכולים להתחבר אליהם ביתר קלות.¹¹⁴ כזו הייתה חווית הלימוד של המשפט הבין-לאומי בשיעוריו של פרופ' נתן לרנר.

CATHERINE GALLAGHER & STEPHEN GREENBLATT, PRACTICING NEW HISTORICISM 49 113 (2000) (ההדגשות במקור). גלגר וגרינבלט מקדישים את הפרק השני בספרם לנושא "Counterhistory and the Anecdote". לתועלת של אנקדוטות בחקר היסטורי ראו גם Richard Saller, *Anecdotes as Historical Evidence for the Principate*, 27 GREECE & ROME 69 (1980).

DAPHNE LOADS, RICH PICKINGS: CREATIVE PROFESSIONAL DEVELOPMENT ACTIVITIES 114 Robert L. Shrigley & Thomas R. השו. FOR UNIVERSITY LECTURERS 72–74 (2019) Koballa, Jr., *Anecdotes: What Research Suggests About Their Use in the Science Classroom*, 89 SCH. SCI. & MATHEMATICS 293 (1989); Hershey H. Friedman, Noemi Halpern & David Salb, *Teaching Statistics Using Humorous Anecdotes*, 92 MATHEMATICS TCHR. 305 (1999); Deborah A. Folino, *Stories and Anecdotes in the Chemistry Classroom*, 78 J. CHEM. EDUC. 1615 (2001); James C. Kaufman & Adam S. Bristol, *When Allport Met Freud: Using Anecdotes in the Teaching of Psychology*, 28 TEACH. PSYCHOL. 44 (2001); Jane Macnaughton, *Anecdotes and Empiricism*, 45 BRIT. J. GEN. PRAC. 571 (1995).

Anecdotes and the Development of International Law: On the Stories Behind the Alabama and Caroline Affairs

Yaniv Roznai

There are fascinating, and at times, strange stories behind the development of international law. Some are unknown, and some are not known enough. Indeed, there are interesting human stories behind every legal development, but it seems that these stories are especially important when it comes to the development of international law. Unlike most sources of domestic law, one of the main sources of international law is practice based on consistent state behavior derived from a sense of legal obligation. State behavior creates law. Therefore events and occurrences that led to a specific behavior can be particularly interesting.

The article seeks to shed light on two fascinating – perhaps even bizarre – stories behind two dramatic developments in international law: the Alabama Affair and the Caroline Affair, two affairs that shaped international law as we now know it. The purpose of the article is to show how dramatic developments in international law which actually changed the face of history occurred almost incidentally.



**Anecdotes and the Development of
International Law: On the Stories Behind
the Alabama and Caroline Affairs**

Yaniv Roznai

Volume 25, 2022