

הזכות הטבועה להגנה עצמית ומידתיות במסגרת *Jus ad Bellum*

דוד קרצמר*

בעוד מקובל כי שימוש בכוח על-ידי מדינה לצורך הגנה עצמית חייב לעמוד בדרישות המידתיות, קיים בלבול באשר למוכנו של המונח "מידתיות" בהקשר של *jus ad bellum*. מקור אחד לבלבול נעוץ בקיומם של שני מבחני מידתיות מתחרים – מבחן ה"מידה כנגד מידה" ("tit for tat") ומבחן ה"אמצעים-תכליות" ("means-ends"). מכיוון שהחוקיות של שימוש חד-צדדי של מדינה בכוח תלויה בלגיטימיות של מטרת השימוש – הגנה עצמית כנגד מתקפה חמושה – מבחן ה"אמצעים-תכליות" נראה לכאורה הולם יותר. אולם אין הסכמה בדבר התכליות הלגיטימיות של כוח המופעל על-מנת להשיג מטרה זו. האם המדינה המתגוננת מוגבלת לעצירה והדיפה של מתקפה שכבר התרחשה או שמא היא רשאית להגן על עצמה גם מפני מתקפות עתידיות של אותו אויב? האם מדינה שהותקפה רשאית להשתמש בכוח על-מנת להרתיע את התוקף מלהשיק מתקפות נוספות? מבחן ה"אמצעים-תכליות" מבוסס בראש ובראשונה על נחיצותם של האמצעים המשמשים להשגת תכליות לגיטימיות. בהקשר זה, על-פי-רוב, חילוקי-דעות בנוגע למידתיות אינם אלא חילוקי-דעות בנוגע לתכליות הללו. בעוד המבחן ההולם בהקשר זה הוא בדרך-כלל מבחן ה"אמצעים-תכליות", במקרים מסוימים, כגון שימוש בכוח בתגובה על מתקפה חמושה מצומצמת, מבחן ה"מידה כנגד מידה" עשוי להיות הולם יותר. לבסוף, אראה כי בהקשר של *jus ad bellum* לא הוקדשה תשומת-לב מספקת למבחן "המידתיות במובן הצר", העוסק בשאלה אם הנזק הנגרם

* פרופסור אמריטוס, האוניברסיטה העברית בירושלים, ופרופסור למשפטים, מכללת ספיר. המקור האנגלי של מאמר זה הופיע בגיליון 24(1) של כתב-העת האירופי למשפט בין-לאומי (EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW). ברצוני להודות לאפרת בוגנים וללירון אודיו על עזרתן בעבודת המחקר ועל הערותיהן המועילות. נפלה בחלקי ההזדמנות להציג את המאמר בסמינר שנערך במכון לחוק ומשפט בין-לאומיים באוניברסיטת ניו-יורק (NYU) וכן בסמינר מחלקתי במכללת ספיר. תודה מיוחדת לפרופ' יוסף ויילר ולפרופ' גבריאלה בלום, לסטודנטים שהשתתפו בסמינר שנערך באוניברסיטת ניו-יורק וכן לעמיתים שנטלו חלק בסמינר שנערך במכללת ספיר על הערותיהם מאירות-העיניים.

על-ידי הכוח עולה על התועלות שהוא מניב למדינה המשתמשת בו. נראה כי הסיבה לכך היא ההנחה ששאלה זו רלוונטית רק ל־*jus in bello*. טענתי היא כי אף שהסוגיה העיקרית ב־*jus ad bellum* היא אכן נחיצותו של השימוש בכוח, יש עדיין מקום גם לאומדן המידתיות במובן הצר.

הקדמה

פרק א: השימוש בכוח במשפט הבין-לאומי

1. עקרונותיה של מגילת האו"ם
 2. גבולותיו של סעיף 51 למגילת האו"ם
- (א) מתקפה חמושה – היקפו ותוצאותיו של הכוח הנדרש לפי סעיף 51

(ב) מתקפה הנערכת על-ידי ארגון לא-מדינתי

(ג) שימוש מקדים בכוח

פרק ב: משמעות המונח "הגנה עצמית"

1. פעולות תגמול
 2. הגנה עצמית "הגנתית"
 3. מטרותיה של ההגנה העצמית
- (א) עצירת המתקפה והדיפתה
- (ב) תיאוריית ה"טריגר"
- (ג) תיאוריית המתקפה העתידית

פרק ג: הגנה עצמית ומידתיות

1. מניעי השימוש בכוח להגנה עצמית
 2. המשתנים של הגנה עצמית, מניעים לגיטימיים ומידתיות
- (א) מתקפה המצויה בעיצומה
- (ב) מתקפה הצפויה מיידית
- (ג) מתקפה שהסתיימה
- (ד) ארגון לא-מדינתי

3. אומדן המידתיות

4. מידתיות מבצעה הצבאי של ישראל בלבנון

הערות סיכום

הקדמה

באיגרת המידע של האגודה האמריקאית למשפט בין-לאומי (ASIL) שפורסמה בספטמבר/אוקטובר 2006 כתב נשיא האגודה, פרופ' חוזה אלוורז (José Alvarez),

מאמר מערכת שכותרתו *The Guns of August*.¹ במאמר דן אלוורז בהיבטים משפטיים של המבצע הצבאי שערכה ישראל בלבנון באותה שנה, והתייחס במיוחד לשאלות של מידתיות, בעיקר ב־*jus in bello*. באותה איגרת מידע נשאלו חמישה משפטנים בין־לאומיים, כולם חברים במועצת המנהלים של ASIL, כיצד היו מנתחים את "העיונות האחרון בין ישראל לחיזבאללה לאור כללי ה־*jus ad bellum* וה־*jus in bello* המחייבים נחיצות ומידתיות".² אחד המשיבים סבר כי ב־*jus ad bellum* יש למידתיות תפקיד רק בשלילת "החוקיות של השמדת מדינה אחרת או כיבושה המלא בגין הפרה מזערית (ממשית או מדומיינת), דוגמת פשיטת גבול שולית".³ כלל זה "לא שלל מישראל, בנסיבות הספציפיות, את זכותה לתקוף את כוחות החיזבאללה בכל מקום (לא רק בלבנון, אלא גם בסוריה) כתגובה על שרשרת פלישותיה והתקפותיה על ישראל ועל כוחותיה המזוינים".⁴ משיב אחר גרס כי השאלה היא אם "התגובה הישראלית על חטיפת שני חיילים והריגת שמונה" הייתה מידתית. תשובתו הייתה שהתגובה הישראלית "לא הייתה אפילו קרובה לכך".⁵ משיב שלישי טען כי השאלה היא אם השימוש בכוח היה "דרוש על־מנת להרתיע ולהגן מפני מתקפות נוספות". בישמו מבחן זה הוא הגיע למסקנה כי פעולותיה של ישראל היו ללא ספק פעולות לגיטימיות של הגנה עצמית אשר עומדות בדרישות המידתיות.⁶

הכל מסכימים כי עקרון המידתיות ממלא תפקיד מרכזי הן ב־*jus in bello* הן ב־*jus ad bellum*. ב־*jus in bello* משמעות העיקרון עצמו ברורה למדי – עניינו בשאלה אם הנזק הנלווה הצפוי לאזרחים ולמתקנים אזרחיים כתוצאה ממתקפה על יעד צבאי לגיטימי הוא מוגזם ביחס ליתרון הצבאי הישיר המצופה.⁷ הקושי ביישום מבחן זה ידוע אומנם

1 The American Society of International Law, *The Guns of August*, 22(5) NEWSLETTER 1 (2006).

2 שם, בעמ' 5.

3 תגובתו של פרופ' תומס מ' פרנק (Thomas M. Franck) המנוח, שם.

4 שם.

5 תגובתו של פרופ' דגלס ו' קסל הבן (Douglass W. Cassel, Jr.), שם.

6 תגובתו של עורך־הדין ויליאם ה' טפט הרביעי (William H. Taft, IV), שם, בעמ' 12. טפט שימש בעברו יועץ משפטי כללי במשרד ההגנה האמריקאי וכן היועץ המשפטי הראשי במחלקת המדינה. במסגרת תפקידו האחרון הוא הופיע לפני בית־הדין הבין־לאומי לצדק מטעם ארצות־הברית בפרשה: Islamic Republic of Iran v. United States of America, [2003] ICJ Rep. 161 (להלן: פרשת ה־*Oil Platforms*). שני המשיבים האחרים – פרופ' ריצ'רד פלק (Richard Falk) ופרופ' מיכאל שרף (Michael Scharf) – לא הביעו עמדה בנוגע למבחן המידתיות במסגרת *jus ad bellum*.

7 סעיף 51(ב) ל"פרוטוקול נוסף לאמנות ג'נבה מיום 12 באוגוסט 1949, בדבר הגנת קורבנות סכסוכים מזוינים בינלאומיים" (פרוטוקול I) (API). ניסוח זה נתפס כהצגה נאמנה של נורמת המידתיות במשפט המנהגי בהקשר של *jus in bello*. ראו: JEAN-MARIE HENCKAERTS & LOUISE DOSWALD-BECK, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW Vol. I: Rules 46–50 (Cambridge University Press 2005); Françoise Hampson, *The Principle of Proportionality in the Law of Armed Conflict*, in THE GENEVA CONVENTIONS UNDER ASSAULT 42 (Sarah Perrigo & Jim Whitman eds., 2010).

לכל, ⁸ אך קושי זה נעוץ בהערכה ובהשוואה של גורמים שאינם ניתנים לכימות, ולא במשמעות העיקרון עצמו. לעומת זאת, כעולה בבירור מחילוקי-הדעות שהוצגו לעיל, בהקשר של *jus ad bellum* משמעות העיקרון עצמו לוטה בערפל. לפי תיאוריות של מלחמה צודקת, עקרון המידתיות מוכר זה כבר כאחד היסודות הקובעים אם יציאה למלחמה מוצדקת אם לאו.⁹ בתיאוריות מסורתיות של מלחמה צודקת בוססה המידתיות על אומדן תועלות המלחמה אל מול עלויותיה.¹⁰ העמדות השונות של המשפטנים שהוצגו לעיל מצביעות על חילוקי-הדעות העמוקים הקיימים בקרב פילוסופים של המוסר ומשפטנים בין-לאומיים. מעבר להכרה המשותפת לכולם כי מדינות הפונות לשימוש בכוח חייבות לעמוד בדרישות המידתיות, אין כמעט כל הסכמה מה נכלל בגדר דרישות אלה. יש הסוברים כי עצם ההחלטה להשתמש בכוח היא שצריכה לעמוד במבחן המידתיות.¹¹ אחרים מאמצים את מה שמכונה גישת ה"מידה

8 ראו: *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, available at www.icty.org/sid/10052, para. 48: "It is much easier to formulate the principle of proportionality in general terms than it is to apply it to a particular set of circumstances because the comparison is often between unlike quantities and values. One cannot easily assess the value of innocent human lives as opposed to capturing a particular military objective".

9 ראו: THE LEGITIMATE USE OF MILITARY FORCE: THE JUST WAR TRADITION AND THE CUSTOMARY LAW OF ARMED CONFLICT ch. 1 (Howard M. Hensel ed., Ashgate 2008); MORAL CONSTRAINTS ON WAR 13 (Bruno Coppieters & Nick Fotion eds., Lexington 2002); MICHAEL WALZER, ARGUING ABOUT WAR 86 (Yale University Press 2004); JUDITH GARDAM, NECESSITY, PROPORTIONALITY AND THE USE OF FORCE BY STATES 8–9 (Cambridge University Press 2004); Thomas M. Franck, *On Proportionality of Countermeasures in International Law*, 102 AM. J. INT'L L. 715, 719 (2008) בנאום שנשא בעת קבלת פרס נובל לשלום, התייחס נשיא ארצות-הברית ברק אובמה לתיאוריית המלחמה הצודקת, ואמר: "The concept of a 'just war' emerged, suggesting that war is justified only when it meets certain preconditions: if it is waged as a last resort or in self-defense; if the force used is proportional, and if, whenever possible, civilians are spared from violence." STEPHEN L. CARTER, THE VIOLENCE OF PEACE: AMERICA'S WARS IN THE AGE OF OBAMA (Beast Books 2011).

10 MICHAEL W. BROUGH, JOHN W. LANGO & HARRY VAN DER LINDEN, RETHINKING THE JUST WAR TRADITION 245–246 (SUNY Press 2007). קיימת מחלוקת בשאלה אם במסגרת אומדן זה די בכך שתועלות המלחמה יעלו על עלויותיה או שמא נדרש שהנוק הצפוי לא יעלה באופן ניכר על התועלות. הכותבים מציינים כי לנוכח "המחלוקות הרבות שהתגלעו לאורך השנים בדבר האופן הראוי לאמידת תועלת, אין זה מפתיע שחלק מן העוסקים בתיאוריית המלחמה הצודקת הטילו ספק ביכולתו של עקרון המידתיות לספק הכוונה מוסרית משמעותית".

11 ראו: Nick Fotion, *Proportionality*, in MORAL CONSTRAINTS ON WAR 91 (Bruno Coppieters & Nick Fotion eds., Lexington 2002). ראו גם Franck, לעיל ה"ש 9, בעמ' 721:

כנגד מידה" ("tit for tat"), שלפיה כמות הכוח שמדינה א מפעילה כלפי מדינה ב כתגובת-נגד צריכה להיות מידתית ביחס לכוח שהפעילה קודם לכן מדינה ב.¹² אחרים, ככל הנראה הרוב, גורסים כי המידתיות צריכה להיבחן לאור המטרות הלגיטימיות של השימוש בכוח¹³ או ביחס לאיום.¹⁴ אנטוניו קססה (Antonio Cassese) טען כי השימוש בכוח צריך להיבחן הן ביחס לתכליות הלגיטימיות שמנסים להשיג באמצעותו הן ביחס למתקפה שקדמה לו.¹⁵ לבסוף, יורם דינשטיין גורס כי "ייתכן שרצוי להתייחס לדרישת המידתיות בתחום ההגנה העצמית כאל סטנדרט של סבירות בתגובה על שימוש בכוח על-ידי כוח נגדי".¹⁶

עצם זכותן של מדינות להשתמש בכוח במסגרת יחסיהן הבינ-לאומיים והפרמטרים של זכות זו מהווים כמובן, מטבע הדברים, סוגיות טעונות עד-מאוד. ניתן לשער כי מדינות הניצבות בפני מתקפות חמושות או בפני איום של מתקפות כאמור יחזיקו בעמדות שונות בתכלית בהשוואה למדינות "לא-מעורבות". השקפתן של האחרונות צפויה להשתנות כליל בשעה שיעמדו גם הן מול מתקפה חמושה. ההטיה של מדינות "מעורבות" ברורה מאליה; זו של מדינות "לא-מעורבות" עשויה להיות ברורה פחות. אולם הניסיון מראה כי מדינות "לא-מעורבות" וצופים מבחוץ נוטים לברירנות רבה בפוסקם אם שימוש בכוח היה מוצדק ומידתי. כך, אם יש להם סימפטיה למדינה

"המידתיות רלוונטית לצורך הקביעה אם בנסיבות הספציפיות של הפרובוקציה קיימת זכות להשתמש בכוח צבאי להגנה עצמית או שמא קמה רק זכות לנקיטת אמצעי-נגד מצומצמים יותר (jus ad bellum)".

12 גישה זו מתוארת על-ידי: ANTHONY C. AREND & ROBERT J. BECK, INTERNATIONAL LAW AND THE USE OF FORCE: BEYOND THE UN CHARTER PARADIGM 165–166 (Routledge 1993). ראו גם: Albrecht Randelzhofer, Article 51, in THE CHARTER OF THE UNITED NATIONS: A COMMENTARY 788, 805 (Bruno Simma et al. eds., 2nd ed., Oxford University Press 2002).

13 GARDAM, לעיל ה"ש 9, בעמ' 11; OLIVIER CORTEN, THE LAW AGAINST WAR: THE PROHIBITION ON THE USE OF FORCE IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW 470 (Hart 2010); Enzo Cannizzaro, *The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures*, 12 EUR. J. INT'L L. 889 (2001); MICHAEL W. DOYLE, STRIKING FIRST: PREEMPTION AND PREVENTION IN INTERNATIONAL CONFLICT 10 (Princeton University Press 2008).

14 IAN BROWNLIE, INTERNATIONAL LAW AND THE USE OF FORCE BY STATES 261 (Clarendon Press 1963); LINDSAY MOIR, REAPPRAISING THE RESORT TO FORCE: INTERNATIONAL LAW, JUS AD BELLUM AND THE WAR ON TERROR 68–70 (Hart 2010).

15 ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL LAW 355 (2nd ed. 2005): "The victim of aggression must use an amount of force strictly necessary to repel the attack and proportional to the force used by the aggressor" Enzo Cannizzaro, *Contextualizing Proportionality*: force used by the aggressor" *Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Lebanese War*, 88 INT'L REV. RED CROSS 779 (2006).

16 YORAM DINSTEIN, WAR, AGGRESSION AND SELF-DEFENCE 232–233 (5th ed. 2012).

המותקפת שהגיבה בכוח, ואך מעט (או שום) סימפתיה למדינה או לקבוצה המזוינת שמעשיהן גררו את השימוש בכוח על-ידי אותה מדינה מותקפת, סביר שהם לא יהיו ביקורתיים כלפי השימוש בכוח, ובלבד שהוא אינו סותר באופן מובהק את כללי ה-*jus in bello*. לעומת זאת, אם כוח דומה יופעל על-ידי מדינה שהם אדישים כלפיה, לא כל שכן עוינים אותה, וכן מקום שהם מזדהים באופן מלא או חלקי עם מטרותיהן של המדינה או הקבוצה שמעשיהן גררו את השימוש האמור בכוח, סביר שהם יאפיינו את השימוש בכוח כלא-מידתי ויגנו אותו.

ההטיה המשפיעה על עמדתן של מדינות "מעורבות" ו"לא-מעורבות" כאחד, וכתוצאה מכך גם על זו של ארגונים בין-לאומיים, מתעצמת לנוכח הבלבול הרב השורר בקרב משפטנים בין-לאומיים בדבר משמעותו של עקרון המידתיות בהקשר של *jus ad bellum*. אני מודע להיבטים הפוליטיים הברורים של הנושא, אך מטרתי במאמר זה היא לבחון משמעות זו מתוך תקווה שעל-ידי כך אוכל להקטין את מידת הבלבול בסוגיה.

הניתוח שלהלן יתבסס על ההנחות והטענות הבאות:

- א. משתמשים במונח "מידתיות" בהקשרים משפטיים רבים ומגוונים, אולם נראה כי הוא משמש לציון שני מובנים שונים בתכלית. לעיתים המונח מתייחס ליחס שבין מעשה לבין התגובה הלגיטימית עליו (מידתיות במובן של "גמול צודק" (just) "deserts"), "עין תחת עין" או "מידה כנגד מידה". משמע, על התגובה להיות מידתית ביחס למעשה שקדם לה. זאת המשמעות של המונח כאשר גוזרים סנקציות פליליות: על העונש להלום את חומרת העברה.¹⁷ בהקשרים אחרים מידתיות מתייחסת לאומדן הנזק שנגרם על-ידי האמצעים ששימשו לקידום תכליות לגיטימיות (מידתיות במובן של "אמצעים-תכליות" ("means-ends")). הנזק חייב להיות מידתי ביחס לתועלות הצפויות מהשגת אותן תכליות. בדיני זכויות אדם, למשל, המידתיות בוחנת את מידת הנזק הנגרם על-ידי הגבלות המוטלות על חירויות הפרט המוגנות בהשוואה לתועלות המצופות מהתכליות הלגיטימיות שאותן הגבלות אמורות לשרת.¹⁸
- ב. ב-*jus ad bellum* משתמשים במונח "מידתיות" בשני המובנים האמורים.¹⁹ בבחינת פעולות תגמול, אשר בעבר נחשבו לגיטימיות, המובן המקובל של המונח מתייחס לשקילת הכוח שנעשה בו שימוש אל מול חומרת המעשה הבלתי-חוקי שהוליד את פעולת התגמול.²⁰ לעומת זאת, בהקשר של מדינה המגינה על עצמה מפני מתקפה

17 ראו: Andrew von Hirsch, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, 16 CRIME & JUSTICE 55 (1992).

18 אהרן ברק *מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה* 169 (2010).

19 NOAM LUBELL, *EXTRATERRITORIAL USE OF FORCE AGAINST NON-STATE ACTORS* 64 (Oxford University Press 2010).

20 Roberto Ago, Special Rapporteur to the International Law Commission (I.L.C.), *Eighth Report on State Responsibility*, in I.L.C. Y.B., Vol. II(1), 13, paras. 120–121, UN Doc. D/INF/1980/1/Rev.1, paras. 16–17, 1979–1980.

- חמושה, המונח מתייחס לשאלה אם הכוח שנעשה בו שימוש (האמצעים) הוא מידתי ביחס לתכליות הלגיטימיות שאותן הוא נועד להגשים (הגנה עצמית).²¹
- ג. מאז אומצה מגילת האו"ם, שימוש חד-צדדי של מדינה בכוח מזוין מוגבל למצב שבו היא מממשת את זכותה הטבועה להגנה עצמית, כאמור בסעיף 51 למגילה. על-כן נראה שאת עקרון המידתיות יש לבסס על אומדן הכוח שנעשה בו שימוש אל מול אותה תכלית.²² הקושי נעוץ בכך שאין הסכמה בדבר תוכנה של אותה תכלית. הכל מסכימים אומנם שמדינה הפועלת במסגרת הגנה עצמית רשאית לעצור ולהדוף מתקפה חמושה המצויה בעיצומה, אולם יש אי-הסכמה מובהקת בשאלה אם היא רשאית גם לפעול על-מנת למנוע או להרתיע אותו אויב מלהשיק מתקפות חמושות נוספות. השאלה בדבר התכליות הלגיטימיות מתעצמת כאשר השימוש בכוח להגנה עצמית נעשה לאחר שהמתקפה החמושה כבר הסתיימה ואין עוד מתקפה שאפשר לעצור או להדוף, וכן מקום שהמתקפה החמושה טרם התרחשה אך היא ממשמשת ובאה.
- ד. חוקיות השימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית תלויה, בין היתר, בקיום של צורך או נחיצות (necessity) ובקיומה של מידתיות.²³ דרישת הנחיצות נתפסת לרוב כמתייחסת לעצם הפנייה לשימוש בכוח, להבדיל מנקיטת אמצעים שאינם כרוכים בשימוש בכוח. מידתיות, לעומת זאת, מתייחסת למידת הכוח שנעשה בו שימוש.²⁴ עם זאת, המונח "נחיצות" משמש גם להערכה אם הכוח שנעשה בו שימוש היה נחוץ להשגת התכליות הלגיטימיות של הגנה עצמית. במובן אחרון זה ניכרת זיקה מובהקת בין נחיצות לבין מידתיות. אמצעים יכולים להיות מידתיים רק מקום שהם נחוצים להגשמת התכליות הלגיטימיות.²⁵
- ה. השלב הראשון בבחינת המידתיות הוא הגדרת התכליות הלגיטימיות של השימוש בכוח במקרה הנבחן. בשלב השני בוחנים אם האמצעים הכוחניים שנקטה המדינה הפועלת במסגרת הגנה עצמית היו נחוצים לשם הגשמת אותן תכליות. בהקשר זה יכולה להיות למונח "נחיצות" אחת משתי משמעויות: האחת – שמתקיים קשר

21 GARDAM, לעיל ה"ש 9, בעמ' 156; CORTEN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 470; MICHAEL WALZER, JUST AND UNJUST WARS 120 (3rd ed., Basic Books 1977).

22 DAVID RODIN, WAR AND SELF-DEFENSE 115 (Oxford University Press 2003).

23 International Court of Justice, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. U.S.A.), [1986] ICJ Rep. 14, para. 176 (להלן: עניין *Nicaragua*); Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, [1996] ICJ Rep. 226, para. 41 (להלן: פרשת ה-*Nuclear Weapons*). ראו גם GARDAM, לעיל ה"ש 9, בעמ' 4-1; DINSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 183-185; BROWNLIE, לעיל ה"ש 14, בעמ' 261; CORTEN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 494-470; CHRISTINE GRAY, INTERNATIONAL LAW AND THE USE OF FORCE 150 (3rd ed., Oxford University Press 2008).

24 DINSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 207-210.

25 CORTEN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 488.

רציונלי בין האמצעים לתכליות; האחרת – שאין חלופות פוגעניות פחות להשגת אותן תכליות.

ו. בהקשרים אחרים שבהם אומדים את המידתיות במסגרת מבחן ה"אמצעים-תכליות", לאחר שבודקים אם האמצעים שנקטו היו נחוצים בשני המובנים דלעיל, יש לבחון אם הם עומדים במבחן "המידתיות במוכן הצר".²⁶ במסגרת מבחן זה בודקים אם הנזק שנגרם כתוצאה מאותם אמצעים נחוצים עולה על התועלות הצפויות מנקיטתם. קיימים חילוקי-דעות בנוגע לשאלה אם מבחן המידתיות במוכן הצר רלוונטי ככל שמדובר ב-*jus ad bellum*. מלומדים רבים מניחים כי הוא רלוונטי רק ב-*jus in bello*. אם נאמץ עמדה זו, אזי שאלת המידתיות ב-*jus ad bellum* מתמצה בהערכה אם האמצעים הכוחניים שנקטו היו נחוצים במקרה הספציפי לאור התכליות הלגיטימיות של הגנה עצמית. חילוקי-דעות בנוגע למידתיות של השימוש בכוח משקפים לרוב אי-הסכמה בנוגע לתכליות הלגיטימיות של שימוש בכוח במקרה הנבחן.

ז. מדינה המממשת את זכותה להשתמש בכוח להגנה עצמית חייבת לעשות זאת בהתאם לכללי ה-*jus in bello*.²⁷ משמעות הדבר, בין היתר, היא שכל פעולותיה חייבות לעלות בקנה אחד עם עקרון המידתיות במשפט ההומניטרי הבין-לאומי. הדרישה למידתיות ב-*jus ad bellum* היא דרישה עצמאית שאינה תלויה בשאלת עמידתה של המדינה המתגוננת בתנאי ה-*jus in bello*. כך, שימוש בכוח עשוי להיות לא-מידתי לפי כללי ה-*jus ad bellum* אף אם כל האמצעים שנקטו עולים בקנה אחד עם כללי ה-*jus in bello* בכלל ועם עקרון המידתיות ב-*jus in bello* בפרט.

ח. שאלת המידתיות מתעוררת בהקשר זה, כמו-גם בהקשרים אחרים, רק מקום שהתכליות שמבקשים להגשים הן לגיטימיות. ככל שמדובר באחריות המדינה, אם התכליות שמבקשים להגשים אינן לגיטימיות, האמצעים הננקטים לשם הגשמתן נהפכים בהכרח ללא-לגיטימיים, בין אם הם מידתיים ובין אם לאו. כך, למשל, הפלישה העיראקית לכווית בשנת 1990 הייתה בגדר שימוש בלתי-חוקי בכוח, ועל-כן שאלת המידתיות ב-*jus ad bellum* לא עלתה כלל וכלל. אי-לכך קבעה מועצת הביטחון של האו"ם כי "עיראק נושאת באחריות, על-פי כללי המשפט הבין-לאומי, לכל אובדן, נזק או פגיעה שנגרמו באופן ישיר לפרטים, לממשלות ולארגונים עסקיים כתוצאה מהפלישה העיראקית לכווית וכיבושה שהחלו ב-2 באוגוסט 1990".²⁸

טענתי במאמר זה היא שהתכליות הלגיטימיות של שימוש בכוח להגנה עצמית עשויות להשתנות בהתאם לגורמים שונים, ביניהם טבעה והיקפה של המתקפה החמושה, זהות התוקפן וכן מערכת היחסים שבין התוקפן לבין המדינה המותקפת עובר

26 ראו, למשל: Mads Andenas & Stefan Zleptnig, *Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective*, 42 TEXAS INT'L L.J. 371 (2007); ברק, לעיל ה"ש 18.

27 פרשת ה-*Nuclear Weapons*, לעיל ה"ש 23, פס' 42; DINSTEN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 246.

28 UNSC Res. 687 adopted on Apr. 3rd, 1991, UN Doc. S/RES/687.

למתקפה. על-פי-רוב תיבחן המידתיות לפי מבחן ה"אמצעים-תכליות" (means-ends test), אולם לא כך תמיד. התשובה לשאלה אם יופעל מבחן זה, ואם יופעל – אם השימוש בכוח יוכר במסגרתו כמידתי, תלויה בלגיטימיות של התכליות שלמען נעשה השימוש בכוח במקרה הקונקרטי.²⁹

אומדן המידתיות מחייב בחינת היקף זכותה של מדינה להשתמש בכוח להגנה עצמית. החלק הראשון במאמר מוקדש לבחינת שאלה זו. בחלק השני אבחן כמה תיאוריות העוסקות בתכליות הלגיטימיות של שימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית. בחלק האחרון אסיק מסקנות בדבר המבחן הראוי לאומדן המידתיות.

פרק א: השימוש בכוח במשפט הבין-לאומי

1. עקרונותיה של מגילת האו"ם

קיימת מחלוקת לגבי השאלה באיזו מידה אכן אסר המשפט הבין-לאומי שימוש חד-צדדי בכוח על-ידי מדינות במהלך מחצית המאה העשרים שקדמה לאימוץ מגילת האו"ם.³⁰ אולם אין חולק כי מאז אומצה המגילה נעשו עקרונות השימוש בכוח על-ידי מדינות ברורים למדי. מגילת האו"ם שמה לה ליעד למנוע מלחמות בין מדינות. על-מנת להגשים יעד זה, אימצה המגילה מדיניות של ביטחון קולקטיבי שתיאכף על-ידי מועצת הביטחון של האו"ם, האחראית להשבת השלום והביטחון העולמיים ולשמירתם. סעיף 2(4) למגילת האו"ם אוסר על מדינות "שימוש בכוח או איום בשימוש בכוח נגד שלמותה הטריטוריאלית או עצמאותה המדינית של כל מדינה, או בכל דרך אחרת שאינה עולה בקנה אחד עם מטרות האו"ם". הסייג היחיד המעוגן במגילת האו"ם לאיסור השימוש החד-צדדי בכוח על-ידי מדינות מצוי בסעיף 51. סעיף זה מכיר בזכותן הטבועה של מדינות להגנה עצמית – אינדיווידואלית או קולקטיבית – כאשר מתרחשת מתקפה חמושה נגדן, וגם אז השימוש החד-צדדי בכוח מותר רק "עד אשר תנקוט מועצת הביטחון של האו"ם את הצעדים הדרושים על-מנת לשמר את השלום והביטחון העולמיים". האיסור שמגילת האו"ם מטילה על השימוש החד-צדדי בכוח, כמו-גם החריג לאיסור זה במקרה של הגנה עצמית כנגד מתקפה חמושה, מוכרים כיום כחלק מן המשפט הבין-לאומי המנהגי,³¹ ויש להם מעמד של יוס קוגנס (*jus cogens*).³²

29 לטיעון דומה בנוגע למידתיות של אמצעי-נגד באופן כללי ראו Cannizzaro, לעיל ה"ש 13.
30 ראו BROWNIE, לעיל ה"ש 14, בעמ' 66–111; D.W. BOWETT, SELF-DEFENSE IN INTERNATIONAL LAW (Praeger 1958); STANIMIR A. ALEXANDROV, SELF-DEFENSE AGAINST THE USE OF FORCE IN INTERNATIONAL LAW (Kluwer 1996).

31 עניין *Nicaragua*, לעיל ה"ש 23.

32 Jochen A. Frowein, *Ius Cogens*, in MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, available at www.mpepil.com/subscriber_article?script=yes&id=/

נראה כי עצם הגבלת זכותן של המדינות להשתמש בכוח אך למקרה של הגנה עצמית אינה שנויה במחלוקת. הקשיים עם משטר המגילה בנושא זה, הביקורות עליו והרעיונות בדבר שינויו אינם נוגעים בעיקרון עצמו, כי אם בפרמטרים של הזכות המוגדרת בסעיף 51 למגילה, קרי, הזכות להשתמש בכוח להגנה עצמית. דיון במידתיות בהקשר של שימוש בכוח להגנה עצמית מחייב התייחסות לפרמטרים אלה. יש אומנם מלומדים הטוענים כי ייתכן שיש למדינות זכות להשתמש בכוח להגנה עצמית גם מבלי לעמוד בדרישותיו של סעיף 51, אולם טענות אלה לא זכו בתמיכה של ממש.³³ לפיכך הנחת-המוצא במאמר זה תהיה כי הבסיס היחיד לשימוש חד-צדדי בכוח נגד מדינה אחרת או נגד ארגון לא-מדינתי חמוש המצוי בשטחה הוא המסגרת האמורה של הגנה עצמית כקבוע בסעיף 51 למגילה.³⁴

2. גבולותיו של סעיף 51 למגילת האו"ם

הגבלת זכותה של מדינה להשתמש בכוח במסגרת הגנה עצמית לגבולותיו של סעיף 51 למגילה מחייבת את בחינתם של גבולות אלה. מקובל על הכל כי שימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית צריך לעמוד בתנאי המיידיות, הנחיצות והמידתיות.³⁵ מחלוקת התעוררה בנוגע לסוגיות אחדות הקשורות הן לפרשנותו של סעיף 51 הן לשאלה אם הפרקטיקה הנהוגה בידי המדינות בהקשר של שימוש בכוח, כמו-גם גישתה

.epil/entries/law-9780199231690-e1437&recno=1&searchType=Quick&query=ius+cogens
ראו גם CORTEN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 200–213; DINSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 86–98; Ago, לעיל ה"ש 20, פס' 58.

33 לדעה כי הזכות להשתמש בכוח להגנה עצמית יכול שתקום גם אם לא התרחשה מתקפה חמושה כמצוין בסעיף 51, ואף אם מתקפה כזו אינה צפויה בטווח המידי, ראו BOWETT, לעיל ה"ש 30, בעמ' 182–193; C.H.M. Waldock, *The Regulation of the Use of Force by Individual States* ; 193–182 in *International Law*, Académie de Droit International, COLLECTED COURSES (Recueil des Cours), Vol. 81, 451, 496–497 (The Hague 1952); MALCOLM N. SHAW, *INTERNATIONAL LAW* 1131 (6th ed. 2008). דעה זו נדחתה בתוקף על-ידי BROWNLIE, לעיל ה"ש 14, בעמ' 231–280. מלומדים רבים מסכימים עם בראונלי. ראו, למשל, Ago, לעיל ה"ש 20, פס' 114; DINSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 167–168; CORTEN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 198–248; LUBELL, לעיל ה"ש 19, בעמ' 67–80; GARDAM, לעיל ה"ש 9, בעמ' 141–142; Oscar Schachter, *International Law: The Right of States to Use Armed Force*, 82 MICH. L. REV. 1620 (1984); THOMAS M. FRANCK, *RECOURSE TO FORCE: STATE ACTION AGAINST THREATS AND ARMED ATTACKS* (Cambridge University Press 2002). 12. פרנק היה בדעה כי לפי הטקסט של המגילה, שימוש בכוח בשטחה של מדינה אחרת הוגבל למקרה שבו מתקפה חמושה מתרחשת בפועל. אך לדבריו: "Under pressure of changing circumstances, however, this exception to the general prohibition on nation's unilateral recourse to force has also undergone adaption and expansion through institutional practice". שם, בעמ' 45.

34 אך ראו את הטקסט שליד ה"ש 76 להלן.

35 DINSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 184.

של מועצת הביטחון של האו"ם לעניין זה, הובילו למעשה להרחבת הזכות לפנות לשימוש בכוח אל מעבר למה שניתן להסיק מנוסח הסעיף עצמו.³⁶ אדון בקצרה בשלוש סוגיות שנויות במחלוקת הקשורות בטבורן לדיון במידתיות: (א) מה היקף הכוח הנדרש על-מנת שהשימוש בכוח ייחשב מתקפה חמושה? (ב) האם מתקפה הנערכת על-ידי ארגון לא-מדינתי עשויה להיחשב "מתקפה חמושה" כמשמעותה בסעיף 51? (ג) האם יש מצבים שבהם שימוש מקדים בכוח עשוי להיות חוקי?

(א) מתקפה חמושה – היקפו ותוצאותיו של הכוח הנדרש לפי סעיף 51

הגדרת המושג "מתקפה חמושה" המופיע בסעיף 51 חייבת להתחשב בכמה גורמים: היקף הכוח שנעשה בו שימוש; מטרת המתקפה; זהות התוקף; אופייה הצבאי של המתקפה; וייחוס המתקפה למדינה שנגדה מתכוונים להפעיל כוח במסגרת הגנה עצמית.³⁷ הדיון בחלק זה יוגבל להיקף הכוח שנעשה בו שימוש במסגרת המתקפה החמושה.

קיים פער ברור בין נוסחו של סעיף 2(4) למגילה לבין זה של סעיף 51. בעוד הראשון מתייחס ל"שימוש בכוח או איום בשימוש בכוח" ("threat or use of force" בגרסה האנגלית ו-"à la menace ou à l'emploi de la force" בגרסה הצרפתית), השני מתייחס ל"מתקפה חמושה" ("an armed attack" בגרסה האנגלית ו-"d'une agression armée" בגרסה הצרפתית). ההשלכה הברורה של פער זה היא שבעוד כל שימוש בכוח נגד שלמותה הטריטוריאלית או עצמאותה הפוליטית של מדינה אחרת הוא אסור, לא כל שימוש כזה בכוח יעלה כדי "מתקפה חמושה" המקימה את הזכות להשתמש בכוח להגנה עצמית.³⁸ בפרשת *Nicaragua* קבע בית-הדין הבין-לאומי לצדק כי "יהיה צורך להבחין בין הצורות החמורות ביותר של שימוש בכוח (אלה העולות כדי מתקפה חמושה) לבין צורות חמורות פחות".³⁹ כדוגמה לשימוש בכוח שלא יהיה בעל "ההיקף והתוצאות" הדרושים על-מנת להחשיבו ל"מתקפה חמושה", ציין בית-הדין "סתם

36 ראו FRANCK, לעיל ה"ש 33, בעמ' 12; Christian J. Tams, *The Use of Force against Terrorists*, 20 EUR. J. INT'L L. 359 (2009). כן ראו את תשובתו של CORTEN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 470-402. ראו גם CASSESE, לעיל ה"ש 15, בעמ' 354, הטוען כי: "it is not clear whether customary international rules have evolved on the matter, derogating from the general ban on unilateral use of armed force, laid down in the body of law [in articles 2.4 and 51 of the Charter]"

37 Steven R. Ratner, *Self-Defense Against Terrorists: The Meaning of Armed Attack*, in COUNTER-TERRORISM STRATEGIES IN A FRAGMENTED INTERNATIONAL LEGAL ORDER: MEETING THE CHALLENGES (Larissa van den Herik & Nico Schrijver eds., Cambridge University Press, forthcoming in 2013).

38 CORTEN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 403; DINSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 174; Randelzhofer, לעיל ה"ש 12, בעמ' 790-791.

39 עניין *Nicaragua*, לעיל ה"ש 23, פס' 195; פרשת *Oil Platforms*, לעיל ה"ש 6, פס' 51.

תקרית גבול" (a mere frontier incident).⁴⁰ הוועדה שהוקמה לבחינת התביעות בפרשת אריתריאה-אתיופיה גרסה כי "היתקלויות מקומיות בין יחידות חיל-רגלים קטנות בגבול, אפילו כאלה הכרוכות באובדן חיי אדם, אינן עולות כדי מתקפה חמושה לצורך מגילת האו"ם".⁴¹

הדרישה שלפיה על השימוש בכוח לחצות סף מסוים של "היקף ותוצאות" או של חומרת הנזק על-מנת שיוכר כמתקפה חמושה לצורך סעיף 51 אינה מקובלת על הכל. יורם דינשטיין סובר אומנם אף הוא כי לא כל שימוש בכוח יעלה כדי מתקפה חמושה, אך דוחה את העמדה שלפיה תקריות גבול אינן בהכרח מתקפה חמושה. לדידו, הפער בין איסור ה"שימוש בכוח" על-פי סעיף 2(4) לבין "מתקפה חמושה" על-פי סעיף 51 צריך להיות צר למדי. לשיטתו, כל שימוש בכוח המוביל לאובדן חיי אדם או לנזק חמור לרכוש עולה כדי מתקפה חמושה. מחברי ה-*Chatham House Principles of International Law on Use of Force in Self-Defence* גורסים כי "מתקפה חמושה היא כל שימוש בכוח מזוין, ואינה צריכה לחצות סף כלשהו של עצימות".⁴² זאת גם העמדה שאימצה ארצות-הברית.⁴³

אין אומנם קונסנזוס בשאלה אם על השימוש בכוח לעמוד בסף כלשהו של עצימות על-מנת להיחשב כמתקפה חמושה, כמו-גם בשאלה מה סף זה צריך להיות ככל שהוא נדרש,⁴⁴ אולם אפילו לשיטתם של אלה הגורסים כי סף כזה נדרש, הוא אינו גבוה.⁴⁵

40 עניין *Nicaragua*, לעיל ה"ש 23, פס' 195. לדיון בעמדת בית-הדין בעניין זה, כמו-גם בפרשת ה-*Oil Platforms*, לעיל ה"ש 6, ולביקורת על עמדה זו, ראו MOIR, לעיל ה"ש 14, בעמ' 117-140.
41 Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, *Jus ad Bellum*, Ethiopia's Claims 1-8, The Hague, 19 Dec. 2005, para. 11, available at www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=158.

42 *Chatham House Principles of International Law on Use of Force in Self-Defence*, available at www.chathamhouse.org/publications/papers/view/108106 (להלן: *Chatham House Principles*). מחברי כללים אלה הינם מומחים בריטים מן המעלה הראשונה במשפט הבין-לאומי, ביניהם יועצים משפטיים לשעבר במשרד החוץ הבריטי, אקדמאים מובילים בתחומם ועורכי-דין העוסקים בליטיגציה (barristers). הם מודים כי בית-הדין הבין-לאומי קבע כי לא כל שימוש בכוח הוא חמור דיו להיחשב "מתקפה חמושה", אך הם טוענים כי עמדה זו לא זכתה בתמיכה גורפת.

43 Ratner, לעיל ה"ש 37; Abraham D. Sofaer, *Terrorism, the Law, and the National Defense*, 126 MIL. L. REV. 89 (1989).

44 Ratner, לעיל ה"ש 37.

45 ראו: Michael N. Schmitt, *Counter-Terrorism and the Use of Force in International Law* 19 (The Marshall Center Papers, No. 5, 2002), available at www.au.af.mil/au/awc/awcgate/marshall/mc-paper_5-en.pdf. דומה כי את החריג היחיד לכך ניתן למצוא אצל CASSESE, לעיל ה"ש 15, בעמ' 354, המתייחס לזכות להשתמש בכוח במסגרת הגנה עצמית רק כתגובה על "תוקפנות מזוינת בהיקף רחב" ("massive armed aggression"). אולם האסמכתות של קססה לעמדתו זו הן פסקי-הדין של בית-הדין הבין-לאומי לצדק בעניין *Nicaragua* (לעיל ה"ש 23)

להפך, מגדריה של מתקפה חמושה מוחרגות רק "סתם תקריות גבול" או לכל-היותר "היתקלויות מקומיות בין יחידות חיל-רגלים קטנות בגבול". מכאן שמתקפה חמושה המקימה למדינה המותקפת את הזכות להפעלת כוח להגנה עצמית עשויה לנוע משימוש מצומצם למדי בכוח, דוגמת פשיטת גבול הגוררת אובדן או נזק מוגבלים, ועד לפלישה נרחבת לשטחה של המדינה המותקפת.

בנסיונותיה להצדיק את השימוש שעשתה בכוח כתגובה על מתקפות או הפגזות שנערכו על שטחה, הסתמכה מדינת-ישראל באופן עקבי על תיאוריית "הצטברות המאורעות" ("accumulation of events" theory).⁴⁶ כך עשו גם מדינות אחרות שנאלצו להתמודד עם סדרה של מתקפות בעצימות נמוכה.⁴⁷ לתיאוריה זו יש השלכות לא רק לגבי השאלה אם התקיימה בכלל מתקפה חמושה, אלא גם לגבי השאלה אם המדינה המותקפת רשאית להגן על עצמה לא רק כנגד המתקפה הספציפית שהובילה לשימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית, אלא גם כנגד האיום הכולל הנובע מסדרת המתקפות.⁴⁸ תיאוריית "הצטברות המאורעות" נתקלה בתגובה צוננת במועצת הביטחון של האו"ם.⁴⁹ מאידך גיסא, אף שבית-הדין הבין-לאומי לצדק מעולם לא אימץ תיאוריה זו באופן מפורש, אלא העדיף תמיד לתחום את דיונו לשאלה אם מתקפה קונקרטיית עלתה כדי "מתקפה חמושה" אם לאו, בפרשת ה-*Oil Platforms* השתמש בית-הדין בלשון

ובפרשת ה-*Oil Platforms* (לעיל ה"ש 6). פסקי-דין אלה אינם מתייחסים ל"תוקפנות מזוינת בהיקף רחב", אלא ל"צורות חמורות של שימוש בכוח" ("grave forms of the use of force").
46 Yael Ronen, *Israel, Hizbollah and the Second Lebanon War*, 9 Y.B. INT'L HUMANIT. L. 362, 372 (2006). בטענות שהעלתה ישראל לפני מועצת הביטחון של האו"ם, לאחר שהחלה במבצע הצבאי בעזה בדצמבר 2008, התבססה שגרירת ישראל לאו"ם מפורשות על זכותה של ישראל, לפי סעיף 51 למגילה, להשתמש בכוח להגנה עצמית בתגובה על שבועות, חודשים ושנים שבהם ספגו אזרחיה מתקפות טרור חוזרות ונשנות: Statement by Israel Ambassador Gabriela Shalev, Permanent Representative Security Council, 31 Dec. 2008, available at www.mfa.gov.il/MFA/Government/Speeches+by+Israeli+leaders/2008/Statement_Amb_S_halev_UN_Security_Council_31-Dec-2008.

47 ראו: Natalia Ochoa-Ruiz & Esther Salamanca-Aguado, *Exploring the Limits of International Law Relating to the Use of Force in Self-defence*, 16 EUR. J. INT'L L. 499, 516 (2005) (המתארות את ההסתמכות האמריקאית על תיאוריה זו בפרשת ה-*Oil Platforms*, לעיל ה"ש 6); LUBELL, לעיל ה"ש 19, בעמ' 51 (המתאר את הסתמכותה של בריטניה על התיאוריה האמורה כדי להצדיק את השימוש בכוח נגד תימן).

48 בפרשת ה-*Oil Platforms*, לעיל ה"ש 6, טענה ארצות-הברית כי "דפוס הפעולה של איראן הוסיף על חומרתן של המתקפות הספציפיות, חיוק את נחיצותה של פעולה להגנה עצמית וסייע בעיצוב התגובה הראויה". ראו: Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Counter-Memorial and Counter-Claim Submitted by the United States of America, 23 June 1997, para. 4.10, available at www.icj-cij.org/docket/files/90/8632.pdf (להלן: התזכיר הנגדי והתביעה הנגדית של ארצות-הברית בפרשת ה-*Oil Platforms*).

49 כן ראו Ochoa-Ruiz & Salamanca-Aguado, לעיל ה"ש 47; LUBELL, לעיל ה"ש 19, בעמ' 53. Derek Bowett, *Reprisals*; Tams, לעיל ה"ש 36, בעמ' 370; LUBELL, לעיל ה"ש 19, בעמ' 51. *Involving Recourse to Armed Force*, 66 AM. J. INT'L L. 1 (1972).

המרמזת כי משקלן המצטבר של מתקפות חוזרות ונשנות עשוי להופכן לשימוש בכוח העולה כדי "מתקפה חמושה"⁵⁰. תיאוריית "הצטברות המאורעות" לא זכתה בתמיכה כללית בקהילה הבין-לאומית. עם זאת, יש סימנים המעידים כי כיום, עם התגברות המודעות לקושי הניכר שמתקפות טרור חוצות-גבולות מציבות בפני מדינות, היא אינה נדחית עוד באופן גורף כבעבר.⁵¹ כלשונו של כריסטיאן טמס (Christian Tams): "נראה כי המדינות מגלות נכונות חדשה לקבל את דוקטרינת 'הצטברות המאורעות' אשר קודם לכן לא זכתה אלא בתמיכה מועטה."⁵²

(ב) מתקפה הנערכת על-ידי ארגון לא-מדינתי

היכולה מתקפה הנערכת על-ידי ארגון לא-מדינתי להיות מסוג המתקפות החמושות המתירות למדינה המותקפת לממש את זכותה להגנה עצמית באמצעות שימוש בכוח מזוין שהיה נחשב ברגיל הפרה של סעיף 2(4) למגילה? מקום שניתן לייחס את המתקפה למדינה מסוימת, התשובה חיובית כמובן.⁵³ אך מה המצב כאשר אי-אפשר לייחס את

50 פרשת ה-*Oil Platforms*, לעיל ה"ש 6, פס' 64: "Even taken cumulatively... these incidents do not seem to the Court to constitute an armed attack on the United States" (Ratner), לעיל ה"ש 37, בעמ' 8) מתייחס להצהרה זו, בשלבו אותה עם ההתייחסות מפרשת *Nicaragua* (לעיל ה"ש 23) להיקפן ולתוצאותיהן של מתקפות מצד ארגונים לא-מדינתיים, כאל הבעת דעה של בית-הדין הבין-לאומי כי "סדרה של מתקפות, אשר אף לא אחת מהן חמורה דייה כשלעצמה להוות מתקפה חמושה, עשויות לעלות יחדיו כדי מתקפה חמושה". בפסק-הדין בעניין *Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*, [2005] ICJ Rep. 53 (להלן: פרשת ה-*Armed Activities in the Congo*), בפס' 146-147, קבע בית-הדין כי "אף אם ניתן לראות שורה זו של מתקפות מצערות כמצטברות באופיין", אי-אפשר לייחסן לרפובליקה הדמוקרטית של קונגו, ועל-כן הן לא הולידו לאוגנדה את ההרשאה לפעול למימוש זכותה להגנה עצמית כנגד מדינה זו.

51 Theresa Reinold, *State Weakness, Irregular Warfare, and the Right to Self-Defense Post 9/11*, 105 AM. J. INT'L L. 244 (2011).

52 Tams, לעיל ה"ש 36, בעמ' 388.

53 לשאלה מתי ניתן לייחס למדינה מתקפה שנערכה על-ידי ארגונים לא-מדינתיים ניתנו בספרות חשובות רבות ומגוונות. ראו, למשל, Schmitt, לעיל ה"ש 45; Greg Travalio & John Altenburg, *State Responsibility for Sponsorship of Terrorist and Insurgent Groups: Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force*, 4 CHI. J. INT'L L. 97 (2003); Derek Jinks, *State Responsibility for Sponsorship of Terrorist and Insurgent Groups: State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups*, 4 CHI. J. INT'L L. 83 (2003); Davis Brown, *Use of Force Against Terrorism after September 11th: State Responsibility, Self-Defence and Other Responses*, 11 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 1 (2003); Justin N.B. Frank & Javaid Rehman, *Assessing the Legality of the Attacks by the International Coalition Against Terrorism Against Al-Qaeda and the Taleban in Afghanistan: An Inquiry into the Self-Defence Argument under Article 51 of the UN Charter*, 67 J. CRIM. L. 415 (2003). מה שעולה בבירור מכל העמדות האמורות הוא שאין להסיק מעצם פעולתו של ארגון לא-מדינתי מתוך שטחה של מדינה כי ניתן לייחס מתקפה חמושה שלו כלפי מדינה אחרת למדינה

המתקפה למדינה מסוימת, או לפחות לא למדינה שמשטחה פעלו אותם ארגונים לא-מדינתיים שכלפיהם המדינה המותקפת מבקשת כעת להשתמש בכוח? סוגיה זו שנויה במחלוקת עמוקה. הדבר מעלה את השאלה אם כללי המשפט הבין-לאומי יכולים למנוע מדינות מלנקוט פעולה אשר נחוצה לשם הגנת אזרחיהן ותושביהן מפני מתקפות אך ורק משום שאי-אפשר לייחס את האחריות להן לשום מדינה.

בחוות-הדעת המייעצת בעניין ההשלכות המשפטיות של בניית גדר-ההפרדה אמר בית-הדין הבין-לאומי לצדק כי לא עלה בידי ישראל לבסס את חוקיות בנייתה של גדר-ההפרדה בגדה המערבית על זכותה להגנה עצמית על-פי סעיף 51 למגילה, מאחר שהיא לא טענה כי ניתן לייחס למדינה כלשהי את המתקפות שמפניהן היא מבקשת להתגונן באמצעות הגדר.⁵⁴ ההנחה העולה מעמדה זו היא שרק מתקפה חמושה הנערכת על-ידי מדינה מקימה את הזכות להשתמש בכוח להגנה עצמית על-פי סעיף 51.⁵⁵ שלושה שופטים במושב ראו לנכון להסתייג מעמדה זו,⁵⁶ אשר בוקרה קשות גם בכתיבה האקדמית.⁵⁷

המארכת. אומנם, על כל מדינה מוטלת החובה, על-פי החוק הבין-לאומי, למנוע מתקפות חמושות של ארגונים לא-מדינתיים משטחה כלפי מדינות אחרות. אולם הפרת החובה האמורה אינה נחשבת כשלעצמה "מתקפה חמושה", ועל-כן אינה מקימה למדינה המותקפת את הזכות להשתמש בגדה בכוח להגנה עצמית. אולם ראו Reinold, לעיל ה"ש 51, הטוענת כי הפרקטיקה הנוהגת תומכת בעמדה שלפיה מדינות המארחות בשטחן כוחות לא-סדירים נושאות באחריות כלפי אזרחי המדינות המותקפות על-ידי אותם כוחות, ואי-עמידה בחובות הנגזרות מאחריות זו "מפעילה את זכותה של המדינה המותקפת להגנה עצמית" (שם, בעמ' 284). הדבר נכון, לטענת ריינולד, גם לגבי מדינות חלשות שאין באפשרותן למלא את חובתן למנוע שימוש בשטחן כבסיס לפעולות נגד המדינה המותקפת.

54 ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 43 ILM 1009, para. 139 (2004) (להלן: *Legal Consequences of a Wall*). בהחלטה מאוחרת יותר – בפרשת ה-*Armed Activities in the Congo*, לעיל ה"ש 50, פס' 147 – הותיר בית-הדין בצריך עיון את השאלה "אם ובאילו תנאים החוק הבין-לאומי העכשווי מכיר בזכות להגנה עצמית כנגד מתקפות רחבות-היקף של כוחות לא-סדירים".

55 בית-הדין סיפק סיבה נוספת לדחיית הטענות של ישראל כי בבניית גדר-ההפרדה היא הפעילה את זכותה להגנה עצמית המוכרת בסעיף 51: העובדה שהמתקפות שמפניהן נועדה הגדר להגן נעשו מהשטחים הכבושים, שעליהם יש לישראל שליטה אפקטיבית. על-כן, לטענת בית-הדין, את החוקיות של בניית גדר-ההפרדה יש לבחון בהתאם לכללי ה-*jus in bello*, ולא לפי כללי ה-*jus ad bellum*. טיעון זה אינו חסר יסוד. ראו: "In Defense of the International Court", 99 AM. J. INT'L L. 76 (2005).

56 *Legal Consequences of a Wall*, לעיל ה"ש 54, חוות-הדעת הנפרדת של השופט היגנס (Higgins), פס' 33-34; שם, חוות-הדעת הנפרדת של השופט קוימנס (Kooijmans), פס' 35-36; שם, הצהרתו של השופט בורגנטל (Buergenthal), פס' 5-6.

57 Ruth Wedgwood, *The ICJ Advisory Opinion on the Israeli Security Fence and the Limits of Self-Defense*, 99 AM. J. INT'L L. 52, 56 (2005); Sean D. Murphy, *Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An Ipse Dixit from the ICJ?*, 99 AM. J. INT'L L. 62 (2005); Christian J. Tams, *Light Treatment of a Complex Problem: The Law of Self-Defence in the*

העמדה שלפיה מתקפה של ארגון לא-מדינתי שאי-אפשר לייחסה למדינה אינה יכולה לעלות כדי "מתקפה חמושה" נדחתה על-ידי רוב-רובם של המלומדים.⁵⁸ התנגדותם לעמדה זו מבוססת על מגוון טיעונים: ראשית, סעיף 51 אינו מתייחס באופן מפורש דווקא למתקפה חמושה הנערכת על-ידי מדינה; שנית, הזכות הטבועה להגנה עצמית שסעיף 51 מתייחס אליה כללה מאז ומתמיד גם את הזכות להתגונן בכוח מפני מתקפה מצד ארגון לא-מדינתי; שלישית, החלטות 1368 ו-1373 שקיבלה מועצת הביטחון של האו"ם לאחר מתקפת הטרור של ה-11 בספטמבר נגד ארצות-הברית, שנערכה על-ידי ארגון לא-מדינתי, מתייחסות בהקשר של מתקפה זו לזכות הטבועה להגנה עצמית (אינדיווידואלית או קולקטיבית) בהתאם למגילת האו"ם; רביעית, הפרקטיקה של המדינות מאששת את הזכות להשתמש בכוח במים בין-לאומיים וכן בשטחה של מדינה אחרת לשם הגנה מפני מתקפה מצד ארגון לא-מדינתי; ולבסוף, הקביעה כי מתקפה על מדינה הנעשית על-ידי ארגון לא-מדינתי לא תוכל לעולם להיחשב מתקפה חמושה לצורך סעיף 51 מציבה את המדינה המותקפת במצב בלתי-אפשרי, ועל-כן היא אינה מציאותית. למדינות יש החובה והזכות להגן על אזרחיהן ותושביהן מפני מתקפה. מקום שהארגון הפועל לתכנון המתקפה ולהוצאתה אל הפועל עושה זאת מחוץ לגבולותיה של המדינה המותקפת, אם גם המדינה שאותו ארגון פועל משטחה וגם הקהילה הבין-לאומית אינן נוקטות אמצעים אפקטיביים להפסקת המתקפות, חייבת לעמוד למדינה המותקפת הזכות לעשות שימוש בכוח להגנה עצמית. התמיכה, הסבילה או הפעילה, שהפגינו חלקים ניכרים מהקהילה הבין-לאומית במקרים בולטים שבהם הפעילה מדינה כוח נגד ארגון לא-מדינתי בשטחה של מדינה אחרת בנסיבות כאמור מחזקת את הטענה כי הפרקטיקה של המדינות כיום מכירה בקיומה של זכות כזו.⁵⁹

Wall Case, 16 EUR. J. INT'L L. 963 (2006). השוו MOIR, לעיל ה"ש 14, בעמ' 131–135, הטוען כי: "The Court's pronouncement could, in fairness, be seen as ambiguous on this point. It does not, after all, say in explicit terms that the right of self-defence can be invoked under Article 51 only in the event of an armed attack by another state" (ההדגשה במקור).

58 ראו, למשל, DINSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 214; CASSESE, לעיל ה"ש 15, בעמ' 355; LUBELL, לעיל ה"ש 19, בעמ' 35; Reinold, לעיל ה"ש 51, בעמ' 248; Christopher Greenwood, *International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq*, 4 SAN DIEGO INT'L L.J. 7 (2003); Thomas Franck, *Editorial Comments: Terrorism and the Right of Self-Defence*, 95 AM. J. INT'L L. 839 (2001); Jordan J. Paust, *Use of Armed Force Against Terrorists in Afghanistan, Iraq and Beyond*, 35 CORNELL INT'L L.J. 533 (2002); Carsten Stahn, *Terrorist Acts as "Armed Attack": The Right to Self-Defense, Article 51(1/2) of the UN Charter, and International Terrorism*, 27 FLETCHER FORUM WORLD AFF. 35 (2003); Rein Müllerson, *Jus ad Bellum and International Terrorism*, 32 ISR. Y.B. HUM. RTS. 1 (2002). ראו גם Schmitt, לעיל ה"ש 45; Murphy, לעיל ה"ש 57; Brown, לעיל ה"ש 53.

59 ראו: Tom Ruys, *Quo Vadit Jus ad Bellum? A Legal Analysis of Turkey's Military*

על-אף הטיעונים הנ"ל, נשמעים עדיין קולות שלפיהם סעיף 51 למגילה מתייחס אך ורק למתקפות חמושות הנערכות על-ידי מדינות. הטיעון המרכזי של המלומדים המצדדים בעמדה זו הוא שאיסור השימוש בכוח המעוגן בסעיף 2(4) למגילה מתייחס מפורשות לאיסור השימוש בכוח על-ידי מדינה אחת נגד שלמותה הטריטוריאלית ועצמאותה הפוליטית של מדינה אחרת. מאחר שסעיף 51 מהווה חריג לאיסור זה, הוא מתייחס מטבע הדברים אך לאותו סוג של שימוש בכוח שכפוף מלכתחילה לאיסור, קרי, לשימוש בכוח של מדינה אחת כלפי מדינה אחרת.⁶⁰

יש להדגיש כי השיח בעניין זה אינו מתייחס לשאלה אם מדינה המותקפת על-ידי ארגון לא-מדינתי רשאית לנקוט אמצעים כדי להגן על עצמה. מובן מאליו שהיא רשאית לעשות כן. השאלה בענייננו היא אם אמצעים אלה עשויים לכלול גם שימוש בכוח נגד הארגון הלא-מדינתי בשטחה של מדינה אחרת שאי-אפשר לייחס לה את האחריות למתקפה של אותו ארגון.

חرف הצהרותיו של בית-הדין הבין-לאומי לצדק בעניין גדר-ההפרדה, ולמרות ניתוחם של מלומדים אחדים,⁶¹ לצורך הדיון להלן במידתיות אקבל את העמדה המקובלת בספרות שלפיה מתקפה על-ידי ארגון לא-מדינתי עשויה לעלות כדי מתקפה חמושה. אם ניתן לייחס את המתקפה למדינה שמשטחה אותו ארגון פועל, אזי המדינה המותקפת רשאית להשתמש בכוח להגנה עצמית הן נגד המדינה המארחת הן נגד חברי אותו ארגון הנמצאים בשטחה. אם, לעומת זאת, אי-אפשר לייחס למדינה המארחת את האחריות למתקפות של הארגון הלא-מדינתי הפועל משטחה, אך אותה מדינה אינה נוקטת פעולות אפקטיביות על-מנת למנוע את הארגון האמור מלהוציא את מתקפותיו אל הפועל, על המדינה המותקפת להגביל את שימושה בכוח רק אל חברי הארגון עצמם.⁶² דרישות המידתיות בהקשר זה יהיו תלויות בכיורור בצורת ההגנה העצמית

60 (2008) 10 MELB. J. INT'L L. 334 *Operations Against the PKK in Northern Iraq*. ראו גם

Reinold, לעיל ה"ש 51; MOIR, לעיל ה"ש 14, בעמ' 151.

61 ראו Ago, לעיל ה"ש 20; Michael Bothe, *Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force*, 20 EUR. J. INT'L L. 227 (2003). להצגה המקיפה ביותר של הטיעון נגד הכרה במתקפה של ארגון לא-מדינתי כ"מתקפה חמושה" המקימה את הזכות לשימוש בכוח להגנה עצמית ראו CORTEN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 160-197.

62 ובעיקר ניתוחו של CORTEN, שם.

63 ראו Greenwood, לעיל ה"ש 58; DINSTEN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 213-221 (המכנה שימוש כזה בכוח "אכיפת חוק חוץ-טריטוריאלית"); LUBELL, לעיל ה"ש 19, בעמ' 36-42; Schmitt, לעיל ה"ש 45; Kimberley N. Trapp, *Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of self-defence Against Non-State Terrorist Actors*, 56 INT'L COMP. L.Q. 141 (2007) (להלן: Trapp, *Back to Basics*). ראו גם Tams, לעיל ה"ש 36, בעמ' 378-381, הטוען כי במהלך עשרים השנים האחרונות התרחש שינוי בגישתם של מוסדות האו"ם ושל מדינות רבות בנוגע לשימוש בכוח נגד תאי טרור הפועלים בשטחן של מדינות שאי-אפשר לייחס להן את התקפותיהם נגד המדינה המותקפת. לטענתו, שינוי זה נובע מהגמשת התנאים הדרושים לשם ייחוס אחריות למדינה בגין פעולותיו של ארגון הפועל משטחה. כך, במקום לדרוש רמה גבוהה של מעורבות בפעילות הטרור עצמה, כיום די בסיוע לארגון הטרור ועידודו, ו/או שיתוף-פעולה כלשהו עימו, לשם ייחוס אחריות

המופעלת: הגנה עצמית נגד המדינה ונגד הארגון הלא-מדינתי שבשטחה או הגנה עצמית אך ורק נגד הארגון הלא-מדינתי.⁶³

(ג) שימוש מקדים בכוח

סעיף 51 למגילת האו"ם מגביל במפורש את הזכות להשתמש בכוח להגנה עצמית אך למקרים שבהם מתרחשת מתקפה חמושה. לכאורה משתמע מכך לא רק שלמדינות אסור לעשות שימוש בכוח על-מנת למנוע מתקפה עתידית או להרתיע מפני ייזומה, אלא אף שאסור להן להשתמש בכוח כדי לסכל מתקפה ממשמשת ובאה (להלן: מתקפה הצפויה מיידיית), וזאת אף אם תוצאותיה עלולות להיות הרוות-אסון מבחינת המדינה המתקפת או אם יש בה כדי להעניק למדינה התוקפת יתרון צבאי משמעותי.⁶⁴ יש עדויות לכך שבעת ניסוח המגילה הניחו מדינות רבות כי הזכות הטבועה להגנה עצמית כוללת בחובה את הזכות לעשות שימוש בכוח כנגד מתקפה הצפויה מיידיית בהתקיים תנאיו של מבחן קרוליין (Caroline Test),⁶⁵ דהיינו, שהמדינה ניצבת בפני איום של מתקפה חמושה המעורר "צורך מיידי ומכריע בהגנה עצמית, שאינו מותר כל זמן להתלבטות או אפשרות לבחירה באמצעים חלופיים".⁶⁶ עם זאת, יש להודות כי ניתן למצוא היגיון גם

למדינה המארכת בגין פעולותיו. שם, בעמ' 385–386. עמדה זו של טמס מתעלמת מן ההבחנה החשובה שערכתי בין שימוש בכוח נגד הארגון הלא-מדינתי בשטחי המדינה המארכת לבין שימוש בכוח נגד המדינה המארכת עצמה. להרחבה בדבר הבחנה זו ראו: Kimberley N. Trapp, *The Use of Force Against Terrorists: A Reply to Christian J. Tams*, (2009) 20 EUR. J. INT'L L. 1049. כן ראו Reinold, לעיל ה"ש 51, בעמ' 282, הטוענת כי הפרקטיקה של השנים האחרונות הרחיבה את זכותן של מדינות מותקפות לפעול במסגרת הגנה עצמית נגד ארגונים לא-מדינתיים הפועלים משטחן של "מדינות חלשות", קרי, מדינות שאין ביכולתן למנוע את פעילותם משטחן.

63 Trapp, *Back to Basics*, שם.

64 המינוח הרווח המשתמש להבחנה בין שימוש בכוח לשם סיכול מתקפה הצפויה מיידיית לבין שימוש בכוח לשם מניעה מוקדמת של מתקפה שאינה צפויה באופן מיידי הינו מטעה במובן מסוים. בדרך-כלל המונח "מתקפה מקדימה" (anticipatory attack) משמש לתיאור פעולה נגד מדינה אחרת שעומדת לפתוח במתקפה קונקרטיית בטווח המיידי; ואילו המונח "מתקפת-מנע" (pre-emptive attack) משמש לתיאור פעולה שתכליתה למנוע את המדינה האחרת מלהשיק מתקפה בזמן עתידי כלשהו. יש המעדיפים להבחין בין המצבים באמצעות המונחים "מתקפת-מנע" (pre-emptive attack) לעומת "מתקפה מניעתית" (preventive attack). להרחבה ראו: Abraham D. Sofaer, *THE BEST DEFENSE? LEGITIMACY & PREVENTIVE FORCE* 9–10 (Hoover Institute Press, Stanford 2010). ראו גם DOYLE, לעיל ה"ש 13.

65 ראו Greenwood, לעיל ה"ש 58, בעמ' 12–13; BOWETT, לעיל ה"ש 30, בעמ' 184–185. השוו FRANK, לעיל ה"ש 33, בעמ' 50, הטוען כי: "it is beyond dispute that the negotiators deliberately closed the door on any claim of 'anticipatory self-defense'..." Corten, לעיל ה"ש 13, בעמ' 414–416.

66 ראו את מכתבו של מזכיר המדינה האמריקאי דניאל ובסטר (Daniel Webster) מיום 24 באפריל 1841 בתוך: *Caroline Case*, 29 BRITISH AND FOREIGN STATE PAPERS 1137–1138 (1841), [available at avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp) (להלן: מכתבו של דניאל ובסטר בעניין *Caroline*).

בפירוש המילולי יותר של סעיף 51, אשר מלומדים אחדים אכן מבכרים אותו. פירוש זה אף עולה בקנה אחד עם מדיניות הביטחון הקולקטיבי שאומצה במגילת האו"ם.⁶⁷ לפי מדיניות זו, אם מדינה ניצבת בפני מתקפה הצפויה מיידית, אין היא רשאית לעשות שימוש מקדים בכוח, אלא עליה לפנות לעזרת מועצת הביטחון של האו"ם. יתר על כן, התרחשות בפועל של מתקפה חמושה מותרת על-פי-רוב ראיות בשטח, ועל-כן אינה מותרת מקום לספקות ולניצול לרעה על-ידי מדינות. לעומת זאת, החשש מפני מתקפה הצפויה מיידית מבוסס, מעצם טבעו, על הערכות סובייקטיביות בנוגע להתפתחויות סבירות בעתיד.⁶⁸ מתן היתר למדינות להשתמש בכוח על בסיס הערכות כאמור יפתח פתח לשימוש לרעה בזכות הלגיטימית של מדינות להשתמש בכוח להגנה עצמית.

המצדדים בהכרה בזכות לשימוש מקדים בכוח לנוכח מתקפה הצפויה מיידית נשענים לא רק – או לא בעיקר – על משמעותה של "הזכות הטבועה להגנה עצמית" שזכתה בהכרה בסעיף 51, ואף לא על ההיסטוריה הניסוחית של הסעיף, אלא על המציאות של הלוחמה והפוליטיקה הבינ-לאומית בעידן המודרני.⁶⁹ לנוכח הפיתוחים החדשים של נשק להשמדה המונית, הדרישה שמדינה הניצבת בפני מתקפה הצפויה מיידית מצד אויב החמוש בנשק מסוג זה תמתין בחיבוק-ידיים בטרם תוכל להגן על עצמה נראית מגוחכת מתמיד.⁷⁰ טיעונים דומים הושמעו לנוכח האיום הטמון בפיגועי טרור.⁷¹ על רקע הישגיה הדלים למדי של מועצת הביטחון במניעת מעשי תוקפנות, קשה לצפות שמדינה תשליך את יהבה על המועצה בשעה שהיא משוכנעת כי מרחף מעליה איום של מתקפה בטווח המידי שעלולה להמיט עליה אסון.

בנסיבות אלה אין זה מפתיע שלצד ההסכמה האוניוורסלית כמעט שמדינה אינה רשאית לעשות שימוש בכוח על-מנת למנוע מתקפה עתידית או להרתיע מפני יוזמה,⁷²

67 CORTEN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 406–416, Bothe, לעיל ה"ש 60.

68 Randelzhofer, לעיל ה"ש 12, בעמ' 803; Mary Ellen O'Connell, *Lawful Self-Defense to Terrorism*, 63 U. PITT. L. REV. 889, 895 (2002). אוקונל דנה בראיות הדרושות לביסוס טענה בדבר מתקפה מיידית.

69 ROSALYN HIGGINS, PROBLEMS AND PROCESS: INTERNATIONAL LAW AND HOW WE USE IT 242 (Clarendon Press 1994). ראו גם FRANCK, לעיל ה"ש 33, בעמ' 98; MOIR, לעיל ה"ש 14, בעמ' 12–13.

70 HIGGINS, שם, בעמ' 224.

71 Anthony C. Arend, *International Law and the Preemptive Use of Military Force*, 26(2) TAMS; WASH. Q. 89 (2003). לעיל ה"ש 36.

72 במסגרת מסמך שפירט את אסטרטגיית הביטחון הלאומית של ארצות-הברית לשנת 2002, הכריזה ארצות-הברית כי במידת הצורך היא תנקוט פעולות-מנע (pre-emptive) על-מנת למנוע או לפחות לעכב מעשי איבה מצד יריביה, וזאת "אף בהעדר ודאות לגבי הזמן והמקום שבו מתקפת האויב עתידה להתרחש". *National Security Strategy of the United States* (2002), available at www.globalsecurity.org/military/library/policy/national/nss-020920.htm. עמדה זו חזרה על עצמה במסמך שפירט את אסטרטגיית הביטחון הלאומית של ארצות-הברית לשנת 2006: *US National Security Strategy* (2006), available at georgewebush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2006/. על העמדה האמורה נמתחה ביקורת מצד מלומדים וממשלות זרות כאחד.

קיימת תמיכה רחבה (אם כי בוודאי לא אוניוורסלית) בעמדה שלפיה מדינה רשאית לעשות כן כדי לסכל מתקפה הצפויה מיידית. צוות המומחים הבכיר שמינה המזכיר הכללי של האו"ם קופי אנן (Kofi Annan) לבחינת רפורמה באו"ם נקט עמדה ברורה בסוגיה זו. לאחר שציטט את לשונו ה"מצמצמת" של סעיף 51, כתב הצוות כך:

"However, a threatened State, according to long established international law, can take military action as long as the threatened attack is *imminent*, no other means would deflect it and the action is proportionate."⁷³

מזכ"ל האו"ם אימץ עמדה זו ברוח שפרסם כשנה לאחר פרסום הדוח של צוות המומחים.⁷⁴ רבים אכן רואים את עמדת הצוות כמציגה אל-נכון את הזכות הטבועה להגנה עצמית המוכרת בסעיף 51.⁷⁵ לנוכח הסתירה לכאורה בין לשונו של סעיף 51, אשר מתנה במפורש את הזכות להשתמש בכוח להגנה עצמית בהתרחשותה של מתקפה חמושה, לבין ההכרה בזכות כלשהי לעשות שימוש בכוח בטרם התרחשה מתקפה כאמור, תרו מלומדים מספר אחר

אפילו בריטניה, בעלת-בריתה הקרובה ביותר של ארצות-הברית במאבק נגד הטרור, הביעה התנגדות לעמדה זו. ראו את הצהרתו של היועץ המשפטי לממשלה הבריטי, הלורד גולדסמית (Goldsmith), בנאומו בבית-הלורדים מיום 21 באפריל 2004: "It is therefore the Government's view that international law permits the use of force in self-defence against an imminent attack but does not authorise the use of force to mount a pre-emptive strike against a threat that is more remote." HL Debates, Vol. 660, Column 370, available at www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldhansrd/vo040421/text/40421-07.htm#40421-07_head0. אך ראו DOYLE, לעיל ה"ש 13, לעמדה שלפיה בתנאים מסוימים יש להתיר למדינה לעשות שימוש בכוח על-מנת למנוע איום עתידי אף אם הוא אינו מידי.

73 *A More Secure World: Our Shared Responsibility – Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change*, UN Doc. A/59/565, para. 188 (2004), available at www2.ohchr.org/English/bodies/hrcouncil/docs/gaA.59.565_En.pdf (ההדגשה במקור).

74 *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All – Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/59/2005, para. 124 (2005), available at www2.ohchr.org/English/bodies/hrcouncil/docs/gaA.59.2005_En.pdf: "Imminent threats are fully covered by Article 51, which safeguards the inherent right of sovereign States to defend themselves against armed attack. Lawyers have long recognized that this covers an imminent attack as well as one that has already happened"

75 ראו GARDAM, לעיל ה"ש 9, בעמ' 153–154; *Chatham House Principles*, לעיל ה"ש 42. בחוות-דעתו המשפטית מה-7 במרס 2003 בנוגע לחוקיות השימוש בכוח נגד עיראק, כתב היועץ המשפטי לממשלה הבריטי פיטר גולדסמית כי כיום יש הסכמה רחבה שמתקפה חמושה ממשמשת ובאה מצדיקה שימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית כל עוד מתקיימים גם תנאים אחרים (ככל הנראה נחיצות ומידתיות). לחוות-הדעת ראו www.irishtimes.com/newspaper/special/2005/iraq-advice/index.pdf.

הסברים חלופיים להכרה בזכות להשתמש בכוח לנוכח מתקפה הצפויה מיידית. תומס פרנק (Thomas Franck) טוען כי הפרקטיקה של המדינות, כפי שהיא משתקפת מההחלטות של מועצת הביטחון ושל מוסדות אור"ם נוספים, סתתה מגדריו המקוריים של סעיף 51, בהכירה בתגובה על מתקפה שצפויה בבירור בטווח המידי כשקולה לתגובה על מתקפה חמושה המצויה בעיצומה.⁷⁶ יורם דינשטיין, לעומתו, מקבל את הטענה שסעיף 51 שולל כל שימוש בכוח עד להתרחשותה בפועל של מתקפה חמושה, אך מרחיב את מסגרת-הזמן שבה מתקפה כאמור יכולה להתחיל כך שתכלול גם סיטואציות שבהן המדינה התוקפת חצתה את נקודת האל-חזור והחלה מסכת של פעולות שיובילו באופן בלתי-נמנע למתקפה חמושה.⁷⁷

ברור שהשאלה אם מדינה רשאית לעשות שימוש בכוח על-מנת לסכל מתקפה הצפויה מיידית רלוונטית לדיון בסוגיית המידתיות ובסוגיה הקשורה של נחיצות. בדוח שכתב על-אודות אחריותן של מדינות, ציין רוברטו אגו (Roberto Ago) כי החובה למצות את השימוש באמצעים לא-כוחניים בטרם פונים לשימוש בכוח (חובה שמוכרת על-פי-רוב כנגזרת מתנאי הנחיצות, אם כי יש הרואים בה סוגיה הקשורה דווקא למידתיות) רלוונטית במיוחד אם ניתן לעשות שימוש בכוח לפני התרחשותה בפועל של מתקפה חמושה.⁷⁸ אומדן מידתיותו של הכוח ביחס למתקפה שהייתה עלולה (אך הייתה עשויה כמובן גם לא) להתרחש אלמלא השימוש המקדים בכוח מעלה שאלות סבוכות. למרות הטיעונים המוצגים על-ידי התומכים בפרשנות דווקנית של סעיף 51, שלפיה הזכות להשתמש בכוח קמה אך ורק בנסיבות המתוארות בו במפורש,⁷⁹ הנחת-המוצא שלי במסגרת הדיון במידתיות תהיה כי יש לבכר את עמדתם של רוב המלומדים. כאשר מדינה ניצבת בפני איום של מתקפה חמושה המוליד "צורך מידי ומכריע בהגנה עצמית, שאינו מותיר כל זמן להתלבטות או אפשרות לבחירה באמצעים חלופיים",⁸⁰ היא רשאית לעשות שימוש בכוח על-מנת להסיר את האיום. על הקהילה הבין-לאומית יהיה לבחון לאחר מעשה את התנהלותה של המדינה הטוענת להגנה עצמית, ולהביע את

76 FRANCK, לעיל ה"ש 33, בעמ' 107. פרנק מציין, עם זאת, כי מוסדות האור"ם שומרים לעצמם את ההחלטה הסופית בדבר "מידת ההלימות של אותה שימוש מקדים בכוח או מידת האשמה הנוצרת בו". ש.ם.

77 DINSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 172. דומה שטיעונו של דינשטיין עולה בקנה אחד עם הנוסח הצרפתי של סעיף 51, אשר במקום להתייחס למתקפה חמושה שמתרחשת מתייחס ל- "d'une agression armée", אשר יכול בהחלט להתפרש כמתחיל עוד בטרם נורתה הירייה הראשונה. כתימוכין לעמדה זו, דינשטיין מצטט את Waldock, לעיל ה"ש 33. בראונלי מתאר את עמדתו של וולדוק כ-"ingenious but rather casuistic", באשר היא "involves delicate questions of unequivocal intention to attack and an assumption that an attack can occur, as it were, constructively". ראו BROWNIE, לעיל ה"ש 14, בעמ' 276.

78 Ago, לעיל ה"ש 20, פס' 120.

79 ראו CORTEN, לעיל ה"ש 13; CASSESE, לעיל ה"ש 15.

80 ראו את מכתבו של דניאל ובסטר בעניין Caroline, לעיל ה"ש 66.

עמדתה בשאלה אם הערכה של אותה מדינה כי הייתה צפויה מתקפה מיידית עליה הייתה מבוססת אם לאו.⁸¹

פרק ב: משמעות המונח "הגנה עצמית"

ההנחה שסעיף 51 מבוסס עליה היא שכאשר מתרחשת מתקפה חמושה, אי-אפשר לצפות שהמדינה המותקפת תשב בחיבוק-ידיים ותמתין לפעולה של מועצת הביטחון. לפיכך המדינה המותקפת רשאית להשתמש בכוח במסגרת הגנה עצמית, וזאת כאמצעי-ביניים עד אשר תנקוט מועצת הביטחון צעדים להשבת השלום והביטחון על כנם.⁸² מטרת השימוש בכוח בנסיבות כגון אלה היא בראש ובראשונה לעצור ולהדוף את המתקפה. אם כוחות האויב פלשו לשטחה של המדינה המותקפת, האחרונה רשאית להשתמש בכוח גם על-מנת לסלקם.

אך האם בכך הזכות מתמצית? מה אם המתקפה מסתיימת לפני שלמדינה המותקפת הייתה ההזדמנות להגיב? בהנחה שהמתקיף לא פלש לשטחה של המדינה המותקפת – ואם פלש, כוחותיו כבר אינם נוכחים בו – מהו בדיוק הדבר שהמדינה המותקפת מתגוננת מפניו? כל שימוש בכוח מצידה לא יהיה על-מנת להגן על עצמה כנגד המתקפה החמושה, שהרי זו כבר הסתיימה, אלא כנגד האיום שאותה מדינה או אותו ארגון לא-מדינתי שביצעו את המתקפה החמושה ישיקו מתקפות נוספות. מטרת השימוש בכוח בנסיבות כאמור עשויה להיות מניעתית, עונשית, הרתעתית או שילוב של כל אלה. במקרים מסוימים שימוש בכוח על-ידי המדינה המותקפת עשוי לנבוע מההנחה הסבירה כי מתקפה נוספת צפויה להתרחש בטווח המידי; במקרים אחרים ייתכן שלא יהיו ממצאים מהימנים שניתן לבסס עליהם הנחה כזו, ולכן ככל שהשימוש בכוח יהיה צופה פני עתיד, ולא בעל אופי עונשי גרידא, יהיה אפשר לראות בו דוגמה של שימוש מניעתי בכוח.

בחלק זה של המאמר אבחן את ההנחות שבבסיס הזכות להגנה עצמית כפי שעוגנה בסעיף 51, ואת המסקנות שהסיקו מהן מדינות וגופים בין-לאומיים. מאחר שאין חולק כי פעולות תגמול אינן מותרות על-פי מגילת האו"ם, אדון תחילה – במסגרת נסיוני להסיק מהן המטרות הלגיטימיות של הגנה עצמית – בחוקיותן של פעולות תגמול ובהבחנה בינן לבין פעולות להגנה עצמית. לאחר-מכן אבחן תפיסות שונות בנוגע

81 Franck, לעיל ה"ש 9; O'Connell, לעיל ה"ש 68.

82 ראו: BELATCHEW ASRAT, PROHIBITION OF FORCE UNDER THE UN CHARTER: A STUDY OF ART. 2(4), 201–211 (Iustus Förlag 1991). רודין (RODIN), לעיל ה"ש 22, בעמ' 108–110 מעלה את השאלה החשובה בנוגע לערכים המוגנים על-ידי מוסד ההגנה העצמית של מדינות. האם המדינה מגינה על חיי אזרחיה, על ריבונותה, על שלמותה הטריטוריאלית או שמא על ערכים אחרים כלשהם? לא אדון בסוגיה זו כאן.

להיקפו ולמטרותיו של הכוח שניתן לעשות בו שימוש במסגרת הגנה עצמית כאשר מתקפה חמושה מתרחשת או צפויה בטווח המייד.

1. פעולות תגמול

בתקופה שקדמה למגילת האו"ם נתפסו פעולות תגמול כתגובה לגיטימית על שימוש בכוח נגד מדינה.⁸³ פעולות תגמול כוללת מטבעה שימוש בכוח שהיה נחשב ברגיל בלתי-חוקי אך נהפך למותר מקום שהוא נעשה בתגובה על פעולה בלתי-חוקית של מדינה אחרת, בניסיון לקבל פיצוי מן המדינה האחרת ו/או למנוע פעולה דומה שלה בעתיד או להרתיעה מפני ייזומה. בבוררות נאולילה (Naulilaa) המפורסמת בין גרמניה לפורטוגל, שנערכה בעקבות מתקפה גרמנית בשטח פורטוגלי באפריקה, קבעו הבוררים כי על-מנת שפעולת תגמול תיחשב חוקית עליה לעמוד בשלושה תנאים: פעולה בלתי-חוקית מצד המדינה מושא פעולת התגמול; דרישה מוקדמת (שלא מולאה) לפיצוי;

מידתיות של פעולת התגמול ביחס לפעולה הבלתי-חוקית שקדמה לה.⁸⁴ מאז אומצה מגילת האו"ם, הרטוריקה של מדינות "לא-מעורבות", של מוסדות בין-לאומיים ושל מומחים במשפט הבין-לאומי מדגישה כי פעולות תגמול אינן עולות בקנה אחד עם סעיף 51, ועל-כן אינן חוקיות.⁸⁵ רטוריקה זו מופיעה בהחלטות רבות של מועצת הביטחון והעצרת הכללית, בהערות הפרשניות של הוועדה למשפט בין-לאומי ובכתביהם של מלומדים רבים מן המעלה הראשונה.⁸⁶ בהחלטה משנת 1964, שעסקה בתלונה של תימן בדבר מתקפה אווירית של בריטניה בשטחה, הצהירה מועצת הביטחון כי היא "מגנה פעולות תגמול מאחר שהן אינן עולות בקנה אחד עם מטרותיו ועקרונותיו של ארגון האומות המאוחדות".⁸⁷ מועצת הביטחון כללה גינויים דומים בהחלטות שנגעו בשימוש בכוח של ישראל בשטחיהן של מדינות ערב.⁸⁸ בהכרזתה משנת 1970

83 Bowett, לעיל ה"ש 49. ראו גם BROWNIE, לעיל ה"ש 14, בעמ' 219-223, ALEXANDROV, לעיל ה"ש 30, בעמ' 15-18.

84 Julia Pfeil, *Naulilaa Arbitration (Portugal v. Germany)*, in MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (Rüdiger Wolfrum ed., 2007), available at www.mpepil.com/subscriber_article?script=yes&id=/epil/entries/law-9780199231690-e178&recno=2&author=Pfeil%20%20Julia.

85 במאמרו משנת 1972 טען בּוֹנְט כי "הנחות מעטות בלבד בתחום המשפט הבין-לאומי זכו בתמיכה כה רבה כמו ההנחה שעל-פי מגילת האו"ם שימוש בכוח במסגרת פעולות תגמול הינו בלתי-חוקי". Bowett, לעיל ה"ש 49, בעמ' 1.

86 לדיון מעמיק בדבר אי-חוקיותן של פעולות תגמול ראו Bowett, לעיל ה"ש 49; CORTEN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 234-236; Roberto Barsotti, *Armed Reprisals*, in THE CURRENT LEGAL REGULATION OF THE USE OF FORCE 79 (Antonio Cassese ed., Martinus Nijhoff 1986); William V. O'Brien, *Reprisals, Deterrence and Self-Defense in Counterterrorism Operations*, 30 VA. J. INT'L L. 421 (1990).

87 UNSC Res. 188, UN Doc. S/5650 (1964).

88 ראו Bowett, לעיל ה"ש 49; O'Brien, לעיל ה"ש 86.

בדבר "עקרונות המשפט הבין-לאומי בנוגע ליחסי ידידות ושיתוף-פעולה בין מדינות", הצהירה העצרת הכללית כי "למדינות יש החובה להימנע מפעולות תגמול הכוללות שימוש בכוח".⁸⁹ העצרת הכללית עשתה שימוש בשפה דומה בהחלטות נוספות.⁹⁰ בכללים בדבר אחריותן של מדינות, שזכו באישורה של העצרת הכללית, הוועדה למשפט בין-לאומי קובעת כי אמצעי-נגד (countermeasures) החורגים מן השימוש המותר בכוח על-פי סעיפי המגילה הינם בלתי-חוקיים.⁹¹ אומנם אין משתמע מקביעה זו כשלעצמה כי פעולות תגמול הינן אסורות.⁹² אולם במסגרת הערותיה על הכללים, הוועדה מצטטת בהסכמה את ההצהרה האמורה המופיעה בהכרזת העצרת הכללית בדבר "עקרונות המשפט הבין-לאומי בנוגע ליחסי ידידות ושיתוף-פעולה בין מדינות", וגורסת כי הצהרה זו מתיישבת "עם הדוקטרינה הרווחת כמו-גם עם כמה וכמה הצהרות מוסמכות של גופי שיפוט ומוסדות בין-לאומיים אחרים".⁹³

חרף הקונסנזוס הרחב בדבר אי-חוקיותן של פעולות תגמול, פעולות כאלה לא גונו בעקביות, ואף לא בוקרו תמיד, על-ידי הקהילה הבין-לאומית ועל-ידי מוסדות בין-לאומיים, ובראשם מועצת הביטחון של האו"ם. במאמר שפורסם בשנת 1972 ניסה דרק בֶּוֹט (Derek Bowett) להראות כי קיים פער מובהק בין הרטוריקה שמגנה פעולות תגמול כעניין של עיקרון לבין הימנעותה של מועצת הביטחון מלגנות את כל פעולות התגמול הספציפיות כבלתי-חוקיות מעצם טבען. כך, מועצת הביטחון העדיפה מדי פעם לגנות פעולת תגמול לא מפאת עצם היותה כזו, אלא משום שנעשה במסגרתה שימוש לא-מידתי בכוח, משום שהמתקפה שהובילה לפעולה לא הייתה חמורה דייה להצדיק תגובה הכרוכה בשימוש בכוח או משום שהשימוש בכוח היה מתוכנן מראש, להבדיל מתגובה על פעולה בלתי-חוקית.⁹⁴ בֶּוֹט גורס כי האיסור הגורף של פעולות תגמול אינו מציאותי, ומונה נסיבות שבהן ראוי לדעתו להכיר בהן כלגיטימיות. במאמר-המשך משנת 1990 למאמרו רב-ההשפעה של בֶּוֹט הראה ויליאם ו' אובריאן (William V.)

89 Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States, UNGA Res. 2625 (XXV), available at www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm

90 ראו, למשל: Declaration on the Inadmissibility of Intervention and Interference in the Internal Affairs of States, 9 Dec. 1981, UN Doc. A/Res/36/103

91 כלל 21 לכללים קובע כי: "the wrongfulness of an act of a State is precluded if the act constitutes a lawful measure of self-defence taken in conformity with the Charter of the United Nations". כלל 50 מבהיר כי: "Countermeasures shall not affect... the obligation to refrain from the threat or use of force as embodied in the Charter of the United Nations" ראו: International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (2001), available at untreaty.un.org/ilc/texts/9_6.htm

92 ראו DINSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 199.

93 International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts – With Commentaries* 132 (2001), available at untreaty.un.org/ilc/texts/9_6.htm

94 Bowett, לעיל ה"ש 49.

O'Brien כי ממועד פרסום מאמרו של בֶּנְוֵט המשיכה מועצת הביטחון לגנות מקרים של שימוש בכוח מצד מדינת־ישראל נגד מטרות של אש"ף וארגונים אחרים בלבנון וביתר מדינות ערב עקב היותם פעולות תגמול בלתי־חוקיות.⁹⁵ אובריאן קרא גם לשקול מחדש את איסורן של פעולות התגמול כאשר מדובר בלוחמה נגד טרור.⁹⁶ מאז ועד היום נמשך הפולמוס בדבר רציותו של איסור זה.⁹⁷

אף שאין חולק בדבר אי־חוקיותן של פעולות התגמול, יש אי־בהירות רבה בשאלה מה מבדיל בין פעולת תגמול לבין שימוש לגיטימי בכוח להגנה עצמית. לפיכך אין זה ברור מדוע פעולות התגמול נתפסות כאסורות על־פי מגילת האו"ם.⁹⁸ בדיונים הרבים שנערכו במועצת הביטחון בנוגע לשימוש בכוח שגונה כבלתי־חוקי, לעיתים תוך הוספת משפט להחלטת המועצה המזכיר את האיסור החל על פעולות תגמול, הציגו נציגי המדינות שהשתתפו בדיון נימוקים שונים לעמדתם כי השימוש הקונקרטי בכוח שנידון במועצה היה בלתי־חוקי, ומועצת הביטחון עצמה לא נקטה עמדה בנושא.⁹⁹ ניתן למנות שלוש סיבות אפשריות שבגינן ניתן לסווג שימוש בכוח בשטחה של מדינה אחרת כפעולת תגמול, להבדיל משימוש לגיטימי בכוח:

95 O'Brien, לעיל ה"ש 86. במאמר משנת 1986 ציין רוברט ברסוטי כי פעולותיה הצבאיות של ישראל נגד שכנותיה הערביות הן שביססו את "ליבת הפרקטיקה המודרנית בהקשר של פעולות תגמול". Barsotti, לעיל ה"ש 86, בעמ' 88. למן פרסום המאמר עשתה גם ארצות־הברית שימוש בכוח במקרים שנתפסו על־ידי רבים כפעולות תגמול. כל הפעולות האמורות נעשו בתגובה על מתקפות טרור נגד מטרות אמריקאיות מחוץ לשטחי ארצות־הברית, ובוצעו במדינות שהעניקו לטענת האמריקאים סיוע ומחסה לארגוני הטרור שביצעו את המתקפות על־פי החשד. הפעולות המדוברות ביותר מבין אלה היו ההתקפות האמריקאיות על יעדים בלוב שנערכו בשנת 1986, במהלך כהונתו של הנשיא ריגן, וכן אלה שנערכו בשנת 1998 על מטרות בסודאן ובאפגניסטן במהלך כהונתו של הנשיא קלינטון. ראו: Gregory Francis Intocchia, *American Bombing of Libya: An International Legal Analysis*, 19 CASE W. RES. J. INT'L L. 177 (1987); David Turndorf, *The U.S. Raid on Libya: A Forceful Response to Terrorism*, 14 BROOK. J. INT'L L. 187 (1988); Leah M. Campbell, *Comment: Defending Against Terrorism: A Legal Analysis of the Decision to Strike Sudan and Afghanistan*, 74 TUL. L. REV. 1067 (2000); Ryan C. Hendrickson, *Article 51 and the Clinton Presidency: Military Strikes and the U.N. Charter*, 19 B.U. INT'L L.J. 207 (2001).

96 O'Brien, לעיל ה"ש 86.

97 ראו: Philip A. Seymour, *The Legitimacy of Peacetime Reprisal as a Tool Against State Sponsored Terrorism*, 39 NAVAL L. REV. 221 (1990); Michael J. Kelly, *Time Warp to 1945 – Resurrection of the Reprisal and Anticipatory Self-Defense Doctrines in International Law*, 13 J. TRANSNAT'L L. & POL'Y 1 (2003).

98 ראו: Robert W. Tucker, *Reprisals and Self-Defense: The Customary Law*, 66 AM. J. INT'L L. 586 (1972). טקר מטיל ספק בהבחנה הגורסת כי הגנה עצמית ופעולות תגמול הן צורות שונות ומובחנות של עזרה עצמית.

99 ראו Bowett, לעיל ה"ש 49; O'Brien, לעיל ה"ש 86; Jean Combacau, *The Exception of Self-Defence in UN Practice*, in THE CURRENT LEGAL REGULATION OF THE USE OF FORCE 9 (Antonio Cassese ed., Martinus Nijhoff 1986).

א. **העדרה של מתקפה חמושה** – אחד ממאפייניה היסודיים של פעולת התגמול הוא שהיא נעשית כתגובה על פעולה בלתי-חוקית של מדינה אחרת. אולם גם אם אותה פעולה בלתי-חוקית כוללת שימוש בכוח שאינו עולה בקנה אחד עם סעיף 2(4) למגילה, לא נובע מכך בהכרח שהיא מהווה מתקפה חמושה המקימה את הזכות להשתמש בכוח להגנה עצמית. אחת הסיבות האפשריות לזיהוי שימוש בכוח כפעולת תגמול בלתי-חוקית היא שהוא בא כתגובה על מעשה שאין לראותו כמתקפה חמושה הניתנת לייחוס למדינה שבשטחה נעשה השימוש האמור בכוח. ארנד ובק (Arend & Beck) מאמצים עמדה זו, ומגדירים פעולת תגמול כ"תגובה כוחנית מהירה ומוגבלת של מדינה אחת על שימוש קודם בכוח על-ידי מדינה אחרת שאינו עולה כדי מתקפה חמושה"¹⁰⁰.

העדרה של מתקפה חמושה יכול לנבוע מכך שהכוח שנעשה בו שימוש אינו בסדר-הגודל הדרוש על-מנת להיחשב "מתקפה חמושה"; מכך שהמדינה שהגיבה על אותו שימוש קודם בכוח נגדה מסתמכת על תיאוריית "הצטברות המאורעות", אשר נדחתה על-ידי מועצת הביטחון של האו"ם; או מכך שהיא הגיבה על מתקפה של ארגון לא-מדינתי אשר מועצת הביטחון אינה מוכנה לייחסה למדינה שבשטחה פעלה בתגובה המדינה המותקפת. ניתן למצוא תימוכין חזקים לכל הטעמים האמורים בדיוני מועצת הביטחון בנוגע לפעולותיו של צבא ההגנה הישראלי בשטחן של מדינות ערביות שבהם הועלתה הטענה בדבר פעולת תגמול אסורה.¹⁰¹

ב. **אופיייה העונשי של הפעולה** – זהו הבסיס הנפוץ ביותר שבגינו נהוג לזהות שימוש בכוח כפעולת תגמול, להבדיל מהגנה עצמית לגיטימית.¹⁰² התפיסה שבאה כאן לידי ביטוי היא שמטרת השימוש בכוח להגנה עצמית חייבת להיות הגנה מפני מתקפה אשר מצויה בעיצומה או צפויה באופן מיידי, בעוד מטרתה של פעולת תגמול היא להעניש את הצד האחר בגין הנזק שגרם, אם מתוך תחושת צדק או זעם ואם על-מנת להרתיע מפני שימוש נוסף בכוח נגד המדינה שהותקפה. כפי שהיטיב לתאר זאת ז'ן קומבאקאו (Jean Combacau), המדינה המבצעת פעולת תגמול מנסה להניא את המדינה האחרת "באמצעות פעולה 'עונשית' מלהמשיך [בביצוע הפעולה הבלתי-חוקית] או מלחזור עליה בעתיד; על-כן המטרה היא מטרה זרה לחלוטין להגנה עצמית".¹⁰³ הנחת-היסוד העולה מעמדה זו היא כמובן שהמטרה העיקרית של השימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית חייבת להיות הדיפת מתקפה המצויה בעיצומה או סיכול מתקפה הצפויה מיידי.¹⁰⁴ אשוב לנקודה זו בהמשך, במסגרת הדיון בהבחנה בין התפקיד הגמולי לבין התפקיד ההרתעתי של פעולה עונשית.

ג. **תזמון הפעולה** – פעולות תגמול נעשות לאחר שהפעולה הבלתי-חוקית שקדמה להן

100 AREND & BECK, לעיל ה"ש 12, בעמ' 42.

101 ראו את התיאורים המפורטים של הדיונים האמורים אצל Bowett, לעיל ה"ש 49; אצל Combacau,

לעיל ה"ש 99; וכן אצל O'Brien, לעיל ה"ש 86.

102 ראו Bowett, לעיל ה"ש 49; ALEXANDROV, לעיל ה"ש 30, בעמ' 166.

103 Combacau, לעיל ה"ש 99, בעמ' 27.

104 Kelly, לעיל ה"ש 97.

הסתיימה, והן אינן קשורות להגנה מפני אותה פעולה. ברי שיש זיקה מסוימת בין מאפיין זה של פעולת התגמול לבין מאפיינה העונשי, שכן פעולה עונשית נעשית מטבעה אחרי המעשה שאמור להצדיקה. עם זאת, בעוד שכל פעולה עונשית תתרחש בהכרח לאחר המעשה שאמור להצדיקה, אין לומר שכל פעולה שתתקיים לאחר המעשה האמור תהא בעלת מטרה עונשית. ייתכן, למשל, שתכליתה תהא למנוע מתקפות נוספות על המדינה המותקפת (להבדיל מהרתעת המתקיף מהשקתן של מתקפות נוספות כאמור). כאשר מדובר במתקפה הצפויה מיידית, ניתן לראות בשימוש בכוח משום אמצעי הגנתי.

מחברים רבים משלבים את המטרה העונשית ואת התזמון בבואם להסביר מדוע פעולות תגמול אינן מתיישבות עם הזכות להשתמש בכוח להגנה עצמית המוכרת בסעיף 51 למגילה.¹⁰⁵ זאת הייתה, ביסודו של דבר, העמדה שנקט רוברטו אגו בדוח החשוב על אחריותן של מדינות שכתב בעבור הוועדה למשפט בין-לאומי. בבואו להסביר את ההבדל בין פעולה במסגרת הגנה עצמית לבין פעולת תגמול, כתב אגו כך:

"'Self-defence' and 'sanction' are reactions relevant to different moments and, above all, are distinct in logic. Besides, action in a situation of self-defence is, as its name indicates, action taken by a State in order to defend its territorial integrity or its independence against violent attack; it is action whereby 'defensive' use of force is opposed to an 'offensive' use of comparable force, with the object – and this is the core of the matter – of preventing another's wrongful action from proceeding, succeeding and achieving its purpose. Action taking the form of a sanction on the other hand involves the application *ex post facto* to the State committing the international wrong of one of the possible consequences that international law attaches to the commission of an act of this nature. The peculiarity of a sanction is that its object is essentially punitive or repressive; this punitive purpose may in its turn be exclusive and as such represent an objective *per se*, or else it may be accompanied by the intention to give a warning against a possible repetition of conduct like that which is being punished, or again it might constitute a means of exerting pressure in order to obtain compensation for a prejudice suffered, etc."¹⁰⁶

אין צורך להכביר מילים בדבר השלכותיהם של הטעמים לאיסור פעולות תגמול על ההגדרה של "הגנה עצמית", וכתוצאה מכך גם על מבחן המידתיות ב־*jus ad bellum*. אם הטעם שבבסיס האיסור הוא רק העדרה של מתקפה חמושה שניתן לייחסה למדינה שבשטחה נעשה השימוש בכוח, אזי בהינתן מתקפה כזו תהא המדינה המותקפת רשאית

105 ראו Bowett, לעיל ה"ש 49; ALEXANDROV, לעיל ה"ש 30, בעמ' 15–18.

106 Ago, לעיל ה"ש 20, פס' 90.

להגיב באמצעות שימוש בכוח שמטרתו המרכזית היא עונשית ואשר נעשה לאחר שכבר הסתיימה אותה מתקפה חמושה. אין זה מפתיע אפוא שיוורם דינשטיין – התומך המרכזי בזכות מוגבלת למה שהוא מכנה "פעולות תגמול הגנתיות" – מדגיש כי פעולות כאמור יכולות להיות מוצדקות אך ורק אם הן נעשות בתגובה על מתקפה חמושה.¹⁰⁷

מצד אחר, אם הטעמים לאיסור החל על פעולות תגמול מתייחסים למטרתן ו/או לתזמונן, אזי ההנחה צריכה להיות שהזכות לשימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית נושאת אופי הגנתי בלבד. הנחה זו מתיישבת היטב עם ההגבלה שסעיף 51 מציב, שלפיה ניתן לממש זכות זו רק "עד אשר תנקוט מועצת הביטחון את הצעדים הדרושים על-מנת לשמר את השלום והביטחון העולמיים" – הוראה המבטאת את מדיניות הביטחון הקולקטיבי שאומצה במגילה.¹⁰⁸ לעניין המידתיות משמעות הדבר היא שיש לבחון אותה על-פי מבחן ה"אמצעים-תכליות", להבדיל ממבחן ה"מידה כנגד מידה". כזכור, זאת אכן הייתה עמדתו של רוברטו אגו, אשר ביסס את ההתנגדויות לפעולות התגמול על תכליתן העונשית ותזמונן. אגו טען כי יהא זה "מוטעה... לחשוב כי נדרשת מידתיות בין המעשה המהווה מתקפה חמושה לבין המעשה הנגדי".¹⁰⁹

ההשקפות השונות בנוגע להבחנה בין פעולות תגמול שאינן לגיטימיות לבין שימוש חוקי בכוח במסגרת הגנה עצמית באו לידי ביטוי באופן ברור בטענותיהם של הצדדים בפרשת ה-*Oil Platforms*. פרשה זו עסקה בתביעה שהגישה איראן נגד ארצות-הברית בעקבות הפצצת אסדות קידוח נפט איראניות על-ידי ארצות-הברית. ארצות-הברית טענה כי המתקפות האמורות היו פעולות של הגנה עצמית שנקטו בתגובה על שורה של מתקפות קודמות שנערכו על כלי-שיט אמריקאיים (וניטרליים) שארצות-הברית ייחסה לאיראן.¹¹⁰ ביתר פירוט טענה ארצות-הברית כי התקפות שנערכו על שתי אוניות היוו מתקפה חמושה של איראן נגד ארצות-הברית. לצד הכחשתה כי למתקפותיה על אסדות הקידוח האיראניות הייתה כוונה עונשית, דחתה ארצות-הברית בכל תוקף את הטענה האיראנית כי שימוש בכוח להגנה עצמית חייב להיעשות רק בזמן התרחשותה של המתקפה החמושה, ולא לאחריה. ארצות-הברית ציינה כי המתקפה האיראנית על האוניות נמשכה שניות ספורות בלבד, כך ש"לא היה אפשר להשיב את המצב לקדמותו פשוט על-ידי גירוש כוח תוקף בחזרה דרך הגבול אל השטח שממנו בא".¹¹¹ בהיותה מודעת היטב להתנגדות הנחרצת לשימוש בכוח כאשר מטרתו היחידה היא עונשית או הרתעתית, הוסיפה ארצות-הברית וטענה כי אסדות הקידוח שהתקיפה שימשו לזיהוים ולטיווחם של כלי-שיט לצורך תקיפתם.

בתשובתה חלקה איראן על הטענה כי ארצות-הברית נפלה קורבן למתקפה חמושה

107 DINESTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 195. שכטר הביע תמיכה בעמדתו של דינשטיין. ראו Schachter,

לעיל ה"ש 33. ראו גם O'Brien, לעיל ה"ש 86.

108 Combacau, לעיל ה"ש 99.

שם. 109

110 לדין מאיר-עיניים בפרשה זו ראו Ochoa-Ruiz & Salamanca-Aguado, לעיל ה"ש 47.

111 התוכיר הנגדי והתביעה הנגדית של ארצות-הברית בפרשת ה-*Oil Platforms*, לעיל ה"ש 48, בעמ'

140.

שלה, וזאת משני טעמים: ראשית, ארצות-הברית לא הוכיחה כי ניתן לייחס את המתקפות שנערכו על האוניות האמריקאיות לאיראן; שנית, מתקפה חמושה צריכה להיבחן ביחס למאורע ספציפי, ולא ביחס לסדרה של מאורעות. יתר על כן, וזה העיקר לענייננו, איראן טענה כי "הגנה עצמית מוגבלת אך למידת הכוח הנדרשת לשם הדיפת המתקפה החמושה", וכי "משעה שהמתקפה החמושה הסתיימה, אין עוד צורך להדוף אותה, ועל-כן כל שימוש בכוח נגדי אינו יכול להוות עוד הגנה עצמית. תחת זאת הוא בבחינת פעולת תגמול בלתי-חוקית או פעולה עונשית".¹¹² איראן הוסיפה כי שימוש בכוח במטרה להרתיע מפני השקת מתקפות עתידיות אינו נכלל בגדריה של הזכות להגנה עצמית, אלא מהווה שימוש מוקדם ובלתי-חוקי בכוח.¹¹³

בפסק-דינו לא ביכר בית-הדין במפורש את עמדת אחד הצדדים בדבר טיבה של הפעולה הכוחנית המותרת במסגרת מימוש הזכות להגנה עצמית, ולא חיווה את דעתו לגבי ההבדל בין פעולה כזאת לבין פעולת תגמול. תחת זאת קבע בית-הדין כי ארצות-הברית לא הרימה את הנטל שהוטל עליה להוכיח כי המתקפות על אוניותיה אכן נעשו על-ידי איראן. כפועל יוצא מכך, כל שימוש בכוח שנעשה על-ידי ארצות-הברית נגד מתקנים איראניים היה בלתי-חוקי. בית-הדין רמז, עם זאת, כי בבחינת התגובה במסגרת הגנה עצמית על מתקפה חמושה מצומצמת, דוגמת מתקפה על כלי-שיט יחיד, תיבחן המידתיות לאור היחס בין היקף הכוח שנעשה בו שימוש במסגרת התגובה לבין היקף הכוח שהופעל במתקפה החמושה.¹¹⁴

בשנים האחרונות נעשו נסיונות לא-מעטים להחיות מחדש את מוסד פעולות התגמול כסוג לגיטימי של שימוש בכוח בנסיבות מסוימות. כבר הזכרתי את עמדתו של דינשטיין כי "פעולות תגמול הגנתיות" עשויות להוות תגובה לגיטימית על מתקפה חמושה מצומצמת. טיעונו של דינשטיין נשען על עמדתו כי נדרש סף נמוך למדי של כוח כדי שהשימוש בו ייחשב מתקפה חמושה, וכי בכואה לממש את זכותה להגנה עצמית, עומד לפיכך לרשות המדינה המותקפת טווח של אפשרויות, החל ב"אמצעים שאינם עולים כדי מלחמה" וכלה במלחמה ממש.¹¹⁵ פעולות מן הסוג הראשון כוללות תגובות מוגבלות מיידיות ונקודתיות על מתקפות חמושות מקומיות ומצומצמות וכן "פעולות

Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), 112 Reply and Defence to Counter-Claim Submitted by the Islamic Republic of Iran, 10 Mar. 1999, Vol. 1, 136, available at www.icj-cij.org/docket/files/90/8630.pdf

113 שם.

114 פרשת ה-*Oil Platforms*, לעיל ה"ש 6, פס' 77. בית-הדין הוסיף ואמר כי גם מתקפה על כלי-שיט אחד ויחיד יכולה להוות "מתקפה חמושה".

115 בתקופה שקדמה למגילת האו"ם הייתה מקובלת מאוד ההבחנה בין "מלחמה" לבין "אמצעים שאינם עולים כדי מלחמה". ראו ALEXANDROV, לעיל ה"ש 30, בעמ' 29-34. ברם, עם השינוי התפיסתי שחל בעקבות מלחמת-העולם השנייה, אשר בא לידי ביטוי הן בהוראות המגילה בנוגע ל"שימוש בכוח" ול"מתקפה חמושה" הן בהעדפת המונח "סכסוך מזוין" על המונח "מלחמה" באמנות ג'נבה משנת 1949, מתעורר ספק אם למונחים "מלחמה" ו"אמצעים שאינם עולים כדי מלחמה" יש אותה משמעות במשפט הבין-לאומי כפי שהייתה להם בעבר.

תגמול הגנתיות" הנעשות לאחר שמתקפה חמושה מצומצמת כבר הסתיימה.¹¹⁶ אסור שפעולות תגמול כאמור יישענו אך ורק על "מניעים עונשיים לא־הגנתיים", אם כי יש להניח שיגולם בהן יסוד מסוים של גמול. המניע העיקרי שלהן חייב להיות כזה הצופה פני עתיד, כלומר, עליהן להישען על הערכה כי קיימת סבירות גבוהה שהתוקפן יתקוף שנית בעתיד, ומטרתן צריכה להיות הרתעתו מלעשות זאת. דינשטיין מדגיש כי כל "פעולות התגמול ההגנתיות" חייבות לעמוד בדרישות המיידיות, הנחיצות והמידתיות. כאמור לעיל, לנוכח טבען ההרתעתי, מבחן המידתיות במקרה זה הוא מסוג "גמול צודק" (just deserts), ולא מסוג "אמצעים-תכליות" (means-ends). בלשונו של דינשטיין:

"[T]he responding State must adapt the magnitude of its counter-measures to the 'scale and effects' of armed attack. A calculus of force, introducing some symmetry or approximation between the dimensions of the lawful counter-force and the original (unlawful) use of force, is imperative."¹¹⁷

אף שמלומדים נוספים הביעו תמיכה ברעיון כי פעולות תגמול עשויות, בנסיבות מסוימות, להיות אמצעי לגיטימי של הגנה עצמית על-פי סעיף 51, דינשטיין עצמו מודה כי גישתו אינה משקפת את עמדתם של רוב המלומדים.¹¹⁹ רוב המלומדים סבורים שלפי הדין הנוהג שימוש בכוח שתכליתו היחידה היא הרתעתית (להבדיל מהגנתית), ואשר נעשה בעקבות מתקפה חמושה שכבר הגיעה אל סיומה, מהווה פעולת תגמול שאינה בגדר מימוש לגיטימי של הזכות להגנה עצמית המוכרת בסעיף 51 למגילה.¹²⁰

חרף העמדה המקובלת שלפיה פעולות תגמול אינן עולות בקנה אחד עם עקרונות המגילה בנוגע לשימוש בכוח, פעולות צבאיות הדומות מאוד במאפייניהן לפעולות

116 הרעיון שלפיו עשוי להיות מקום לתגובה "מיידית ונקודתית" (on-the-spot) על שימוש בכוח נגד מדינה, אפילו מקום שאותו שימוש בכוח אינו עולה כדי "מתקפה חמושה" על-פי סעיף 51, הועלה על-ידי השופט סימה (Simma) בחוות-דעתו החולקת בפרשת ה-*Oil Platforms*, לעיל ה"ש 6. תימוכין לעמדה זו ניתן למצוא בהחלטת בית-הדין הבין-לאומי לצדק בפרשת *Nicaragua*, לעיל ה"ש 23. במקרה זה התייחס בית-הדין לשאלה אם מדינה מותקפת רשאית לנקוט אמצעי-נגד מקום שהכוח שהופעל נגדה אינו עולה כדי מתקפה חמושה. בית-הדין פסק כי "למדינות אין זכות לתגובה מזוינת 'קבוצתית' על פעולות שאינן מהוות 'מתקפה חמושה'" (שם, פס' 211). ההשלכה הברורה הנגזרת מקביעה זו היא שעשויה לקום למדינות הזכות לתגובה **יחידנית** על פעולות כאמור. מסקנה זו נראית הגיונית מאחר שלמדינות יש ללא ספק זכות למה שדינשטיין מכנה "תגובה מיידית ונקודתית" על שימוש בכוח נגדן, אף אם טרם ברור אם אותו שימוש בכוח עולה כדי מתקפה חמושה. לביקורת על עמדתו של השופט סימה ראו CORTEN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 229–230.

117 DINSTEN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 198.

118 O'Brien, לעיל ה"ש 86.

119 DINSTEN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 199.

120 Kelly, ראו Kelly, לעיל ה"ש 97, הסוקר את הספרות בנושא.

תגמול הן עדיין מחזה שכיח. מדינות הנוקטות פעולות כאמור מציגות אותן תמיד כיישום זכותן להגנה עצמית לנוכח מתקפה חמושה שנערכה נגדן, ומקפידות להדגיש כי מטרתן של הפעולות אינה עונשית – או לפחות לא בעיקר כזו – אלא מניעתית. כבר הזכרתי לעיל את טענותיה של ארצות-הברית בפרשת ה-*Oil Platforms* שלפיהן אסדות הקידוח שימשו למעשה בסיס למתקפות צבאיות. דוגמה נוספת לעניין זה היא המתקפה האמריקאית על יעדים בלוב שנערכה בעקבות שורה של מתקפות על יעדים אמריקאיים ששיאן היה פיגוע בדיסקוטק בברלין שבו הרבו לבקר אנשי צבא אמריקאים.¹²¹ בעוד שהצהרותיהם הראשוניות של הנשיא ריגן ואנשיו יצרו רושם כי מטרת המתקפה הייתה גמול והרתעה,¹²² משהגיע העניין לדיון לפני מועצת הביטחון של האו"ם, הקפידו נציגי ארצות-הברית להדגיש אך את ההיבטים המניעתיים של המתקפה. בסיכום העמדה האמריקאית, הצהיר שגריר ארצות-הברית לאו"ם:

"In light of this reprehensible act of violence – only the latest in an ongoing pattern of attacks by Libya – and clear evidence that Libya is planning a multitude of future attacks, the United States was compelled to exercise its rights of self-defense."¹²³

ניסיון זה להמעט בערכם של המניעים העונשיים וההרתעתיים שמאחורי הפעולה האמריקאית לא היה משכנע, ומחברים שונים מסווגים את המתקפה כפעולת תגמול אסורה.¹²⁴ בתגובה דומה נתקלו גם המתקפות האמריקאיות שנערכו על יעדים בסודן ובאפגניסטן, בשנת 1998, בעקבות המתקפות של אל-קאעידה על שגרירויות אמריקאיות באפריקה.¹²⁵

לא רק המדינות ה"מעורבות" עצמן מבקשות להציג פעולות תגמול כפעולות של הגנה עצמית מניעתית. לא אחת גם תגובתה של הקהילה הבין-לאומית על פעולות כאלה הייתה מאופקת למדי, ולא כינתה את הילד בשמו. כך, למשל, המתקפה האמריקאית על מתקני המודיעין הצבאי בבגדד בשנת 1993, אשר נעשתה כתגובה על נסיון ההתנקשות בנשיא לשעבר בוש שיוחס למודיעין העיראקי, לא זכתה בגינוי חריף מצד הקהילה הבין-לאומית, אף שקשה לא לראותה כפעולת תגמול שמטרותיה העיקריות היו גמול והרתעה.¹²⁶

הפער בין הכללים הפורמליים לבין הפרקטיקה הנהוגה במדינות הניצבות בפני

Intoccia, לעיל ה"ש 95.

122 שם.

123 דבריו של השגריר וולטרס (Walters), כמצוטט שם, בעמ' 191.

124 להרחבה ראו: Michael C. Bonafede, *Here, There, and Everywhere: Assessing the Proportionality Doctrine and U.S. Uses of Force in Response to Terrorism After the September 11 Attacks*, 88 CORNELL L. REV. 155, 171–178 (2002).

125 שם, בעמ' 178–181.

126 Randelzhofer, לעיל ה"ש 12.

מתקפות מצומצמות מוביל לכך שאותן מדינות נוטות להכחיש כי פעולותיהן נובעות ממניעים עונשיים ו/או הרתעתיים, ולטעון כי יש להן אופי הגנתי. מציאות זו מעניקה רוח גבית לעמדתו של דינשטיין שלפיה "פעולות תגמול הגנתיות" – אשר נובעות לדעתו ממניע הרתעתי ברור – נחשבות עדיין (או שוב) צורת תגובה מקובלת על מתקפות חמושות מצומצמות. להלן אטען כי בעוד שימוש בכוח שמניעו גמולי בבירור מגונה עדיין על-ידי הכל כפעולת תגמול אסורה, לעיתים יש גישה סובלנית יותר כלפי שימוש בכוח שנעשה על-מנת להרתיע את הגורמים שהיו אחראים למתקפה החמושה מפני ביצוע מתקפות נוספות.

2. הגנה עצמית "הגנתית"

על-פי כללי המלחמה המסורתיים, משעה שהחלה הלחימה היה כל צד רשאי להמשיך להילחם עד להשגת הניצחון (תהא משמעותו אשר תהא). מידתיות הייתה רלוונטית בשאלה כיצד מותר להילחם (*jus in bello*), אך לא בשאלה אם ניתן להילחם עד להשגת הניצחון. דינשטיין הוא המלומד הבולט ביותר הגורס כי דוקטרינה זו עודנה תקפה.¹²⁷ כפי שראינו לעיל, דינשטיין מבחין בין סוגים שונים של מתקפות חמושות. מתקפות חמושות שוליות או מקומיות יצדיקו אך ורק תגובות "מיידיות ונקודתיות" או "פעולות תגמול הגנתיות", אולם מתקפות חמושות שהינן כשלעצמן בבחינת מלחמה, או שחומרתן מחייבת תגובה מסיבית, מספקות למדינה המותקפת הצדקה לצאת למלחמה. לפי גישה זו, סוגיית המידתיות מתעוררת רק במסגרת השאלה אם פתיחה במלחמה בתגובה על המתקפה החמושה שהתרחשה היא מוצדקת אם לאו.¹²⁸ אם התשובה חיובית, אזי המידתיות (בהקשר של *jus ad bellum*) אינה רלוונטית עוד. כלשונו של דינשטיין:

"Once a war of self-defence is legitimately started, whether as a counter-war or in response to an isolated armed attack, it can be fought to the finish (despite any ultimate lack of proportionality)."¹²⁹

בקביעתו זו דינשטיין מתבסס ככל הנראה על ההנחה שהמידתיות נבחנת בהכרח על-פי מבחן "הגמול הצודק", להבדיל ממבחן ה"אמצעים-תכליות", שכן כתימוכין לעמדתו הוא מצטט את השקפתו של אגו, אשר טען, כזכור, כי בהקשר של הגנה עצמית

127 Dinstein, לעיל ה"ש 16, בעמ' 208–212. ראו גם: Joseph. L. Kunz, *Editorial Comment: Individual and Collective Self-Defense in Article 51 of the Charter of the United Nations*, 41 AM. J. INT'L L. 872 (1947).

128 הדבר דומה לעמדה שהציע תומס פרנק המנוח. ראו לעיל ליד ה"ש 2–3.

129 Dinstein, לעיל ה"ש 16, בעמ' 209.

יהא זה מוטעה לחשוב שהכוח שנעשה בו שימוש חייב להיות מידתי ביחס למתקפה החמושה.¹³⁰

ייתכן שיש ממש בעמדתו של דינשטיין כי במקרה של מתקפה חמושה שהינה כשלעצמה בבחינת פתיחה במלחמה, כגון פלישה רחבת-היקף של מדינה אחת לשטחה של מדינה אחרת, מותר למדינה המותקפת להגיב במלחמה בהיקף מלא ולנהלה עד שמדינת האויב תנוצח. אולם קשה יותר לקבל את עמדתו מקום שהמתקפה החמושה היא אומנם בקנה-מידה גדול, אך היא מבודדת ומסתיימת לפני שהמדינה המותקפת מספיקה להגיב. גישתו של דינשטיין בעייתית יותר גם במצב שבו המתקפה החמושה נעשתה על-ידי ארגון לא-מדינתי. אלה, כידוע, התרחישים השכיחים יותר בעולם של ימינו. נראה כי עלינו לשאול את עצמנו מה משמעותה של הגנה עצמית כנגד מתקפות חמושות כאמור, ועל בסיס התשובה לשאלה זו לבדוק מה מקומה הראוי של המידתיות בבחינת תגובתה של המדינה המותקפת. אלה השאלות שעלו הן ביחס לעימות בין ישראל לחיזבאללה בקיץ 2006 הן ביחס לעימות בין ישראל לחמאס (בעזה) ב-2008/9, ודומה כי אלה השאלות העולות כאשר בוחנים את תגובתה של ארצות-הברית על מתקפת ה-11 בספטמבר.¹³¹

אם מתייחסים ברצינות ללשונו של סעיף 51 למגילה, נראה כי הזכות לעשות שימוש חד-צדדי בכוח להגנה עצמית היא פונקציה של "מצב החירום" שהמדינה המותקפת מוצאת את עצמה בו. כאשר מתרחשת "מתקפה חמושה", מובן מאליו שלמדינה המותקפת חייבת להיות זכות להגן על עצמה מפני אותה מתקפה עד אשר מועצת הביטחון תנקוט אמצעים להבטחת השלום והביטחון העולמיים. משמעות הדבר היא שהמדינה המותקפת רשאית לעשות את כל הדרוש על-מנת לעצור את המתקפה ולהודפה, ובלבד שמעשיה מתיישבים עם כללי ה-*jus in bello*. אולם מקום שהמתקפה החמושה כבר הסתיימה והנזק כבר נעשה, וכוחותיו של התוקף אינם מצויים עוד בשטחה של המדינה שהותקפה, אין אומנם ספק שתהיה לאותה מדינה טרוניה מוצדקת בגין הפרה חמורה של כללי המשפט הבין-לאומי, אך כיצד היא תוכל להגן על עצמה כנגד המתקפה החמושה (להבדיל מן התוקף החמוש)?¹³² אם תבחר המדינה המותקפת לעשות שימוש בכוח בנסיבות כאמור, היא תעשה זאת מפאת אחת (או יותר) מן הסיבות הבאות: כדי למנוע את האויב מלתקוף אותה שוב בעתיד הקרוב או הרחוק; כדי להעניש את האויב בגין המתקפה; או כדי להרתיעו מלתקוף שנית.¹³³ אילו מבין המטרות הללו,

130 שם. ראוי להדגיש כי אגו לא דחה באופן כולל הפעלה של מבחן המידתיות ביחס לשימוש בכוח נגדי, אלא רק הפעלה של מבחן המידתיות המבוסס על עקרון "הגמול הצודק".

131 ראו Bonafede, לעיל ה"ש 124; John Quigley, *The Afghanistan War and Self-Defense*, 37 VAL. U. L. REV. 541 (2003).

132 Quigley, שם; CORTEN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 486.

133 אני מבחין כאן בין מניע עונשי לבין מניע הרתעתי. אומנם, הרתעה עשויה להיות אחת ממטרות הענישה, אך אין היא בהכרח המטרה היחידה. אני יוצא מנקודת-הנחה כי ייתכן רצון בגמול שאין בינו לבין הרתעה דבר וחצי דבר. כך, במקרים מסוימים ממשלות עשויות להיות מונעות על-ידי

אם בכלל, מהוות מטרות לגיטימיות לשימוש בכוח לאחר מתקפה חמושה? לכאורה, כולן מעלות קשיים. מדינות אינן רשאיות לעשות שימוש ב"כוח מקדים" אלא אם כן הן ניצבות בפני מתקפה הצפויה מיידית. אם אין כל אינדיקציה לכך שהתוקף מתכוון להשיק מתקפה נוספת בטווח המיידית, האם עצם העובדה שהמדינה המותקפת ספגה מתקפה חמושה נותנת לה היתר להשתמש בכוח מקדים? מניעים עונשיים לשימוש בכוח אינם נתפסים כלגיטימיים. להפך, הם נתפסים כסותרים את עצם הרעיון של הגנה עצמית. ככל שתגובתה של המדינה המותקפת היא עונשית גרידא, היא תיחשב (לפחות על-ידי הרוב) כפעולת תגמול אסורה. ומה בנוגע להרתעה? האם ניתן באמת ובתמים להבחין בינה לבין ענישה? האין לטעון כי בעידן שבו החובה להשיב ולשמר את השלום והביטחון העולמיים מוטלת על מועצת הביטחון, גם ההרתעה מפני מעשים המפרים את השלום והביטחון הללו צריכה להיות בתחום אחריותה? למועצת הביטחון יש הסמכות להחליט על נקיטת צעדים שונים, כוחניים ולא-כוחניים כאחד, במטרה למנוע ולהרתיע מדינות מלהפר את התחייבויותיהן הבין-לאומיות הנוגעות בשלום ובביטחון בעולם. אם המדינה המותקפת אינה ניצבת בפני איום של מתקפה מיידית, האין לומר כי לפי המשטר שהונהג במגילת האו"ם, על המדינה שהותקפה להימנע משימוש חד-צדדי בכוח ולהעביר את העניין לטיפול של הקהילה הבין-לאומית?

3. מטרותיה של ההגנה העצמית

בהסתמך על ההנחה שבבסיס סעיף 51, שלפיה מדינה רשאית להשתמש בכוח במסגרת הגנה עצמית כאשר – ורק כאשר – מתקפה חמושה מתרחשת או צפויה בטווח המיידית, נשאלת השאלה מה נכלל בגדרי הזכות להגנה עצמית. ניתן להבחין בין כמה תשובות אפשריות לשאלה זו, כמפורט להלן.

(א) עצירת המתקפה והדיפתה

בדוח שכתב על-אודות אחריותן של מדינות, הסתייג רוברטו אגו ממבחן ה"מידה כנגד מידה" להערכת המידתיות, והבהיר כי לדידו על המידתיות להיבחן לאור המטרה שלשמה נעשה השימוש בכוח. כלשונו:

"The requirement of the *proportionality* of the action taken in self-defence, as we have said, concerns the relationship between that action and its purpose, namely – and this can never be repeated too often – that of halting and

הרצון להראות לציבור שלהן כי הן מגיבות על מתקפה. זאת, אף אם הן מעריכות שהתגובה תחמיר את מצב העניינים או שנזקה יעלה על תועלתה.

repelling the attack or even, in so far as preventive self-defence is recognized, of preventing it from occurring."¹³⁴

בחוות-דעתה הנפרדת בפרשת ה-*Nuclear Weapons*, ציטטה השופטת רוזלין היגינס (Rosalyn Higgins) בהסכמה את עמדתו של אגו.¹³⁵ העמדה שלפיה מטרת השימוש בכוח להגנה עצמית מוגבלת לעצירתה והדיפתה של המתקפה זוכה בתמיכה נרחבת למדי בקרב מלומדים. בספרה על הנחיצות והמידתיות בהקשר של שימוש בכוח על-ידי מדינות, מציינת ג'ודית גרדם (Judith Gardam), במידה רבה של צדק, כי השלב הראשון בבחינת מידתיותו של השימוש בכוח הוא הגדרת היעדים הלגיטימיים של הגנה עצמית. גרדם מבחינה בין תגובה על מתקפה חמושה שכבר התרחשה לבין שימוש בכוח שתכליתו מניעת מתקפה הצפויה מיידית. ביחס לראשונה היא מציינת כך:

"In the case of self-defence against an armed attack that has already occurred, it is the repulsing of the attack giving rise to the right that is the criterion against which the response is measured. Repulsion of the attack in this context encompasses not only resistance to an ongoing armed attack but the expulsion of an invader and the restoration of the territorial *status quo ante bellum*."¹³⁶

עם זאת, גרדם מודה כי ייתכן שראוי להבחין בין מצב שבו ההגנה היא כנגד מתקפה חמושה מבודדת לבין מצב של סכסוך מזוין מתמשך.¹³⁷ היא מוסיפה כי מדינות שונות כמו-גם מלומדים שונים חלוקים בשאלה "באיזו מידה מוצדק להשמיד את האויב על-מנת להדוף את המתקפה", ושואלת אם "דרישות המידתיות במסגרת הגנה עצמית על-פי המגילה אוסרות פעולה להסרת איום מתמשך".¹³⁸ גרדם מציבה בעקבות זאת את השאלה המתבקשת אם נוקטים את העמדה כי עצירה והדיפה הן היעדים הלגיטימיים היחידים של הגנה עצמית: בהנחה שזו אכן המטרה, "האם יהא זה מידתי לנקוט פעולה שכוונתה למנוע מתקפה נוספת בעתיד ולהשיב את הביטחון של המדינה המותקפת על כנו?"¹³⁹ לאמיתו של דבר אין זו שאלה של מידתיות, אלא שאלה החוזרת לעצם מטרתו של השימוש בכוח להגנה עצמית. אכן, כפי שגרדם עצמה מודה, אי-אפשר להתייחס למידתיות מבלי להגדיר תחילה את היעדים הלגיטימיים של הגנה עצמית. הכרה בכך שמדינה שהותקפה רשאית לנקוט פעולה למניעת הישנותה בעתיד שוללת בהכרח את תיאוריית ה"עצירה והדיפה".

134 Ago, לעיל ה"ש 20, פס' 121 (ההדגשה במקור).

135 פרשת ה-*Nuclear Weapons*, לעיל ה"ש 23, חוות-הדעת הנפרדת של השופטת היגינס, פס' 5.

136 GARDAM, לעיל ה"ש 9, בעמ' 156.

137 ש.ם.

138 ש.ם, בעמ' 165.

139 ש.ם.

תיאוריית ה"עצירה והדיפה" נתמכת על-ידי קססה (Cassese),¹⁴⁰ קורטן (Corten)¹⁴¹ וקניזרו (Cannizzaro).¹⁴² קססה מקבל עמדה זו כפשוטה, דהיינו, שהנורמות המעוגנות במגילת האו"ם, כמו-גם הנורמות המקבילות של המשפט הבין-לאומי הכללי, "אינן מאשרות ואינן מקבלות בסלחנות כל פעולה צבאית החורגת מהתנגדות למעשה התוקפנות ומהדיפתו".¹⁴³ לעומתו, קורטן, בדומה לגרדס, מפגין דו-ערפיות ביחס לקביעה כי המדינה המותקפת אינה רשאית לפעול מעבר למטרות אלה. הוא תומך אומנם בנחישות במבחן ה"עצירה והדיפה", אך בד בבד מכיר בכך שבנסיבות מסוימות תהא מדינה רשאית להגיב על מתקפה אף לאחר שהסתיימה, כגון במקרה של מתקפת טילים נגדה. כל פרשנות אחרת תהא, לדעת קורטן, בגדר "פרשנות אבסורדית ובלתי-סבירה מבחינת עצם מטרתה של ההגנה העצמית".¹⁴⁴ אולם קורטן אינו מסביר מהי בדיוק מטרתה של ההגנה העצמית מקום שהמתקפה החמושה כבר הסתיימה ועל-כן אינה ניתנת עוד לעצירה או להדיפה. קניזרו מביע עמדה נחרצת שלפיה השימוש בכוח להגנה עצמית "חייב לעמוד בהלימה עם הצורך הקונקרטי של המדינה להדוף את המתקפה הנוכחית, ולא עם הצורך של המדינה המותקפת לייצר את רמת הביטחון שהיא מבקשת לעצמה".¹⁴⁵ לשיטתו, "הסרת איומים באמצעות שימוש בכוח, כמו-גם יצירת תנאים יציבים של ביטחון, הן משימות שנראה כי הקהילה הבין-לאומית החליטה כי יש לבצען באופן קולקטיבי".¹⁴⁶

העמדה שלפיה המטרה הלגיטימית היחידה של שימוש בכוח להגנה עצמית היא לעצור ולהדוף את המתקפה החמושה שהקימה את הזכות לשימוש בכוח נראית מנותקת מן המציאות. היא משקפת אולי את הרטוריקה של מדינות שמעולם לא נחשפו למתקפה חמושה בקנה-מידה גדול או לסדרה של מתקפות חמושות, אך היא בוודאי אינה משקפת את הפרקטיקה של מדינות שנפלו קורבן למתקפות כאמור. אוולת-ידה של הקהילה הבין-לאומית בהספקת הגנה אפקטיבית למדינות שחוו מתקפות חוזרות ונשנות בוודאי אינה מעודדת אותן לסמוך עליה שתסיר מעליהן את האיום ותספק להן ביטחון בר-קיימא.

התמיכה הנלהבת ביותר בתיאוריית ה"עצירה והדיפה" ניכרת בכתביהם של אלה – דוגמת קססה, קורטן וקניזרו – המצדדים בפילוסופיה העומדת מאחורי סעיף 51 למגילת האו"ם, שכן זו התיאוריה המתיישבת בצורה הטובה ביותר עם פילוסופיה זו. למדינות

140 CASSESE, לעיל ה"ש 15, בעמ' 355: "על הגנה עצמית להגביל את עצמה לדחייה (rejection) של המתקפה החמושה; אל לה לחרוג אל מעבר למטרה זו."

141 CORTEN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 484–493: "מידתיות מרמזת מרמזת על השוואה בין הפעולה הצבאית המוצדקת בשם הגנה עצמית לבין מטרתה הבסיסית, שהיא הדיפת מתקפה שיצאה לדרך" שם, בעמ' 489.

142 Cannizzaro, לעיל ה"ש 13.

143 CASSESE, לעיל ה"ש 15, בעמ' 355.

144 CORTEN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 486.

145 Cannizzaro, לעיל ה"ש 15, בעמ' 785.

146 שם, בעמ' 782.

ניתן היתר להשתמש רק בכוח המזערי הדרוש על-מנת להגן על עצמן מפני המתקפה החמושה שהתרחשה, וזאת עד אשר תמלא מועצת הביטחון את התפקיד המוטל עליה של השבת השלום והביטחון העולמיים ושמירתם.

אולם למרבה הצער, כפי שמלומדים רבים ציינו שוב ושוב, הפילוסופיה שמאחורי המגילה לא יושמה בפועל.¹⁴⁷ מועצת הביטחון לא הוכיחה כי היא מסוגלת להשיב או לשמר את השלום והביטחון העולמיים ולספק הגנה אפקטיבית למדינות פגיעות, במיוחד כאשר מדובר במדינות שאינן אהודות בקרב המדינות החברות באו"ם או מקום שמי מן החברות הקבועות במועצת הביטחון מצדדת בצד התוקפן. בתנאים אלה הגבלת תגובתה של המדינה המותקפת לעצירתה והדיפתה של המתקפה, גם מקום שיש לה בסיס מוצק לחשוש כי התוקפן מתכוון להשיק מתקפה דומה בעתיד, נראית בלתי-סבירה. יתר על כן, הגבלת התגובה ל"עצירה והדיפה" פועלת למעשה לטובת התוקפן, שכן במצב עניינים כזה אין הוא עלול להפסיד דבר בגין פעולתו, אלא לכל-היותר לא להרוויח. אם המתקפה תצליח, ישיג התוקפן את יעדיו; אם לא, המצב פשוט יחזור לקדמותו, והתוקפן יוכל להיערך למתקפה נוספת במועד שיבחר.

(ב) תיאוריית ה"טריגר"

התומכים בתיאוריית ה"טריגר" מסכימים כי אין להתיר למדינות להשתמש בכוח אלא אם כן נחשפו למתקפה חמושה. עם זאת, מרגע שהתרחשה מתקפה חמושה כזו, המדינה המותקפת רשאית להגן על עצמה לא רק מפני אותה מתקפה, אלא גם מפני איומים עתידיים הנובעים מאותו תוקפן, בין אם הם מיידיים ובין אם לאו. בנסיבות כאלה המדינה המותקפת רשאית להציג מפגן של כוח במטרה להרתיע את התוקפן מביצוע מתקפה נוספת בעתיד או כדי להרוס את הפוטנציאל הצבאי שלו לעשות כן בעתיד הנראה לעין.¹⁴⁸ קשה לא להבחין בזיקה שבין תיאוריה זו לבין עמדתו של דינשטיין שהוצגה לעיל, שלפיה מקום שמדינה נחשפת למתקפה חמושה בקנה-מידה גדול, היא רשאית להגיב במלחמה שתימשך עד להשגת מטרותיה. ההבדל בין שתי העמדות הוא שתיאוריית ה"טריגר" אינה נשענת על הבחנה בין רמות עצומות שונות של המתקפה החמושה. מי שהציג לראשונה את התפיסה כי סעיף 51 מבוסס על תיאוריית ה"טריגר" טען כי הזכות להגנה עצמית המוכרת באותו סעיף היא למעשה הזכות לפתוח במלחמה, וכי ניתן לממש זכות זו כל אימת שמתרחשת מתקפה חמושה, תהא חומרתה אשר תהא.¹⁴⁹

147 Dinstein, לעיל ה"ש 16, בעמ' 188, וכן: Part III: Case Studies, in THE UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL AND WAR: THE EVOLUTION OF THOUGHT AND PRACTICE SINCE 1945, 265 (Vaughan Lowe, Adam Roberts, Jennifer Welsh & Dominik Zaum eds., Oxford University Press 2008).

148 ראו: David Mellow, *Counterfactuals and the Proportionality Criterion*, 20 ETHICS & INT'L AFF. 439 (2006).

149 Kunz, לעיל ה"ש 127, בעמ' 876-877. קונו הגביל זאת למקרה שבו מתקפה חמושה התרחשה

סביר להניח שתיאוריית ה"טריגר" לא תמצא אוזן קשבת אצל אלה האוחזים בפילוסופיה של הביטחון הקולקטיבי העומדת בבסיסה של מגילת האו"ם. תיאוריה זו מרחיבה את היקף השימוש הלגיטימי בכוח על-ידי מדינות, במקום להגבילו לכוח המזערי הדרוש למדינה על-מנת להגן על עצמה עד אשר תמלא מועצת הביטחון את חובתה להשיב את השלום והביטחון העולמיים. תומכי התיאוריה עשויים לטעון כנגד זה כי הפילוסופיה של הביטחון הקולקטיבי באה לידי ביטוי במסגרת הסמכות המוקנית למועצת הביטחון, על-פי פרק VII למגילה, לנקוט אמצעים לשמירת השלום והביטחון העולמיים.¹⁵⁰ במסגרת הפעלתן של סמכויות אלה, מועצת הביטחון רשאית לקבל החלטה אשר כופה הפסקת-אש על הצדדים לעימות או מכפיפה אותן לדרישות אחרות, כגון נסיגה משטחים שנתפסו בכוח.¹⁵¹ החלטה כאמור תחייב את המדינות המעורבות בסכסוך (אך אם אחד הצדדים הוא ארגון לא-מדינתי, דוגמת אל-קאעידה, ייתכן שהיא לא תחייב את כל הצדדים המעורבים בסכסוך).

ככל שמדובר בשימוש בכוח ביחסים בין מדינות, נהוג לחשוב כי הסף שממנו הוא ייחשב מתקפה חמושה אינו גבוה. על-פי בית-הדין הבין-לאומי לצדק, רק "סתם תקריות גבול" אינן עוברות את הסף, וגם על חריג זה נמתחה ביקורת. לא נראה סביר שגם מתקפה חמושה ברמת עצימות נמוכה תיתן כשלעצמה היתר למדינה המותקפת להגיב בחיסול יכולותיו הצבאיות של התוקפן. לפיכך נראה שעמדתו של דינשטיין, אשר מבחינה בין מתקפות חמושות בהתאם לעוצמתן ותולה את עוצמת התגובה הלגיטימית בעוצמת המתקפה, הינה משכנעת והגיונית יותר מתיאוריית ה"טריגר" הטהורה. רק מתקפה חמושה בקנה-מידה גדול, או לפחות סדרה של מתקפות ששיאה במתקפה שהיא בבחינת הקש ששובר את גב הגמל ומצית את התגובה, יכולות להצדיק יציאה למערכה צבאית כוללת במטרה להרוס את הפוטנציאל הצבאי של התוקפן ולהרתיעו מביצוע מתקפות נוספות בעתיד. כפי שראינו, מועצת הביטחון ומדינות "לא-מעורבות" הסתייגו מאוד מקבלת מבחן "הצטברות המאורעות" לצורך הכרה בקיומה של "מתקפה חמושה" המקימה זכות להשתמש בכוח להגנה עצמית. עם זאת, יש סימנים המעידים כי בהינתן אירוע העולה כדי מתקפה חמושה, קיימת בקרבן נכונות להתחשב במאורעות שקדמו לו בבואן לבחון את הלגיטימיות של השימוש בכוח שנעשה בתגובה על המתקפה.¹⁵² על פניו נראה כי תיאוריית ה"טריגר" אינה משרתת את המטרה של צמצום היקפם של סכסוכים מזוינים. קשה, אם לא בלתי-אפשרי, לתחום קו ברור בין מתקפות חמושות

בפועל, ודחה את הטענה כי ניתן לממש את הזכות להגנה עצמית לשם מניעת מתקפה הצפויה מיידיה.

150 שם, בעמ' 877.

151 ראו Dinstein, ה"ש 16, בעמ' 185–191.

152 ראו Tams, לעיל ה"ש 36; Cannizzaro, לעיל ה"ש 15, בעמ' 783. קניזרו טוען כי העובדה שהקהילה הבין-לאומית קיבלה את טענת ישראל כי בתגובה על פשיטות הגבול של ארגון החיזבאללה (ב-12 ביולי 2006) היא פעלה במסגרת הגנה עצמית מעידה כי בהגדרת המונח "מתקפה חמושה" יש להביא בחשבון לא רק את הפעולה הספציפית שנעשתה על-ידי התוקף, אלא גם את תוכנית התוקפנות הכוללת שלו, אשר יכולה להתבצע בשורה של מתקפות בקנה-מידה קטן.

המצדיקות תגובה מצומצמת בלבד לבין מתקפות חמושות המקימות את הזכות לפתוח במלחמה כוללת. מדינות עלולות לנצל מתקפה מצומצמת למדי כתירוץ להשגת מטרות שאינן קשורות כלל לאותה מתקפה. אכן, ייתכן שאחד הגורמים לתפיסה הרווחת כי התגובה הישראלית על המתקפה שערך חיזבאללה ב-12 ביולי 2006 לא הייתה מידתית היא התחושה כי המתקפה שימשה פשוט אמתלה לישראל לפעול להשגת מטרות שהוגדרו עוד קודם לכן.¹⁵³ מן הצד האחר, יתרונה של התיאוריה נעוץ במסר החד שהיא משררת לתוקפים-בכוח, שלפיו הם לא יוכלו להכתיב את מידת הכוח שהמדינה המותקפת תורשה להפעיל נגדם בתגובה על מתקפה. הידיעה שכל מתקפה חמושה על מדינה אחרת עלולה לגרום תגובה מסיבית יש בה כדי להוות גורם מרתיע מפני יציאה למתקפה חמושה.¹⁵⁴

לפי תיאוריית ה"טריגר", מרגע שהחלה מתקפה חמושה רחבת-היקף, מידתיות בהקשר של *jus ad bellum* אינה רלוונטית עוד. המדינה המותקפת ככולה אך לנומרות של *jus in bello*, הכוללות אולי גם דרישת "הנחיצות הצבאית", שלפיה היא רשאית להשתמש בכוח רק בעוצמה הנחוצה להשגת מטרותיה הצבאיות.¹⁵⁵ אולם היות

153 ראו את הדיון במועצת הביטחון מיום 21 ביולי 2006, ובמיוחד את דבריהם של נציגי רוסיה וערב הסעודית: UN Doc. S/PV.5346.

154 לפי דיווח של רשת CNN מן ה-27 באוגוסט 2006, מנהיג החיזבאללה חסן נסראללה הצהיר כי הוא היה נמנע מן המתקפה שהנחית ב-12 ביולי אילו צפה מראש את תגובתה של ישראל: *Nasrallah: Soldiers' Abduction a Mistake*, CNN.COM, Aug. 27, 2006, edition.cnn.com/2006/WORLD/mideast/08/27/mideast.nasrallahforum.go-bengals.com/index.php?showtopic=21448.

155 קיימים חילוקי-דעות בשאלה אם "נחיצות" בהקשר זה מהווה דרישה במסגרת *jus as bellum* במסגרת *jus in bello* או שמא במסגרת שניהם גם-יחד. כריסטופר גרינווד טוען כי כללי ה-*jus ad bellum* נותרים רלוונטיים גם במהלך הסכסוך המזוין, במובן זה שכל פעולה צבאית חייבת להיות נחוצה להשגת המטרות הלגיטימיות שבבסיס ההגנה העצמית. Christopher Greenwood, *The Relationship between ius ad Bellum and ius in Bello*, 9 REV. INT'L STUD. 221 (1983) נילס מלצר מציג אותה דרישה כחלק מכללי המשפט ההומניטרי הבין-לאומי, דהיינו, כחלק מכללי ה-*jus in bello*. ראו: NILS MELZER, TARGETED KILLINGS IN INTERNATIONAL LAW 278-291 (Oxford University Press 2008). מאחר שמלצר עצמו הוא שכתב את הנחיות הצלב האדום בדבר השתתפות ישירה בפעולות לחימה – *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, 90 INT'L REV. RED CROSS 991 (2008) – אין זה מפתיע שעמדתו אומצה בהנחיות אלה (שם, בעמ' 996, פס' IX). על עמדתו של מלצר נמתחה ביקורת: W. Hays Parks, *Forum: Direct Participation in Hostilities: Perspectives on the ICRC Interpretive Guidance: Part IX of the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Study: No Mandate, No expertise and Legally Incorrect*, 42 Nils Melzer, *Forum: Direct Participation in Hostilities: Perspectives on the ICRC Interpretive Guidance: Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, 42 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 769 (2010). ראו גם את מאמר התגובה של מלצר: Nils Melzer, *Forum: Direct Participation in Hostilities: Perspectives on the ICRC Interpretive Guidance: Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, 42 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 831 (2010).

שמקובל שמטרות אלה יכולות להיות רבות ומגוונות עד-מאוד, יהיה קשה לסווג פעולה צבאית שעולה בקנה אחד עם כללי ה-*jus in bello* כפעולה שאינה נחוצה.

(ג) תיאוריית המתקפה העתידית

כפי שציינתי לעיל, מקובל שמדינה רשאית להשתמש בכוח כדי לסכל מתקפה הצפויה מיידית. דומה שאין כל היגיון בעמדה שלפיה מקום שהמדינה טרם הותקפה היא רשאית להשתמש בכוח, על-מנת לסכל את המתקפה הצפויה מיידית, ואילו מקום שהיא כבר הותקפה – אין היא רשאית לעשות כן. אפילו חלק מן המלומדים הסבורים כי אין להתיר שימוש בכוח שתכליתו מניעת מתקפה הצפויה מיידית מסכימים כי מדינה שכבר הותקפה רשאית להשתמש בכוח על-מנת למנוע מתקפות נוספות.¹⁵⁶

האם מדינה שכבר הותקפה נמצאת במצב זהה למדינה שטרם הותקפה ואשר מבקשת להשתמש בכוח כדי למנוע מתקפה עתידית? ברור שכל עוד הלחימה עם התוקפן נמשכת אין כל טעם בניסיון לשרטט קו מפריד בין מתקפות עתידיות מיידיות לבין מתקפות עתידיות שאינן מיידיות. אך בשנים האחרונות התעוררה השאלה בנוגע למתקפות מסוג פיגועי ה-11 בספטמבר, קרי, מתקפות שהסתיימו לפני שהייתה למדינה המתקפת הזדמנות להגיב. יש הטוענים כי גם בנסיבות כאלה המדינה המותקפת רשאית להשתמש בכוח רק אם יש בידיה ראיות מהימנות שמתקפה עתידית ממשמשת ובאה.¹⁵⁷ אחרים סבורים כי מרגע שהותקפה, רשאית מדינה להשתמש בכוח לא רק כדי להדוף את המתקפה הנוכחית, אלא גם במטרה למנוע מתקפות עתידיות, אף אם הן אינן "מיידיות".¹⁵⁸ כך, למשל, מייקל שמיט (Michael Schmitt) מדבר על תגובה שהיא "לא יותר מן הנחוץ על-מנת למגר את המתקפה החמושה ולהסיר את האיום מפני מתקפות עתידיות הצפויות באופן סביר".¹⁵⁹

הגנה מפני מתקפות עתידיות היא הנימוק השכיח בפי מדינות בבואן להצדיק את תגובתן על מתקפה חמושה שכבר הסתיימה. לעיתים אותן מדינות מתייחסות מפורשות למתקפות הצפויות מיידית. אולם לעיתים קרובות יותר הן מתייחסות פשוט למתקפות המתוכננות להתבצע בעתיד. דוגמות לכך הן הצהרתו של הנציג האמריקאי במועצת הביטחון במהלך הדיון במתקפות האמריקאיות על יעדים בלוב וכן הטיעונים ששטחה ארצות-הברית לפני בית-הדין הבין-לאומי לצדק בפרשת ה-*Oil Platforms*. זה גם הטיעון שנשמע הן מפי ארצות-הברית¹⁶⁰ הן מפי בריטניה¹⁶¹ כהצדקה לשימוש שלהן בכוח נגד אפגניסטן בעקבות פיגועי ה-11 בספטמבר.

156, CORTEN, לעיל ה"ש 13.

157, Quigley, לעיל ה"ש 131.

158 ראו O'Connell, לעיל ה"ש 68; Oscar Schachter, *The Extraterritorial Use of Force Against Terrorist Bases*, 11 HOUS. J. INT'L L. 309, 312 (1988).

159, Schmitt, לעיל ה"ש 45.

160 מכתב מיום ה-7 באוקטובר 2001, מאת המשלחת הקבועה של ארצות-הברית לאו"ם אל נשיא מועצת הביטחון, UN Doc. S/2001/946. במכתב נאמר כי בעקבות מאורעות ה-11 בספטמבר,

באותה רוח מדינות נוטות גם להסתמך על דפוס מסוים של מתקפות כראיה שצפוי שימוש נוסף בכוח נגדן בעתיד.¹⁶² כפי שציינתי לעיל, מדינות "לא-מעורבות" ומוסדות האו"ם מסרבים לקבל הגדרה של "מתקפה חמושה" המבוססת על תיאוריית "הצטברות המאורעות", אולם כאשר מתרחשת מתקפה יחידה העולה כדי "מתקפה חמושה" מבחינת היקפה ותוצאותיה, ניכרת אצלם נכונות מסוימת להתחשב באירועים קודמים של שימוש בכוח נגד המדינה המותקפת בשעה שהם בוחנים את תגובתה הכוחנית.¹⁶³ עמדה זו הוצגה לראשונה על-ידי רוברטו אגו, ברוח שחיבר על-אודות אחריותן של מדינות:

"If... a state suffers a series of successive and different acts of armed attack from another state, the requirement of proportionality will certainly not mean that the victim state is not free to undertake a single armed action on a much larger scale in order to put an end to this escalating succession of attacks."¹⁶⁴

הכרה בזכותן של מדינות לפעול במטרה למנוע ולהרתיע את התוקפן מביצוע מתקפות נוספות, בטווח המיידי או הרחוק יותר, תאפשר להן מרחב פעולה רחב, ובמובן מסוים היא דומה לתיאוריית ה"טריגר". ייתכן שחשש זה מפני פתיחת צוהר לשימוש מסיבי בכוח הרתעתי בנסיבות של חשש מעורפל בלבד למתקפה עתידית הוא שהניע מומחה מוערך בתחום המשפט הבין-לאומי לפרש את ההסברים שנתנו כאמור ארצות-הברית ובריטניה למערכה הצבאית שלהן נגד אל-קאעידה והטליבאן באפגניסטן כמתייחסים למתקפות הצפויות מיידית, אף שהסברים אלה עצמם לא כללו תיאור כזה.¹⁶⁵

¹⁶¹ ו'בהתאם לזכות הטבועה להגנה עצמית, בנפרד וכקבוצה, יזמו כוחות הצבא האמריקאיים פעולות שתכליתן למנוע מתקפות נוספות נגד ארצות-הברית ולהרתיע מפני ביצוען".

¹⁶² מכתב מיום ה-7 באוקטובר 2001, מאת הממונה הזמני על ענייני השגרירות של המשלחת הקבועה של בריטניה לאו"ם אל נשיא מועצת הביטחון, UN Doc. S/2001/947. המכתב מתייחס לצורך "למנוע את האיום המתמשך של מתקפות מאותו מקור [שהוציא לפועל את פיגועי ה-11 בספטמבר]".

¹⁶³ זה הטיעון שהעלתה ישראל בכמה וכמה מקרים שבהם הגיבה על שימוש בכוח מצד קבוצות חמושות הפועלות משטחן של מדינות שכנות. תגובות אלה של ישראל גונו בדרך-כלל על-ידי הקהילה הבין-לאומית כפעולות תגמול. לדיון בכמה מקרים כאמור ראו O'Brien, לעיל ה"ש 86; ALEXANDROV, לעיל ה"ש 30, בעמ' 165-179.

¹⁶⁴ Ronen, לעיל ה"ש 46, בעמ' 373-374.

¹⁶⁵ Ago, לעיל ה"ש 20, פס' 121. ראו גם Schachter, לעיל ה"ש 33.

¹⁶⁶ ראו: Christopher Greenwood, *International Law and "War Against Terrorism"*, 78 INT'L AFF. 301, 312 (2002).

ברור שלרוב יהיה קשה מאוד, אם לא בלתי-אפשרי, להעריך אם המתקפה (או המתקפה הנוספת) שחוששים מפניה אכן צפויה בטווח המייד. לפיכך צמצום הזכות להגנה עצמית לעצירתה והדיפתה של המתקפה המצויה בעיצומה – ומקום שזו נהדפה או הסתיימה מעצמה, רק למניעת מתקפות הצפויות מיידית – הוא מלאכותי למדי. אימוץ גישה זו יוביל אולי לשינוי ברטוריקה של מדינות מותקפות, אשר יטענו מעתה תמיד כי הגיבו בכוח על מתקפה שהסתיימה מכיוון שמתקפה נוספת הייתה צפויה מיידית, אך ספק רב אם יהא בכוחו להוביל לשינוי של ממש באופן פעולתן. בעוד שמדינה שלא הותקפה תיתקל ככל הנראה בתגובות ספקניות אם תטען כי השתמשה בכוח על-מנת למנוע מתקפות שהיו צפויות מיידית, מדינות שכבר הותקפו, במיוחד אם מדובר במתקפה בממדים המתקרבים לאלה של מתקפת ה-11 בספטמבר, יזכו ככל הנראה בהבנה רבה יותר מצד מדינות אחרות ומוסדות בין-לאומיים כאשר יטענו כי פעלו למניעת מתקפות עתידיות.¹⁶⁶ מייקל שמיט טוען כי אותו מבחן "מיידיות" תקף בין אם המדינה הותקפה כבר ובין אם לאו, אך מקום שהמדינה כבר הותקפה, יהיה קל יותר מטבע הדברים להסיק כי היא תותקף שוב. יתר על כן, "ייתכן שיהיה סביר להסיק כי המתקפה הראשונה היוותה חלק ממערכה כוללת, המהווה כשלעצמה מתקפה חמושה מורחבת אחת".¹⁶⁷

מתן היתר למדינות שנפלו קורבן למתקפה חמושה להשתמש בכוח כדי למנוע מתקפות עתידיות צפויות יספק להן בפועל הצדקה לשימוש בכוח הדרוש על-מנת להחליש את יכולותיו הצבאיות של התוקפן. למעשה, זאת אכן הייתה אחת ממטרותיו המרכזיות של המבצע הצבאי שהשיקה ישראל בתגובה על מתקפת החיזבאללה ביולי 2006.¹⁶⁸ אפילו מדינות רבות שהכירו במקרה זה בזכותה של ישראל להשתמש בכוח להגנה עצמית לא שוכנעו כנראה שמטרה זו הייתה לגיטימית, שהרי הן ביקרו את השימוש בכוח שעשתה ישראל כלא-מידתי.¹⁶⁹ יש להודות, עם זאת, כי אין זה ההסבר האפשרי היחיד לביקורתן; ייתכן שהן היו בדעה כי המטרה עצמה הייתה לגיטימית אולם הנזק שנגרם על-ידי האמצעים שבהם השתמשה ישראל כדי להשיג את המטרה הזאת היה מוגזם ביחס אליה.¹⁷⁰

166 גרינווד (שם) מציין כי ההסברים האמריקאיים והבריטיים להחלטתם להשתמש בכוח נגד אפגניסטן לא נתקלו בהתנגדות מצד מדינות אחרות, "אשר היה אולי מקום לצפות לה אילו הכיר המשפט הבין-לאומי בזכות להגנה עצמית מקדימה בתנאים מסוימים או אילו היו ספקות ממשיים בדבר התקיימות התנאים הדרושים למימושה של זכות זו במקרה הספציפי".

167 Schmitt, לעיל ה"ש 45, בעמ' 24.

168 ראו את הצהרותיהם הרשמיות של מנהיגי ישראל, כמצוטט אצל Ronen, לעיל ה"ש 46, בעמ' 389–390.

169 ראו את הצהרותיהן של שלל המדינות המצוטטות שם, בעמ' 391, הערה 171.

170 שם, בעמ' 388–392.

פרק ג: הגנה עצמית ומידתיות

המגוון הרחב של מצבים שבהם מותר למדינה להשתמש בכוח להגנה עצמית, והתכליות השונות העשויות להיות לגיטימיות במצבים אלה, מובילים למסקנה כי מבחן המידתיות הרלוונטי עשוי להיות שונה בסיטואציות שונות. משתנים אחדים עשויים להשפיע על התכליות הלגיטימיות של שימוש בכוח להגנה עצמית, וכתוצאה מכך גם על המבחן שישמש לאומדן המידתיות: האם המתקפה מצויה בעיצומה, כבר הסתיימה או צפויה בטווח המידי? האם היא בוצעה על-ידי ארגון לא-מדינתי, ואם כן – האם ניתן בכל-זאת לייחסה למדינה מסוימת? לבסוף, מה היקף המתקפה ומהן תוצאותיה בראי היחסים שבין אלה האחראים למתקפה לבין המדינה המותקפת? בניתוח שלהלן אנסה להראות כיצד המשתנים האמורים משפיעים על סוגיית המידתיות. בטרם ניגש למלאכה, חשוב להתעכב על ההבחנה בין מניעים שונים העשויים לעמוד מאחורי השימוש בכוח להגנה עצמית ועל הדינמיקה של שימוש בכוח ושימוש בכוח נגדי.

1. מניעי השימוש בכוח להגנה עצמית

כאשר מדינה ניצבת בפני מתקפה המצויה בעיצומה, סביר להניח כי מטרתה הראשונה תהא לעצור ולהדוף אותה. אולם גם אם זו אכן המטרה הראשונית של התגובה הכוחנית, ייתכן שלא בכך יסתיים העניין. מקום שהמתקפה אינה מצומצמת ונקודתית, המצב עלול להיות דינמי ולהתדרדר במהירות לכלל סכסוך מזוין רחב-היקף. כפי שמציין דוד רודין (David Rodin), כאשר מתחיל סכסוך מזוין, "היקף הכוח אינו מותחם מטבעו בשני צידי המתרס, ולעולם קיימת אפשרות של הסלמה בו"¹⁷¹. במצב כזה כל צד רשאי לעשות את הדרוש על-מנת להחליש את יכולותיו הצבאיות של האויב, והוא מוגבל רק על-ידי הנורמות של *jus in bello*¹⁷² יש הסבורים כי בשלב זה מידתיות נבחנת אך ורק על-פי נורמות אלה של *jus in bello*, ואין לה כבר כל רלוונטיות בהקשר של *jus ad bellum*¹⁷³. נראה כי עמדות אלה נשענות על ההנחה שאומדן המידתיות במסגרת *jus ad bellum* נעשה פעם אחת ולתמיד, ביחס להחלטה הראשונית להגיב בכוח על המתקפה החמושה. נקודת הזמן שבה המדינה הנזקקת לשימוש בכוח להגנתה אמורה לקיים את הערכת המידתיות הינה מורכבת הרבה יותר ב-*jus ad bellum* מאשר ב-*jus in bello*. בהקשר של

171 RODIN, לעיל ה"ש 22, בעמ' 115.

172 הכרות סנט פטרסבורג (*St. Petersburg Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectives under 400 Grams of Weight*) משנת 1968 קובעת כי "היעדר הלגיטימי היחיד שמדינות רשאיות לפעול להשגתו בזמן מלחמה הוא החלשת כוחו הצבאי של האויב".

173 DINSTEN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 208; RODIN, לעיל ה"ש 22, בעמ' 112; Jason S. Wrachford, *The 2006 Israeli Invasion of Lebanon: Aggression, Self-Defense, or a Reprisal Gone Bad?*, 60 A.F. L. REV. 29, 87 (2007).

jus in bello, הערכת היתרונות הצבאיים המצופים ביחס לנזק הצפוי לאזרחים צריכה להיעשות, כמובן, לפני ביצוע ההתקפה. במודל אידיאלי, בעת קבלת ההחלטה להשתמש בכוח להגנה עצמית, מקבלי ההחלטה במדינה המותקפת אמורים להגדיר מראש את מטרות השימוש בכוח, ולאמור את היקף הכוח והאמצעים הדרושים להשגת אותן מטרות. אך משעה שהמדינה המותקפת מגיבה בכוח על המתקפה החמושה, סביר שהמצב הדינמי שנוצר יחייב הליך קבלת החלטות מתמשך. ייתכן שיהיה צורך בבחינה מחודשת של מטרות הלחימה, תוך שקילת הנחיצות של שימוש נוסף בכוח והתחשבות בהיקף הנזק שכבר נגרם, שעודנו נגרם ושעתיד להיגרם כתוצאה מן החתירה להשגת המטרות הללו. מכאן שבחינת המידתיות של השימוש בכוח עשויה ליהפך לתהליך מתמשך שבמסגרתו תידרש תשומת-לב גם לנזק שכבר נגרם בלחימה, ולא רק לנזק הצפוי מהמשך השימוש בכוח.¹⁷⁴

בעוד עצירתה והדיפתה של מתקפה חמושה המצויה בעיצומה מקובלות כיעד לגיטימי של שימוש בכוח להגנה עצמית, העניין נעשה מורכב יותר כאשר מדובר במתקפה שהסתיימה בטרם התאפשר למדינה המותקפת להגיב או מקום שמדובר במתקפה הצפויה מיידית. בנסיבות כגון אלה כל שימוש בכוח על-ידי המדינה המותקפת יהיה בהכרח צופה פני עתיד, ויכלול אחד או יותר מבין שלושה מניעים אפשריים: ענישת התוקפן, מניעת מתקפות עתידיות והרתעה. חשוב להבחין בין המניעים הפוטנציאליים הללו לשימוש בכוח.

במונח "ענישת התוקפן" כוונתי לרעיון של "גמול צודק" (just deserts). במציאות, כפי שירם דינשטיין מעיר בצדק רב, יסוד מסוים של גמול יתקיים ברוב – אם לא בכל – המקרים שבהם מדינה מגיבה בכוח על מתקפה חמושה.¹⁷⁵ ייתכן שיהיו לכך סיבות פוליטיות מוצקות, שהרי ממשלתה של מדינה שהותקפה עשויה לסבור (בצדק או לא בצדק) כי דעת-הקהל דורשת תגובה על המתקפה החמושה, וזאת גם אם מקבלי ההחלטות יודעים כי תגובה כזו לא תשרת שום מטרה חוץ מגמול, ועלולה אף להסב נזק. אף-על-פי-כן, בדיוננו על פעולות תגמול ראינו כי אחת הקביעות היחידות שהכל מסכימים עליה היא שהגנה עצמית אינה מאפשרת שימוש בכוח שהמניע היחיד שלו הוא עונשי ותו לא.

מניעה משמעותה שימוש בכוח שתכליתו החלשת היכולת הצבאית של האויב, וכתוצאה מכך הפחתת הסיכוי שהוא יהיה מסוגל ליזום מתקפה נוספת. לפחות בטווח הקצר ברור כי ככל שייגרם נזק רב יותר ליכולתו הצבאית של האויב כן יקטן הסיכוי שהוא יבצע מתקפה נוספת.

בניגוד למניעה, הרתעה כרוכה בניסיון להשפיע על הרצון או ה^הנ^היעה (מוטיווציה) של אויבים פוטנציאליים להשתמש בכוח נגד המדינה המותקפת.¹⁷⁶ בעניין זה ראוי

174 Greenwood, לעיל ה"ש 165.

175 DINSTEN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 199.

176 Yair Evron, *Deterrence and its Limitations*, 9(2) STRATEGIC ASSESSMENT (2006), 176. available at www.inss.org.il/publications.php?cat=21&incat=&read=116

להבחין בין הרתעה כללית לבין הרתעה ספציפית. הראשונה תכליתה לשדר מסר מאיים לכלל התוקפנים הפוטנציאליים בדבר העלויות הצפויות להם אם יתקפו את המדינה המרתיעה; ואילו האחרונה תכליתה להשפיע אך על נכונותן של המדינה או הקבוצה האחראיות למתקפה החמושה להשיק מתקפה נוספת. מאחר שהרתעה כללית אינה מכוונת להגנה מפני המתקפה החמושה שהתרחשה, ואף לא רק למנוע מתקפות נוספות מצד אותו תוקפן, אי־אפשר לראות בה תכלית לגיטימית של שימוש בכוח להגנה עצמית. אך מה בדבר הרתעה ספציפית?

הרתעה היא חלק אינהרנטי מהאמצעים העונשיים. מאחר שהעמדה המקובלת היא שאמצעים אלה אינם עולים בקנה אחד עם הזכות להגנה עצמית, ניתן לטעון שגם הרתעה כשלעצמה אינה יכולה להיחשב מניע לגיטימי לשימוש בכוח. מאידך גיסא, ניתן להבחין בין מניעי הגמול לבין מניעי ההרתעה של אמצעי ענישה, ולומר שרק הראשונים לעולם אינם לגיטימיים, בעוד האחרונים עשויים להיות לגיטימיים בנסיבות מסוימות. אוסקר שכטר (Oscar Schachter) נקט עמדה זו בהקשר של שימוש בכוח נגד טרוריסטים כאשר כתב כי הגנה עצמית עשויה לכלול שימוש בכוח ש"יש בו כדי לגרום לשינוי ציפיותיו של הטרוריסט בנוגע לעלויות ולתועלות הטמונות בטרור, באופן שיניע אותו לחדול מפעילותו הטרוריסטית".¹⁷⁷ מייקל שמיט נוקט עמדה דומה.¹⁷⁸ לדעתי, עמדתם משקפת את הפרקטיקה של מדינות, במיוחד ככל שמדובר במתקפות חמושות מצד ארגונים לא־מדינתיים. במקרים רבים מסוג זה ייתכן שהרתעה ספציפית אינה המניע היחיד לשימוש בכוח, אך היא זה לא־מציאותי לחשוב שאין היא לפחות אחד המניעים.¹⁷⁹

בהנחה שהרתעה ספציפית עשויה בנסיבות מסוימות, ועד מידה מסוימת, להוות מניע לגיטימי לשימוש בכוח להגנה עצמית, השאלה הגדולה הנשאלת היא לפי איזה מבחן מידתיות יש לבחנה: האם ראוי לבחון אותה לפי מבחן ה"אמצעים-תכליות" או שמא לפי מבחן ה"מידה כנגד מידה"? ניתן לטעון כי כוח שנעשה בו שימוש לשם הרתעה צריך להיבחן בהתאם לפוטנציאל שלו להשיג את המטרה המבוקשת, קרי, להפחית את נכונותו של התוקפן להשיק מתקפה נוספת. על־פי מבחן זה נראה שככל שיעשה שימוש בכוח רב יותר כן סביר שהוא יהיה אפקטיבי יותר.¹⁸⁰ לעומת זאת, מאחר שהרתעה נתפסת בדרך־כלל כאחת ממטרות הענישה המובהקות, ניתן לטעון כי הדרך לבחון אם

177 Schachter, לעיל ה"ש 158, בעמ' 315.

178 Schmitt, לעיל ה"ש 45.

179 על מקומה של ההרתעה במסגרת המבצע הצבאי של ישראל נגד ארגון החיזבאללה ראו Evron, לעיל ה"ש 176.

180 Michael J. Glennon, *The Fog of Law: Self-Defense, Inherence and Incoherence in Article 51 of the UN Charter*, 25 HARV. J. L. PUB. POL'Y 539, 552 (2002). הרעיון שלפיו על־מנת להשיג הרתעה יש להשתמש בכוח שאינו מידתי ביחס למתקפה החמושה נשמע בישראל מפי כמה קציני צבא בעבר ובהווה, במסגרת דיון על־אודות המדיניות שראוי לאמץ בכל עימות עתידי עם החיזבאללה. ראו עמוס הראל "התוכנית בצע"ל: הרס אזורים ו'כוח לא פרופורציונלי' בתגובה לטילים" הארץ 5.1.2008 www.haaretz.co.il/news/1.1352795.

היא מידתית היא דווקא באמצעות מבחן "הגמול הצודק". כל מבחן אחר עלול להוביל לתוצאות שאינן עולות בקנה אחד עם הפילוסופיה הבסיסית העומדת מאחורי מגילת האו"ם ועם עקרונותיה בדבר השימוש בכוח על-ידי מדינות – קרי, ששימוש חד-צדדי בכוח צריך להיות מצומצם ומבוקר ככל האפשר – מאחר שהוא עלול ליצור מצב שבו אפילו מתקפה חמושה בקנה-מידה קטן תיתפס כמצדיקה תגובה הרתעתית מסיבית. לעניות דעתי, ידו של טיעון זה היא על העליונה. ככל שניתן להכיר בהרתעה ספציפית כמניע לגיטימי לשימוש בכוח כתגובה על מתקפה חמושה, מידתיותו של הכוח שנעשה בו שימוש צריכה להימדד ביחס להיקף המתקפה החמושה ולתוצאותיה. אין זה אומר שהמדינה המותקפת אינה רשאית להשתמש בכוח רב יותר מזה שהופעל כלפיה, אלא שאין היא רשאית להצדיק שימוש בכוח העולה באופן ניכר על זה שהופעל כלפיה בהתבסס על הטענה שככל שהיא תשתמש בכוח רב יותר כן יגדל הסיכוי להשגת הרתעה אפקטיבית.

2. המשתנים של הגנה עצמית, מניעים לגיטימיים ומידתיות

(א) מתקפה המצויה בעיצומה

כאשר מטרת השימוש בכוח היא לעצור ולהדוף מתקפה חמושה המצויה בעיצומה, מבחן המידתיות הוא מבחן פשוט של "אמצעים-תכליות". כל אמצעי שדרוש להשגת המטרה ואשר עולה בקנה אחד עם הנורמות של *jus in bello* ייחשב מידתי לצורך *jus ad bellum*. עם זאת, כפי שראינו לעיל, חרף העובדה שהתפיסה הדוגלת ב"עצירה והדיפה" כמטרה הלגיטימית היחידה של שימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית היא תפיסה רווחת, העניינים אינם כה פשוטים. ראיית "עצירה והדיפה" כתכלית הלגיטימית הבלעדית של שימוש בכוח להגנה עצמית מתאימה רק מקום שהמתקפה המצויה בעיצומה הינה מצומצמת בהיקפה ואינה משתבצת לתוך מסגרת רחבה יותר של יחסי עוינות בין התוקפן לבין המדינה המותקפת. מקום שמתרחשת מתקפה רחבת-היקף או מתקפה המהווה חלק מ"הצטברות מאורעות" אשר חושפת כוונה עוינת ברורה כלפי המדינה המותקפת, וכתוצאה מכך מבססת חשש ממשי לביצוע מתקפות נוספות, רבים הקולות הסבורים כי המדינה המותקפת רשאית להשתמש בכוח לא רק על-מנת לעצור ולהדוף את המתקפה, אלא גם על-מנת להסיר את האיום המידי מצד אותו תוקפן. יש המרחיקים אף מעבר לכך וטוענים כי יש להתיר למדינה המותקפת להשתמש בכוח גם למיגור איומים עתידיים הצפויים באופן סביר, או שיש לה זכות לנקוט אמצעים כוחניים "להשבת הביטחון של המדינה אחרי מתקפה חמושה"¹⁸¹. העמדה הקיצונית ביותר גורסת כי אם המתקפה החמושה רחבת-היקף, המדינה המותקפת רשאית לפתוח במלחמה כוללת ולהילחם עד לניצחון. אבחר בדרך-הביניים, ואסכים כי אלא אם כן מדובר במתקפה חמושה מקומית

181 GARDAM, לעיל ה"ש 9, בעמ' 157.

ומצומצמת, שאינה קשורה ל"הצטברות מאורעות" קודמת או למצב של איום במלחמה, המדינה המותקפת רשאית להשתמש בכוח על-מנת להפחית איומים עתידיים הצפויים באופן סביר. מטרתו העיקרית של שימוש כזה בכוח צריכה להיות פגיעה ביכולתו הצבאית של התוקפן, אולם תהא זו תמימות להניח שלא תהיה כוונה גם להשפיע על רצונו ונכונותו של התוקפן להשיק מתקפה נוספת. לשון אחר, התכליות הלגיטימיות של שימוש בכוח להגנה עצמית במקרה המתואר עשויות להיות עצירתה והדיפתה של המתקפה המצויה בעיצומה והפחתת האיום של מתקפות עתידיות באמצעות מניעה והרתעה. מידתיות השימוש בכוח תיבחן לאור תכליות אלה.

עמדה זו מעוררת בעיה, שכן בעוד מבחן המידתיות הרלוונטי הן ל"עצירה והדיפה" הן ל"מניעה" הוא מבחן ה"אמצעים-תכליות", המתמקד בראש ובראשונה בשאלה אם האמצעים שנקטו נחוצים לשם השגת התכליות, מבחן המידתיות הרלוונטי ל"הרתעה" הוא מבחן ה"מידה כנגד מידה", שבמסגרתו שוקלים את היחס בין הכוח שנעשה בו שימוש להגנה עצמית לבין היקף המתקפה החמושה ותוצאותיה. עם זאת, אף שמקובל עליו כי בפועל הרתעה עשויה להיות תכלית נוספת של השימוש בכוח להגנה עצמית, אין לאפשר לה להשפיע על מבחן המידתיות שישמש במקרים כאלה. את אומדן המידתיות יש לבסס על נחיצותם של האמצעים ששימשו לעצירת המתקפה והדיפתה ולמניעת מתקפות נוספות על-ידי פגיעה ביכולת הצבאית של האויב. ההרתעה תיאלץ להיות פונקציה של מידת הכוח ששימשה להשגת תכליות אלה.

(ב) מתקפה הצפויה מיידית

כיצד ראוי לבחון את מידתיותו של השימוש בכוח כאשר מדובר בהגנה עצמית מפני מתקפה חמושה שטרם התרחשה אך צפויה להתרחש בטווח המיידית? כאמור, לדעת רוב המלומדים, ובכלל זה צוות המומחים הבכיר שמינה המזכיר הכללי של האו"ם לשעבר, ואף לדעת המזכיר הכללי עצמו, במצב כגון זה המדינה המאוימת אינה נדרשת להמתין בחוסר מעש עד שתתרחש המתקפה הצפויה, אלא רשאית לפעול לסיכולה. מהן המטרות הלגיטימיות של השימוש בכוח בנסיבות כגון דא? האם הן מוגבלות לסיכול המתקפה הצפויה מיידית או שמא המדינה המאוימת רשאית לצעוד צעד אחד נוסף מעבר לכך ולפעול גם למניעת מתקפות שצפויות באופן סביר אך בטווח הלא-מיידית, ואף להרתעת "התוקפן הצפוי מיידית" מלתקוף בעתיד?

מציאת המבחן המתאים למידתיות מקום שמדינה שספגה מתקפה חמושה פועלת למניעת מתקפות עתידיות היא מטלה קשה כשלעצמה. קשה אף יותר למצוא מבחן מתאים מקום שהמדינה טרם הותקפה, ומשתמשת בכוח בהתבסס על הערכותיה כי מתקפה חמושה צפויה להתרחש בזמן הקרוב ביותר וכי היקפה עתיד להיות כזה המצריך מתקפה מקדימה. על פניו נראה כי אין להתיר למדינה המאוימת להשתמש בכוח מעבר לזה הדרוש לשם סיכול המתקפה הצפויה מיידית. אך כיצד ניתן להעריך אם היקף הכוח שנעשה בו שימוש אכן היה נחוץ לשם כך? הרי כל עוד נותר בידי האויב פוטנציאל צבאי, הוא עלול להיות מסוגל להשיק מתקפה בעתיד הקרוב ביותר. זאת ועוד, השאלה אם צפויה מתקפה מיידית אם לאו תלויה כמובן לא רק ביכולת להוציאה אל הפועל, אלא

גם בהניעה ובכוונה לעשות כן.¹⁸² האם קיים סטנדרט אובייקטיבי כלשהו המאפשר לאמוד אם הניעה והכוונה הללו חוסלו על-ידי הכוח הנגדי שהופעל? או שמא עסקינן בשימוש בכוח שנועד להרתיע את האויב מלפתוח במתקפה מעבר למתקפה שהייתה צפויה באופן מיידי? ככל שמדובר בהרתעה, נראה שמבחן המידתיות המתאים יהיה מבחן ה"מידה כנגד מידה".

אף אם נקבל את הקביעה כי מניעה של מתקפות עתידיות אך לא-מיידיות כמו-גם הרתעה הן מטרות לגיטימיות של שימוש בכוח לאחר שהתרחשה מתקפה חמושה, מקום שמדינה תעשה שימוש בכוח בהסתמך על הערכתה כי מתקפה חמושה ממשמשת ובאה, יתעוררו בהמשך, באופן בלתי-נמנע כמעט, בעיות של ראיות ואמינות. כך, גם אם המדינה המאוימת תצליח לסכל מתקפה שאכן עמדה להתרחש, סביר שהיא תיתקל מאוחר יותר במידה לא-מעטה של ספקנות בנוגע לטענתה כי המתקפה עמדה להתרחש בטווח המיידי. מידת הספקנות תושפע ככל הנראה מטיב היחסים הקודמים בינה לבין התוקפן הנטען.¹⁸³ מכל מקום, בעוד שהמדינה תיאלץ לפעול על בסיס הערכתה שלה בדבר מיידיותה והיקפה של המתקפה העומדת להתרחש, תוכפף הערכתה זו, לאחר מעשה, לחוות-דעת נוספת של הקהילה הבין-לאומית.¹⁸⁴ לכן מדינות המממשות את זכותן הטבועה להגנה עצמית לנוכח מתקפה הצפויה מיידית צריכות להיות מוכנות לאחר-מכן להציג ראיות המבססות את הערכתן בדבר מיידיותה של המתקפה.

מטרת השימוש בכוח לנוכח מתקפה הצפויה מיידית תהא תלויה במידה רבה בהקשר.¹⁸⁵ ג'ודית גרדם גורסת כי השימוש בכוח "צריך להיות מוגבל להתנגדות למתקפה הצפויה ותו לא".¹⁸⁶ בה-בעת היא מכירה בכך ש"אופי התגובה והיקפה יוכתבו על-ידי טבעה ועוצמתה של המתקפה החמושה הצפויה".¹⁸⁷ לדעתו, ההיקף המשוער של המתקפה הצפויה מיידית משפיע לא רק על היקף הכוח שיעשה בו שימוש, אלא גם על עצם מטרתו. כך, אם הצפי הוא שהמתקפה העומדת להתרחש תהיה מבודדת ומצומצמת, יש להגביל את מטרת השימוש בכוח במסגרת ההגנה העצמית למניעת התרחשותה של המתקפה ותו לא. לעומת זאת, אם המתקפה הצפויה עתידה על-פי המשוער להיות בקנה-מידה גדול – כזה שעולה כדי מלחמה של ממש, כגון פלישה נרחבת לשטחה של המדינה המותקפת או הפגזה מסיבית על יעדים בשטחה – או להוות חלק מ"הצטברות מאורעות", אזי אי-אפשר לצפות שהמדינה המאוימת תגביל את פעולתה אך לסיכולה של המתקפה הצפויה מיידית. היא רשאית לפעול להסרת האיום הרחב יותר של מתקפות עתידיות הצפויות באופן סביר מצד אותו "תוקפן הצפוי מיידית".

התכליות הלגיטימיות של השימוש בכוח לסיכול מתקפה הצפויה מיידית יכתיבו

182 Schmitt, לעיל ה"ש 45.

183 GARDAM, לעיל ה"ש 9, בעמ' 179.

184 על הרעיון של "חוות-דעת נוספת" של הקהילה הבין-לאומית ראו Franck, לעיל ה"ש 9.

185 GARDAM, לעיל ה"ש 9, בעמ' 179.

186 ש.ם.

187 ש.ם, בעמ' 180.

כמובן כיצד תוערך מידתיותה של הפעולה. גם כאן ייסב מבחן המידתיות בעיקרו על השאלה אם הכוח שנעשה בו שימוש היה נחוץ לשם השגת אותן תכליות לגיטימיות.

(ג) מתקפה שהסתיימה

כפי שציינתי לעיל, מקום שמתקפה כבר הסתיימה בטרם היה סיפק בידה של המדינה המותקפת להגיב, אין עוד טעם לדון בעצירתה ובהדיפתה של המתקפה כמטרות לגיטימיות אפשריות של השימוש בכוח להגנה עצמית. עם זאת, כפי שהשכילו להבין גם מדינות "מעורבות" במיוחד וגם הקהילה הבין-לאומית בכללותה, אין להסיק מכך כי מרגע שתמה המתקפה החמושה אין המדינה המותקפת רשאית עוד לממש את זכותה להגנה עצמית ועליה להסתפק רק באמצעים לא-כוחניים או להשליך את ידה על מועצת הביטחון.

כאשר מדינה מותקפת מגיבה על מתקפה חמושה לאחר שזו כבר הסתיימה, מובן מאליו שמטרת השימוש בכוח תהיה בהכרח להעניש את התוקף, למנוע מתקפה נוספת מצידו או להרתיע אותו מלהשיק מתקפות נוספות בעתיד. ענישת התוקפן באמצעות שימוש בכוח אינה נתפסת כיישום לגיטימי של הזכות להגנה עצמית. אנו נשארים אפוא עם שתי מטרות אפשריות של השימוש בכוח: מניעה או הרתעה.

שימוש בכוח למניעת מתקפה עתידית אינו נחשב לגיטימי אלא אם כן המתקפה צפויה להתרחש באופן מיידי. אך כפי שהראיתי לעיל, מקום שמדינה כבר הותקפה, הדרישה שכל שימוש מניעתי בכוח יתייחס רק למתקפה הצפויה מיידיית מאבדת מכוחה. כוונותיהם התוקפניות של אלה האחראים למתקפה החמושה כבר נחשפו, ואינם עוד עניין של סברה גרידא. עם זאת, נדרש עדיין "בסיס מוצק להנחה שיושקו מתקפות נוספות"¹⁸⁸ והכוח שייעשה בו שימוש חייב להיות נחוץ לשם "מניעת מתקפה נוספת הצפויה באופן סביר"¹⁸⁹.

בנסיבות כאלה יש לייחס משקל רב לעוצמת המתקפה החמושה שכבר הסתיימה, ולשאלה אם סביר לראותה כמתקפה "חד-פעמית" ומקומית או שמא יש לראותה כחלק מדפוס רחב יותר של תוקפנות כלפי המדינה שהותקפה. נראה שבהקשר זה ההבחנה שדינשטיין מציע בין "פעולות תגמול הגנתיות" לבין שימוש נרחב יותר בכוח היא רלוונטית ביותר. אם המתקפה החמושה היא מקומית ומצומצמת, יש להגביל את עוצמתה והיקפה של התגובה הכוחנית. עליה להיות מכוונת אך ליכולותיהן הצבאיות של המדינה או הקבוצה האחראיות למתקפה החמושה, ומותחמת בהיקפה ובמקום ביצועה. אף שנראה כי איש מלבד דינשטיין אינו מוכן לכנות תגובה כזו בשמה – פעולת תגמול – ביסודו של דבר זה מה שהיא תהיה, ומידתיותה צריכה להיבחן בהתאם. אין זה מפתיע שבמקרים רבים הביקורת המרכזית על פעולות כוחניות אשר דומות מאוד באופיין לפעולות תגמול היא שהן לוקות בחוסר מידתיות. במקרים כאלה נראה כי הביקורת נשענת על מידתיות כמובן של "מידה כנגד מידה".

188 Schmitt, לעיל ה"ש 45, בעמ' 64.

189 שם, בעמ' 65.

לעומת זאת, מקום שהמתקפה החמושה שהסתיימה היא רחבת-היקף או מהווה חלק מדפוס של אירועים ("הצטברות מאורעות"), התכליות הלגיטימיות של השימוש בכוח במסגרת התגובה הן גם למנוע מתקפות עתידיות הצפויות באופן סביר וגם להרתיע את התוקפן מהשקתן. הגם שבפועל סביר להניח כי הרתעה תהיה אחת מתכליות השימוש בכוח במקרה כזה, אין להתחשב בה בהערכת מידתיות התגובה. גם כאן המבחן הוא אם הכוח שנעשה בו שימוש היה נחוץ כדי לפגוע ביכולתו הצבאית של התוקפן ועל-ידי כך להקטין את הסיכוי שהוא ישיק מתקפות נוספות.

(ד) ארגון לא-מדינתי

רבות נכתב בשנים האחרונות על שימוש חוץ-מדינתי (extraterritorial) בכוח נגד ארגוני טרור או ארגונים לא-מדינתיים אחרים.¹⁹⁰ כאמור לעיל, יש עדיין מומחים אחדים הסבורים כי אם אין לייחס מתקפה חוצת-גבולות של ארגון לא-מדינתי למדינה שמשטחה הוא פעל, אזי אין המדינה המותקפת רשאית להשתמש נגדו בכוח בשטחה של אותה מדינה. עם זאת, יש לציין כי עמדה זו כבר אינה העמדה הרווחת. הדיון שלהלן יתבסס על העמדה המקובלת שלפיה אם המדינה המארחת לא נקטה אמצעים לבלימת פעילותו של הארגון הלא-מדינתי משטחה, אזי המדינה המותקפת רשאית להשתמש בכוח נגד אותו ארגון בשטחה של אותה מדינה. שימוש בכוח כאמור יהיה משום מימוש זכותה הטבועה של המדינה המותקפת להגנה עצמית המוכרת בסעיף 51 למגילה. ברור אפוא שכל שימוש כזה בכוח נגד הארגון הלא-מדינתי יהיה חייב לעמוד בתנאים החלים על מימוש הזכות להגנה עצמית, לרבות נחיצות ומידתיות. נחיצות בנסיבות כאלה משמעה שהמדינה המותקפת ניסתה תחילה, ללא הצלחה, לנקוט אמצעים שאינם כרוכים בשימוש בכוח על-מנת לשכנע את המדינה המארחת לפעול למיגור פעילותו התוקפנית של הארגון הלא-מדינתי הפועל משטחה נגד המדינה המותקפת, ושלנוכח דפוס המתקפות לא נותרה לה למדינה המותקפת דרך אפקטיבית להגן על עצמה למעט שימוש בכוח.¹⁹¹ דיון במשמעותה של המידתיות בהקשר זה מחייב אותנו לשקול שוב תחילה מהן התכליות הלגיטימיות של שימוש בכוח להגנה עצמית בנסיבות האמורות.

לשאלת ייחוס האחריות בגין המתקפה החמושה של הארגון הלא-מדינתי למדינה שמשטחה הוא פעל יהיה משקל מכריע בסוגיית התכליות הלגיטימיות של השימוש בכוח. כאשר ניתן לייחס את המתקפה החמושה למדינה המארחת, המדינה המותקפת רשאית להשתמש בכוח להגנה עצמית הן נגד המדינה המארחת הן נגד הארגון הלא-מדינתי שביצע את המתקפה. מטרת השימוש בכוח במקרה זה חייבת כאמור להיות מניעתיות או הרתעתיות.

190 ראו בעיקר LUBELL, לעיל ה"ש 19; MELZER, לעיל ה"ש 155; Schmitt, לעיל ה"ש 45; Niaz A. Shah, *Self-Defence, Anticipatory Self-Defence and Pre-emption: International Law's Response to Terrorism*, 12 J. CONFLICT & SECURITY L. 95 (2007); Jan Kittrich, *Can Self-Defense Serve as an Appropriate Tool Against International Terrorism?*, 61 ME. L. REV. 133 (2009).

191 Schachter, לעיל ה"ש 158.

שימוש מניעתי בכוח נגד המדינה המארחת יהיה רלוונטי רק אם הקשר בין המדינה המארחת לבין הארגון הלא-מדינתי הפועל משטחה בא לידי ביטוי בתמיכה צבאית. במקרה כזה שימוש בכוח לפגיעה ביכולתה של המדינה המארחת להמשיך לספק תמיכה צבאית כאמור יוכל להיחשב מניעתי באופיו. גישה מניעתית קיצונית יותר היא זו שאומצה על-ידי ארצות-הברית באפגניסטן. לפי גישה זו, המניעה הטובה ביותר תושג באמצעות הפלת המשטר של המדינה המארחת והחלפתו במשטר שלא יעניק סיוע לארגון הלא-מדינתי. זוהי גישה בעייתית ביותר שנראה כי אינה עולה בקנה אחד עם דוקטרינת ההגנה העצמית המוגבלת העומדת בבסיסו של סעיף 51 למגילת האו"ם.¹⁹² לא סביר שתימצא תמיכה רבה לגישה זו בקהילה הבינ-לאומית אלא במקרה שבו יש סיבות טובות להאמין כי שינוי המשטר ישרת מטרות רחבות יותר, כגון מניעת פשעים נגד האנושות.

בהקשר זה, יותר מאשר בכל הקשר אחר, חשוב להתייחס ללגיטימיות של הרתעה ספציפית כמניע לשימוש בכוח. ההבחנה בין מניעה לבין הרתעה אינה סמנטית גרידא. מניעה כרוכה בחיסול יכולתו של האויב להשיק מתקפות נוספות או לפחות בפגיעה בה, ואילו הרתעה כוונתה להשפיע על הנכונות או הקניעה שלו לעשות כן. האם השפעה על נכונותה של המדינה המארחת להמשיך לתמוך בארגון לא-מדינתי שביצע מתקפה חמושה יכולה להיות מטרה לגיטימית של שימוש בכוח מקום שהמתקפה החמושה של אותו ארגון ניתנת לייחוס לאותה מדינה? סביר אומנם להניח כי בפועל יפעלו מדינות מותקפות להגשמת מטרה זו, אולם לנוכח העמדה המקובלת שלפיה הרתעה בלבד אינה מטרה לגיטימית של שימוש בכוח להגנה עצמית, הן יטענו לרוב כי המטרה האמיתית של פעולתן הייתה מניעתית. המתקפה האמריקאית על מטרות לוביות בשנת 1986, בתגובה על פיגועי טרור שנעשו על-ידי ארגון לא-מדינתי ואשר ארצות-הברית ייחסה ללוב את האחריות להם מהווה דוגמה מובהקת למקרה מעין זה.¹⁹³ דוגמה נוספת ניתן למצוא בעמדתה ההססנית של ממשלת ישראל בשאלה אם מטרות פעולתה הצבאית בלבנון בשנת 2006 כוונו רק נגד חיזבאללה או שמא גם נגד ממשלת לבנון.¹⁹⁴ מה לגבי מתקפות שנערכות על-ידי ארגון לא-מדינתי ואשר אי-אפשר לייחסן למדינה המארחת? על-פי-רוב יתחלקו מתקפות אלה לשני סוגים. האחד, סדרה של מתקפות בקנה-מידה קטן שחלקן או כולן אינן עולות, כל אחת בנפרד, כדי "מתקפה חמושה". המתקפה שהיא בבחינת הקש ששובר את גב הגמל אינה בהכרח שיאה של

192 ראו Glennon, לעיל ה"ש 180, בעמ' 545–546 והמקורות המובאים שם בהערה 22.

193 ראו לעיל ה"ש 121–123 והטקסט שלידן.

194 ראו Ronen, לעיל ה"ש 46; Yehuda Ben Meir, *Israeli Government Policy and the War's Objectives*, 9(2) STRATEGIC ASSESSMENT (2006), available at www.inss.org.il/publications.php?cat=21&incat=&read=93. בכתבה שפורסמה זמן-מה לאחר מלחמת לבנון, טען האלוף גיורא איילנד, ראש המועצה לביטחון לאומי לשעבר, כי בכל מלחמה עתידית בצפון תיאלץ ישראל להשתמש בכוח הרס מסיבי נגד לבנון עצמה, וזאת על-מנת להרתיע מפני תמיכה בחיזבאללה: Giora Eiland, *Who's the Real Enemy?*, YNET, 24 July 2008, available at www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-3572777,00.html.

סדרת המתקפות, וגם היא אינה מגעת בהכרח, מבחינת היקפה ותוצאותיה, לכלל "מתקפה חמושה" כמשמעה בסעיף 51. הסוג האחר הוא מתקפה דרמטית רחבת-היקף של "פעם אחת ולתמיד", דוגמת פיגועי ה-11 בספטמבר, אשר מקימה ללא ספק את זכותה של המדינה המותקפת להגיב בכוח במסגרת הגנה עצמית. המשותף לשני סוגי המתקפות הוא שבתגובתה הכוחנית המדינה המותקפת אינה מגינה על עצמה מפני המתקפה החמושה שמתרחשת, אלא מפני מתקפות עתידיות מצד אותו ארגון לא-מדינתי. ההבדל בין שני סוגי המתקפות הוא שמקום שמדובר בסדרה של מתקפות, יש למדינה המותקפת עדות מוצקה לכך שאם היא לא תגיב, סביר להניח שהמתקפות יימשכו.¹⁹⁵ לעומת זאת, כאשר מדובר במתקפה אחת ויחידה, אין באפשרותה של המדינה המותקפת להסיק ממנה בלבד כי מתקפות נוספות נמצאות באופק. לפיכך שימוש בכוח נגד הארגון הלא-מדינתי ייועד במקרה זה לגמול לו על מתקפתו, להרתיעו מלהשיק מתקפות נוספות או למנוע מתקפות נוספות על-ידי פגיעה ביכולתו לבצען, ויבוסס על מידע מודיעיני, על הצהרות של מנהיגי הארגון שביצע את המתקפה או פשוט על סברה כי מתקפות נוספות כבר תוכננו או מתכננים אותן כעת.

מה יהיו התכליות הלגיטימיות של שימוש בכוח במקרים כאלה? מדינות יודעות היטב כי גמול כשלעצמו אינו נחשב מטרה שעולה בקנה אחד עם רעיון ההגנה העצמית, וכי פעולה כוחנית שמונעת אך ורק על-ידי השאיפה לנקם תיחשב פעולת תגמול בלתי-חוקית. על-כן לעיתים נדירות בלבד, אם בכלל, הן יודו כי מניעי פעולתן הם גמול. מניעת מתקפות נוספות, לעומת זאת, נתפסת כמטרה לגיטימית, אף שאין הסכמה עד כמה המתקפות הצפויות אמורות להיות מיידיות, כדי להצדיק את השימוש בכוח, לאחר שכבר התרחשה מתקפה חמושה. מייקל שמיט טוען כי לנוכח הקושי הרב באיתור פעילי טרור בשטח של מדינה זרה ובמעקב אחריהם, בהקשר של טרור אין לבחון את תנאי המיידיות לשימוש מקדים בכוח לפי קרבתו של השימוש למועד שבו מתקפת הטרור צפויה להתרחש, אלא "לפי המידה שבה השימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית נעשה בחלון-ההזדמנויות האחרון".¹⁹⁶ מטרתו העיקרית של השימוש בכוח במקרים כאלה חייבת להיות מניעת מתקפות עתידיות.

ומה לגבי הרתעה? שמיט פוסל הרתעה כללית של טרוריסטים כמטרה עיקרית של שימוש בכוח, אך כולל הרתעה של קבוצת הטרוריסטים שביצעה את המתקפה החמושה כחלק בלתי-נפרד מהמטרה המניעתית. כפי שראינו לעיל, בהקשר של שימוש בכוח נגד טרוריסטים, גם אוסקר שכטר רואה הרתעה מהסוג האחרון כלגיטימית. נראה לי כי גישה זו משקפת את האופן שבו מדינות הנדרשות להגיב על מתקפות טרור אכן רואות בפועל את מטרת השימוש בכוח.¹⁹⁷

כמו בכל יתר המקרים, המבחן למידתיותו של השימוש בכוח ייגזר מן התכליות

195 Schachter, לעיל ה"ש 158, בעמ' 314, מנסח זאת כך: "בהינתן דפוס של מתקפות קודמות ואיום ממשי, הדרישה למידע ודאי בדבר מתקפות עתידיות צריכה להיות מחמירה פחות."

196 ש.ם.

197 ראו Evron, לעיל ה"ש 176.

הלגיטימיות שבבסיסו. הקושי כאן הוא שבעניינינו קיימות שתי תכליות מתקבלות על הדעת, וכל אחת מהן מוליכה למבחן מידתיות שונה. ככל שמדובר במטרה המניעתית – דהיינו, פגיעה ביכולתו האופרטיבית של הארגון הלא-מדינתי לתקוף שוב – מבחן המידתיות יהיה מבוסס על מבחן של "אמצעים-תכליות", קרי: האם היקף הכוח המופעל אכן נחוץ כדי לפגוע ביכולת זו? לעומת זאת, אם מטרת השימוש בכוח היא להרתיע את הטרוריסטים מביצוע מתקפות נוספות, המשתנה הרלוונטי לאומדן מידתיותו יהיה היקף המתקפה החמושה שבעטייה הוא נעשה. כפי שראינו לעיל, מלומדים רבים, ובוודאי מדינות "מעורבות", טוענים כי בעת אומדן המידתיות על-פי מבחן זה יש להתחשב לא רק במתקפה החמושה אשר הובילה לתגובה הכוחנית, אלא גם בהצטברות המאורעות שקדמו לאותה מתקפה.

במסמך של אסטרטגיית הביטחון הלאומי של ארצות-הברית, אשר פורסם לראשונה בשנת 2002, טען ממשל בוש כי התפיסה המסורתית בנוגע להרתעה אינה עונה על הצורך כאשר מדובר בלוחמה נגד טרוריסטים המחויבים לזרוע הרס ומוכנים להקריב את עצמם למען מטרה זו. אי-לכך הצהיר הממשל כי מעתה ואילך בכוונת ארצות-הברית להרחיב את השימוש בכוח מקדים גם מעבר לנסיבות של מתקפה הצפויה מיידית. בלשון המסמך:

"The greater the threat, the greater is the risk of inaction – and the more compelling the case for taking anticipatory action to defend ourselves even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy's attack. To forestall or prevent such hostile acts by our adversaries, the United States will, if necessary, act preemptively."¹⁹⁸

מחברים אחדים הציעו אף הם מודל אחר להגנה עצמית ככל שמדובר במאבק נגד טרור.¹⁹⁹ ככלל, אימוץ גישה זו משמעו הרחבה של המטרות הלגיטימיות של שימוש בכוח נגד חשודים בפעילות טרור, וכפועל יוצא הכרחי מכך גם הרחבה של מושגי המידתיות.

על הצהרתו של ממשל בוש נשפכו קיתונות של ביקורת, והיא אכן נעדרה מהמסמך של אסטרטגיית הביטחון הלאומי שפרסם ממשל אובמה בשנת 2010.²⁰⁰ הצעות אחרות

White House, *The National Security Strategy of the United States of America* 15 198 (Sept. 2002), available at www.globalsecurity.org/military/library/policy/national/nss-020920.pdf

199 ראו, למשל, Bonafede, לעיל ה"ש 124; DOYLE, לעיל ה"ש 13.

White House, *National Security Strategy* (May 2010), available at www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/national_security_strategy.pdf .מלקולם שו (SHAW), לעיל ה"ש 33, בעמ' 1140) מציין כי: "In so far as it goes beyond the *Caroline* criteria, this doctrine of pre-emption must be seen as going beyond what is currently acceptable in international law."

להרחבת היקף ההגנה העצמית כאשר מדובר בטרור לא יזכו כנראה באהדה רבה אצל מדינות שאינן סובלות במיוחד מפיוועי טרור. לעניות דעתי, ההסדר הנוכחי של הגנה עצמית – כאשר מפרשים אותו ככולל הן את הזכות להשתמש בכוח כנגד מתקפות הצפויות מיידית הן את הזכות להשתמש בכוח כנגד ארגונים לא-מדינתיים מקום שהמדינה המארחת שלהם אינה רוצה או אינה מסוגלת לבלום את פעילותם משטחה – הוא ההסדר המבטא את האיזון הטוב ביותר שניתן ליצור בין הצורך לרסן את השימוש בכוח שנעשה על-ידי מדינות לבין הצורך לאפשר להן מידה מסוימת של שימוש חד-צדדי בכוח להגנה עצמית.

3. אומדן המידתיות

הדיון עד כה התבסס על ההנחה שהצעד הראשון בבחינת המידתיות חייב להיות קביעת התכליות הלגיטימיות של שימוש בכוח במקרה הקונקרטי. אוראז יש לבחון אם הכוח שנעשה בו שימוש היה נחוץ כדי להשיג את התכליות הללו. אם התשובה שלילית, ניתן להסיק בבירור כי הכוח לא היה מידתי. כפי שכותב אוליבר קורטן:

"What is a disproportionate measure if not a measure that goes beyond what its purpose requires, that is, which is not necessary for the pursuit of that same purpose?"²⁰¹

אולם אין להסיק את המסקנה הפוכה, דהיינו, שכל שימוש בכוח שאכן היה נחוץ כדי להשיג את התכליות הלגיטימיות הינו בהכרח מידתי. בהקשר זה עולות שתי שאלות רלוונטיות: הראשונה מתייחסת למשמעות המונח "נחיצות" בהקשר זה; והשנייה מתייחסת לשקילת הנזק שנגרם כתוצאה מהאמצעים הנחוצים אל מול מטרותיהם הלגיטימיות.

מבחן ה"אמצעים-תכליות" לבחינת המידתיות משמש בהקשרים משפטיים נוספים, ביניהם קבילותן של הגבלות המוטלות על חירויות פרט המוגנות וחוקיותן של פעולות מנהליות הפוגעות באינטרסים של הפרט. בהקשרים אלה המידתיות נבחנת באמצעות מבחן תלת-שלבי, אשר פותח לראשונה במשפט המנהלי הגרמני ולימים אומץ גם בשיטות משפט אחרות, לרבות אלה של קנדה וישראל, כמבחן לבחינת מידתיותן של הגבלות שהוטלו על זכויות-יסוד מוגנות.²⁰² בהקשר זה המבחן כולל שלוש שאלות-משנה:

- א. האם ההגבלה אכן משמשת אמצעי להשגת התכליות הלגיטימיות?
- ב. האם היה אפשר להשיג את התכליות הללו באמצעים פוגעניים פחות?

201 CORTEN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 488.

202 במשפט הגרמני מידתיות מכונה Verhältnismäßigkeit. לדיון מקיף בדוקטרינה, באופן התפתחותה במשפט הגרמני ובהתפשטותה לשיטות משפט נוספות, ראו ברק, לעיל ה"ש 18.

ג. האם הנזק שנגרם לזכות המוגנת כתוצאה מן ההגבלה (האמצעי) עולה על התועלת שבהשגת התכליות?

שתי השאלות הראשונות מתייחסות למה שניתן לכנות "נחיצות", אך חשוב לעמוד על ההבדל ביניהן. השאלה הראשונה מתייחסת להיבט הפונקציונלי של ההגבלה: האם היא הייתה נחוצה במונח זה שהיא יכלה להשיג את התכליות הלגיטימיות? כפי שנהוג לנסח זאת בשיח המשפטי על זכויות אדם – האם התקיים קשר רציונלי בין האמצעים לבין התכליות, או האם הותאמו האמצעים לתכליות? השאלה השנייה עוסקת בפן ההשוואתי של ההגבלה: האם היא הייתה נחוצה במונח זה שלא היו אמצעים זמינים פוגעניים פחות להשגת אותן תכליות?

במסגרת *jus ad bellum* נראה שמשמשים במונח "נחיצות" בשני המובנים האמורים. כאשר בוחנים אם עצם השימוש בכוח להגנה עצמית היה נחוץ, השאלה היא אם היו אמצעים חלופיים שלא היו כרוכים בשימוש בכוח להתמודדות עם המתקפה החמושה.²⁰³ משעה שכבר נעשה שימוש בכוח, חוקרים רבים – אך לא כולם – סבורים כי יש מקום למבחן "נחיצות" נוסף: אם האמצעים שנקטה המדינה המתגוננת היו נחוצים במקרה הקונקרטי כדי להשיג את התכליות הלגיטימיות של הגנה עצמית.²⁰⁴ במתן תשובה לשאלה זו נזקקים לרוב למבחן הראשון של נחיצות, קרי, למבחן הבודק אם יש קשר רציונלי בין הכוח שהשתמשו בו לבין התכליות הלגיטימיות שהוא נועד לכאורה לשרת.²⁰⁵ עם זאת, יש מקרים לא-מעטים שבהם יש התייחסות בהקשר זה

203 DINEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 184; LUBELL, לעיל ה"ש 19, בעמ' 43–48. ראו גם CORTEN, לעיל ה"ש 13, בעמ' 479–483, המראה כי אין משמעות הדבר שמדינה הפונה לשימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית נדרשת להוכיח כי מיצתה את כל האמצעים הלא-כוחניים הזמינים. דומה שעליה להראות רק כי עשתה מאמץ סביר להגן על עצמה באמצעים לא-כוחניים בטרם פנתה לשימוש בכוח. כאמור לעיל, ההוכחה כי נעשה ניסיון לנקוט אמצעים לא-כוחניים לפני הפנייה לשימוש בכוח ולוונטית רק כאשר מדובר במתקפה הצפויה מיידית או במתקפה שכבר הסתיימה, שכן מקום שמדובר במתקפה המצויה בעיצומה נראה כי אין מנוס משימוש נגדי בכוח על-ידי המדינה המותקפת. DINEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 207; LUBELL, לעיל ה"ש 19, בעמ' 43.

204 התומך העיקרי בעמדה זו הוא Greenwood, לעיל ה"ש 155. השוו DINEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 210–221, וכן RODIN, לעיל ה"ש 22, בעמ' 112. רודין טוען כי ככל שמדובר במשפט הבין-לאומי, "מבחן הנחיצות מיושם אך לגבי תחילת הסכסוך, ולא לגבי כל מהלך המלחמה. מכאן שמדינה הנלחמת מלחמה הגנתית לגיטימית אינה נדרשת על-פי חוק לחדול ממעשי האיבה מרגע שהגנה על זכויותיה".

205 ראו, למשל, את פרשת ה-*Armed Activities in the Congo*, לעיל ה"ש 50, פס' 147. בית-הדין הבין-לאומי לצדק קבע כי תפיסת ערים ושדות-תעופה של הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו על-ידי צבא אוגנדה במרחק מאות קילומטרים מן הגבול המשותף ביניהן, בטענה שהתרחשו שם מתקפות חמושות נגד כוחותיה של אוגנדה ששהו באזור, לא הייתה מידתית ולא הייתה הכרחית להשגת התכלית של התגוננות מפני אותן מתקפות. בפרשת ה-*Oil Platforms*, לעיל ה"ש 6, פס' 76, קבע בית-הדין כי המתקפה האמריקאית על אסדות הקידוח לא הייתה הכרחית, מאחר שארצות-הברית לא הצליחה להוכיח כי הן שימשו למטרה צבאית כלשהי. ועדת החקירה של האו"ם בנושא לבנון קבעה

לשימוש ב"כוח מוגזם".²⁰⁶ אין זה ברור אם במקרים אלה ההנחה היא שהיה אפשר להשיג אותן תכליות לגיטימיות באמצעי פוגעני פחות או שמא ההתייחסות היא לשלב השלישי במבחן המשולש של מידתיות. לשלב זה אפנה כעת.

למרבח הפלא, אף שהשאלה אם הנזק שנגרם היה מוגזם ביחס לתועלות הוא לב-ליבה של הערכת המידתיות במסגרת מבחן ה"אמצעים-תכליות",²⁰⁷ היבט זה לא זכה אלא בהתייחסות מועטה מאוד במסגרת הדיונים במידתיות ב"jus ad bellum". השיח על-אודות מידתיות בהקשר זה עסק יותר במבחני ה"נחיצות" שהוזכרו לעיל, ובעיקר במבחן הראשון מבין השניים, קרי, אם מתקיים קשר רציונלי בין השימוש שנעשה בכוח לבין התכליות הלגיטימיות של שימוש בכוח להגנה עצמית. יש ככל הנראה כמה סיבות לתופעה זו. שאלת היחס בין עלויותיו של השימוש בכוח לבין התועלות שהוא מניב – מה שמכונה לעיתים "מבחן המידתיות במוכן הצר" – היא אולי השאלה הקשה ביותר, מאחר שמדובר בהשוואה בין ערכים שאינם ניתנים לכימות. זוהי בעיה אינהרנטית בבדיקת המידתיות, והיא נידונה בהרחבה בהקשר של מידתיות ב"jus in bello". ייתכן שביית-הדין הבין-לאומי, כמו-גם משפטנים בין-לאומיים, מצאו כי קל יותר להתמקד במבחני ה"נחיצות" מאשר להתמודד עם השאלה הקשה הזו.

מאחר שמידתיות במוכן הצר ממלאת תפקיד חשוב בהקשר של jus in bello, ייתכן שיש תחושה שאין צורך לדון בה בהקשר של jus ad bellum. יש הסבורים כי הנזק שנגרם כתוצאה מהשימוש בכוח רלוונטי רק בהקשר של jus in bello.²⁰⁸ אולם חשוב לציין כי השאלה שונה במידת-מה בשני ההקשרים. בעוד במסגרת jus in bello השאלה מתייחסת לשימוש בכוח נגד יעדים ספציפיים, במסגרת jus ad bellum השאלה עוסקת בתמונה בכללותה. לפיכך ייתכן מצב שבו שימוש בכוח לא יהיה מידתי במסגרת jus ad bellum אף אם כל מתקפה ספציפית עומדת בדרישות המידתיות בהקשר של jus in bello. מבחן המידתיות בהקשר של jus in bello עוסק בנזק הנלווה שנגרם לאזרחים או למתקנים אזרחיים שאינם כשלעצמם יעדי תקיפה לגיטימיים. לעומת זאת, מבחן המידתיות

כי מתקפות רבות של ישראל היו בלתי-חוקיות מאחר שהמטרות שהתקפו "אינן [כאלה ש]תורמות ברגיל להבסת האויב". לפיכך הן לא עמדו בדרישת ה"נחיצות". ראו: Report of the Commission of Inquiry on Lebanon, 23 Nov. 2006, UN Doc. A/HRC/3/2, para. 315.

206 ראו GARDAM, לעיל ה"ש 9, בעמ' 166–167. גרדם מתייחסת להיקף הכוח שבו השתמשה ארצות-הברית במסגרת פלישתה לפנמה בשנת 1989 (במנותק מהשאלה אם הייתה מתקפה חמושה שהצדיקה את השימוש בכוח להגנה עצמית). בתגובתם על הפעולה הצבאית של ישראל בלבנון בשנת 2006, התייחסו נציגים של מדינות רבות באו"ם לשימוש בכוח מוגזם. ראו, למשל, את הצהרותיהן של ארגנטינה ואלג'יריה לפני מועצת הביטחון של האו"ם, כמצוטט אצל Ronen, לעיל ה"ש 46, בעמ' 390, הערה 171.

207 ראו RODIN, לעיל ה"ש 22, בעמ' 115.

208 ראו Ronen, לעיל ה"ש 46, וכן: Andreas Zimmermann, *The Second Lebanon War: Jus ad bellum, jus in bello and the Issue of Proportionality*, in MAX PLANCK YEARBOOK OF UNITED NATIONS LAW, Vol. 11, 99 (2007). שני כותבים אלה, בדונם במערכה הצבאית של ישראל בלבנון בשנת 2006, התייחסו לסוגיית הנזק שנגרם כרלוונטית אך ל-jus in bello.

בהקשר של *jus ad bellum* מתייחס גם (אך בהחלט לא רק) לנזק שנגרם ללוחמים ולמטרות צבאיות.²⁰⁹ לבסוף, ב-*jus in bello* השאלה בוחנת את הנזק הנלווה ה**צפוי** ואת היתרון הצבאי ה**מצופה**, ואילו ב-*jus ad bellum* השאלה מתמקדת בנזק ה**ממשי** שגרמו האמצעים שהשתמשו בהם בניסיון להשיג את תכליותיו הלגיטימיות של שימוש בכוח להגנה עצמית.²¹⁰ לפיכך בחינת המידתיות במסגרת *jus ad bellum* מבוססת בהכרח על גישה הקוראת לבחינה מתמשכת של התועלות והעלויות השוליות הכרוכות בהמשך השימוש בכוח להשגת התכליות הללו.²¹¹

סוגיות של "מידתיות במובן הצר" בהקשר של *jus ad bellum* לא זכו בהתייחסות של ממש בכתביה האקדמית, ונראה שחוקרים רבים סבורים כי בחינת המידתיות בהקשר זה מסתכמת בשאלה אם האמצעים שנעשה בהם שימוש היו נחוצים על-מנת להשיג את התכליות הלגיטימיות של שימוש בכוח להגנה עצמית.²¹² עם זאת, בתגובותיהם של מדינות ומלומדים על מקרים קונקרטיים של שימוש בכוח להגנה עצמית, היקף הנזק שנגרם מהווה גורם מרכזי בתיאור השימוש בכוח כלא-מידתי. כך, למשל, בהביען את דעתן כי הכוח שהפעילה ישראל בלבנון בקיץ 2006 היה לא-מידתי, התייחסו מדינות רבות לנזק הנרחב שנגרם לאזרחים ולתשתיות.²¹³ בנתחו פרשה זו, מונה אנוזו קניזרו את הנזק החמור שנגרם לאזרחים בלבנון ואת האיום שריחף מעליהם כאחד משלושת הגורמים ההופכים את התגובה הישראלית ללא-מידתית.²¹⁴ הבעיה באמירות מעין אלה אינה נעוצה בהתחשבות במידת הנזק שנגרם כגורם באומדן המידתיות, אלא בהעדר ניתוח רציני של הצד האחר של המטבע, דהיינו, נחיצותו של אותו כוח שגרם לנזק בקידום התכליות הלגיטימיות של הגנה עצמית. נראה כי בלתי-נמנע שניתוח מסוג זה יהיה מוטא. המדינה שהשתמשה בכוח תיטה לעולם לייחס משקל-יתר לתרומתו של הכוח שהופעל להשגת "מטרות המלחמה" שלה, ואילו צופים מן הצד ייטו לראות את הנזק שנגרם כתוצאה מאותו שימוש בכוח כגורם המכריע. ספק אם בתי-משפט וגופים אחרים האמורים לקבל החלטות בעניין מצוידים בכלים שיאפשרו להם להכריע בין נקודות-הראות הסותרות.

209 GARDAM, לעיל ה"ש 9, בעמ' 14.

210 יש לציין, עם זאת, כי סביר להניח שלעיתים קרובות תעלה שאלת ההוכחה. על מי מוטל נטל ההוכחה שהפעולה הצבאית הייתה מידתית (או לא-מידתית)? אם הנטל רובץ לפתחה של המדינה שעשתה שימוש בכוח, אזי נראה כי הידע הרלוונטי להוכחת המידתיות הוא רק זה שהיה בידיהם של מקבלי ההחלטות בדרגים המדיניים והצבאיים בעת קבלת ההחלטה לעשות שימוש בכוח.

Zimmermann, לעיל ה"ש 208, בעמ' 125.

Greenwood, לעיל ה"ש 155.

212 ראו LUBELL, לעיל ה"ש 19, בעמ' 63–68.

Ronen, לעיל ה"ש 46, בעמ' 390, הערה 171.

214 Cannizzaro, לעיל ה"ש 15, בעמ' 784. שני הגורמים האחרים מבוססים על ההערכה כי הכוח שנעשה בו שימוש לא היה הכרחי, מאחר שהתכליות הלגיטימיות היחידות של שימוש בכוח להגנה עצמית הן עצירת המתקפה והדיפתה.

4. מידתיות מבצעה הצבאי של ישראל בלבנון

בתחילת מאמרי זה ציטטתי גישות שונות וחולקות בשאלה אם המבצע הצבאי של ישראל בלבנון עמד בתנאי המידתיות במסגרת *jus ad bellum*. אין בכוונתי לענות כאן על שאלה ספציפית זו. עם זאת, כדי להדגים את הטענות שהעליתי במאמר, אסיים אותו בהצגת ארבע תשובות שונות שהוצעו לשאלה.

בהערכת מבצעה של ישראל בלבנון מונה אנזו קניזרו שלוש סיבות למסקנתו כי המבצע לא עמד בתנאי המידתיות במסגרת *jus ad bellum*: היקף הפעולה, שחרג מזה שהיה נחוץ על-מנת להדוף את המתקפה החמושה; העובדה שחלק מהתקיפות נעשו נגד תשתיות המרוחקות מאות קילומטרים מהאזור שבו נערכה המתקפה החמושה, ו"לפיכך הן לא היו קשורות למטרה ההגנתית של המבצע"; וכן "הנזק שנגרם לאזרחים והאיום שריחף מעליהם".²¹⁵

שתי הסיבות הראשונות שקניזרו מספק נגזרות בבירור מעמדתו כי התכליות הלגיטימיות היחידות של שימוש בכוח במקרה זה היו עצירתה והדיפתה של המתקפה החמושה שהתרחשה ב-12 ביולי 2006. הכוח שבו השתמשה ישראל לא היה נחוץ להשגת תכליות אלה, ולפיכך היה לא-מידתי. עמדה זו היא בעייתית בשלושה מישורים.²¹⁶ ראשית, עד שהתאפשר לישראל להגיב, כבר הגיעה המתקפה החמושה אל קיצה. עצירת המתקפה כבר לא הייתה אפשרית, ולפיכך השימוש בכוח היה, מטבע הדברים, צופה פני עתיד. שנית, כפי שראינו לעיל, העמדה שלפיה עצירה והדיפה של המתקפה החמושה הן המטרות הלגיטימיות היחידות של שימוש בכוח להגנה עצמית אינה העמדה הרווחת. רוב המשפטנים סבורים כי המדינה המותקפת רשאית להשתמש בכוח גם על-מנת למנוע מתקפות עתידיות הצפויות באופן סביר. מכאן ש"המטרה ההגנתית של הפעולה", כלשונו של קניזרו, לא הייתה חייבת להתייחס רק להדיפת המתקפה החמושה שהתרחשה ב-12 ביולי, אלא יכולה לכלול גם התמודדות עם האיום העתידי שהיה צפוי באופן סביר מצד ארגון החיזבאללה. אם מקבלים את העמדה שהתמודדות כזו היא מטרה לגיטימית, אזי קשה לקבל את הטענה שהשמדת טילים לטווח ארוך המכוונים אל יעדים רבים בישראל ופגיעה במרכזי שליטה ובקרה של החיזבאללה אינן קשורות ל"מטרה ההגנתית של הפעולה". לבסוף, קניזרו מתעלם מהדינמיקה של המאורעות. כפי שמדגיש ג'ייסון רצ'פורד (Jason S. Wrachford), אשר ניתוחו ייסקר להלן, התגובה הישראלית על המתקפה הולידה תגובת-נגד שכללה שיגור מסיבי של טילים ורקטות לשטחי ישראל. אי-אפשר להתעלם ממהלך אירועים זה כאשר בוחנים את נחיצותה של הפעולה שננקטה להחלשת יכולתו הצבאית של החיזבאללה.

215 ש.ם.

216 לא אעסוק כאן במישור העובדתי. בהתאם לממצאיה של ועדת החקירה של האו"ם, הסכסוך "החל כאשר לוחמי החיזבאללה שיגרו טילים לעבר עמדות צבאיות ויישובי-ספר בישראל, בשעה שיחידה אחרת של החיזבאללה חצתה את 'הקו הכחול', הרגה שמונה חיילים ישראלים וחטפה שניים".
Report of the Commission of Inquiry on Lebanon, לעיל ה"ש 205, פס' 40.

הנקודה האחרונה של קניזרו מעלה למעשה שאלה של "מידתיות במובן הצר". כפי שראינו לעיל, שאלה זו נתפסת על-ידי חלק מהמלומדים כרלוונטית אך ל-*jus in bello* אם מקבלים את העמדה שמבחן "המידתיות במובן הצר" הוא חלק מהחישוב גם ב-*jus ad bellum*, אזי אי-אפשר לדחות על הסף את טיעונו של קניזרו. אך הבעיה בטיעון במקרה זה נובעת מהצגת צד אחד בלבד של המשוואה. כשם שאי-אפשר לבחון מידתיות במובן הצר תוך התחשבות רק בתועלות הצבאיות שהניבה הפעולה ובהתעלם מעלויותיה, כך אי-אפשר לבחנה תוך התייחסות רק לנזק שנגרם בעטייה. עלינו לדעת גם אילו רווחים הושגו באמצעותה, במובן של תכליות לגיטימיות של שימוש בכוח להגנה עצמית – במקרה הנוכחי הפחתת האיום של מתקפות עתידיות מצד חיזבאללה. לנוכח עמדתו כי המטרה הלגיטימית היחידה שבבסיס המבצע הייתה עצירת המתקפה החמושה הראשונית והדיפתה, אין זה מפתיע שקניזרו פשוט מתעלם מהיבט זה של העניין.

בהתייחסו לאותו מבצע צבאי, טוען אנדריאס צימרמן (Andreas Zimmermann) כי מניתוחו עולה שלא בטוח כלל שהתגובה הישראלית הייתה לא-מידתית. נקודת המוצא של צימרמן היא שמידתיות ב-*jus ad bellum* נבחנת בהתאם לאופייה ולהיקפה של המתקפה החמושה וכן בהתאם לדרך שבה ניתן להודפה בניסיונות המסוימות. בבוחנו סוגיה זו צימרמן מביא בחשבון את הדינמיקה של העימות שהתגלע, וגורס כי הרבה מאוד תלוי בשאלות עובדתיות, דוגמת המבנה הארגוני-הפיקודי של התוקפן. יישום תפיסה זו מוביל אותו למסקנה כי תקיפת מרכזי השליטה והבקרה של החיזבאללה, שהיו ממוקמים בעומק השטח הלבנוני, עומדת במבחן המידתיות אף-על-פי שהמתקפה החמושה שהולידה את התגובה הישראלית "נעשתה רק משטח מצומצם סמוך לשטחה הריבוני של [ישראל]".²¹⁷ עוד מוסיף צימרמן כי ככל שהמתקפות של חיזבאללה על ישראל נמשכו זמן רב יותר כן הייתה ישראל רשאית לנקוט אמצעים נרחבים יותר של הגנה עצמית בתגובתה, וזאת בתנאי, כמובן, שאמצעים נרחבים כאלה היו נחוצים למניעת הישנותן של המתקפות. במסגרת הדיון ב-*jus ad bellum* צימרמן מתעלם מן הנזק שנגרם לאזרחים ולתשתיות אזרחיות, שאותו הוא רואה כרלוונטי אך למידתיות ב-*jus in bello*.

בהתייחסותה לפעולה הצבאית בלבנון, טוענת יעל רונן, בצדק לדעתי, כי מידתיות תלויה בשאלה אם הזכות להגנה עצמית מוגבלת רק להדיפת מתקפה המצויה בעיצומה או שמא היא כוללת גם מניעה של מתקפות עתידיות.²¹⁸ רונן דנה בדרישות המידתיות בהתאם לכל אחת משתי התשובות האפשריות לשאלה זו, ולאחר ניתוח מטרות הפעולה השונות שצוינו על-ידי מקבלי ההחלטות בישראל, היא קובעת כי גם אם ישראל הייתה רשאית להשתמש בכוח למניעת מתקפות עתידיות, היא לא הייתה רשאית לעשות כן למטרת הרתעה כללית, על-מנת להביא לידי אכיפת החלטה 1559 של מועצת הביטחון (שקראה לפירוק כל המליציות הצבאיות הפועלות בלבנון) או כדי למנוע את

Zimmermann, לעיל ה"ש 208, בעמ' 123.

Ronen, לעיל ה"ש 46.

החיזבאללה מ"להתבסס כפרובוקטור אזורי". ככל שנעשה שימוש בכוח לקידום מטרות אלה, הוא היה לא-מידתי. בדומה לצימרמן, גם רונן גורסת כי סוגיית הנזק שנגרם לאזרחים ולתשתיות צריכה להידון במסגרת *jus in bello*, ולא *jus ad bellum*. גייסון רצ'פורד נוקט גישה שונה. לטענתו, מאחר שתגובתה הראשונית של ישראל על המתקפה החמושה נתקלה בהתנגדות חמושה מסיבית, שבאה לידי ביטוי בשיגור אין-ספור טילים ורקטות לעבר ישראל, המצב התדרדר לכלל סכסוך מזוין רחב-היקף. בהמשך לגישתו של דינשטיין, שהוצגה לעיל, רצ'פורד טוען כי במצב מעין זה אין להתייחס כלל למידתיות במסגרת *jus ad bellum*, אלא יש לבחנה רק באספקלריית הנורמות של *jus in bello* אף-על-פי-כן הוא מוסיף וטוען כי מידתיותו של הכוח שהופעל במקרה זה היא בעייתית משתי סיבות. ראשית, נדמה כי כוונתה של ישראל הייתה עונשית והרתעתית כאחת. בעוד "מידתיות עשויה בהחלט לכלול רכיב מסוים של הרתעה, ואולי אף היבט כלשהו של ענישה, הרתעה וענישה אינן יכולות להיות המטרות העיקריות של שימוש מתמשך בכוח, שכן פעולה צבאית שאלה מטרותיה העיקריות תדמה לפעולת תגמול יותר מאשר לפעולה של הגנה עצמית".²¹⁹ שנית, לישראל הייתה אומנם הצדקה לנקוט פעולה כלשהי נגד לבנון, אולם "פעולותיה המקיפות נגד לבנון עצמה היו פשוט תגובה לא-מידתית על אוזלת-ידיה של לבנון" במניעת המשך פעילותו של החיזבאללה משטחה.²²⁰ לחלוטין לא ברור על מה רצ'פורד מבסס את קביעתו זו. לנוכח עמדתו כי לא היה אפשר לייחס ללבנון אחריות למתקפה של החיזבאללה על ישראל, המסקנה המתבקשת היא שישראל לא הייתה רשאית לנקוט כל פעולה כוחנית נגד לבנון עצמה (להבדיל מפעולה המכוונת אך ורק נגד חיזבאללה המצוי בשטחה). מכאן שבחינת מידתיותן של ההתקפות על מטרות לבנוניות הייתה אמורה להיות לא-רלוונטית. אך גם אם נניח כי סוג מסוים של מידתיות אכן רלוונטי בבחינת פעולותיה של ישראל נגד לבנון עצמה, באיזה מבחן של מידתיות רצ'פורד משתמש כאן? האם הוא גורס כי היה אפשר להשיג אותה תוצאה באמצעים פוגעניים פחות? או שמא מדובר בגרסה מסוימת של "גמול צודק" (just deserts)?

בחינת ניתוחיהם של ארבעת המחברים האמורים מעלה כי בסיכומו של עניין המחלוקת האמיתית בסוגיית המידתיות ב-*jus ad bellum* מתייחסת לתכליות הלגיטימיות של שימוש בכוח בנסיבות הנבחנות. המשותף לכל הניתוחים הוא ההנחה כי שימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית חייב להיעשות לשם הגשמת תכליות לגיטימיות. שימוש בכוח שנראה עונשי בטבעו, שהמניע העיקרי שלו הוא הרתעתו או שמונע ממטרות פוליטיות רחבות יתפס כלא-מידתי. מעבר להסכמה זו, המחלוקת משקפת את העמדות השונות בנוגע לתכליות הלגיטימיות של שימוש בכוח להגנה עצמית, ואת יישומן בנסיבות הקונקרטיים של הפעולה הישראלית בלבנון. קניזרו, תומך מובהק בגישת ה"עצירה והדיפה", מתעלם מהדינמיקה של המאורעות ומהאיום של מתקפות עתידיות מצד אותו אויב, ומתמקד רק בשאלה אם הכוח שנעשה בו שימוש במסגרת ההגנה

219 Wrachford, לעיל ה"ש 173, בעמ' 88.

220 שם.

העצמית היה הכרחי לעצירתה והדיפתה של המתקפה החמושה הראשונית. צימרמן, הדוגל בגישה רחבה יותר מתיאוריית ה"עצירה והדיפה", מביא בחשבון הן את המבנה הארגוני-הפיקודי של האויב הן את הדינמיקה של העימות ככל שהוא מתפתח, אך בוחן עדיין את היקף השימוש בכוח ביחס לעוצמת המתקפה החמושה שהתרחשה, ולא ביחס לעוצמת המתקפות העתידיות הצפויות. רונן מקבלת את העמדה כי מניעת מתקפות עתידיות הצפויות באופן סביר היא תכלית לגיטימית של שימוש בכוח, וכי שימוש בכוח שהיה נחוץ לשם מניעת מתקפות כאמור יהא מידתי. היא מדגישה, עם זאת, כי מטרות פוליטיות רחבות יותר אינן בגדר תכלית לגיטימית של שימוש בכוח, ולפיכך כוח המשמש להשגת מטרות אלה לא יהיה מידתי. ניתוחו המשפטי של רצ'פורד משקף את הגרסה של דינשטיין לתיאוריית ה"טריגר", שלפיה משהתפתח סכסוך מזוין רחב-היקף, מידתיות במובן של *jus ad bellum* אינה רלוונטית עוד.

ראוי לציין כי רק אחד מבין ארבעת המלומדים הנ"ל מתייחס לנזק שנגרם לאזרחים ולתשתיות כרלוונטי למידתיות ב-*jus ad bellum*. יוצא, אם כן, כי לפי דעת הרוב בקרב המלומדים הללו, מידתיות במסגרת *jus ad bellum* אינה מידתיות כלל למעשה, אלא רק שאלה בדבר נחיצותו של הכוח שנעשה בו שימוש לשם השגת התכליות הלגיטימיות של שימוש בכוח להגנה עצמית.

הערות סיכום

מידתיות היא לעולם מושג חמקמק. הגדרתה נעשית קשה פי כמה וכמה מקום שהיא נדרשת בהקשר טעון כשלעצמו, דוגמת זכותה של מדינה להשתמש בכוח להגנה עצמית. עם זאת, ברוח דבריה של הדוכסית בעליסה בארץ הפלאות, לכל מושג, לרבות מידתיות, יש משמעות, "אם רק יודעים לגלותה"²²¹.

מקור אחד לבלבול לגבי משמעותו של עקרון המידתיות ב-*jus ad bellum* נעוץ בנטייה הנפוצה והטבעית להניח כי מידתיות חייבת לכלול רכיב כלשהו של "מידה כנגד מידה". במאמר זה טענתי, עם זאת, כי המקור העיקרי למחלוקת ולבלבול בהקשר זה הוא העדר ההסכמה בדבר התכליות הלגיטימיות של שימוש בכוח בידי מדינה המממשת את זכותה הטבעית להגנה עצמית. אף אם מקבלים את הטענה כי המבחן הראוי להערכת המידתיות הוא מבחן ה"אמצעים-תכליות", אם אין תמימות-דעים בנוגע לאותן תכליות, ברי כי לא יהיה אפשר להגיע להסכמה בשאלה אם האמצעים שנעשה בהם שימוש אכן היו נחוצים להשגתן. כתוצאה מכך גם לא יהיה אפשר להפעיל את מבחן "המידתיות במובן הצר", אשר נכנס לתמונה רק לאחר שנקבע כי האמצעים שנקטו אכן היו נחוצים לשם השגת תכלית לגיטימית של שימוש בכוח להגנה עצמית.

LEWIS CARROLL, ALICE'S ADVENTURES IN WONDERLAND ch. 9 (1865): "'Tut, tut, child!' 221 .said the Duchess. 'Everything's got a moral, if only you can find it.'"

הקורא עשוי לסבור כי בהדגישי את העדר ההסכמה בדבר התכליות הלגיטימיות של שימוש בכוח להגנה עצמית, כל שעשיתי הוא להחליף תחום אחד של חוסר ודאות ואי-מוגדרות בתחום אחר. כך, במקום להתווכח אם השימוש בכוח בתגובה על מתקפה חמושה היה מידתי אם לאו, ייסב הוויכוח על התכליות הלגיטימיות של אותו שימוש בכוח, ועל השאלה אם האמצעים שננקטו אכן היו נחוצים לשם הגשמתן. ייתכן שזה אכן המצב. אך גם אם כך הוא הדבר, לפחות נדע על מה אנחנו מתווכחים.