

לפצח את הגרעין – גם בשדה המשפט: מתקפה ישראלית על מתקני הגרעין האיראניים בראי המשפט הבין-לאומי

מאת

יניב רוזנאי*

איראן גרעינית מהווה איום ברור על ישראל. לכן ישראל מתכוננת לאפשרות של מתקפה צבאית כדי למנוע את איראן מלהשיג נשק גרעיני. מאמר זה בוחן את חוקיותה של מתקפה ישראלית אפשרית על מתקני הגרעין האיראניים בראי המשפט הבין-לאומי. המאמר בוחן אם מתקפה כאמור תפר את האיסור המוטל על שימוש בכוח, ואם היא יכולה להיחשב שימוש חוקי בזכות להגנה עצמית. על פי כללי המשפט הבין-לאומי הקיימים, ולנוכח התנאים השוררים בעת כתיבת המאמר, מתקפה מונעת ישראלית על מתקני הגרעין באיראן אינה יכולה לקבל תמיכה משפטית משכנעת. ישראל אינה יכולה לטעון להגנה עצמית מקדימה, מכיוון שאיראן עדיין אינה מהווה איום מידי על ישראל. ישראל גם אינה יכולה לטעון להגנה עצמית מונעת, שכן הגנה כאמור עדיין אינה מוכרת כחריג חוקי לאיסור השימוש בכוח.

* תלמיד לתואר דוקטור ב־The London School of Economics and Political Science (LSE); חוקר אורח ב־Princeton University, Woodrow Wilson School of Public and International Law; LL.B, B.A ; LL.M, LSE ; Affairs Sir נכתב בעת לימודי התואר השני שלי ב־LSE. אבקש להודות לסר פרופ' כריסטופר גרינווד (Prof. Christopher Greenwood QC) ולאנתיאה רוברטס (Anthea Roberts) על שהנחו אותי בעבודת המחקר, ולאביב דקל על סיועה בעת הכנת המאמר. גרסה קודמת של מאמר זה זכתה במקום הראשון בתחרות הסטודנטים השנתית של ה־California Bar International Law Section בשנת 2010; 18 CAL. INT'L L.J. 18 (2010). אני מודה לעו"ד תמר ולדמן על סיועה בתרגום לעברית ולעו"ד מורן קנדלשטיין-היינה על הרעיון לכותרת המאמר. תודות מיוחדות לקוראים האנונימיים ולד"ר יעל רונן, עורכת כתב העת שערי משפט, על הערותיהם היסודיות והמעולות לטיוטה קודמת של מאמר זה. האחראיות לתוכן הדברים מוטלת כמובן עליי בלבד. מאמר זה מוקדש למורי למשפט בין-לאומי פרופ' נתן לרנר.

מאמר זה מוסיף ובוחר את היחס שבין חוקיות ללגיטימיות. נטען כי ישראל יכולה לראות במתקפה על מתקני הגרעין של איראן לגיטימית – גם אם לא חוקית – וזאת כביקורת על המשפט הבין-לאומי וכקריאה להתאמתו להתפתחות הטכנולוגית. על המשפט הבין-לאומי להיערך לחשיבה מחודשת בעידן הגרעיני. זמן התגובה המופחת על איומים פוטנציאליים, היכולת ההרסנית הפוטנציאלית של נשק גרעיני והאסון הכבד העלול להיגרם ממתקפה של כורים גרעיניים פעילים מחייבים התאמה של התפיסה המסורתית של הגנה עצמית לנסיבות המודרניות של נשק גרעיני. לכן מוצע להעניק לתנאי המידיות במסגרת הגנה עצמית מקדימה פרשנות גמישה, אשר תאפשר, בנסיבות מסוימות, אף הגנה עצמית מונעת נגד מתקנים לפיתוח נשק להשמדה המונית. בשל האפשרות של מתקפה גרעינית עתידית, אך בכפוף למשפט הבין-לאומי, הדילמה הישראלית מדגימה את הפער הגדול שקיים בין צורכי הביטחון הממשיים של מדינות מסוימות בעידן הגרעין לבין ההגנה שהמשפט הבין-לאומי מספק. על כן מתעורר הצורך בפתרון שלא יעמיד מדינות במצב הבלתי אפשרי של בחירה בין הפרת המשפט הבין-לאומי לבין הסתכנות בהשמדה.

“בחצי הלילה הם קמו
והיכו בקצה העולם
כבני רשף חשו הרחיקו עוף
להשיב את כבוד האדם”
[ארץ צבי, תלמה אליגון רוז]

מבוא

דמיינו את התרחיש הזה: תשעים מטוסי קרב ישראליים חוצים את הגבול הטורקי-סורי, עוברים דרך צפון עיראק ומפילים יותר משתי טונות של פצצות על מתקני נשק גרעיניים איראניים.¹ האם מעשה כזה ייחשב חוקי לפי המשפט הבין-לאומי? ניסיון לתת מענה לשאלה זו הוא המטרה העיקרית של מאמר זה. אמנם טהראן מתעקשת כי היא מפתחת יכולת גרעינית למטרות שלום, אולם מומחים מעריכים, על סמך הראיות הקיימות, כי איראן שואפת להשיג נשק גרעיני.² מאמר זה

1 ראובן פדהצור “מסמך: כך, בדיוק, תיראה ההתקפה הישראלית על מתקני הגרעין של איראן” הארץ 15.5.2009 www.haaretz.co.il/misc/1.1260838

2 Judith S. Yaphe & Charles D. Lutes, *Reassessing the Implications of a Nuclear-Armed Iran*, 69 McNAIR PAPER x–xi (Institute for National Strategic Studies, 2005)

מתמקד בתגובה ישראלית אפשרית על תכנית הגרעין האיראנית היות שברור לכול כי ישראל היא המדינה המאוימת ביותר על ידי איראן גרעינית,³ במיוחד לנוכח אמירותיו של הנשיא האיראני מחמוד אחמדינז'אד כי ישראל "חייבת להימחק מהמפה".⁴ מבחינתה של ישראל, פעולה צבאית נגד האיום האיראני היא אפשרות ממשית שנשקלת.⁵ מבלי לדון בשאלת תבונתיותה של מתקפה מונעת על מתקני הגרעין מבחינה אסטרטגית⁶ נשאלת השאלה אם מתקפה כאמור תהא חוקית. חלק מהמשפטנים שכתבו בנושא סבורים כי יש לענות על שאלה זו בשלילה,⁷ ואילו אחרים רואים בה פעולה חוקית או סבורים שגם אם היא אינה חוקית, ישראל רשאית וצריכה להגן על עצמה מכיוון ש"המשפט הבין-לאומי אינו בגדר הסכם התאבדות".⁸

מאמר זה בוחן טיעונים אפשריים שונים באשר לחוקיותה של מתקפה ישראלית על מתקני הגרעין האיראניים. פרק א סוקר את תכנית הגרעין האיראנית, את מטרתיה וכיצד היא נתפסת בישראל. פרק ב בוחן אם מתקפה כאמור תפר את איסור השימוש בכוח. פרק ג – הפרק העיקרי במאמר – בוחן אם מתקפה ישראלית על מתקני הגרעין האיראניים יכולה להיחשב שימוש חוקי בזכות להגנה עצמית. פרק זה מבחין בין "הגנה עצמית מקדימה",

- Benjamin M. Greenblum, *The Iranian nuclear Threat: Israel's Options Under International Law*, 29 HOUS. J. INT'L L. 55, 56 (2006–2007) 3
- Nazila Fathi, *Iranian President Stands by Call to Wipe Israel Off Map*, N.Y. TIMES 26.10.2005, www.nytimes.com/2005/10/29/international/middleeast/29iran.html 4
- Udi Evental, *The United-States and the Iranian Nuclear Challenge: Inadequate Alternatives, Problematic Choices*, 9 STRAT. ASSESS. 19 (2006) 5
- Sam Gardiner, *Et Maintenant En Evant: Preemption and the Planning for Iran*, 57 SYRACUSE L. REV. 443, 451–455 (2006–2007) 6
- Kristen E. Eichensehr, *Targeting Tehran: Assessing the Lawfulness of Preemptive Strikes against Nuclear Facilities*, 11 UCLA J. INT'L L. & FOREIGN AFF. 59 (2006) 7
- Daniel Schwartz, *Just War Doctrine and Nuclear Weapons: A Case Study of A Proposed Attack on Iran's Nuclear Facilities From An American and Israeli Perspective*, 18 S. CAL. INTERDISC. L. J. 189 (2008–2009)
- Louis René Beres, *Preserving the Third Temple: Israel's Right of Anticipatory Self-Defense under International Law*, 26 VAND. J. TRANSNAT'L L. 111, 112 (1993–1994); Louis René Beres & Yoash Tsiddon-Chatto, *Reconsidering Israel's Destruction of Iraq's Osiraq Nuclear Reactor*, 9 TEMP. INT'L & COMP L.J. 437, 438 (1995) 8
- Alan Dershowitz, *Israel Has the Right to Attack Iran's Nuclear Reactors Now*, HUFFPOST WORLD 16.3.2011, www.huffingtonpost.com/alan-dershowitz/israel-has-the-right-to-a_b_836764.html; Jay Sekulow, Robert Ash, *Israel Legal Case for Stopping Iran*, THE CUTTING EDGE 6.3.2012, www.thecuttingedge.com/index.php?article=72281

המתארת מתקפה צבאית נגד איום מידי, לבין "הגנה עצמית מונעת", המתארת שימוש בכוח נגד איום מרוחק יותר.⁹ אטען כי על פי התנאים השוררים במועד כתיבתו של מאמר זה מתקפה ישראלית אינה יכולה להיחשב חוקית לפי שתי התת-דוקטרינות של הגנה עצמית. פרק ד בוחן את היחס שבין חוקיות ללגיטימיות וטוען כי ישראל יכולה לראות במתקפה על מתקני הגרעין באיראן מוצדקת – גם אם לא חוקית – קריאה להתפתחות המשפט הבינ-לאומי עם ההתפתחות הטכנולוגית יחד. בפרק זה אטען כי אמות המידה המסורתיות של דוקטרינת ההגנה העצמית אינן מתאימות לעידן הגרעיני. לכן יש להגמיש את הנוסחה המסורתית של הגנה עצמית, ובעיקר את דרישת המידיות, ולהתאימה לעידן הנשק הגרעיני, שבו מדינות עלולות למצוא את עצמן בפני איום של השמדה מידית ומוחלטת.¹⁰ פרק ה יסכם.

חשיבותו של הניתוח המשפטי של מתקפה על איראן היא כפולה: ראשית, גם אם שאלת חוקיותה של דרך פעולה מסוימת לא תהא בהכרח השיקול המרכזי בקבלת ההחלטות של המדינה, עובדת קיומה או חסרונה של תמיכה משפטית עשויה להיות גורם חשוב בהליך קבלת ההחלטות.¹¹ שנית, בכוונתי להראות כי הדרישות המשפטיות הנוכחיות להצדקת פעולה של הגנה עצמית אינן תואמות את ההתפתחות הטכנולוגית של הנשק הגרעיני. יובהר: חוקיותה של מתקפה ישראלית על מתקני הגרעין באיראן תלויה כמובן בנסיבות שיתקיימו בזמן המתקפה. מאמר זה מתייחס לנסיבות ששררו בעיצומה של שנת 2012. כמו כן בניתוח המופיע במאמר זה הסתמכתי על פרסומים ציבוריים בלבד ולא על מידע מודיעיני כלשהו בדבר תכנית הגרעין האיראנית. חשוב מכך, יש להכיר במגבלותיה של בחינה כאמור, שכן "המשפט הבינ-לאומי", כפי שציין נתן לרנר, "רחוק עדיין מלהיות דיסיפלינה מדעית מדויקת".¹² העמימות הקיימת מותרתה מקום רב למגוון דעות במקרים שונים.¹³ אולם על אף העמימות הקיימת בסדר המשפטי הבינ-לאומי, ובוודאי בזה המסדיר את השימוש בכוח, מאמר זה מבקש להעריך את החוקיות של שימוש ישראלי בכוח נגד מתקני

- 9 ראו Christopher Greenwood, *International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq*, 4 SAN DIEGO INT'L L.J. 7, 9 (2003).
- 10 Beth M. Polebaum, *National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age*, 59 N.Y.U. L. REV. 187 (1984).
- 11 Matt S. Nydell, *Tensions Between International Law and Strategic Security: Implications of Israel's Preemptive Raid on Iraq's Nuclear Reactor*, 24 VA. J. INT'L L. 459, 468 (1983–1984).
- 12 נתן לרנר "ביקורת הספר War, Aggression and Self-Defence" [Cambridge, 1988] עיוני משפט יד 569, 570 (1989).
- 13 OSCAR SCHACHTER, INTERNATIONAL LAW IN THEORY AND PRACTICE 141 (1991).

הגרעין האיראניים, ובכך להוסיף לדיון הנערך בסוגיית הגרעין האיראני את ההיבט המשפטי.

א. תכנית הגרעין האיראנית וישראל

1. טכנולוגיה גרעינית והאמנה למניעת הפצת נשק גרעיני

סקירה מקיפה של הטכנולוגיה הגרעינית חורגת כמובן מהיקפו של מאמר זה, אולם דומני שיש מקום לתאר בקצרה את השלבים שבפיתוח יכולת גרעינית ובהעברת חומר גרעיני משימוש אזרחי לשימוש צבאי. תחילה כורים את גרעין האורניום, מעבדים אותו ומרכיבים אותו מחדש בצורה מוצקה הקרויה "עוגה צהובה" (yellow cake). את חומר הגלם המתקבל מעשירים באמצעות צנטריפוגות כדי להגדיל את ריכוז האיזוטופ אורניום-235. את האורניום המועשר אפשר להעביר לכור גרעיני לשם ייצור חשמל לשימוש אזרחי. בתהליך ההעשרה אפשר להעשיר את האורניום בדרגה גבוהה יותר (ככלל, יותר מ-20% העשרה) לשם ייצור הרכיב הבסיסי של פצצת האורניום, ובתהליך של עיבוד מחדש אפשר להפוך גם פסולת של אורניום ופלוטוניום למרכיבים של הפצצה. כדי לייצר נשק גרעיני על המדינה לבנות מחסן של חומרים גרעיניים, לייצר ראשי נפץ גרעיניים ולבנות טילים שיוכלו לשאתם.¹⁴ אפשרות השימוש באורניום לשם ייצור נשק גרעיני הובילה ליצירת מנגנונים לניטור הפקתו והפצתו במסגרת משטר בין-לאומי שנועד למנוע הפצת נשק גרעיני.

האמנה למניעת הפצת נשק גרעיני¹⁵ (להלן: האמנה) היא לב-לבו של המאמץ הבין-לאומי למניעת הפצת נשק גרעיני. האמנה מבחינה בין שני סוגים של מדינות: מדינות בעלות נשק גרעיני ומדינות שאין להן נשק גרעיני (סעיף 9). מדינות אשר אין להן נשק גרעיני אך חברות באמנה מתחייבות לא לפתח, או לרכוש, נשק גרעיני (סעיף 2), ומסכימות למנגנוני ביטחון בכל הנוגע בפעילות הגרעין האזרחית שלהן (סעיף 3). כדי לקדם התפרקות גלובלית מנשק גרעיני מדינות בעלות נשק גרעיני מתחייבות לנהל משא ומתן בתום לב כדי לחסל את עתודות הנשק הגרעיני שבידיהן (סעיף 6). האמנה מכירה בזכותן השווה של כל המדינות החברות לפתח אנרגייה גרעינית למטרות שלום (סעיף 4). הבעיות העיקריות של האמנה הן

14 Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 59–60. להסבר מעמיק יותר על טכנולוגיה גרעינית ראו Davis Sloss, *Arms Control: Preemptive Attacks on Nuclear Facilities*, 4 CHI. J. INT'L L. 39, 41–43 (2003); YAËL RONEN, THE IRAN NUCLEAR ISSUE 4-7 (2010).

15 Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, July 1, 1968, 21 U.S.T. 483, 729 U.N.T.S. 169.

שמנגנוני האכיפה והענישה שלה לוקים בחסר,¹⁶ ושכל מדינה חברה יכולה לפרוש מהאמנה לאחר הודעה מראש של שלושה חודשים בלבד (סעיף 10).¹⁷

2. תכנית הגרעין האיראנית

תחילתה של תכנית הגרעין האיראנית עוד בשנות החמישים של המאה העשרים, כאשר ארצות הברית הושיטה לה סיוע כחלק מתכנית "גרעין למען שלום" (Atoms for Peace), שמטרתה הייתה לספק טכנולוגיה גרעינית אמריקאית למדינות זרות שהתחייבו לוותר על נשק גרעיני.¹⁸ בשנת 1968 חתמה איראן על האמנה למניעת הפצת נשק גרעיני, ואשררה אותה בשנת 1970. לפיכך חתמה איראן בשנת 1973 על הסכם אמצעי הגנה (NPT safeguards agreement) עם הסוכנות הבין-לאומית לאנרגייה אטומית (להלן: הסוכנות).¹⁹ כחברה באמנה שאין ברשותה נשק גרעיני איראן מחויבת לא לפתח נשק גרעיני, אך מותר לה לעסוק בפעילות גרעין למטרות שלום. באופן עקרוני, איראן מפתחת יכולות של העשרת אורניום, כור להפקת פלוטוניום של מים כבדים ומתקנים הקשורים לעיבוד-מחדש של דלק משומש להפרדת פלוטוניום.²⁰ כמוזכר, יעילותם של מנגנוני ההגנה של האמנה מוגבלת, שכן איראן יכולה לייצר אורניום באופן חוקי למטרות שלום, לפרוש מהאמנה, ואז להמשיך ולהעשיר אורניום בדרגה גבוהה יותר ולבנות מצבור של נשק גרעיני.²¹ אולם למעשה

16 Michael Spies, *Iran and the Limits of the Nuclear Non-Proliferation Regime*, 22 AM. U. INT'L L. REV. 401, 418 (2006–2007).

17 Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 59. להרחבה על האמנה ראו DANIEL H. JOYNER, INTERPRETING THE NUCLEAR NON-PROLIFERATION TREATY (2011).

18 Sam Roe, *An Atomic Threat Made in America*, CHICAGO TRIBUNE 28.1.2007, www.chicagotribune.com/news/nationworld/chi-061209atoms-day1-story,0,2034260.htmlstory.

19 International Atomic Energy Agency, Information Circular – The Text of The Agreement Between Iran and The Agency For The Application of Safeguards In Connection With The Treaty On The Non-Proliferation Of Nuclear Weapons, Done in Vienna on 19 June 1973, INFCIRC/214, (13 December 1974), www.iaea.org/Publications/Documents/Infcirc/Others/infcirc214.pdf.

20 למתקני הגרעין העיקריים של איראן ראו Whitney Raas & Austin Long, *Osirak Redux? Assessing Israeli Capabilities to Destroy Iranian Nuclear Facilities*, 31(4) INT'L SEC. 7, 12 (2007); Ron Ben Yishai, *Iran's Updated Nuclear Weapons Plan*, YNET (29.7.2009), www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3753441,00.html.

21 David Hastings Dunn, "Real Men Want to Go to Tehran": Bush, Pre-emption and the Iranian Nuclear Challenge, 83 INT'L AFF. 19, 26 (2007).

ההתפתחות הגרעינית של איראן מדאיגה דווקא בשל האפשרות לנהל תכנית נשק גרעיני סודית כחלק מתכנית רחבה יותר ליצירת גרעין למטרות שלום.²² המשבר הגרעיני האיראני החל באוגוסט 2002, כאשר המועצה הלאומית להתנגדות של איראן (NCRI – National Council of Resistance of Iran) הודיעה כי איראן בונה בחשאי מתקן להעשרת אורניום בנתנו ומתקן למים כבדים בעראק.²³ למן הודעה זו, במספר גדול של דוחות מצאה הסוכנות כי איראן הפרה את חובות הדיווח שלה על פי הסכם אמצעי ההגנה עם הסוכנות²⁴ וקראה לאיראן לשתף עמה פעולה ולהשעות את כל פעולות העשרת האורניום.²⁵ תגובתיה של איראן כלפי הקהילה הבין-לאומית היו סותרות: מחד גיסא היא

22 Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 60.

23 הסקירה בדבר פרויקט הגרעין האיראני המוצגת בפרק זה מבוססת בעיקר על אלה: Sepehr Shahshahani, *Politics Under the Cover of Law: Can International Law Help Resolve the Iran Nuclear Crisis?*, 25 B.U. INT'L L.J. 369, 371–381 (2007); Steven E. Miller, *Proliferation Gamesmanship: Iran and the Politics of Nuclear Confrontation*, 57 SYRACUSE L. REV. 551–558 (2006–2007); James Timbie, *Iran's Nuclear Program*, 57 SYRACUSE L. REV. 433–440 (2006–2007); Orde F. Kittrie, *Emboldened by Impunity: The History and Consequences of Failure to Enforce Iranian Violations of International Law*, 57 SYRACUSE L. REV. 519, 532–548 (2006–2007); Bryan P. Schwartz & Christopher C. Donaldson, *Protecting the Playground: Options For Confronting The Iranian Regime*, 35 BROOK. J. INT'L L. 395, 396–401 (2010); Cody Coombs, *Blue Morning-Glories in The Sky: Correcting Sanctions To Enforce Nuclear Nonproliferation*, 3, Greenblum; *in Iran*, 19 IND. INT'L & COMP. L. REV. 419, 421–428 (2009) בעמ' 57–61; Spies, לעיל ה"ש 16, בעמ' 402–403, 411–424. לסקירה מקיפה של מדיניות הגרעין האיראנית ושל התגובה הבין-לאומית עליה ראו ANTHONY H. CORDESMAN & ADAM C. SEITZ, *IRANIAN WEAPONS OF MASS DESTRUCTION: THE BIRTH OF A REGIONAL NUCLEAR ARMS RACE?* (2009); THÉRÈSE DELPECH, *IRAN AND THE BOMB: THE ABDICATION OF INTERNATIONAL RESPONSIBILITY* (Ros Schwartz trans., 2009); SAIRA KHAN, *IRAN AND NUCLEAR WEAPONS: PROTRACTED CONFLICT AND PROLIFERATION* (2010); RONEN, לעיל ה"ש 14.

24 ראו למשל Director General IAEA, *Implementation of the NPT Safeguards Agreement in the Islamic Republic of Iran*, IAEA Doc. GOV/2003/4 (June 6, 2003); Director General IAEA, *Implementation of the NPT Safeguards Agreement in the Islamic Republic of Iran*, IAEA Doc. GOV/2003/75 (Nov. 10, 2003); IAEA Board of Governors, *Implementation of the NPT Safeguards Agreement in the Islamic Republic of Iran*, Resolution adopted by the Board on 15.11.2004, GOV/2004/83.

25 ראו למשל IAEA Board of Governors, *Implementation of the NPT Safeguards Agreement in the Islamic Republic of Iran*, Resolution adopted by the Board on 12.9.2003, GOV/2003/69; IAEA Board of Governors, *Implementation of the NPT*

הסכימה להשעות את פעולות ההעשרה (למשל, באוקטובר 2003, בנובמבר 2004 ובמאי 2005), ובדצמבר 2003 היא אף חתמה על פרוטוקול נוסף להסכם אמצעי ההגנה עם הסוכנות.²⁶ פרוטוקול זה, שלא אושרר, אך איראן התחייבה ליישמו גם לפני כניסתו לתוקף, מקנה לפקחי הסוכנות סמכויות רחבות יותר בפקוח על תכנית הגרעין האיראנית, כגון גישה למסמכים הקשורים ברכישת ציוד הניתן לשימוש דואלי (קרי הן למטרות אזרחיות והן למטרות צבאיות), לסדנאות מסוימות בבעלות צבאית ולאיתרי מחקר ופיתוח.²⁷ מאידך גיסא איראן הודיעה כי היא תמשיך בפעולות ההעשרה ודחתה כל פשרה בנוגע לזכותה לפתח יכולת גרעינית. נראה כי תגובות סותרות אלה, של התחשבות בדרישות המערב מזה והקשחת עמדות מזה, הן חלק מהטקטיקה האיראנית של משיכת זמן.²⁸ אכן, למן שנת 2002 איראן והקהילה הבינ-לאומית משחקות ב"חתול ועכבר", כפי שאתאר בהרחבה בפרק ג.

3. נקודת המבט הישראלית

היחסים בין איראן לישראל בשלושים השנים האחרונות מתאפיינים בתוקפנות רבה. הביטוי הבולט ביותר של תוקפנות זו הוא העובדה שאיראן מממנת, מובילה ומאמנת ארגוני טרור, דוגמת הג'יהאד האסלאמי, חמאס וחיזבאללה.²⁹ על רקע זה ישראל צופה כמה תרחישים מאיימים במקרה שאיראן תפתח נשק גרעיני: ראשית, עלול להתפתח מירוץ חימוש מסוג

Safeguards Agreement in the Islamic Republic of Iran, Resolution adopted by the Board on 18.9.2004, GOV/2004/79

Mary Ellen O'Connell & Maria Alevras-Chen, *The Ban on the Bomb – and Bombing: Iran, The U.S. and the International Law of Self-Defense*, 57 SYRACUSE L. REV. 497, 498–499 (2006–2007); Roxana Vatanparast, *International Law Versus the Preemptive Use of Force: Racing to Confront the Specter of a Nuclear Iran*, 31 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 783, 792 (2008)

ראו ידיעה באתר הסוכנות – www.iaea.org/newscenter/news/2003/iranap20031218.html – כן ראו Int'l Atomic Energy Agency, Implementation of the NPT Safeguards (Agreement in the Islamic Republic of Iran, IAEA Doc. Gov/2005/87 (Nov. 18, 2005), www.iaea.org/Publications/Documents/Board/2005/gov2005-87.pdf

Int'l Atomic Energy Agency, Non-Proliferation of Nuclear Weapons & Nuclear Security – IAEA Safeguards Agreements and Additional Protocols 14 (May 2005), www.iaea.org/Publications/Booklets/nuke.pdf ראו את דבריו של שי רז בדיון על "הפצצה האיראנית והמדיניות הישראלית" 7 (המכללה האקדמית נתניה, המרכז לדיאלוג אסטרטגי, 17.4.2005), נגיש בכתובת sdc.netanya.ac.il/Iranian_Bomb_and_Israeli_Policy.pdf

ראו להלן תת-פרק ג4.

דומינו באזור; שנית, הימצאות נשק גרעיני ברשות איראן עלולה לשמש מטרייה לפעולות טרור; שלישית, איראן גרעינית מעלה את הסיכוי שנשק גרעיני או חומרי פסולת גרעיניים יגיעו לידיהם של ארגוני טרור; רביעית, איראן תוכל להשתמש בהגנה הגרעינית כדי להגן על עצמה ועל בעלות בריתה, דוגמת סוריה, מפני מתקפה ישראלית, מה שיקנה להן חופש רב יותר בפעולות נגד ישראל; חמישית, עצם העובדה שלאיראן יהיה נשק גרעיני עלולה לפגוע קשות בישראל, מכיוון שיתכן שישראלים רבים יעדיפו לעזוב את המדינה ויהודים רבים יעדיפו לא לעלות אליה; לבסוף, איראן גרעינית תהווה איום קיומי על ישראל מכיוון שאיראן עלולה לממש את איומיה ולהשתמש בנשק הגרעיני כדי לתקוף את ישראל.³⁰

מאחר שנשק גרעיני איראני נתפס בישראל כאיום קיומי עליה, קיימת בישראל מגמה לאמץ אסטרטגיה של "לעולם לא עוד" ולשקול מתקפה מקדימה על איראן לפני שזו תוכל לחשוב על מתקפה בישראל.³¹ דוקטרינת "המתקפה המקדימה", מסביר ההיסטוריון הצבאי דוד טל, טבועה היטב בהגדרה של "ביטחון לאומי" בישראל, והיא תוצאה של המצב הגאוגרפי אסטרטגי המיוחד שלה. למן היווסדה התמודדה ישראל עם איומים צבאיים לאורך גבולותיה. תפיסת הביטחון הבסיסית של ישראל מבוססת על כך שגם לאחר 1948 היא עדיין נתונה באיום קיומי. מסיבות דמוגרפיות וגאוגרפיות המדינות הערביות יכולות לספוג תבוסות רבות, לעומת זאת תבוסה ישראלית ראשונה עלולה להיות גם האחרונה.³²

דוגמה לפעולה על פי דוקטרינה זו אפשר למצוא בתקיפת הכור האטומי בעיראק. ביום 7 ביוני 1981 המריאו ארבעה-עשר מטוסים של חיל האוויר הישראלי מבסיס חיל האוויר עציון כדי לתקוף את הכור העיראקי אוסיראק. המטוסים הפילו יותר מ-900 ק"ג של פצצות על הכור והרסו אותו לחלוטין באופן מדי, ללא כל זליגה של קרינה או נפגעים אזרחיים.³³ במקרה זה ישראל לא המתינה למועד שבו עיראק תרכוש יכולת גרעינית, ופעלה מוקדם. האם מתקפה דומה צפויה לנו באיראן? שיעור גבוה מהציבור הישראלי, כך נראה, תומך

30 ראו Timbie, לעיל ה"ש 23, בעמ' 434–435; Gregory E. Maggs, *How The United States Might Justify a Preemptive Strike on a Rogue Nation's Nuclear Weapon Development* Yaphé & ; *Facilities Under the U.N. Charter*, 57 SYRACUSE L. REV. 465, 468 (2007)
 Lutes, לעיל ה"ש 2, בעמ' xiii, 15–21; Dunn, לעיל ה"ש 21, בעמ' 28, 32; Kittrie, לעיל ה"ש 23, בעמ' 528, 531–532; Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 78–82.
 31 Yaphé & Lutes, לעיל ה"ש 2, בעמ' xiii, 15–17.
 32 David Tal, *Israel's Concept of Preemptive War*, 57 SYRACUSE L. REV. 601, 602–604 (2006–2007).
 33 ראו TIMOTHY L.H. McCORMACK, SELF-DEFENSE IN INTERNATIONAL LAW: THE ISRAELI RAID ON THE IRAQI NUCLEAR REACTOR 15 (1996); Joanne E. Birnberg, *The Sun Sets on Tamuz 1: The Israeli Raid on Iraq's Nuclear Reactor*, 13 CAL. W. INT'L L.J. 86 (1983)

במתקפה מקדימה על מתקני הגרעין האיראניים.³⁴ כמו כן גורמים רשמיים בישראל השמיעו הצהרות בנוגע למתקפה אפשרית באיראן,³⁵ ואף דווח כי נערכו אימונים לקראת מתקפה כזו.³⁶ למשל, באחד הפרסומים, שישראל הכחישה את האמור בו, נטען כי לאחר שפרצו המהומות באיראן בתגובה על פרסום תוצאות הבחירות ביוני 2009, ביקשה ישראל את אישורה של ארצות הברית לתקיפת מתקני הגרעין באיראן. חוסר התגובה של הממשל האמריקאי הוביל לנטישת תכנית הפעולה.³⁷ יצוין כי אפשר לטעון שהצהרותיהם של המנהיגים הישראלים בדבר מתקפה אפשרית באיראן לא נועדו אלא לעודד את הקהילה הבין-לאומית לפעול בנחישות נגד תכנית הגרעין האיראנית.³⁸

מבחינה אסטרטגית, חשוב לציין, ההשלכות של מתקפה ישראלית באיראן עלולות להיות חמורות. מתקפה כזו תחזק ככל הנראה את הרגשות הלאומניים באיראן, תאחד את האנשים סביב המשטר ותגרום להתחזקותו של הצד הימני בפוליטיקה האיראנית. כמו כן יהיה זה צעד פרובוקטיבי מבחינה פוליטית, העלול להעמיק את הבידוד הבין-לאומי של ישראל. נוסף על כך, מתקפה עלולה להצית את האזור ולהגביר את הסיכון של תגובה מצד ארגוני טרור ואף של מלחמה כוללת באזור. לבסוף, מתקפה כזו עלולה ליצור נזק משני רב, מכיוון שרבים ממתקני הגרעין של איראן ממוקמים, בכוונה תחילה, סמוך לאזורי אוכלוסייה

34 סקר שנערך בשנת 2009 מגלה כי 66% מהאוכלוסייה היהודית בישראל תומכים בהתקפה על מתקני הגרעין האיראניים אם המאמצים הדיפלומטיים והכלכליים ייכשלו. ראו אלון בן "שני שלישי מהציבור היהודי תומך בתקיפת איראן" הארץ 4.5.2009 www.haaretz.co.il/news/politics/1.1258842. בסקר שנערך בשנת 2012 נקבע כי 40% מהאוכלוסייה היהודית בישראל סוברים כי ישראל צריכה לתקוף באיראן בכוחות עצמה. ראו "לא מפחדים" מעריב (מוסף סופשבוע) 10.8.2012, בעמ' 8-11.

35 ראו *Israel: Iran Must Not Acquire Nuclear Weapons*, CNN 17.1.2006, www.cnn.com/2006/WORLD/meast/01/17/olmert.iran/index.html; *Ye'elon: Israel Can Attack Iran's Nuclear*, HAARETZ 10.3.2006. ראו גם "נתניהו וברק רוצים לתקוף באיראן בסתיו" Ynet 10.8.2012 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4266954,00.html

36 ראו למשל *Israeli Warships Rehearse for Iran Attack in Red Sea*, TELEGRAPH 16.7.2009, www.telegraph.co.uk/news/worldnews/middleeast/israel/5842963/Israeli-warships-rehearse-for-Iran-attack-in-Red-Sea.html; *Report: Israel Appears to Rehearse Iran Attack*, YNET 20.6.2008, www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-3558045,00.html

37 ראו Roei Nahmias, *Report: Israel Planned to Strike Iran during Riots*, YNET 7.8.2009, www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-3758622,00.html

38 ראו Tal, לעיל ה"ש 32, בעמ' 617.

צפופים.³⁹ מובן שיש לשקול את ההשלכות הללו אל מול הסרתו של איום קיומי, אם אכן מדובר באיום כזה.

אם מתעלמים מהאפשרות של מתקפה אמריקאית על מתקני הגרעין באיראן⁴⁰ האתגר הצבאי שישראל ניצבת בפניו – אם היא רוצה לחזור על ההצלחה של תקיפת הכור בעיראק – הוא עצום, מכיוון שהאיראנים למדו לקחים חשובים מהניסיון של שכנתם בשנת 1981, ומדובר בתנאים קשים יותר. בניגוד למתקפה באוסיראק, האיראנים מצפים למתקפה והשקיעו בהגנת המתחם האווירי שלהם כנדרש. יש לזכור גם כי המרחק בין ישראל לאיראן גדול יותר, ולכן יהיה צורך לתדלק את המטוסים בדרך ובכך לסכנם. נוסף על כך, לעומת פרויקט הגרעין העיראקי פרויקט הגרעיני האיראני גדול יותר, מפוזר על פני שטח גדול יותר ומוחבא מתחת לאדמה. מכאן שלא רק שמתקני הגרעין האיראניים מוגנים טוב יותר, גם חוסר הוודאות באשר למיקומם המדויק גדול יותר. לבסוף, הועלתה הסברה כי איראן מנהלת תכנית גרעינית מקבילה סודית לצד התכנית המוכרת. אם אכן קיימת תכנית סודית, אזי הריס התשתית הגרעינית הגלויה לא צפוי להסב לה נזק שיעכב אותה הרבה.⁴¹ למעשה, בדיוק מפאת החשש כי איראן משתמשת בציווד דואלי יש חשיבות רבה לפרוטוקול הנוסף להסכם אמצעי ההגנה עם הסוכנות,⁴² האמור להגביר את הפיקוח על תכנית הגרעין האיראנית.

המתקנים האיראניים הם אמנם אתגר גדול מהכור באוסיראק, אך חשוב לזכור כי חיל האוויר הישראלי התפתח גם הוא התפתחות ניכרת למן שנת 1981, במיוחד בכל הנוגע בדיוקו וביכולת החדירה שלו. ויטני רס ואוסטין לונג (Whitney Raas & Austin Long) טוענים כי אם חיל האוויר הישראלי יתמקד במתקנים הקריטיים, הוא יוכל להשמיד ברמת ביטחון מסוימת אפילו מטרות איראניות מוגנות היטב. מבצע כזה, לטענתם, לא יהיה מסוכן מהמתקפה הישראלית שנערכה בשנת 1981, ועשוי להניב תועלת שאינה פחותה מזו שהושגה במתקפה על עיראק, במונחים של דחיית פיתוח נשק גרעיני איראני. לרשות

39 ראו Mehrzad Boroujerdi & Todd Fine, *Iranian Nuclear Miasma*, 57 SYRACUSE L. REV. 619, 31 (2006–2007); Yape & Lutes; לעיל ה"ש 2, בעמ' 11–12; Dunn; לעיל ה"ש 21, בעמ' 31; Greenblum; לעיל ה"ש 3, בעמ' 98–99.

40 ראו Dunn; לעיל ה"ש 21, בעמ' 29.

41 Mitchel B. Wallerstein, *Responding to a Nuclear Iran: A Defense Policy Perspective*, 57 SYRACUSE L. REV. 457, 462 (2006–2007); Raas & Long; לעיל ה"ש 20, בעמ' 9, 11–12;

William C. Banks, *Symposium: A Nuclear Iran: The Legal Implications of a Preemptive National Security Strategy, Introduction: A Second Nuclear Age?* 57 SYRACUSE L. REV. 429, 431 (2006–2007).

42 ראו לעיל ה"ש 26–27 והטקסט שלידן.

המנהיגים הישראליים, מסכמים המחברים, עומדת היכולת הטכנית לבצע מתקפה כאמור עם סיכויי הצלחה סבירים.⁴³ אולם גם אם ישראל יכולה לבצע מתקפה כאמור מבחינה טכנית, נשאלת השאלה אם פעולה כאמור תיחשב חוקית מנקודת המבט של המשפט הבין-לאומי. שאלה זו תיבחן בשני הפרקים הבאים.

ב. איסור השימוש בכוח

המשפט הבין-לאומי נועד בין היתר לתמוך בקיומו של סדר עולמי ולהגשים את מטרות הבסיס של האנושות: שלום, שגשוג וכיבוד זכויות אדם.⁴⁴ אנו זקוקים למשפט הבין-לאומי כדי לאפשר לבני האדם לחיות בשלום ובביטחון.⁴⁵ אכן, מטרתו המרכזית של האו"ם, כפי שהיא מובאת בסעיף 1(1) למגילת האומות המאוחדות (להלן: מגילת האו"ם או המגילה), היא שמירת השלום והביטחון הבין-לאומיים. כדי להשיג מטרה זו המגילה מטילה חובה פוזיטיבית על המדינות ליישב סכסוכים בדרכי שלום (סעיפים 2(3), 33(1)). בלבה של המגילה נמצא האיסור הכללי המוטל על השימוש בכוח (סעיף 2(4)), על שני חריגיו: ראשית, המגילה מאפשרת הגנה עצמית אישית וקבוצתית (סעיף 51); שנית, מועצת הביטחון מוסמכת להחליט שקיים "איום על השלום, הפרה של השלום או אקט של תוקפנות" (סעיף 39), ולפיכך לאשר שימוש בכוח נגד המדינה התוקפנית (בהיעדר אמצעי אחר) כדי להשיב את השלום והביטחון על מכונם (סעיף 42).⁴⁶ במסגרת הערכת חוקיותה של מתקפה ישראלית אפשרית על מתקני הגרעין באיראן מאמר זה מתמקד בפעולה חד-צדדית של ישראל ולא בפעולה שקיבלה אישור ממועצת הביטחון של האו"ם לפי מגילת האו"ם. יתר על כן, נקודת המוצא היא שמגילת האו"ם היא מסמך מחייב הן את ישראל והן את איראן, שכן שתיהן מדינות חברות באו"ם, מה גם שממילא העיקרון האוסר שימוש בכוח

43 Raas & Long, לעיל ה"ש 20, בעמ' 30. לניתוח מקיף בדבר יכולתו של חיל האוויר הישראלי להשמיד את מתקני הגרעין האיראניים ראו שם, בעמ' 13–20.

44 ראו MARY ELLEN O'CONNELL, THE POWER AND PURPOSE OF INTERNATIONAL LAW: INSIGHTS FROM THE THEORY AND PRACTICE OF ENFORCEMENT (2008).

45 לעניין זה ראו את השינוי הפרדיגמטי שחל בחשיבה הביטחונית – מביטחון לאומי לביטחון אנושי. ראו יניב רוזנאי "ביטחון אנושי – מקסם שווה או שינוי פרדיגמטי ממשי בשיח הבינלאומי?" קרית המשפט י (עתיד להתפרסם, 2013).

46 לדיון כללי באיסור השימוש בכוח ראו הראל בן-ארי "איסור השימוש בכוח" משפט בינלאומי 499 (רובי סיבל עורך, מהדורה שנייה, 2010).

נהפך לחלק מהמשפט הבין-לאומי המנהגי, אשר מחייב את כל המדינות ונחשב כלל קוגנטי (*jus cogens*) שאין לסטות ממנו.⁴⁷ האם מתקפה ישראלית על מתקני הגרעין האיראניים תהיה שימוש אסור בכוח? כאמור, אחד הסעיפים המרכזיים במגילת האו"ם הוא סעיף 2(4), שלפיו:

כל חברי האו"ם יימנעו ביחסיהם הבינלאומיים מאיום או שימוש בכוח כנגד שלמותה הטריטוריאלית או עצמאותה המדינית של מדינה כלשהי, או בכל דרך אחרת שאינה מתיישבת עם מטרות האומות המאוחדות.⁴⁸

רבות נכתב על פרשנותו הראויה של סעיף 2(4).⁴⁹ לפי גישה אחת, הסעיף אוסר כל שימוש בכוח מחוץ לגבולות המדינה אלא אם כן מדובר בהגנה עצמית או בפעולה שקיבלה אישור של מועצת הביטחון.⁵⁰ השקפה זו נסמכת בעיקר על עבודת ההכנה של המגילה (*travaux préparatoires*)⁵¹ ועל כך שברור כי המשפט "כנגד שלמותה הטריטוריאלית או עצמאותה

47 Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. U.S.), 1986 I.C.J. 14, 99–100 (June 27), www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf (להלן: *Nicaragua v. U.S.* או עניין ניקרגואה); Greenwood, לעיל ה"ש 9, בעמ' 10; ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 48 (2006). לדיון כללי על דין קוגנטי ראו Mark W. Janis, *Nature of Jus Cogens*, 3 CONN. J. INT'L L. 359 (1987–1988); Michael Byers, *Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*, 66 NORDIC J. INT'L L. (1997) 211.

48 מתורגם לעברית אצל בן-ארי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 501. לתרגום מעט שונה ראו בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 38. לנוסח באנגלית ראו אתר האו"ם – www.un.org/en/documents/charter/chapter1.shtml. יש לשים לב כי סעיף 2(4) אוסר לא רק שימוש בכוח, כי אם גם איום בשימוש בכוח. על כך ראו Romana Sadurska, *Threats of Force*, 82 AM. J. INT'L L. 239 (1988).

49 ראו למשל Thomas M. Franck, *Who Killed Article 2(4)? Or: The Changing Norms Governing the Use of Force by States*, 64 AM. J. INT'L L. 809 (1970); Louis Henkin, *The Reports of the Death of Article 2(4) are Greatly Exaggerated*, 65 AM. J. INT'L L. 544 (1971).

50 JULIUS STONE, *AGGRESSION AND WORLD ORDER: A CRITIQUE OF UNITED NATIONS THEORIES OF AGGRESSION* 94–95 (2nd printing 2007).

51 על תפקידה המוגבל של עבודת ההכנה בעת פרשנות של אמנות ראו Article 32 of the United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331, www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3a10.html. כן ראו Jan Klabbbers, *International Legal Histories: The Declining Importance of Travaux Préparatoires in Treaty Interpretation?*, 50 NETHERLANDS INT'L L. REV. 267 (2003).

המדינית" לא נועד לצמצם את האיסור הרחב בנוגע לשימוש בכוח.⁵² נראה שזו ההשקפה המקובלת יותר, אשר נתמכת גם בכמה החלטות מרכזיות של בית הדין הבין-לאומי לצדק (ICJ).⁵³ עם זאת קיימת גם פרשנות מצמצמת יותר. אנתוני ד'אמטו (Anthony D'Amato), במאמר משנת 1983, מטיל ספק בכך שהמתקפה הישראלית נגד הכור הגרעיני בעיראק הייתה בגדר שימוש בכוח נגד שלמותה הטריטוריאלית של עיראק או נגד עצמאותה המדינית.⁵⁴ ד'אמטו טוען כי המתקפה הייתה אולי בגדר התערבות בשימוש של עיראק בטריטוריה שלה, קרי בניית כור גרעיני, אולם הטריטוריה העיראקית נותרה שלמה. גם עצמאותה הפוליטית של עיראק לא נפגעה, לטענת ד'אמטו. אמנם כוחה של עיראק נחלש בוודאי בעקבות המתקפה, אולם סמכותה השלטונית כנגד ממשלות ריבוניות אחרות לא נחלשה. בנוגע לסיפה של סעיף 2(4), שלפיו השימוש בכוח אינו יכול לשרת יעד העומד בניגוד למטרות האו"ם, ד'אמטו טוען כי אין ערך נעלה יותר משימור חייהם של אזרחי מדינה. בשל הפוטנציאל ההרסני של הגרעין, אילו פיתחה עיראק נשק גרעיני, עצם קיומה של מדינת ישראל הקטנה היה בסכנה. עוד טוען ד'אמטו כי אחת ממטרותיו של הארגון היא לפעול לפירוק מנשק גרעיני ולמניעת הפצתו, באשר הפצת נשק גרעיני היא אחד האיומים החמורים ביותר שהאנושות מתמודדת עמם, וכל אימת שממשלה רוכשת נשק גרעיני, היציבות הבין-לאומית נפגמת. ד'אמטו מכיר בכך שקשה לראות בפעולה הצבאית והחד-צדדית של ישראל, שנועדה לשרת את האינטרס הבלעדי של ישראל, משום תקדים רצוי או פתרון של שלום למימוש המטרה של אי-הפצת נשק גרעיני. אולם הוא טוען כי אפשר לשער שמשפחת העמים נשמה לרווחה בעקבות המתקפה, ולכן מתקפה זו לא סתרה בהכרח את מטרות האו"ם.⁵⁵

ניתוח זה של ד'אמטו ישים גם במקרה האיראני, אולם לדעתי אין לקבלו. פרשנותו הצרה של ד'אמטו לסעיף 2(4) מתירה למעשה כל שימוש בכוח שאינו מסתיים בכיבוש, בסיפוח, בהפיכה וכדומה. אין זו העמדה המקובלת במשפט הבין-לאומי.⁵⁶ שלמות טריטוריאלית כוללת גם שלמות של שליטה בטריטוריה. פלישה למדינה ללא הסכמתה, פעולה בתוך הטריטוריה שלה והריסת מבני תשתית בתחומה אינן משאירות את הטריטוריה ללא פגם.

52 YORAM DINSTEIN, WAR, AGGRESSION AND SELF-DEFENCE 80–86 (4th ed. 2005); IAN SLOSS, לעיל ה"ש 14, בעמ' 50–1; BROWNLIE, INTERNATIONAL LAW AND THE USE OF FORCE BY STATES 265–268 (1963).

53 *Nicaragua v. U.S.*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 98–106, 118–123; *Corfu Channel (UK v. Alb)*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 97–100.

54 Anthony D'Amato, *Israel's Air Strike upon the Iraqi Nuclear Reactor*, 77 AM. J. INT'L L. 584 (1983).

55 שם, בעמ' 585–587.

56 ראו למשל בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 42.

מעשים כאלה פוגעים בשלמות הטריטוריאליה. פעולה המפרה שלמות טריטוריאליה של מדינה אמנם יכולה להיות חוקית בנסיבות מסוימות – למשל, במסגרת מימוש של זכות ההגנה העצמית – אולם היא עדיין תיחשב הפרה של סעיף 2(4), אף אם הפרה חוקית.⁵⁷ תמיכה להשקפה הדוחה את פרשנותו המצמצמת של ד'אמטו אפשר למצוא בהחלטת עצרת האו"ם מס' 3314 משנת 1974, בנושא הגדרת המונח "תוקפנות",⁵⁸ שלפיה מתקפה צבאית של מדינה נגד טריטוריה של מדינה אחרת היא על פני הדברים הוכחה לאקט של תוקפנות (סעיפים 2 ו-3(ב)). אף שהחלטה אינה בגדר מסמך מחייב,⁵⁹ אפשר לראות בה, לפחות בחלקה, משקפת משפט בין-לאומי מנהגי,⁶⁰ והיא יכולה להשפיע על הפרשנות הניתנת לסעיף 2(4), שכן היא נועדה – כשם שמצוין בהחלטה עצמה – לספק הדרכה למועצת הביטחון של האו"ם ולסייע לה בבואה לקבוע כי התרחשה פעולה תוקפנית.⁶¹ תימוכין נוספים אפשר למצוא בהגדרת פשע התוקפנות כפי שנקבעה בכינוס משנת 2010 לתיקון חוקת רומא (שהקימה את בית הדין הפלילי הבין-לאומי), שלפיה על פי החלטה 3314, חדירת כוחות מזוינים של מדינה לשטחה של מדינה אחרת היא פעולה תוקפנית.⁶² לנוכח כל זאת מתקפה ישראלית על מתקני הגרעין האיראניים אכן נופלת בגדרו של סעיף 2(4), והיא תהיה הפרה של איסור השימוש בכוח. כעת נמשיך לבחון אם מתקפה ישראלית יכולה להיכלל במסגרת חריג ההגנה העצמית.

- .DEREK W. BOWETT, SELF-DEFENSE IN INTERNATIONAL LAW 31 (2009) 57
 Julius Stone, על הגדרה זו ראו באופן כללי, G.A. Res. 3314(XXIX), December 14, 1974 58
Hopes and Loopholes in the 1974 Definition of Aggression, 71 AM. J. INT'L L. 224
 (1977).
 .LARRY MAY, AGGRESSION AND CRIMES AGAINST PEACE 218 (2008) 59
 Kari M. Fletcher, ראו *Nicaragua v. U.S.*, לעיל ה"ש 47, ביחס לסעיף 3(g) להחלטה. ראו גם 60
Defining the Crime of Aggression: Is There an Answer to the International Criminal Court's Dilemma, 65 A. F. L. REV. 229, 260 (2010); Keith A. Petty, *Sixty Years in the Making: The Definition of Aggression for the International Criminal Court*, 31
 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 531, 545 (2008).
 ראו DINSTEN, לעיל ה"ש 52, בעמ' 118. לביקורת על כך שמכוח ההחלטה אפשר לראות גם 61
 בהסגות גבול מינוריות תוקפנות ראו Theodor Meron, *Defining Aggression for the International Criminal Court*, 25 SUFFOLK TRANSNAT'L L. REV. 1, 8 (2001–2002).
 ראו Article 8bis(2)(a), UN General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010), 17 July 1998, A/CONF. 183/9, www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng 62
 Jennifer Trahan, *The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference*, 11 INT'L CRIM. L. REV. 49, 55–56 (2011).pdf

ג. הגנה עצמית

1. סעיף 51 למגילת האו"ם

סעיף 51 למגילת האו"ם כולל חריג מפורש לאיסור השימוש בכוח:

אין בהוראות מגילה זו כדי לפגוע בזכות הטבעית להגנה עצמית, עצמאית או קולקטיבית, שעה שהתקפה מזוינת מתרחשת כנגד מדינה החברה באו"ם, כל עוד לא נקטה מועצת-הביטחון באמצעים החיוניים לשמירת השלום והביטחון הבינלאומיים. אמצעים שנקטו על-ידי מדינות חברות באו"ם אגב מימוש זכות זו להגנה עצמית ידווחו מיידית למועצת הביטחון, ולא ישפיעו בשום דרך על סמכותה ואחריותה של מועצת הביטחון מכוח מגילה זו לנקוט בכל עת בפעולה שתמצא לנכון כחיונית לקיום או להשבת השלום והביטחון הבינלאומיים.⁶³

קיימים חילוקי דעות רבים בנוגע לפרשנותו של סעיף זה, ובעיקר בנוגע ליחס שבינו לבין הזכות המנהגית להגנה עצמית. עם הזמן התפתחו שתי אסכולות מרכזיות של פרשנות:⁶⁴ האחת מעניקה לסעיף פרשנות מצמצמת ורואה בו ממצה בכל הנוגע בזכות להגנה עצמית. הפרשנות המצמצמת מדגישה את המילים "שעה שהתקפה מזוינת מתרחשת" ("if an armed attack occurs") וטוענת כי הזכות להגנה עצמית חלה רק אם כבר החלה מתקפה ממשית.⁶⁵ ברי כי לפי אסכולה זו, מתקפה ישראלית על מתקני הגרעין האיראניים אינה חוסה תחת חריג ההגנה העצמית כל עוד לא החלה מתקפה איראנית. האסכולה האחרת מדגישה את המילים: "אין בהוראות מגילה זו כדי לפגוע בזכות הטבעית להגנה עצמית" ("Nothing in the present")

63 מתורגם לעברית אצל בן-ארי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 502. לתרגום מעט שונה רואה בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 76 ה"ש 350. לנוסח באנגלית ראו אתר האו"ם – www.un.org/en/documents/charter/chapter1.shtml

64 ראו STANIMIR A. ALEXANDROV, SELF-DEFENSE AGAINST THE USE OF FORCE IN INTERNATIONAL LAW 93–100 (1996); ANTHONY CLARK AREND & ROBERT J. BECK, INTERNATIONAL LAW & THE USE OF FORCE 74 (1993); JAN KITTRICH, THE RIGHT OF INDIVIDUAL SELF-DEFENSE IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW 159–164 (2008). לניתוח ארבע אסכולות שונות ראו Sean D. Murphy, *The Doctrine of Preemptive Self-Defense*, 50 VILL. L. REV. 699, 706–719 (2005).

65 HANS KELSEN, RECENT TRENDS IN THE LAW OF ; 280–257 בעמ' 52, לעיל ה"ש 52, BECKETT, THE UNITED NATIONS 914 (1951), לעיל ה"ש 36, בעמ' 185; MICHAEL BARTON AKEHURST & PETER MALANCZUK, A MODERN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL LAW 311–312 (5th ed. 1984).

”Charter shall impair the inherent right of... self-defense“), המרמזות כי הזכות להגנה עצמית הייתה קיימת עוד לפני מגילת האו”ם וכי היא אינה תלויה בה. לפי אסכולה זו, הזכות המנהגית להגנה עצמית נותרה כפי שהייתה בעבר. פרשנות זו נתמכת בעבודת ההכנה של המגילה.⁶⁶

ההבחנה בין האסכולות חשובה לעניין קיומה של זכות להגנה עצמית מקדימה. ככלל, הפרשנות המצמצמת מוציאה את המתקפה המקדימה מתחולתו של הסעיף, ואילו הכלל המנהגי, שעליו אעמוד בהרחבה בתת-פרק הבא, מאפשר מתקפה מקדימה בכפוף להגבלות אחרות.

לכאורה קיימות טענות כבדות משקל התומכות בפרשנות מצמצמת של הסעיף (האסכולה הראשונה). אפשר למשל לטעון כי אילו רצו מנסחי המגילה לאפשר הגנה עצמית מקדימה, הם היו כותבים זאת במפורש בסעיף. אכן, האישור המפורש הקיים במגילה להשתמש בזכות להגנה עצמית בנסיבות מסוימות משמש ראייה שמנסחי המגילה שקלו חריגים לאיסור השימוש בכוח, וכי היעדרם של חריגים אחרים הוא מכוון. על כך יש להוסיף כי מנסחי המגילה השתמשו במונח “איום [בשימוש] בכוח” בסעיף 2(4), ויכלו – אילו רצו בכך – להשתמש בו גם בסעיף 51. לכן הגנה עצמית מקדימה אינה צריכה להיכלל בסעיף. יתר על כן, כחריג לאיסור הכללי יותר המוטל על שימוש בכוח יש לפרש את סעיף 51 בצמצום כדי לא לרוקן את האיסור מתוכן.⁶⁷

ברם עמדתי היא שיש ליתן יתר משקל לטיעונים הקוראים לפרש את סעיף 51 פירוש מרחיב דווקא, הכולל את הזכות להגנה עצמית מקדימה. אָמנה את הטיעונים “מן הקל אל הכבד”: ראשית, אלה הטוענים שסעיף 51 הוא סעיף ממצה מתמקדים בעיקר בטקסט האנגלי: “if an armed attack occurs”.⁶⁸ אלא שהגרסה הצרפתית, אשר גם היא גרסה

66 Myers S. McDougal, *Panel: Fundamental* ; 188–184 בעמ' 36, לעיל ה"ש 36, *BOWETT Challenges to Legal Doctrines Affecting International Coercion: Aggression, Self-Defense, Non-Intervention, Self-Determination, Neutrality*, 57 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 147, 163–165 (1963); Myers S. McDougal, *The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense*, 57 AM. J. INT'L L. 597, 698 (1963); W. Thomas Mallison & Sally V. Mallison, *The Israeli Aerial Attack of June 7, 1981, Upon the Iraqi Nuclear Reactor: Aggression or Self-Defense*, 15 VAND. J. TRANSNAT'L 417, 420–421 (1982); Leo Van Den Hole, *Anticipatory Self-Defense Under International Law*, 19 AM. UNI. INT'L L. REV. 78 (2003).

67 CHRISTINE GRAY, *INTERNATIONAL LAW AND THE USE OF FORCE* 118 (3rd ed. 2008), לעיל ה"ש 65, בעמ' 312.

68 השופט סטיבן מ' שוובל (Stephen M. Schwebel), בדעת המיעוט שלו, דחה אפילו את הבלעדיות הזו, שכן הסעיף לטענתו אינו מציין “if, and only if”. ראו *Nicaragua v. U.S.*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 347.

רשמית, אינה מובילה בהכרח למסקנה זהה: "dans le cas ou un Membre... est l'objet d'une agression armée" ("במקרה שמדינה חברה היא מושא של תוקפנות צבאית"). מדינה יכולה להיות "מושא של תוקפנות" גם לפני שנפתחת מתקפה ממשית עליה.⁶⁹ שנית, אפשר לטעון כי המשפט המנהגי תומך בהגנה עצמית מקדימה.⁷⁰ להלן דוגמות אחדות התומכות בטענה זו. המתקפה המקדימה של ישראל במלחמת ששת הימים לא גונתה על ידי מועצת הביטחון או על ידי רוב המדינות.⁷¹ דוגמה נוספת היא הפצצת הכור הגרעיני בעיראק. ישראל טענה כי המתקפה הייתה פעולה חוקית של הגנה עצמית מקדימה, אולם מועצת הביטחון של האו"ם קיבלה פה אחד את החלטה 487, אשר מגנה בחריפות את המתקפה הישראלית.⁷² לכאורה מדובר אפוא בשלילת ההכרה בזכות הגנה עצמית מקדימה, אולם חשוב לציין כי אף שמועצת הביטחון דחתה את הטיעון של ישראל בדבר הגנה עצמית מקדימה, היא לא דחתה את הרעיון של הגנה עצמית מקדימה כשלעצמו. יתר על כן, בזמן הדיונים במועצת הביטחון הכירו נציגים אחדים באופן עקרוני בזכות האמורה אף אם לא בתחולתה בנסיבות הספציפיות.⁷³ לבסוף, באשר לפעולה האווירית של ארצות הברית בלוב בשנת 1986 טענו הן ארצות הברית והן בריטניה כי אפשר לטעון לזכות להגנה עצמית כאשר סכנת המתקפה שהפעולה מיועדת למנוע היא מידית.⁷⁴

- 69 Polebaum, לעיל ה"ש 10, בעמ' 202; AKEHURST & MALANCZUK, לעיל ה"ש 65, בעמ' 311.
- 70 THOMAS M. FRANCK, RECOURSE TO FORCE: STATE ACTION AGAINST THREATS AND ARMED ATTACKS 107 (2002).
- 71 Polebaum; לעיל ה"ש 10, בעמ' 193; Marshall Silverberg, *International Law and the Use of Force: May the United States Attack the Chemical Weapons Plant at Raba*, 13 B. C. INT'L & COMP. L. REV. 53, 58 (1990). עם זאת בהקשר זה יש לזכור כי ישראל עצמה לא טענה להגנה עצמית מקדימה כי אם להגנה עצמית נגד מתקפה שכבר התרחשה לטענתה, אשר כללה בין היתר את סגירת מצרי טירן למעבר אניות לישראל וממנה. ראו FRANCK, לעיל ה"ש 70, בעמ' 101-110; GRAY, לעיל ה"ש 67, בעמ' 161; בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 87-88. לדיון כללי ראו Amos Shapira, *The Six-Day War and the Right of Self-Defence*, 6 ISR. L. REV. 65 (1971).
- 72 UNSC Res. 487, UN Doc. S/RES/487 (1981), in *United Nations: Consideration of the Military Attack on the Iraqi Nuclear Research Center and IAEA Safeguard Regime*, 20 INT'L LEGAL MATERIALS 963 (1981).
- 73 מדובר בנציגיהן של ארצות הברית, בריטניה, סיריה לאונה, ניגריה וישראל. ראו Istvan Pogany, *Nuclear Weapons and Self-Defense in International Law*, 2 CONN. J. INT'L L. 97, 112-113 (1986-1987); FRANCK, לעיל ה"ש 70, בעמ' 105.
- 74 Greenwood, לעיל ה"ש 9, בעמ' 12. על פעולתה האווירית של ארצות הברית בלוב ראו Christopher Greenwood, *International Law and the United States' Air Operation against Libya*, 89 W. VA. L. REV. 933 (1986-1987); Jeffrey Allen McCredie, *The April*

בניגוד לדוגמות אלה יצוין כי בספרות קיימת מחלוקת באשר לקיומה של פרקטיקה כללית ועקיבה של הכרה בטיעון של הגנה עצמית מקדימה או שימוש בו.⁷⁵ יש המזכירים למשל כי בשנת 1962, כאשר ארצות הברית הטילה מצור ימי על קובה כדי למנוע את ברית המועצות מלהציב טילים על האי, יכלה ארצות הברית לטעון כי המצור הוא פעולת הגנה עצמית מקדימה שמטרתה למנוע את הפיכת קובה לבסיס סובייטי של סוללות טילים, אך הממשל האמריקאי לא השתמש בטיעון של הגנה עצמית כדי להצדיק את המצור.⁷⁶ אלא של ברית הגנה אזורית – ארגון המדינות האמריקניות (OAS) – לפי סעיף 52 למגילה.⁷⁷ כמו כן אף שגורמים רשמיים שונים עודדו מתקפה מונעת של אתרי טילים בקובה ושל ספינות המובילות טילים, החליטה ארצות הברית בסופו של דבר לא לפתוח במתקפה אווירית כזו.⁷⁸ מכאן שקשה להצביע על מנהג מדינות ברור לעניין הגנה עצמית מקדימה. ידועה גם הבעייתיות הטמונה בהערכת "מנהג המדינות", שכן כפי שארנה בן-נפתלי ויובל שני מציינים, "מדינות ממעטות לעשות בה [בהגנה עצמית] שימוש גם במקרים שבהם הן אכן

14, 1986 *Bombing of Libya: Act of Self-Defense or Reprisal*, 19 CASE W. RES. J. INT'L L. 215 (1987).

75 ALEXANDROV, לעיל ה"ש 64, בעמ' 149–165. לטענה כי מדינות נוקטות פרקטיקה עקיבה של הגנה עצמית מקדימה ראו Ryan Schildkraut, *Where There Are Good Arms, There Must Be Good Laws: An Empirical Assessment of Customary International Law regarding Preemptive Force*, 16 MINN. J. INT'L L. 193 (2007).

76 John Quigley, *Israel's Destruction of Iraq's Nuclear Reactor: A Reply*, 9 TEMP. INT'L & COMP. L. J. 441 (1995); ALEXANDROV, לעיל ה"ש 64, בעמ' 154–155; FRANCK, לעיל ה"ש 70, בעמ' 99.

77 Abram Chayes, *Law and the Quarantine of Cuba*, 41 FOREIGN AFFAIRS 550 (April 1963); James S. Campbell, *The Cuban Crisis and the U. N. Charter: An Analysis of the United States Position* 16 STAN. L. REV. 160, 165–167 (1963); Larman C. Wilson, *International Law and the United States Cuban Quarantine of 1962*, 7 J. INTER-QUINCY AMERICAN STUD. 485–487 (1965). לדיון ולביקורת על הצדקה משפטית זו ראו Wright, *The Cuban Quarantine*, 57 AM. J. INT'L L. 546, 553–559 (1963); Stephen R. Shalom, *International Lawyers & Other Apologists: The Case of the Cuban Missile Crisis*, 12 POLITY 83 (1979); Carl Q. Christol & Charles R. Davis, *Maritime Quarantine: The Naval Interdiction of Offensive Weapons and Associated Materiel to Cuba, 1962*, 57 AM. J. INT'L L. 525, 527, 537–539 (1963); Eustace Seligman, *The Legality of the U.S. Quarantine Action Under the United Nations Charter*, 49 A.B.A.J. 142 (1963); C.G. Fenwick, *The Quarantine Against Cuba: Legal or Illegal?*, 57 AM. J. INT'L L. 588, 591 (1963).

78 O'Connell & Alevras-Chen, לעיל ה"ש 26, בעמ' 504–505.

חשות מאוימות".⁷⁹ מכל מקום, אף אם אפשר להתווכח על קיומה של הזכות להגנה עצמית מקדימה בעידן מגילת האו"ם, אין כלל מפורש ומהימן במשפט הבין-לאומי האוסר הגנה עצמית מקדימה.⁸⁰

שלישית, וחשוב מכול לענייננו, הגנה מקדימה חייבת להיות מוכרת כחוקית בעידן שבו יש נשק להשמדה המונית, כאשר כישלון בהגנה עצמית בזמן אמת במקרה של התקפת טילים גרעיניים למשל עלול להסתיים בהשמדה מוחלטת.⁸¹ וולפגנג פרידמן (Wolfgang Friedmann) סיכם נקודה זו:

The ability of missiles with nuclear warheads, to paralyse and destroy the nerve centres even of vast countries... and to kill or maim major parts of their populations in one blow, may make it a form of suicide for a state to wait for the actual act of aggression before responding... self-defense must probably now be extended to the defense against a clearly imminent aggression, despite the apparently contrary language of Article 51 of the Charter.⁸²

הואיל ו"שום מדינה לא תשב בחיבוך־ידיים בזמן שמדינה אחרת מתכוננת להשמדה",⁸³ בנסיבות מסוימות הגנה עצמית מקדימה היא פעולה סבירה בהחלט כדי להבטיח את הישרדותה של המדינה.

כנגד טיעונים בזכות ההכרה בהגנה עצמית מקדימה נטען כי מתן אישור להגנה עצמית מקדימה יוביל לניצול לרעה של הזכות ועלול להסתיים בתוצאות הרות אסון.⁸⁴ כן נטען כי

79 בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 87, 397. ראו גם Murphy, לעיל ה"ש 64, בעמ' 719–747. להרחבה על הבעייתיות הכרוכה ב"מנהג המדינות" ראו Jörg Kammerhofer, *Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems*, 15 EJIL 523, 525–532 (2004).

80 Anthony Clark Arend, *International Law and the Preemptive Use of Military Force*, 26 AREND & BECK ; WASH. Q. 89, 96 (2003). לעיל ה"ש 64, בעמ' 79.

81 Beres & Tsiddon-Chatto, לעיל ה"ש 8, בעמ' 438.

82 WOLFGANG GASTON FRIEDMANN, *THE CHANGING STRUCTURE OF INTERNATIONAL LAW* 259–260 (1964) MYERS SMITH McDUGAL & FLORENTINO P. FELICIANO, *LAW AND MINIMUM WORLD PUBLIC ORDER: THE LEGAL REGULATION OF INTERNATIONAL COERCION* 240 (1961). שניהם מצוטטים אצל Pogany, לעיל ה"ש 73, בעמ' 99.

83 FRANCK, לעיל ה"ש 49, בעמ' 821–820.

84 Louis Henkin, *The United Nations and Its Supporters: A Self-Examination*, 78 POL. SC. 504, 532–533 (1963); ANTONIO CASSESE, *INTERNATIONAL LAW* 361 (2nd ed. 2005); BROWNLIE, לעיל ה"ש 52, בעמ' 278–275.

גם בעידן הגרעיני אין להכיר בהגנה עצמית מקדימה, וכי דווקא לנוכח התוצאות ההרסניות של מלחמה גרעינית מדינות גרעיניות מסתמכות על הגנה גרעינית, קרי על יכולת המכה השנייה שלהן כגורם הרתעה, ולא על האפשרות לתקוף במתקפה מקדימה.⁸⁵ אולם טיעון ההרתעה הגרעינית יפה רק כאשר שתי המדינות המתעמתות אוחות ביכולת גרעינית, וממילא ספק אם אפשר ליישם טיעונים אלה גם כאשר למדינות קטנות הנתונות באיום גרעיני.⁸⁶ נוסף על כך, אם מתקפה גרעינית היא מידית, אזי אסטרטגיית ההרתעה נכשלה ככל הנראה, ומתקפה מקדימה היא הכרחית.⁸⁷ לבסוף, כל זכות משפטית ניתנת לניצול לרעה, ולכן אין לראות באפשרות לניצול כזה את השיקול העיקרי בהחלטה אם להכיר בעצם קיומה של זכות אם לאו.⁸⁸

נדמה אפוא כי טענת הנגד הטובה ביותר בזכות פרשנות רחבה המכירה בהגנה עצמית מקדימה היא טענת "השכל הישר":

In a nuclear age, common sense cannot require one to interpret an ambiguous provision in a text in a way that requires a state passively to accept its fate before it can defend itself... it is the potentially devastating consequences of prohibiting self-defense unless an armed attack has already occurred that leads one to prefer this interpretation.⁸⁹

מאחר שאין לפרש את סעיף 51 למגילה באופן שיוביל לתוצאה אבסורדית,⁹⁰ יש להעניק לו פרשנות תכליתית, ואין לפרשו באופן השולל ממדינה את האפשרות להגן על עצמה עד הרגע שבו היא הותקפה בפועל.⁹¹ לכן נמשיך את הניתוח המשפטי בעניין הגנה עצמית מקדימה.

85 Henkin, ש.ם.

86 לדיון בסוגיה זו ראו להלן סעיף ג(א)2.

87 Nydell, לעיל ה"ש 11, בעמ' 487.

88 Christopher Greenwood, *International Law* ראו "ניצול לרעה" ראו ROSALY HIGGINS, PROBLEMS AND PROCESS: INTERNATIONAL LAW AND HOW WE USE IT and the NATO Intervention in Kosovo, 49 INT'L & COMP. L.Q. 926, 931 (2000).

LESTER B. ORFIELD, AMENDING THE FEDERAL CONSTITUTION 123 (1942): "the fact that a power may be abused does not necessarily militate against the existence of the power"

89 ROSALY HIGGINS, PROBLEMS AND PROCESS: INTERNATIONAL LAW AND HOW WE USE IT Uri Shoham, *The Israeli Aerial Raid Upon the Iraqi Nuclear Reactor* 242 (1995)

and the Right of Self-Defense, 109 MIL. L. REV. 191, 198 (1985)

90 השוו עם סעיף 32 ל-Vienna Convention on the Law of Treaties, לעיל ה"ש 51.

91 Franck, לעיל ה"ש 49, בעמ' 821; McDougal, *The Soviet-Cuban Quarantine*; לעיל ה"ש 66, בעמ' 600-601.

2. הגנה עצמית מקדימה במשפט המנהגי

כפי שציינתי לעיל, יש להבחין בין הגנה עצמית מקדימה לבין הגנה עצמית מונעת. המונח "הגנה עצמית מקדימה" מתאר מתקפה צבאית נגד איום מידי, ואילו המונח "הגנה עצמית מונעת" מתאר שימוש בכוח כדי לעצור איום שעדיין מצוי בפיתוח.⁹² האם מתקפה ישראלית על מתקני הגרעין האיראניים חוקית מכוח הזכות להגנה עצמית מקדימה? כדי לענות על שאלה זו יש לבחון את התנאים המקובלים במשפט הבין-לאומי להתממשות זכות זו.

הזכות להגנה עצמית מוכרת במשפט המנהגי זה שנים רבות כזכות טבועה לשימור עצמי.⁹³ בהתבסס על זכותו הטבעית של האדם להדוף מתקפה נגדו הכירו ההוגים הגדולים הראשונים של משפט הטבע והמשפט הבין-לאומי – ובהם פופנדורף (Pufendorf), נֶטְל (Vattel) וגרוציוס (Grotius) – בזכותה הטבעית של מדינה להגנה עצמית אל מול איום מידי מצד תוקף פוטנציאלי, וראו באיום כזה צידוק למלחמה.⁹⁴ זכותן של מדינות להגנה עצמית הוכרה אף כרחבה מזכותו המקבילה של האדם, שכן בניגוד לאדם – החי בחברה מסודרת עם הגנה ממשלתית – מדינות חייבות להתגונן בעצמן.⁹⁵

הזכות המנהגית להגנה עצמית נוצרה כדי להצדיק שימוש בכוח בעתות שלום, להבדיל משימוש בכוח במצב של מלחמה.⁹⁶ התנאים למימושה של הזכות המנהגית להגנה עצמית שוכללו בעקבות פרשת קרוליין (Caroline) הידועה משנת 1837, שאירעה במרד נגד השלטון הבריטי בקנדה. הספינה קרוליין, שהייתה בבעלות אמריקאית, סייעה למורדים הקנדים באמצעות העברת אנשים, נשק וציוד. בתגובה על כך, ב-29 בדצמבר 1837 כאשר עגנה קרוליין בצד האמריקאי של נהר הניאגרה עלו על סיפונה חיילים בריטים, הרגו אזרחים אמריקאים אחדים, הציתו את הספינה, שחררו אותה מן המעגן ונתנו לה להיסחף אל מעבר למפלי הניאגרה. מזכיר המדינה האמריקאי ג'ון פורסיית (John Forsyth) דרש פיצוי, אולם

92 W. Michael Reisman & Andrea Armstrong, *The Past and Future of the Claim of Preemptive Self-Defense*, 100 AM. J. INT'L L. 525, 526 (2006).

93 Greenwood, לעיל ה"ש 9, בעמ' 11; Polebaum, לעיל ה"ש 10, בעמ' 188–191.

94 ראו SAMUEL PUFENDORF, ON THE DUTY OF MAN AND CITIZEN ACCORDING TO NATURAL LAW 50 (1991); EMMERICH DE Vattel, THE LAW OF NATIONS, OR, PRINCIPLES OF THE LAW OF NATURE APPLIED TO THE CONDUCT AND AFFAIRS OF NATIONS AND SOVEREIGNS 154–155 (2005); HUGO GROTIUS, ON THE LAW OF WAR AND PEACE 52–53, 57–58 (2004). ראו גם STEPHEN C. NEFF, WAR AND THE LAW OF NATIONS: A GENERAL HISTORY (2005) 126–132; ALEXANDROV, לעיל ה"ש 64, בעמ' 6; BOWETT, לעיל ה"ש 36, בעמ' 4–6.

95 NEFF, שם, בעמ' 127.

96 ראו בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 79; בן-ארי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 507.

השר הבריטי בווינגטון הנרי פוקס (Henry S. Fox) טען כי מדובר בפעולה של הגנה עצמית. במסגרת התכתבות מאוחרת יותר (ומפורסמת יותר), מן ה-27 ביולי 1842, כתב מזכיר המדינה האמריקאי דניאל ובסטר (Daniel Webster) אל הלורד אשברטון (Lord Ashburton), נציגה המיוחד של בריטניה בווינגטון, כי כדי לבסס טענה של הגנה עצמית, על בריטניה להראות כי פעולת ההגנה העצמית הייתה "לצורך חיוני, מידי ומכריע, שלא הותר כל אפשרות של בחירה בין אמצעים או שהות להידברות". יתר על כן, טען המזכיר האמריקאי, על השימוש בכוח במסגרת ההגנה העצמית להיות "סביר ומידתי".⁹⁷

נוסחה זו, הידועה עד היום בכינוי "נוסחת קרולייין", הפכה את הצידוק הפוליטי של שימוש בכוח לדוקטרינה משפטית⁹⁸ המכירה בזכות להגנה עצמית מקדימה בכפוף לדרישות של נחיצות, מידיות ומידתיות.⁹⁹ תנאים אלה, אף שהם אינם מאוזכרים במגילה, נחשבים כללים מנהגיים או עקרונות כלליים במשפט הבין-לאומי, ואף הוזכרו בפסיקותיו של בית הדין הבין-לאומי לצדק.¹⁰⁰ האם תנאים אלה מתממשים בסוגיית ישראל-איראן?

97 לנסח באנגלית ראו "It will be for Her Majesty's Government to show... a necessity of self-defense, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation.... the act justified by the necessity of self-defense must be limited by that necessity, and kept clearly within it" S. F. D. *McLeod and the Caroline*, 26 AM. JURIST & L. MAG. 341 (1841-1842); Robert Y. Jennings, *The Caroline and McLeod Cases*, 32 AM. J. INT'L L. 82 (1938); Martin A. Rogoff & Edward Collins Jr., *The Caroline Incident and the Development of International Law*, 16 BROOK. J. INT'L L. 493 (1990); Christopher Greenwood, *The Caroline*, MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (April 2009), www.mpepil.com/sample_article?id=/epil/entries/law-9780199231690-e261.

98 Jennings, שם; Polebaum, לעיל ה"ש 10, בעמ' 190.

99 Pogany, לעיל ה"ש 73, בעמ' 107. יש הטוענים כי אפשר לראות בפרשת קרולייין דוגמה לטיעון של שימוש בכוח עקב "צורך" יותר מאשר טיעון של "הגנה עצמית". ראו JAMES CRAWFORD, *THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION'S ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY: INTRODUCTION, TEXT, AND COMMENTARIES* 179 (2002) ; בן-ארי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 519 ה"ש 72.

100 ראו למשל *Nicaragua v. U.S.*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 94 ; Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons, 1996 I.C.J. 226, 245 (July 8), www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf; Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), 2003, Michael, I.C.J. 161, 198 (November 6), www.icj-cij.org/docket/files/90/9715.pdf. 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 24 (2003) James A. Green, *Docking The Caroline: Understanding The Relevance Of The Formula In Contemporary Customary International Law Concerning Self-Defense*, 14 CARDOZO J.

(א) נחיצות

(1) ודאות

הגנה עצמית מקדימה מצריכה ראיות מספיקות להוכחת קיומו של איום, כולל ראיות שלאויב יש נשק וכי בכוונתו להשתמש בו.¹⁰¹ הבעיה המרכזית בהגנה עצמית מקדימה היא חוסר הוודאות בדבר התרחשותה של מתקפה עתידית. ככל שאנו רחוקים בזמן מן המתקפה המשוערת, הסיכוי שהמדינה התוקפת-בכוח תשנה את דעתה גדל, וגם האפשרות שמדובר בטעות גדלה.¹⁰² ברי כי פעולת הגנה עצמית מקדימה שלא תעמוד בנטל הראיה עלולה להיחשב, לאחר מעשה, מעשה תוקפנות והפרה של איסור השימוש בכוח.¹⁰³ מהו קנה המידה הראוי להוכחת קיומו של איום? מחד גיסא אין כמעט אפשרות להגיע לוודאות מוחלטת באשר לכוונותיה של מדינה לתקוף. מאידך גיסא נראה כי לנוכח חשיבותם של הערכים הנתונים בסכנה – הפרה של איסור השימוש בכוח ופגיעה בריבונותה של מדינה – אין להסתפק באמות מידה של אפשרות סבירה או חשש סביר, אלא יש נקוט מבחן מחמיר יותר של ודאות קרובה.¹⁰⁴ האם יש ודאות קרובה שאיראן תתקיף את ישראל? אדון תחילה בכוונה האיראנית. כיצד איראן מסבירה את פרויקט הגרעין? איראן טוענת כי היא מפתחת יכולת גרעינית למטרות אזרחיות, כדי לעמוד בביקושים עתידיים של חשמל ואנרגיה. איראן, כך נטען, אינה מדינה קטנה היכולה להרשות לעצמה "לחיות טוב" לעד בהתבסס על הכנסות מייצוא נפט. גידול האוכלוסייה באיראן והביקוש הצפוי לנפט יחייבו עד שנת 2020 שימוש אינטנסיבי בכוח גרעיני כדי לעמוד בדרישות ההולכות וגוברות לאנרגיה מחד גיסא, ולאפשר בה בעת ייצוא נפט בהיקף שיבטיח את האינטרסים הכלכליים ארוכי הטווח של המדינה מאידך גיסא. יתר על כן, עד שהתכנית הנוכחית האיראנית לפיתוח יכולת גרעינית תבשיל יחלפו אולי עשורים מספר, ועד אז יכולת הפקת הנפט שלה כבר תהא

INT'L & COMP. L. 429 (2006). לטיעון שלפיו נוסחת קרוליין אינה מוכרת ככלל מנהגי ראו Maria Benvenuta Occelli, "Sinking" the Caroline: Why the Caroline Doctrine's Restrictions on Self-Defense Should not be Regarded as Customary International Law, 4 SAN DIEGO INT'L L.J. 467 (2003). עם זאת, כפי שהעירה כריסטין גריי, נחיצות ומידתיות מילאו תפקיד נכבד בהצדקות של מדינות לשימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית בנפרד משאלת היותה של פרשת קרוליין תקדים. ראו GRAY, לעיל ה"ש 67, בעמ' 149. על נחיצות ומידתיות בהגנה עצמית ראו באופן כללי JUDITH GAIL GARDAM, NECESSITY, PROPORTIONALITY AND THE USE OF FORCE BY STATES 148-186 (2004).

101 Greenwood, לעיל ה"ש 9, בעמ' 16.

102 Miriam Sapiro, *Preempting Prevention: Lessons Learned*, 37 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 357, 367 (2005).

103 MALCOLM N. SHAW, INTERNATIONAL LAW 1029 (5th ed. 2003).

104 השווייט, Eichensehr, לעיל ה"ש 7, בעמ' 66.

אולי מזערית.¹⁰⁵ תימוכין לטענותיה של איראן כי היא מפתחת יכולת גרעינית למטרות אזרחיות בלבד הגיעו בעבר דווקא ממקור לא צפוי: דוח ההערכה המודיעיני של ארצות הברית לשנת 2007 קבע כי איראן השעתה את תכנית הנשק הגרעיני שלה בשנת 2003, וכי נכון לאמצע שנת 2007 היא לא המשיכה בה.¹⁰⁶

למרות הכחשתה המתמדת של איראן בנוגע לתכנית גרעין צבאית, טיעונים אחדים מעלים ספקות באשר למטרות השלום של תכנית הגרעין האיראנית. ראשית, עתודות הנפט והגז של איראן הן מן הגדולות בעולם. הטענה כי איראן תפתח תשתית גרעינית בהיקף כה רחב רק כדי לייצר חשמל אינה נראית הגיונית. אכן, ההשקעה העצומה בתכנית הגרעין האיראנית ארוכת השנים עומדת בניגוד להימנעות היחסית של המדינה מהשקעה בטכנולוגיה ומהפניית תקציבים לשימור גז.¹⁰⁷ שנית, לאיראן עבר עשיר של הסתרה והטעיה ביחסיה עם הסוכנות.¹⁰⁸ דוגמה מצוינת להטעיה השיטתית האיראנית אפשר למצוא בגילוי האיראני מספטמבר 2009 כי ברשותה מתקן סודי שני להעשרת אורניום בקום, שמדרום לטהראן. איראן רצתה להסתיר מן העולם את דבר קיומו של המפעל, והגילוי נעשה רק לאחר שנודע לשלטון האיראני כי אירעה הפרה ביטחונית במפעל.¹⁰⁹ שלישית, קצב ההתקדמות של ייצור הדלק הגרעיני באיראן מהיר מאוד. הכור היחיד שעתיד להיות לאיראן בזמן הקרוב הוא הכור בכושהר, שנבנה על ידי רוסיה ואשר רוסיה התחייבה לספק לו דלק גרעיני בעשור הראשון לפעילותו. נטען כי קשה להאמין שאיראן צריכה לייצר דלק גרעיני במהירות בשביל כורים שעדיין אינם קיימים. הסבר אפשרי לצורך בייצור המהיר הוא הרצון לייצר נשק גרעיני מהר ככל האפשר.¹¹⁰ רביעית, יש הטוענים כי דחיית של איראן את ההצעות לשיתוף פעולה מצד רוסיה ומדינות ה-EU3 (בריטניה, גרמניה וצרפת) – הצעות

105 ראו Wyn Q. Bowen & Joana Kidd, *The Iranian Nuclear Challenge*, 80 INT'L AFF. 257, Vatanparast; 257-258 (2004), לעיל ה"ש 26, בעמ' 796; Miller; לעיל ה"ש 23, בעמ' 581-583; Raas & Long; לעיל ה"ש 20, בעמ' 11-12.

106 ראו Vatanparast, לעיל ה"ש 26, בעמ' 795; Shahshahani; לעיל ה"ש 23, בעמ' 382. 107 ראו Dunn, לעיל ה"ש 21, בעמ' 25; Bowen & Kidd; לעיל ה"ש 105, בעמ' 263; Vatanparast, לעיל ה"ש 26, בעמ' 795-794; Shahshahani; לעיל ה"ש 23, בעמ' 417; Miller, לעיל ה"ש 23, בעמ' 581; Shahram Chubin & Robert S. Litwak, *Debating Nuclear Aspirations*, 26(4) WASH. Q. 99, 107 (2003). 108 Dunn, לעיל ה"ש 21, בעמ' 25; Greenblum; לעיל ה"ש 3, בעמ' 63; Bowen & Kidd; לעיל ה"ש 105, בעמ' 259-261.

109 *Iran's Key Nuclear Sites*, BBC (Sep. 25, 2006), news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/4617398.stm; *How Secrecy over Iran's Qom Nuclear Facility was Finally Blown Away*, THE TIMES (Sep. 26, 2009), www.timesonline.co.uk/tol/news/world/middle_east/article6850325.ece.

110 ראו Miller, לעיל ה"ש 23, בעמ' 584-585; Timbie; לעיל ה"ש 23, בעמ' 436.

שהיו מעניקות לאיראן יתרונות כלכליים בתחום האנרגייה, התעופה האווירית והטלקומוניקציה – מעלה תהיות רבות. על פי טיעון זה, אילו הייתה מטרתו של פרויקט הגרעין האיראני אזרחית בלבד, לא הייתה איראן דוחה הצעות אלה, לרבות ההצעה הרוסית לספק לה באופן קבוע דלק גרעיני ברמת העשרה נמוכה.¹¹¹ חמישית, תכנית הגרעין האיראנית קשורה בקשר הדוק אל מדען הגרעין הפקיסטני ד"ר עבד אלקדיר חאן (Abdul Qadeer Khan), אשר רשת ההפצה של טכנולוגיית הגרעין שלו זכתה לכינוי "Nuclear Walmart"¹¹², ואשר אחראי גם לפיתוח פצצת הגרעין של פקיסטן.¹¹³ שישיית, תכנית הטילים של איראן, הכוללת טילים ארוכי-טווח מסוג שיהאב-3 וטילי שיוט מדגם סובייטי שאפשר להרכיב עליהם ראשי נפץ גרעיניים, יכולה להעיד על שאיפות איראניות לנשק גרעיני.¹¹⁴

מטרתיה של תכנית הגרעין האיראנית אינן ברורות דיין.¹¹⁵ מה שברור הוא שטענותיה של איראן כי היא מפתחת יכולת גרעינית למטרות שלום בלבד אינן משכנעות כל כך.¹¹⁶ זאת, במיוחד לנוכח הדוח החרף ביותר של הסוכנות מ-8 בנובמבר 2011, המביע חששות רציניים בדבר ממדים צבאיים אפשריים לתכנית הגרעין האיראנית. בדוח – אשר מבוסס, לטענת הסוכנות, על מידע אמין ביותר – מצוין כי איראן עוסקת בכל היבטי המחקר הקשורים לייצור נשק גרעיני, וכי אף אם חלק מהפעילות הגרעינית החשודה עשוי לשמש מטרת אזרחיות, חלק אחר שלה "ספציפי לנשק גרעיני". עוד מצוין בדוח כי איראן נקטה במשך השנים כמה וכמה פעולות הקשורות לפיתוח של פצצות גרעיניות. המידע הקיים מעיד שעובר לשנת 2003 נעשו פעולות אלה במסגרת תכנית מסודרת, וכי ייתכן שחלק מהן עדיין נמשכות. זאת ועוד, הדוח מציין כי בשנים 2008 ו-2009 הכינה איראן הדמיות

- 111 Miller, לעיל ה"ש 23, בעמ' 587–588, Greenblum; לעיל ה"ש 3, בעמ' 63.
- 112 Christopher Clary, *Dr. Khan's Nuclear WalMart*, 76 DISARMAMENT DIPLOMACY 31 (2004). על רשת ההפצה של חאן ראו גם Christopher Clary, *A. Q. Khan and the Limits of the Non-Proliferation Regime*, DISARMAMENT FORUM 33 (2004).
- 113 Louis René Beres, *Israel, Iran and Preemption: Choosing the Least Unattractive Option Under International Law*, 14 DICK. J. INT'L L. 187, 189 (1995–1996); Louis Rene Beres, *Israel, Iran, and Nuclear War – A Jurisprudential Assessment*, 1 UCLA J. INT'L L. & FOREIGN AFF. 65, 68 (1996–1997).
- 114 Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 63; Dunn, לעיל ה"ש 21, בעמ' 23; Miller, לעיל ה"ש 23, בעמ' 592–593 (טילים ארוכי-טווח הם המענה של איראן לחוסר היכולת שלה להתמודד עם ארצות הברית או ישראל בקרב אווירי).
- 115 Vatanparast, לעיל ה"ש 26, בעמ' 798.
- 116 Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 63.

ממוחשבות של ראשי נפץ גרעיניים.¹¹⁷ זאת ועוד, לאחרונה פורסם כי דוח ההערכה המודיעיני של ארצות הברית המעודכן משנת 2012 קבע הערכה שונה מזו שהופיעה בדוח משנת 2007, ולפיה השיגה איראן התקדמות ניכרת במחקר ופיתוח של מרכיבים שונים בתכנית הגרעין הצבאית שלה.¹¹⁸ לסיכום, אף אם אפשר לקבל כל טענה איראנית כשהיא לעצמה, נראה כי מכלול הראיות מוביל למסקנה שאיראן שואפת לפתח נשק גרעיני.¹¹⁹ מסוגלות גרעינית תעצים את יכולת ההשפעה של איראן, את תחושת הכוח שלה ואת מעמדה האזורי. כל אלה שאיפות ארוכות-טווח של איראן, המעוניינת להציג לראווה את הגאונות, המודרניות והיכולת המדעית של האומה הפרסית הדגולה.¹²⁰ נשק גרעיני, להערכתם של מנהיגים איראנים, יהיה מקור לכוח ולעצמאות, מכיוון שהוא ימנע כוחות זרים מלפלוש לאיראן או מלהכתיב לה תכתיבים, ויוכל לשמש נשק של "מוצא אחרון" למשטר המהפכה. מיקומה הגאוגרפי של איראן סמוך למדינות גרעין חזקות והקו הנוקשה שהקהילה הבין-לאומית נוקטת כלפיה ממשיכים לעודד אותה לפתח את תכנית הגרעין שלה.¹²¹

כאמור לעיל, הכחשותיה של איראן בנוגע לכוונתה לייצר נשק גרעיני או להשתמש בו חשודות ביותר. עם זאת, כפי שקריסטן אייכנזר (Kristen Eichensehr) מציינת, קיים מרחק רב בין חשד לבין הוכחה (אפילו במבחן של ודאות קרובה), ואי אפשר להקיש מן החשד כוונה איראנית להשתמש בנשק גרעיני.¹²² אייכנזר טוענת כי גורמים מצטברים אחדים תומכים בהשקפה שאין ודאות קרובה שאיראן מתכוונת להשתמש בנשק גרעיני: ראשית,

IAEA Board of Governors, Implementation of the NPT Safeguards Agreement and relevant provisions of Security Council resolutions in the Islamic Republic of Iran, Report by the Director General, GOV/2011/65 (8 November 2011). ראו "דו"ח סבא"א: איראן פועלת לפיתוח נשק גרעיני" *y-net* 8.11.2011 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4145585,00.html

ברק רביד "הערכת המודיעין האמריקאי על הגרעין האיראני עודכנה באחרונה לחומרה" *הארץ* 9.8.2012 www.haaretz.co.il/news/world/1.1797305

Miller, לעיל ה"ש 23, בעמ' 563; Mark Fitzpatrick, *Assessing Iran's Nuclear Program*, 48 SURVIVAL 5, 8 (2006).

Abhinav Goel, *Iran's Normative Concern Behind its Nuclear Ambitions* 1–5 (Sep. 19, 2008), ssrn.com/abstract=1270989; George Perkovic, *Dealing with Iran's Nuclear Challenge*, CARNegie ENDOWMENT FOR INTERNATIONAL PEACE 4 (April 28, 2003), www.carnegieendowment.org/files/Irannuclearchallenge11.pdf

Shmuel Bar, *Iranian Nuclear Decision Making Under Ahmadinejad*, A PAPER PRESENTED IN THE EIGHTH HERZLIYA CONFERENCE 7 (20–23.1.2008), www.herzliyaconference.org/_Uploads/2814ShmuelBar.IranianAhmadinejad.pdf

Eichensehr, לעיל ה"ש 7, בעמ' 69. ראו גם Schwartz, לעיל ה"ש 7, בעמ' 225–227.

לשימוש בנשק גרעיני יהיו השלכות כבדות מבחינת איראן; שנית, המודיעין האנושי של ארצות הברית באשר לאיראן לוקה בחסר; שלישית, איראן אינה נמצאת בסכסוך אלים עם מי מבין שכנותיה; רביעית, איראן מעורבת בקהילה הבינ-לאומית, ויש לה קשרים כלכליים חזקים עם רוסיה, סין והודו. לטענת אייכנזר, המשטר באיראן אינו טוטליטרי, ועל כך תעיד בחירתו של הנשיא אחמדינז'אד בבחירות דמוקרטיות.¹²³

טענות אלה לוקות בחסר. ראשית, נקודת המוצא של אייכנזר היא רציונליות, אולם כפי שאראה בהרחבה להלן בסעיף ג2(א), יש החולקים על כך שהתנהגותה של איראן תהיה בהכרח רציונלית ושהיא אכן תחשוש מן ההשלכות החמורות של שימוש בנשק גרעיני. שנית, אף אם המודיעין האמריקאי לוקה בחסר, קיימות אינדיקציות שלפיהן ארצות הברית הצליחה בכל זאת לחדור למערכת המודיעין האיראנית.¹²⁴ מכל מקום, על הניתוח להביא בחשבון גם את הערכת המודיעין הישראלי כי איראן כבר חצתה את נקודת האל-חזור בנוגע ליכולת הטכנולוגית ליצור פצצת אטום.¹²⁵ שלישית, איראן אמנם אינה מעורבת ישירות במעשי תוקפנות כלפי שכנותיה, אולם היא מעורבת תדיר בעקיפין בפעילות טרור אנטי-ישראלית.¹²⁶ רביעית, היותה של איראן מעורבת בקהילה הבינ-לאומית יכולה לשמש גם טיעון נגדי – התלות הכלכלית של הקהילה הבינ-לאומית בנפט האיראני עלולה להגביר את תחושת הביטחון של איראן בכך שלא יינקטו נגדה סנקציות חריפות בגלל תכנית הגרעין. חמישית, אפשר להטיל ספק באופיין הדמוקרטי של הבחירות באיראן, בין היתר לנוכח החשד למרמה ולזיוף בבחירות האחרונות לנשיאות.¹²⁷ אולם גם ספקות אלה בנוגע לגורמים שאייכנזר הציגה אינם מעידים על כוונה איראנית ברורה להשתמש בנשק גרעיני. לואי רנה ברס (Louis René Beres) טוען כי ההשקפה האסלאמית היא שמדינה הנמצאת בלב הממלכה האסלאמית יכולה להישלט רק על ידי רוב מוסלמי. קיומה של מדינת ישראל נתפס על ידי איראן כמעין "גידול סרטני" במזרח התיכון, אשר יש להילחם בו מלחמת קודש. לכן מכיוון שמטרתה של איראן היא להשמיד את ישראל, תכנית הגרעין שלה מהווה

123 שם, בעמ' 66–69.

124 Miller, לעיל ה"ש 23, בעמ' 577.

125 Herb Keinon, *Yadlin: Iran Crossed Nuclear Tech Threshold*, THE JERUSALEM POST (8.3.2009), www.jpost.com/servlet/Satellite?cid=1236269373103&pagename=JPost%2FJPArticle%2FPrinter.

126 ראו להלן סעיף ג4(א).

127 Ella Flaye, *Riots and Repression in Iran: Eight Days that Shook the Muslim World*, THE TIMES (20.6.2009), www.timesonline.co.uk/tol/news/world/middle_east/article6539969.ece.

איום חמור על קיומה של מדינת ישראל.¹²⁸ זהו הסבר עיוני מדוע איראן גרעינית אמורה להוות איום על ישראל. אך האם קיים איום בפועל? אלה הטוענים כי אכן קיים חשש ממשי למתקפה איראנית נשענים על ההצהרות הפומביות של מנהיגים איראנים שונים הקוראות להשמדתה של ישראל. בשנת 2005 טען נשיא איראן אחמדינז'אד כי על ישראל "להימחק מהמפה",¹²⁹ וכי "כל התנאים לסילוקו של המשטר הציוני כבר קיימים... לא יחלוף זמן רב בטרם ייהפך זעמם של האנשים לפיצוץ גדול שימחק את הישות הציונית מהמפה".¹³⁰ אחמדינז'אד חזר על קריאתו זו להשמדת ישראל גם בהודמנויות אחרות.¹³¹ אחמדינז'אד אינו הסמכות החשובה ביותר במדינה. הוא הסמכות המבצעת, אך הוא אינו לבדו. המנהיג הרוחני של איראן, האייתוללה עלי ח'אמנאי, גילה כי "שרפת מדינת ישראל" היא שאיפה איראנית ממדרגה ראשונה,¹³² ואילו אכבר רפסנג'אני, שכהן עד שנת 2011 במועצת המומחים האיראנית (Assembly of Experts of the Leadership), ואשר מכהן כיום כיושב ראש המועצה האיראנית לאבטחת אינטרס המשטר (Expediency Discernment Council of the System), אמר כי נשק גרעיני יוכל לפתור את הבעיה הישראלית מכיוון שפצצה גרעינית אחת תשמיד את מדינת ישראל.¹³³ מנקודת המבט הישראלית, כאשר טילי שיהאב-3 נעטפים בשלטים שעליהם מתנוססות בגאון הסימאות "על ישראל להימחק מהמפה" ו"מוות לישראל",¹³⁴ וכאשר חברי פרלמנט איראנים חוזרים וקוראים "מוות לישראל" מיד לאחר שהם קוראים לממשלה לפעול להעשרת אורניום, ישראל מתקשה לראות בתכנית הגרעין האיראנית אמצעי למטרות שלום ותו לא.¹³⁵ איזה משקל יש לייחס לאמירות אלה? מחד גיסא ברי כי מדובר באמירות קשות

- 128 Beres 1995–1996, לעיל ה"ש 113, בעמ' 190; Beres 1996–1997, לעיל ה"ש 113, בעמ' 66, 69.
- 129 Fathi, לעיל ה"ש 4. 129
- 130 Ezra HaLevi, *Ahmadinejad: Conditions for Removal of Israel are at Hand*, ARUTZ 130 (July 10, 2006), www.israelnationalnews.com/News/News.aspx/106893.
- 131 Gregory S. Gordon, *From Incitement to Indictment? Prosecuting Iran's President for Advocating Israel's Destruction and Piecing Together Incitement Law's Emerging Analytical Framework*, 98 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 853, 865–866 (2008).
- 132 Yossi Verter, *Aznar: Khamenai Said in 2001 Iran Aimed to Set Israel Alight*, HAARETZ 132 (15.3.2006), לעיל ה"ש 23, בעמ' 530.
- 133 Michael Eisenstadt, *Delay, Deter and Contain, Roll-Back: Toward a Strategy for Dealing with Iran's Nuclear Ambitions*, in IRAN'S BOMB – AMERICAN AND IRANIAN PERSPECTIVES 13, 18 (The Nixon Center, 2004), www.nxoncenter.org/publications/monographs/IransBomb.pdfEisenstadt.
- 134 Gordon, לעיל ה"ש 131, בעמ' 861. 134
- 135 CHARLES RAYMOND SNOW, THE CASE AGAINST IRAN 56 (2008) 135

המרמזות על איומי השמדה.¹³⁶ מאידך גיסא נטען כי בתחום של הערכת איומים, בחינתן של אמירות יחידות הוכחה במחקר אמפירי כשיטה פגומה לבדיקת כוונות. זאת ועוד, באיראן, כך נטען, הרטוריקה הקיצונית ממלאת תפקיד בפוליטיקה הפנימית של המדינה.¹³⁷ אני מסכים עם הערכתו הכללית של בנג'מין גרינבלום (Benjamin M. Greenblum) כי אין להתעלם מהצהרות האיומים של איראן. יובהר, אף אם הרטוריקה לבדה אינה מצדיקה מתקפה ישראלית, היא מדגישה עוינות בסיסית של איראן כלפי ישראל, ובמישור המשפטי יש לבחנה כחלק מהמכלול הרחב של פעולות האיבה של איראן כלפי ישראל, תוך ראיית התפקיד הקריטי שהנשק הגרעיני עלול לשמש באותן פעולות.¹³⁸ עם זאת אני מצטרף למסקנתה הכללית של אייכנזר כי הראיות בדבר מתקפה איראנית עתידית אינן מספיקות. חשוב לציין כי אין די בכוונות אלא צריך גם יכולת. גם אם מקבלים את המסקנה כי איראן פועלת להשגת נשק גרעיני ומתכוונת להשתמש בו נגד ישראל, עדיין אין ברשות איראן נשק גרעיני. ארחיב על כך בהמשך, כאשר אדון בתנאי המידיות.

(2) מיצוי חלופות לא-אלימות

הוכחת נחיצותה של הגנה עצמית מקדימה מחייבת מיצוי של כל החלופות האפשריות להתמודדות עם האיום בדרכי שלום בטרם נעשה שימוש בכוח.¹³⁹ דרישה זו משתקפת גם בסעיף 2(3) למגילת האו"ם, הדורש מחברות האו"ם ליישב את המחלוקות ביניהן באמצעים לא-אלימים, שלא יסכנו את הביטחון והשלום.

בדיון שנערך במועצת הביטחון בנוגע למתקפה הישראלית של הכור העיראקי באוסיראק, בשנת 1981, הצביעה ארצות הברית נגד ישראל, משום שלטענתה ישראל כשלה במיצוי החלופות הלא-אלימות לפתרון הקונפליקט.¹⁴⁰ האם בעימות עם איראן כבר מיצתה ישראל את כל האפשרויות האחרות? בניגוד למצב ששרר לפני תקיפת הכור באוסיראק, למן שנת 2002 נעשים מאמצים דיפלומטיים גדולים מצד הקהילה הבין-לאומית לשכנע את

136 יש אף שטענו כי הצהרותיו של אחמדינז'אד מפרות גם את איסור השידול לרצח עם המופיע בסעיף 3 לאמנה למניעת פשע של רצח עם ולהענשת מבצעיו (אמנה שאיראן חברה בה) וגם את איסור האיום בשימוש בכוח המופיע בסעיף 2(4) למגילת האו"ם. ראו Kittrie, לעיל ה"ש 23, בעמ' 527.

137 Boroujerdi & Fine, לעיל ה"ש 39, בעמ' 625–626.

138 Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 79–80.

139 Oscar Schachter, *The Right of States to use Armed Force*, 82 MICH. L. REV. 1620, 1634–1635 (1984).

140 ראו Nydell, לעיל ה"ש 11, בעמ' 478–479. על כישלונה של ישראל לעמוד בתנאי ההתמודדות בדרכי שלום עם האיום העיראקי ראו Mallison & Mallison, לעיל ה"ש 66, בעמ' 427–429; Birnberg, לעיל ה"ש 33, בעמ' 105.

איראן, באמצעות שיטות שונות של משא ומתן ותמריצים כלכליים, לעצור את תכנית הגרעין שלה: ה-EU3 (בריטניה, גרמניה וצרפת) הציע לאיראן שיתוף פעולה כלכלי וטכנולוגי מקיף, כולל בתחום האנרגייה הגרעינית; ארצות הברית עודדה את המאמצים של האיחוד האירופי בשנותיה את מדיניותה באשר להצטרפותה של איראן לארגון הסחר הבין-לאומי (WTO) ובאשר למכירת חלקי מטוסים אזרחיים לאיראן; רוסיה הציעה מיזם משותף להעשרת אורניום על אדמת רוסיה (ללא גישה איראנית לטכנולוגיה רגישה) – הצעה שזכתה לתמיכתן של ארצות הברית ומדינות ה-EU3. אולם בסופו של דבר דחתה איראן את כל ההצעות, וסירבה להפסיק את פעולות ההעשרה – דרישה שהייתה מרכזית בכל אחת מההצעות.¹⁴¹ איראן טענה כי לפי המשפט הבין-לאומי היא אינה מחויבת להפסיק את פעולות העשרת האורניום, שכן הללו נעשות למטרות שלום. אולם האיחוד האירופי והסוכנות טענו כי מאחר שאיראן הסתירה את תכנית הגרעין שלה במשך שמונה-עשרה שנים, עולה החשד שהתכנית סותרת את מטרת השמירה על השלום והביטחון הקבועה במגילת האו"ם, וכי השעיית העשרת האורניום תהיה אישור בעל ערך לטענה האיראנית כי פעילות הגרעין היא למטרות שלום.

באוקטובר 2009 ניהלו רוסיה, צרפת וארצות הברית משא ומתן עם איראן בוועידת הסוכנות בווינה. לפי טיוטת ההסכם שהגישו המעצמות ושעמדה בבסיס המשא ומתן, הייתה איראן אמורה להעביר כשלושה רבעים מהאורניום המועשר שברשותה לרוסיה עד סוף 2009. ברוסיה, על פי ההסכם המוצע, יועשר החומר ברמה גבוהה יותר, ובצרפת יהפכו אותו ללוחות דלק. לאחר מכן יוחזר החומר לאיראן ויועבר לשימושו של הכור למחקר רפואי בטהראן.¹⁴² ב-29 באוקטובר 2009 הודיעו בכירים איראנים לסוכנות כי הם לא יוכלו לחתום על ההסכם שנציגיהם היו שותפים למשא ומתן להשגתו.¹⁴³ בכך נחרץ גורלו של ההסכם. במאי 2010 פרסמו איראן, ברזיל וטורקיה הצהרה משותפת שלפיה איראן הסכימה לשלוח אורניום מועשר ברמה נמוכה לטורקיה בתמורה לדלק מועשר לכור המחקר בטהראן. התגובות על רעיון זה היו מעורבות, ובסופו של דבר הוא נדחה על ידי מדינות

141 Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 85.

142 ראו למשל news.bbc.co.uk/2/hi/8313679.stm; Tony Karon, *Iran Keeps Obama Waiting on Nuclear Deal*, TIME 22.10.2009, www.time.com/time/world/article/0,8599,1931597,00.html143 David E. Sanger, *Iran Said to Ignore Effort to Salvage Nuclear Deal*, THE NEW YORK TIMES 8.11.2009.

המערב.¹⁴⁴ לכן נראה כי התגבשה הכרה רחבה בכישלונה של גישת התמריצים במקרה האיראני,¹⁴⁵ אך הדיפלומטיה טרם מוצתה. בד בבד עם משאים ומתנים אלו, בשנת 2006 עלו המאמצים הדיפלומטיים מדרגה. בפברואר הפנתה הסוכנות את המקרה האיראני למועצת הביטחון של האו"ם בגלל החשש כי איראן עוסקת בפיתוח יכולת גרעינית לא למטרות שלום,¹⁴⁶ ובמסגרת פרסמה מועצת הביטחון הצהרה נשיאותית הקוראת לאיראן להיענות לדרישות הסוכנות ולהשעות את כל פעולות ההעשרה והעיבוד מחדש.¹⁴⁷ ב-31 ביולי, לאחר שאיראן דחתה חבילות תמריצים והצעות נוספות למשא ומתן שהוצעו על ידי ארצות הברית וה-EU3, פעלה מועצת הביטחון של האו"ם מכוח סמכותה לפי פרק VII של מגילת האו"ם (סעיף 40), וקיבלה את החלטה 1696, אשר דרשה כי איראן תאמץ את הצעדים בוני האמון שדרשה הסוכנות ותשעה את כל פעולות ההעשרה והעיבוד מחדש. ההחלטה לא הטילה סנקציות, בשל התנגדותן של סין ורוסיה, אבל ציינה כי אפשר שיינקטו צעדים מתאימים לפי סעיף 41 למגילת האו"ם אם איראן לא תיישם את ההחלטה עד ליום 31 באוגוסט 2006.¹⁴⁸ לאחר הכרזת הסוכנות באוגוסט 2006, שלפיה הסוכנות עדיין אינה יכולה לאמת את אופייה האזרחי של תכנית הגרעין האיראנית,¹⁴⁹ קיבלה מועצת הביטחון, ב-23 בדצמבר 2006, את החלטה 1737 מכוח סעיף 41 למגילת האו"ם, שבה דרשה מאיראן להשעות את כל פעולות העיבוד מחדש

144 ראו למשל, *Nuclear fuel declaration by Iran, Turkey and Brazil*, BBC 17.5.2010, news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/8686728.stm; Rebhi, Abdullah, *AFP: Merkel Urges Iran to 'Carefully Consider' Nuclear Deal*, GOOGLE NEWS 27.5.2010, www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5h9KwVkuDAQrSrs6770IeK56BgoA; *Gov't Rejects Iran Deal as a Ruse*, THE JERUSALEM POST 18.5.2010, www.jpost.com/IranianThreat/News/Article.aspx?id=175856; *Sarkozy Calls Iran Nuclear Offer 'Positive,' Seeks More Steps*, BUSINESSWEEK 18.5.2010, www.businessweek.com/news/2010-05-18/sarkozy-calls-iran-nuclear-offer-positive-seeks-more-steps.html; *Clinton: Iran Fuel Swap Deal Has 'Deficiencies'*, VOA 25.5.2010, www1.voanews.com/english/news/usa/Clinton-Iran-Fuel-Swap-Deal-Has-Deficiencies--94832089.html

145 Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 84.

146 IAEA Board of Governors, Implementation of the NPT Safeguards Agreement in the Islamic Republic of Iran, Resolution adopted by the Board on 4.2.2006, GOV/2006/14; Director General, IAEA, 'Implementation of the NPT safeguards agreement in the Islamic Republic of Iran' IAEA Doc., GOV/2006/15 (Feb. 27, 2006)

147 President of the U.N. Security Council, Statement on Non-Proliferation on Behalf of the Security Council, U.N. Doc. S/PRST/2006/15 (March 29, 2006)

148 S.C. Res. 1696, 1, U.N. Doc. S/RES/1691 (July 31, 2006)

149 IAEA Board of Governors, Implementation of the NPT Safeguards Agreement in the Islamic Republic of Iran, Resolution adopted by the Board on 31.8.2006, GOV/2006/53

הקשורות להעשרה וכן את כל הפרויקטים הקשורים למים כבדים. ההחלטה הטילה הגבלות על סחר בחומרים, בטכנולוגיה או במידע שיש בהם כדי לתרום לתכנית הגרעין האיראנית, הגבילה את תנועתם של אישים מסוימים המעורבים בתכנית הגרעין והקפידה את נכסיהם. ההחלטה קבעה גם כי יינקטו צעדים נוספים לפי סעיף 41 במקרה שאיראן לא תיישם את האמור בה.¹⁵⁰ כמו ההחלטה הקודמת, גם החלטה 1737 לא הטילה על איראן סנקציות כלכליות שאינן קשורות לפרויקט הגרעין, וממילא לא ניצלה את סמכותה להשתמש בכוח לפי סעיף 42 למגילת האו"ם. לאחר שהסוכנות דיווחה כי איראן לא יישמה את החלטה 1737, וכי היא אינה יכולה להיות בטוחה באשר לאופייה האזרחי של תכנית הגרעין האיראנית,¹⁵¹ קיבלה מועצת הביטחון, ביום 24 במרס 2007, את החלטה 1747, אשר חזרה על הדרישה שאיראן תשעה את פעולות ההעשרה, הרחיבה את רשימת האנשים שאת נכסיהם יש להקפיד והטילה איסור על מכירה והעברה של כלי נשק וידע מסוימים לאיראן וממנה. גם הפעם קבעה ההחלטה כי אם היא לא תיושם, יינקטו אמצעים נוספים לפי סעיף 152.41

החלטות אלה של מועצת הביטחון בוקרו בטענה שהן מוגבלות בהיקפן, ושגם אם הן ייושמו במלואן, יעילותן תהא מוגבלת. יתר על כן, נטען כי ההחלטות מופנות רק כלפי המעורבים הישירים בתכנית הגרעין האיראנית, ולכן אינן מקנות לאוכלוסייה האיראנית בכללותה תמריץ להפעיל לחץ על הממשל ליישם את ההחלטות.¹⁵³ לאחר שבאפריל 2007 הודיעה איראן כי היא מסוגלת לייצר דלק גרעיני בהיקף תעשייתי,¹⁵⁴ ולאחר שסבב נוסף של משא ומתן בין איראן לבין האיחוד האירופי נכשל, קיבלה מועצת הביטחון, ב-3 במרס 2008, את החלטה 1803, אשר אישרה את הדרישות והסנקציות הקודמות, הטילה סנקציות נוספות על איראן וקבעה כי סנקציות נוספות לפי סעיף 41 יוטלו אם ההחלטה לא תיושם.¹⁵⁵ אחרי שהסוכנות דיווחה כי איראן לא השעתה את פעולות ההעשרה שלה ואת בניית הכור למים כבדים, וכי יש פרויקטים אחדים אשר

- 150 .S.C. Res. 1737, U.N. Doc. S/RES/1737 (Dec. 27, 2006)
 Director General, IAEA, Implementation of the NPT Safeguards Agreement and relevant provisions of Security Council Resolution 1737 (2006) in the Islamic Republic of Iran, IAEA Doc. GOV/2007/8 (Feb. 22, 2007) 151
 .S.C. Res. 1747, U.N. Doc. S/RES/1747 (March 24, 2007) 152
 Kittrie, לעיל ה"ש 23, בעמ' 543, 546. 153
 ראו ממרי – המכון לחקר תקשורת המזרח התיכון "אחמדי-נזאר: איראן מייצרת דלק גרעיני בהיקף תעשייתי" 20.4.2007 www.memri.org.il/cgi-webaxy/sal/sal.pl?lang=he&ID= 154
 .107345_memri&dbid=articles&act=show3&dataid=547
 .S.C. Res. 1803, U.N. Doc. S/RES/1803 (March 3, 2008) 155

מעלים לכאורה חשש כי הם נועדו להוסיף ממד צבאי לתכנית הגרעין האיראנית,¹⁵⁶ קיבלה מועצת הביטחון, ב־27 בספטמבר 2008, את החלטה 1835, הקוראת לאיראן ליישם מיד ובמלאה את מחויבותה על פי ההחלטות הקודמות של המועצה.¹⁵⁷ בשנת 2009 ציינה שוב הסוכנות כי היא אינה יכולה לשלול קיומם של ממדים צבאיים לתכנית הגרעין האיראנית.¹⁵⁸ לאחר שאיראן לא יישמה את החלטות הסוכנות, קיבלה מועצת הביטחון, ב־9 ביוני 2010, את החלטה 1929, שבה חזרה המועצה, "כדאגה", על דרישתה כי איראן תיישם את החלטות המועצה, ואף הגבירה את הסנקציות המוטלות על איראן. בין היתר הטילה ההחלטה הגבלות חדשות על ייבוא איראני של נשק ואסרה כל פעילות הנוגעת בטילים בליסטיים העלולים לשאת נשק גרעיני. ההחלטה הוסיפה הגבלות באשר לתנועת מטענים חשודים על גבי ספינות ומטוסים, וכן הגבלות פיננסיות על חברות הקשורות לתכנית הגרעין האיראנית.¹⁵⁹ בהחלטה 1984, מ־9 ביוני 2011, אשררה מועצת הביטחון את החלטותיה הקודמות והודיעה כי הפצת נשק להשמדה המונית מהווה איום על השלום והביטחון הבין־לאומיים, וכי היא ממשיכה להתייחס לנושא זה באופן פעיל.¹⁶⁰

כפי שאפשר לראות בבירור, בניגוד לנסיבות ששררו לפני המתקפה באוסיראק, מועצת הביטחון מעורבת עמוקות בסכסוך עם איראן. מיולי 2006 ועד יוני 2011 אימצה מועצת הביטחון, בפועלה מתוקף סמכותה לפי פרק VII למגילת האו"ם, שבע החלטות הדורשות מאיראן להשעות את כל הפעילות הקשורה להעשרה ולעיבוד־מחדש והטילה סנקציות כלכליות שונות הקשורות לתכנית הגרעין האיראנית. עם זאת החלטות אלה לא הטילו

Director General, IAEA, Implementation of the NPT Safeguards Agreement and relevant provisions of Security Council Resolutions 1737 (2006), 1747 (2007) and 1803 (2008) in the Islamic Republic of Iran, IAEA Doc. GOV/2008/15 (May 26, 2008); Director General, IAEA, Implementation of the NPT Safeguards Agreement and relevant provisions of Security Council Resolutions 1737 (2006), 1747 (2007) and 1803 (2008) in the Islamic Republic of Iran, IAEA Doc. GOV/2008/38 (Sep. 15, 2008).

S.C. Res. 1835, U.N. Doc. S/RES/1835 (Sep. 27, 2008) 157

Director General, IAEA, Implementation of the NPT Safeguards Agreement and relevant provisions of Security Council Resolutions 1737 (2006), 1747 (2007), 1803 (2008) and 1835 (2008) in the Islamic Republic of Iran, IAEA Doc. GOV/2009/8 (Feb. 19, 2009); Director General, IAEA, Implementation of the NPT Safeguards Agreement and relevant provisions of Security Council Resolutions 1737 (2006), 1747 (2007), 1803 (2008) and 1835 (2008) in the Islamic Republic of Iran, IAEA Doc. GOV/2009/35 (June 5, 2009); Implementation of the NPT Safeguards Agreement and relevant provisions of Security Council resolutions 1737 (2006), 1747 (2007), 1803 (2008), and 1835 (2008) in the Islamic Republic of Iran. IAEA Doc. GOV/2009/55 (August 28, 2009)

S.C. Res. 1929, U.N. Doc. S/RES/1929 (Jun. 9, 2010) 159

S.C. Res. 1984, U.N. Doc. S/RES/1984 (Jun. 9, 2011) 160

סנקציות כלכליות קיצוניות. נכון להיום לא יישמה איראן את החלטות המועצה. הואיל ולפי סעיף 25 למגילת האו"ם הסכימה איראן, כמדינה חברה, לציית להחלטותיה של מועצת הביטחון, למן יולי 2006 איראן מפרה למעשה את התחייבותה הבסיסית לקיים את החלטותיה של מועצת הביטחון. הטענה כי לפי האמנה למניעת הפצת נשק גרעיני יש לאיראן זכות להעשיר אורניום, ולכן אין היא חייבת להשעות את ההעשרה,¹⁶¹ אינה יכולה להתקבל, שכן מגילת האו"ם מצויה במעמד נורמטיבי גבוה מזה של הסכמים בין-לאומיים (לפי סעיף 103 למגילה).¹⁶²

עם זאת הפרת החלטות אלה של מועצת הביטחון אינה הצדקה לשימוש בכוח.¹⁶³

161 לטיעון שלפיו מותר לאיראן להעשיר אורניום למטרות שלום (סעיף 4) ראו Miller, לעיל ה"ש 23, בעמ' 569. אולם ראו George Perkovic, *Defining Iran's Nuclear Rights*, CARNEGIE ENDOWMENT FOR INTERNATIONAL PEACE (Sep. 7, 2006), www.carnegieendowment.org/publications/index.cfm?fa=view&id=18687 (הטוען כי לנוכח ההפרות הרבות של ההגבלות הקיימות איראן מפרה למעשה את סעיף 2 לאמנה, ולכן היא אינה זכאית לזכויות מכוח סעיף 4 לאמנה).

162 Miller, לעיל ה"ש 23, בעמ' 574–575; Kittrie, לעיל ה"ש 23, בעמ' 539–540.
163 לואי ברס ויואש צידון-צ'אטו טענו כי המתקפה הישראלית באוסיראק לא הייתה בגדר הפרה של השלום והביטחון אלא "אכיפת חוק הרואית והכרחית", בלשונם, מכיוון שבהיעדר מנגנון אכיפה מרכזי, המשפט הבין-לאומי סומך על מוכנותן של מדינות יחידות לפעול בחסותה או בעידודה של הקהילה הבין-לאומית (ראו Beres & Tsiddon-Chatto, לעיל ה"ש 8, בעמ' 439–440). נראה כי עמדה זו אינה מקובלת. מועצת הביטחון היא גוף האכיפה המרכזי של הקהילה הבין-לאומית. בעת תקיפת הכור באוסיראק לא הייתה מועצת הביטחון מעורבת כלל, אך לא זה המצב כשמדובר באיראן. דייוויס בראון טען בנוגע למתקפה הישראלית של הכור באוסיראק, כי מכיוון שהפיתוח הגרעיני של עיראק והאיום להשתמש בכוח נגד ישראל היו הפרה של מחויבותה על פי האמנה, ומכיוון שהפרה זו גרמה לישראל נזק שהתבטא בנחיתות טקטית ניכרת אם ישראל לא תתקוף, המתקפה הישראלית הייתה סעד עצמי מוצדק. Davis Brown, *Enforcing Arms Control Agreements by Military Force: Iraq and the 800-Pound Gorilla*, 26 HASTING INT'L & COMP. L. REV. 159, 167–181 (2003). טיעון זה בעייתי. ישראל, כמדינה שאינה חברה באמנה, אינה יכולה לטעון לפגיעה בדומה למדינה שחברה באמנה. חשוב מכך, טיעון זה חותר תחת כל המשטר של מגילת האו"ם ומטרותיה בכל הנוגע בשימוש בכוח. ראו Eichensehr, לעיל ה"ש 7, בעמ' 78–79. טיעון דומה לזה של בראון הוצע בשנת 1946 על ידי הסוכנות לאנרגייה אטומית, שלפיו הפרה של האמנה עשויה להיות חמורה עד כדי כך שתעורר את הזכות להגנה עצמית. ראו Atomic Energy Commission, Special Supplement 109–110 (1946) UN Doc. AEC/18/Rev.1, 24 Mark E. Newcomb, *Non-Proliferation, Self-Defense*, 157, בעמ' 64, ראו גם and the Korean Crisis, 27 VAND. J. TRANSNAT'L L. 603, 633 (1994); Guy B. Roberts, *The Counterproliferation Self-Help Paradigm: A Legal Regime for Enforcing the Norm Prohibiting the Proliferation of Weapons of Mass Destruction*, 27 DEND. J. INT'L L. & POL'Y 483, 518 (1998–1999) (הטוען שכאשר משטר אי-הפצת נשק גרעיני נכשל, למדינות

יודגש: לשונן של החלטות מועצת הביטחון הקשורות לאיראן זהירה מאוד.¹⁶⁴ נראה שסין ורוסיה למדו לקח מן הדרך שבה נוצל סעיף 42 כדי להצדיק את הפלישה לעיראק,¹⁶⁵ ויודאו כי ההחלטות בעניין איראן ינוסחו באופן שימנע כל אפשרות לטעון כי יש בהן משום אישור מרומז לשימוש בכוח ולנקיטת פעולה צבאית.¹⁶⁶ כל ההחלטות של מועצת הביטחון בנושא האיראני מפנות מפורשות לסנקציות מכוח סעיף 41, אשר מאפשר למועצת הביטחון להטיל סנקציות שאינן כוללות שימוש בכוח. סעיף 42, הכולל את הסמכות לאשר פעילות צבאית ככל שזו תידרש כדי לשמור על השלום והביטחון הבין-לאומיים או להשיבם על מכונם, אינו מוזכר אף לא באחת מן ההחלטות הללו.¹⁶⁷ לפי הערכות שונות, אין לצפות שמועצת הביטחון תאשר סנקציות כלכליות חמורות על איראן, קל וחומר שימוש בכוח נגדה, בגלל וטו אפשרי מצד רוסיה או סין, שתיהן חברות קבועות במועצת הביטחון. שתי המדינות,

- עומדת הזכות לשימוש בכוח). עם זאת חשוב להבהיר כי הפרות של האמנה בלבד אינן מצמיחות זכות לשימוש בכוח כהגנה עצמית.
- 164 GRAY, לעיל ה"ש 67, בעמ' 226. למשל, בהחלטה 1803 משנת 2008 הדגישה מועצת הביטחון כי היא מודאגת מהסיכונים של הפצת הנשק שתכנית הגרעין האיראנית מציבה, אולם לא ציינה כל סכנה לשלום ולביטחון. עם זאת ראוי להזכיר כאן את החלטה 1984 משנת 2011, שבה מציינת מועצת הביטחון כי הפצת נשק להשמדה המונית אכן מהווה איום על השלום והביטחון הבין-לאומיים.
- 165 בתחילת המתקפה הצבאית נגד עיראק, בשנת 2003, הפרה עיראק את החלטות מועצת הביטחון 1441 (משנת 2002) ו-687 (משנת 1991), ובכך איימה על השלום והביטחון הבין-לאומיים. מכיוון שהחלטה 687, שעדיין הייתה בתוקף במועד המתקפה, אישרה שימוש ב"כל האמצעים הדרושים" – ביטוי שהובן על ידי בעלות הברית כהרשאה לשימוש בפעולה צבאית – הוגדר השימוש בכוח במקרה זה – חוקי. ראו Greenwood, לעיל ה"ש 9, בעמ' 33–36. על ניסוחה העמום של החלטה 687 כמקור לשימוש בכוח ראו Jules Lobel & Michael Ratner, *Bypassing the Security Council: Ambiguous Authorizations to Use Force, Cease-Fires and the Iraqi Inspection Regime*, 93 AM. J. INT'L L. 124 (1999).
- 166 Dunn, לעיל ה"ש 21, בעמ' 25–26. נציג רוסיה במועצת הבטחון אמר מפורשות כמה פעמים שאין עומדת על הפרק פעולה צבאית. ראו למשל את דבריו במועצת הביטחון בעקבות החלטה 1929 מיוני 2010: 6344th United Nations Security Council, Sixty-fifth year, meeting (28.06.2010), S/PV.6344: "Mr. Churkin:... In the light of the Council's adoption of resolution 1929 (2010), of even greater relevance is the further resolute work of the Committee in the spirit and letter of relevant Security Council resolutions to resolve the Iranian nuclear problem through exclusively political and diplomatic means. Of principal importance is that all States Members of the United Nations be guided by a similar approach. Strict compliance with restrictive measures under the Council's resolutions requires Member States to refrain from taking additional restrictive steps not covered under those resolutions, especially those of an extraterritorial nature"
- 167 Kittrie, לעיל ה"ש 23, בעמ' 544.

שמקיימות קשרים כלכליים ענפים עם איראן ואשר היו מעורבות בתכנית הגרעין שלה,¹⁶⁸ חסמו עד כה בשיטתיות כל פעולה בעלת משקל מצד מועצת הביטחון.¹⁶⁹ מלבד הסנקציות שהוטלו על ידי מועצת הביטחון, מדינות שונות הטילו חרמות כלכליים על איראן. מחד גיסא יש הטוענים כי איראן השקיעה בתכנית הגרעין שלה גאווה, תקציבים ויכולת מדיעית במידה רבה מכדי שתזנח אותה לחלוטין.¹⁷⁰ מאידך גיסא נטען כי אם יוטל על איראן חרם על ידי האיחוד האירופי, המספק 44% מהתוצרת המיובאת באיראן, או אם יוטל עליה חרם נפט חמור, הדבר עשוי לאלץ אותה בזמן קצר להפסיק את תכנית הגרעין שלה.¹⁷¹ אכן, לאחר שהיה נדמה כי חרם חמור כאמור אינו נראה באופן, הטיל האיחוד האירופי הגבלות על שיתוף פעולה עם איראן בכל הנוגע בסחר חוץ ובשירותים פיננסיים בתחומי האנרגיה והטכנולוגיות, ואסר מתן שירותי ביטוח לאיראן ולחברות בבעלות איראנית. ב־23 בינואר 2012 הטיל האיחוד אמברגו נפט על איראן, שנכנס לתוקף ב־1 ביולי 2012, וכן הקפיא את נכסי הבנק המרכזי של איראן.¹⁷² ב־15 במרס 2012 פורסם כי בעקבות העיצומים שהטיל האיחוד האירופי, ניתקה מערכת ה־SWIFT – מרכז הפעילות האלקטרוני של העברות פיננסיות – שלושים בנקים איראניים, לרבות הבנק המרכזי של איראן.¹⁷³ גם ארצות הברית הטילה אמברגו נשק ואמברגו כלכלי על איראן, הכולל הטלת הגבלות על עשיית עסקים עם איראן, איסור ייבוא מוצרים איראניים, הטלת עיצומים על מוסדות פיננסיים איראניים ואיסור כמעט מוחלט של מכירת מטוסים או חלקי חילוף לחברות תעופה איראניות. בפברואר 2012 הקפיאה ארצות הברית את כל הנכסים של הבנק המרכזי האיראני ושל מוסדות פיננסיים איראניים נוספים, וכן נכסים בבעלות ממשלת איראן המצויים בתחומי ארצות הברית.¹⁷⁴ עדיין מוקדם לקבוע כיצד חרמות כלכליים אלה ישפיעו על התקדמותה של תכנית הגרעין האיראנית.

- 168 לדיון בקשרים הכלכליים והגרעיניים בין איראן לבין רוסיה וסין ראו Bowen & Kidd, לעיל ה"ש 105, בעמ' 261–262; Kittrie; לעיל ה"ש 23, בעמ' 537–539.
- 169 Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 68; Maggs, לעיל ה"ש 30, בעמ' 472; Dunn, לעיל ה"ש 21, בעמ' 26.
- 170 Perkovic, לעיל ה"ש 120, בעמ' 2.
- 171 Kittrie, לעיל ה"ש 23, בעמ' 531; Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 87.
- 172 ראו EU Regulation 267/2012. למידע כללי ראו Council of The European Union, *Factsheet – The European Union and Iran* (23.4.2012), consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/127511.pdf.
- 173 ראו הודעה רשמית באתר של SWIFT: *Swift Instructed to Disconnect Sanctioned Iranian Banks Following EU Council Decision*, SWIFT 15.3.2012, www.swift.com/news/press_releases/SWIFT_disconnect_Iranian_banks.
- 174 Jackie Calmes & Rick Gladstone, *Obama Imposes Freeze on Iran Property in U.S.*, THE NEW YORK TIMES 6.2.2012.

לבסוף, נותרת שאלת ההרתעה. אף אם נראה שהדיפלומטיה נכשלת בניסיונות לעצור את תכנית הגרעין האיראנית, אייכנזר טוענת כי האיום של החזקת חומרים גרעיניים בלבד אינו מגיעה לרמה של נחיצות המאפשרת פעולות של הגנה עצמית, מכיוון שעדיין אפשר שאיראן תירתע משימוש בנשק גרעיני או מהעברתו לארגוני טרור.¹⁷⁵ בדומה לכך, מהרזאד בורוז'רדי וטוד פיינ (Mehrzad Boroujerdi & Todd Fine) טענו כי אין שום בסיס להנחה שאיראן לא תירתע מתגובה גרעינית כמו כל מדינה אחרת.¹⁷⁶ שאלה זו קריטית לסוגיית ההרתעה הגרעינית.¹⁷⁷ הטיעון המרכזי הוא כי אין לחשוש מאיראן גרעינית, שכן ההנהגה האיראנית, הפועלת באופן רציונלי, תימנע ממתקפה גרעינית, בידעה כי מתקפה כזו תוביל למתקפה גרעינית נגדית עליה. כלומר, לפי טיעון זה, מאזן אימה גרעיני הוא התגובה הנכונה על איראן גרעינית.¹⁷⁸

אולם יש הטוענים כי הרציונליות של ההנהגה האיראנית מוטלת בספק. נטען למשל כי בשל המשיחיות האפוקליפטית והאובססיה של איראן ל"אויב הציוני" כפי שבאה לידי ביטוי ברטוריקה של מנהיגיה, ישראל אינה יכולה לסמוך על מודלים מסורתיים של הרתעה או על יצר השימור העצמי של איראן.¹⁷⁹ לפי טיעון אחר, גם אם המנהיגים האיראנים אינם פועלים בהכרח באופן לא רציונלי, אין זה אומר שהם תמיד יפעלו בהכרח רציונלית. ככל הנראה משטר רדיקלי המונע על ידי אידאולוגיה קיצונית יירתע מלפתוח במתקפה גרעינית (בשל ההשלכות של תגובה גרעינית) פחות ממשטר מתון ויציב.¹⁸⁰ טיעון שלישי גורס כי אי אפשר להחיל את מודל ההרתעה של המלחמה הקרה על המזרח התיכון, באשר ליריבותיה

175, Eichensehr, לעיל ה"ש 7, בעמ' 71–73.

176 Boroujerdi & Fine, לעיל ה"ש 39, בעמ' 624–625.

177 בהקשר של ההרתעה הגרעינית יצוין כי אייכנזר טוענת עוד שיייתכן כי איראן רוצה יכולת גרעינית דווקא כדי להרתיע תוקפנות ישראלית או אמריקאית (Eichensehr, לעיל ה"ש 7, בעמ' 71). אולם כנגד זה נטען כי פיתוח איראני של יכולת גרעינית רק מחריף את הסיכוי לתוקפנות כאמור. ראו Perkovic, לעיל ה"ש 120, בעמ' 8.

178 ברס, למשל, קרא לישראל להפסיק את מדיניות העמימות הגרעינית וליצור הרתעה גרעינית מפורשת. ראו לואיס רנה ברס "להוציא את הפצצה מהמרתף" הארץ 6.1.2009 www.haaretz.co.il/opinions/1.1249025; לואיס רנה ברס וג'ון צ'יין "לחיות עם איראן גרעינית" הארץ 24.6.2011 www.haaretz.co.il/opinions/1.1178197. יש שיטענו כי חוקיותה של הרתעה גרעינית, במובן של איום בשימוש בנשק גרעיני, מוטלת בעצמה בספק. ראו Francis A. Boyle, *Relevance of International Law to the Paradox of Nuclear Deterrence*, 80 Nw. U. L. Rev. 1407 (1985–1986).

179 Beres 1996–1997, לעיל ה"ש 113, בעמ' 197; Beres 1996–1997, לעיל ה"ש 113, בעמ' 80; Kittrie, לעיל ה"ש 23, בעמ' 531; Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 94.

180 ראו Lewis A. Dunn, *Nuclear Proliferation: What Difference Will It Make?*, in THINKING ABOUT NUCLEAR WEAPONS: ANALYSES AND PRESCRIPTIONS 118, 120 (Fred Holroyd ed., Pogany; 1990), לעיל ה"ש 73, בעמ' 103.

של ישראל יש תפיסה שגויה לגביה, ודרך המחשבה שלהן שונה מהותית מזו של ישראל, מה שמגביר את הסיכויים לשיקול דעת מוטעה שיוביל למלחמה גרעינית.¹⁸¹ אף מבלי לדון בסוגיית הרציונליות של ההנהגה האיראנית נטען כי אסטרטגיה של הרתעה גרעינית אינה מתאימה לישראל כנגד גרעין איראני. זאת, בין היתר, כיוון של ישראל – בהתחשב בגודלה ובריכוז האוכלוסייה שלה – יש יכולת מוגבלת בלבד של "מכה שנייה", שכן כבר מתקפה גרעינית ראשונה עלולה להשמיד את רובה המוחלט ולהרוס את הפוטנציאל הגרעיני שלה.¹⁸² כמו כן חוסר התקשורת בין ישראל לבין איראן מקשה יצירת יחסי הרתעה מבוקרים, דוגמת אלה שהתקיימו בזמן המלחמה הקרה בין ארצות הברית לברית המועצות,¹⁸³ וגם אז, יש לזכור, היה העולם לא פעם – למשל במשבר הטילים בקובה – במרחק של דקות ספורות בלבד מתקרית שהייתה יכולה לגרום לשואה גרעינית.¹⁸⁴ חשוב לזכור גם כי איראן וישראל אינן מעצמות-על השוקלות שיקולים גלובליים, ולכן, כך נטען, אין לסמוך על הרתעה גרעינית בין שתי המדינות.¹⁸⁵ לבסוף, כפי שצינתי לעיל, אחד החששות הוא שאיראן גרעינית תגביר את הסכנה שארגוני טרור ישיגו נשק גרעיני או חומרי פסולת גרעיניים. אם חומרים גרעיניים איראניים ימצאו את דרכם לידיהם של טרוריסטים, הרתעה לא תהיה אפקטיבית, מפני שלארגוני טרור אין מדינה או אזרחים להגן עליהם.¹⁸⁶ כמו כן אין הכרח שהמעצורים הרציונליים המיוחסים על ידי כותבים שונים להנהגה האיראנית בכלל רלוונטיים לטרוריסטים, המונעים מאידאולוגיה דתית קיצונית.¹⁸⁷ אכן, כפי שמייקל ריסמן מתאר, נדמה כי דינמיקת ההרתעה שפעלה בין חברות מועדות הגרעין בעת המלחמה הקרה, ואשר הצילה את העולם מאסון גרעיני, אפקטיבית פחות בהקשרים חדשים, כגון לחימה שאינה סדירה (או לחימה אסימטרית), שימוש בחומרים גרעיניים על ידי ארגונים שאינם מדינתיים וכדומה.¹⁸⁸ לנוכח כל זאת אי אפשר – ואולי גם לא כדאי – לסמוך על מנגנוני הרתעה מסורתיים.

- 181 ראו את דבריו של פרופ' יצחק בן-ישראל במסגרת הדיון על "הפצצה האיראנית והמדיניות הישראלית", לעיל ה"ש 28, בעמ' 4-5.
- 182 Nydell, לעיל ה"ש 11, בעמ' 487; Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 94; Polebaum, לעיל ה"ש 10, בעמ' 221.
- 183 Yaphe & Lutes, לעיל ה"ש 2, בעמ' 17.
- 184 Bruce Ackerman, *The Emergency Constitution*, 113 YALE L.J. 1029, 1034-1035 (2004).
- 185 Banks, לעיל ה"ש 41, בעמ' 430.
- 186 W. Michael Reisman, *Assessing Claims to Revise the Laws of War*, 97 AM. J. INT'L L. 82, 86 (2003).
- 187 Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 81.
- 188 W. Michael Reisman, *Foreword*, in ELLI LOUKA, NUCLEAR WEAPONS, JUSTICE AND THE LAW vii (2011). ראו גם איל בנבנשתי "והעולם שותק" עורך הדין 17, 10, 11 (2012):

לסיכום עניין זה, בניגוד למצב ששרר לפני המתקפה הישראלית באוסיראק, הקהילה הבינ-לאומית מעורבת עמוקות במשבר הגרעין האיראני, ונעשים מאמצים רבים לפתרו ללא שימוש בכוח צבאי, לרבות הצעת תמריצים כלכליים, הטלת סנקציות על ידי מועצת הביטחון והכרזה של מדינות שונות על חרמות כלכליים. יש הטוענים כי גם מרווח זמן של חודש או שבוע משאיר זמן לניסיונות שכנוע נוספים. אך האם משמעות הדבר היא שעל ישראל לחכות ממש עד הרגע האחרון לפני שליחת פצצה גרעינית לכיוונה?¹⁸⁹ ברי כי אין הכרח לחכות עד רגע זה. עם זאת אף אם המאמצים הקיימים עדיין לא נשאו פרי, נדמה כי טרם מוצו כל האפשרויות שאינן צבאיות.

(ב) מידיות

אפשר להשתמש בזכות להגנה עצמית מקדימה רק אם קיימת סכנה מידית. המתקפה הישראלית על הכור באוסיראק נכשלה במבחן המשפטי של הגנה עצמית מכיוון שהפעולה ננקטה לפני שניצב איום מידי כנגד ישראל.¹⁹⁰ האם איראן מהווה איום מידי לישראל? התשובה לכך תלויה בהגדרת הסכנה. אם הסכנה היא עצם ההחזקה של חומר גרעיני מועשר שאפשר להשתמש בו ליצירת "פצצות מלוכלכות", אזי נראה, על פי ההערכות השונות, כי אפשר להגדיר את האיום – מידי. אם האיום הוא שימוש בנשק גרעיני, אזי יש צורך להעריך אם לאיראן יש מערכת כלי נשק שמסוגלת לשאת ראשי נפץ גרעיניים, אם היא מפתחת מערכת כזו, ואם כן, מתי זו צפויה להיות מוכנה לשימוש.

אשר להחזקת נשק גרעיני, יש הסוברים כי מסוגלות האיום מחייבת התייחסות להחזקת נשק גרעיני כאל מתקפה חמושה המקימה זכות להגנה עצמית.¹⁹¹ כנגד זה נטען כי עצם ההחזקה של נשק גרעיני אינה מהווה איום.¹⁹² נדמה כי על פי המשפט הבינ-לאומי הקיים, החזקה בלבד של נשק גרעיני (וקל וחומר של חומר גרעיני) אינה כשלעצמה שימוש בכוח. תימוכין לעמדה זו אפשר למצוא בעצם העובדה שמדינות שונות (ארצות הברית, רוסיה,

"בתחילת האלף הנוכחי... התעורר החשש שיש משטרים אלימים שעושים את הסדר העולמי ויש אפילו קבוצות טרור קיצוניות שאי אפשר להרתיע כלל באיומי מכה שנייה, כיוון שהם אדישים לפעולת התאבדות קולקטיבית ואף ייתכן שזוהי שאיפתם".

189 Thomas Donaldson, *Nuclear Deterrence and Self-Defense*, 95 ETHICS 537, 542 (1985) (הטוען כי העובדה שזמן השילוח של נשק גרעיני הוא כעשרים דקות מסכלת כל אפשרות למשא ומתן בדרכי שלום).

190 Nydell, לעיל ה"ש 11, בעמ' 471; Mallison & Mallison, לעיל ה"ש 66, בעמ' 430; Anthony D'Amato, *Israel's Air Strike against the Osiraq Reactor: A Retrospective*, 10 TEMP. INT'L & COP. L.J. 259, 261 (1996).

191 ראו דיון אצל Schachter, לעיל ה"ש 139, בעמ' 1634.

192 SHAW, לעיל ה"ש 103, בעמ' 1020.

בריטניה, צרפת, סין, הודו ופקיסטן) מחזיקות כיום באמתחתן נשק גרעיני, ותקיפתן רק בשל החזקת הנשק אינה נראית סבירה. חיזוק לטענה כי החזקה בלבד של נשק גרעיני אינה מתקפה חמושה, כפי שדורש סעיף 51, 193 אפשר למצוא בחוות דעת של בית הדין הבין-לאומי לצדק משנת 1996 בעניין הנשק הגרעיני. בחוות דעת זו הדגיש בית הדין את המתח הקיים בין המשך הפרקטיקה של הרתעה גרעינית לבין הפרקטיקה החדשה האוסרת ייצור והחזקה של נשק גרעיני ובוודאי שימוש בו. בית הדין קבע כי המשפט הבין-לאומי – ההסכמי או המנהגי – אינו מתיר מפורשות או אוסר מפורשות איום או שימוש בנשק גרעיני, אך מובן שאיום או שימוש בנשק גרעיני שמנוגדים לסעיף 2(4) למגילת האו"ם ואשר אינם עומדים בתנאי סעיף 51 למגילת האו"ם אינם חוקיים, ומכל מקום איום או שימוש בנשק גרעיני חייבים לעלות בקנה אחד עם עקרונות המשפט הבין-לאומי החלים בעת סכסוך מזוין, לרבות הדין ההומניטרי.¹⁹⁴ מכאן שעצם ההחזקה בנשק גרעיני אינה מהווה בהכרח הפרה של המגילה או של עקרונות כלליים של המשפט הבין-לאומי. עם זאת ייתכן שהחזקת נשק גרעיני בצירוף איום מילולי יעלו כדי איום בלתי חוקי בשימוש בכוח.

האם החזקה איראנית של נשק גרעיני מהווה איום מידי? קיימות הערכות שונות באשר למועד שבו יהיה לאיראן נשק גרעיני. למשל, בשנת 2007 טענו קרי אוקונל ומריה אלברד-צ'ן (Mary Ellen O'Connell & Maria Alevras-Chen) כי התכנית האיראנית להשגת נשק גרעיני רחוקה ממימוש, מכיוון שהאורניום שהועשר בנתנו הועשר רק עד לרמה של 3.6% – רמה שמספיקה ליצירת אנרגייה אבל רחוקה מאוד מהרמה של 90% הנקשרת בדרך כלל לתכניות לפיתוח נשק גרעיני.¹⁹⁵ ברוח של המשרד למודיעין ולמחקר במחלקת המדינה האמריקאית מאוגוסט 2009 נטען כי איראן לא תוכל לייצר נשק גרעיני לפני שנת 2013.¹⁹⁶ במקום אחר נטען כי דוח שהודלף מהסוכנות מעיד שלאיראן יש היכולת לייצר פצצה

193 O'Connell & Alevras-Chen, לעיל ה"ש 26, בעמ' 501, 509; Maggs, לעיל ה"ש 30, בעמ' 475.

194 Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons, לעיל ה"ש 100, בעמ' 253–254, 265–267. להרחבה ראו Peter H.F. Bekker, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 91 AM. J. INT'L L. 126 (1997); Michael J. Matheson, *The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 91 AM. J. INT'L L. 417 (1997); Nicholas Grief, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 46 INT'L & COMP. L.Q. 681 (1997).

195 O'Connell & Alevras-Chen, לעיל ה"ש 26, בעמ' 513–514.

196 Walter Pincus, *Iran Years From Fuel For Bomb, Report Says*, THE WASHINGTON POST 7.8.2009, www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/08/06/AR2009080603920.html?wpisrc=newsletter

גרעינית, וכי היא עבדה על יצירת מערכת טילים שיוכלו לשאת ראשי חץ גרעיניים.¹⁹⁷ איראן עצמה הכריזה על עצמה, בפברואר 2010, "מדינה גרעינית" לאחר שהודיעה כי תעשיר אורניום לרמה של 20% כדי לייצר דלק לכור המחקר שלה.¹⁹⁸ לפי ממצאי הסוכנות, כפי שדיווחה במאי 2012, מפברואר 2010 ועד מאי 2012 אכן הועשרו כ-110 ק"ג של אורניום הקספלואוריד (UF₆) לרמה של 20%.¹⁹⁹

גם אם מועד ייצורו של נשק גרעיני באיראן מתקרב במהירות, הוא אינו מידי. אף אם מקבלים את הדיווחים שלפיהם לאיראן יש הטכנולוגיה ליצירתם ולהרכבתם של כלי נשק גרעיניים, והיא רק מחכה לאישורו של המנהיג ח'אמנאי לפני שתיצור את הפצצה הראשונה, ההערכות הן שלאחר קבלת אישור כאמור תידרש עוד תקופה של כשישה חודשים כדי להפוך אורניום מועשר ברמה נמוכה לאורניום מועשר ברמה גבוהה, וכשישה חודשים נוספים יידרשו כדי להרכיב את ראש הנפץ הגרעיני.²⁰⁰ אמנם ברשות איראן טילים ארוכי-טווח מסוג שיהאב-3, אך יש צורך לערוך בהם התאמות כדי שיוכלו לשאת ראשי חץ גרעיניים.²⁰¹ לכן נראה כי לאיראן עדיין אין יכולת להשתמש בנשק גרעיני.

לפיכך נראה כי תנאי המידיות הוא המכשול העיקרי למתקפה ישראלית באיראן. היכולת האיראנית ליצור נשק גרעיני בינתיים אינה איום מידי,²⁰² ולפחות עד שלאיראן יהיה נשק גרעיני ממש, האיום של מתקפה גרעינית אינו יכול להיחשב מידי.²⁰³

Iran Has the Ability to Make Nuclear Bomb, Says Leaked UN Report, TIMES ONLINE 197
 .18.9.2009, www.timesonline.co.uk/tol/news/world/middle_east/article6840024.ece
 Catherine Philp, *Mahmoud Ahmadinejad Declares Iran a 'Nuclear State'*, TIMES ONLINE 198
 .11.2.2010, www.timesonline.co.uk/tol/news/world/middle_east/article7023727.ece
 IAEA Board of Governors, *Implementation of the NPT Safeguards Agreement and relevant provisions of Security Council resolutions in the Islamic Republic of Iran*, 199
 .GOV/2012/23 (25 May 2012)
 James Hider, Richard Beeston & Michael Evans, *Iran is ready to Build an N-Bomb – It is Just Waiting for the Ayatollah's Order*, THE TIMES 3.8.2009, www.timesonline.co.uk/ 200
 .tol/news/world/middle_east/article6736785.ece
 Eichensehr, לעיל ה"ש 7, בעמ' 74. 201
 GRAY, לעיל ה"ש 67, בעמ' 212. 202
 Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 100. כן ראו Eichensehr, לעיל ה"ש 7, בעמ' 75 ; 203
 Dan Joyner, *Can ; 36 בעמ' 14, לעיל ה"ש 14, בעמ' 36 ; 799 בעמ' 26, לעיל ה"ש 26, בעמ' 799 ;* RONEN ;
the U.S. or Israel Lawfully Attack Iran's Nuclear Facilities?, ARMS CONTROL LAW BLOG
 7.8.2012, http://armscontrollaw.com/2012/08/07/can-the-u-s-or-israel-lawfully-attack-
 DANIEL H. JOYNER, INTERNATIONAL LAW AND THE ; irans-nuclear-facilities/
 .PROLIFERATION OF WEAPONS OF MASS DESTRUCTION ch. 7 (2009)

(ג) מידתיות

שימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית אינו בלתי מוגבל. גם אם מדינה משתמשת בכוח כדי להשיג מטרה מוצדקת במסגרת החריג של הגנה עצמית, היא עדיין חייבת לפעול במידתיות, והיא תפר את המשפט הבין-לאומי אם השימוש בכוח יהיה מעבר לנדרש.²⁰⁴ לעניין זה מדובר במידתיות בדיני השימוש בכוח (*jus ad bellum*) ולא במידתיות בדיני ניהול הלוחמה (*jus in bello*), ואין לבלבל בין השניים.²⁰⁵ בשני המישורים מדובר באיזון, אלא שבכל אחד מהם ערכים ואינטרסים שונים מונחים על כפות המאזניים. בדיני ניהול הלוחמה, בהפעלת כוח יש להביא בחשבון את התועלת הצבאית המידית שתופק מפעולה מסוימת לעומת הפגיעה באזרחים.²⁰⁶ מבחן המידתיות בהקשר של שימוש בכוח מתייחס לסך הכולל של הכוח המופעל לעומת המטרה שרוצים להשיג. האמצעים שמשמשים בהם אינם יכולים להיות מעבר לנחוץ לשם השגת מטרה מסוימת, ועל המטרה עצמה להצדיק את הנזק.²⁰⁷ עיקרון זה כולל הגבלות באשר למשכה, היקפה ומיקומה הגאוגרפי של התגובה הצבאית ובאשר לעצם הבחירה של המטרה והאמצעים.²⁰⁸ למעשה, דוקטרינת המידתיות בשימוש בכוח מעריכה את אופיו, את כמותו ואת עצמתו של הכוח ההכרחי הדרוש לשם הסרת האיום, כלומר לשם הדיפת המתקפה ולא יותר מכך.²⁰⁹ ברי כי הואיל והמידתיות צופה פני עתיד, המדינה יכולה רק להעריך את האיום הצפוי.²¹⁰

- Christopher Greenwood, *Self-Defense and the Conduct of International Armed Conflict*, 204
in INTERNATIONAL LAW AT A TIME OF PERPLEXITY: ESSAYS IN HONOUR OF SHABTAI
ROSENNE 273, 274 (Shabtai Rosenne, Yoram Dinstein & Mala Tabory eds., 1989).
- Judith Gardam, באיסור השימוש בכוח ובדיני המלחמה ראו, 205
Necessity and Proportionality in Jus Ad Bellum and Jus in Bello, in INTERNATIONAL
LAW, THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AND NUCLEAR WEAPONS 283 (Laurence
GARDAM ; Boisson de Chazournes & Philippe Sands eds., 1999), לעיל ה"ש 100.
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to 206
the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), art. 57 ¶2(a)iii;
GARY D. SOLIS, THE LAW OF ARMED 2(b), 3 June 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 3
CONFLICT: INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW IN WAR 279 (2010); Amnon Rubinstein
& Yaniv Roznai, *Human Shields in Modern Armed Conflicts: The Need for a
Proportionate Proportionality*, 22 STAN. L. & POL'Y REV. 93, 100–101 (2011).
- Donaldson, לעיל ה"ש 189, בעמ' 540. 207
- Greenwood, לעיל ה"ש 204, בעמ' 275–281. כן ראו Shoham, לעיל ה"ש 89, בעמ' 193 ; 208
Polebaum, לעיל ה"ש 10, בעמ' 199.
- Enzo Cannizzaro, *Contextualizing* ; 432 בעמ' 66, לעיל ה"ש 66, בעמ' 432 ; 209
Proportionality: jus ad bellum and kus in bello in the Lebanese War, 88(864) INT'L REV.
RED CROSS 779, 781–784 (2006).
- Eichensehr, לעיל ה"ש 7, בעמ' 75. 210

תומס וסלי מליסון (W. Thomas Mallison & Sally V. Mallison) טענו בקשר למתקפה על הכור באוסיראק כי מתקפה חמושה בתגובה על מתקפה עתידית שאינה מיידית, גם אם זו האחרונה עלולה להיות מתקפה גרעינית, אינה יכולה להיחשב מידתית בשום מצב.²¹¹ לעומת זאת מלומדים אחרים טענו כי המתקפה הייתה מידתית, משלוש סיבות: ראשית, ישראל התקיפה רק את הכור שהיווה איום לתפיסתה; שנית, המתקפה התרחשה ביום ראשון, שבו מספר האנשים שהיו צפויים להיות במקום היה מזערי; לבסוף, ישראל יצאה מן המרחב האווירי העיראקי מיד בתום המתקפה.²¹²

מתקפה על מתקני הגרעין באיראן תהא כאמור מבצע שונה לגמרי מהמתקפה על הכור באוסיראק. מתקפה על איראן תהיה מקיפה יותר, בכלי נשק ואמצעי לחימה קטלניים רבים יותר, ותפגע פגיעה חמורה יותר באוכלוסייה האזרחית, בתשתית ובסביבה. יש הטוענים כי מתקפה כזו תהיה לא מידתית משתי סיבות עיקריות: ראשית, על האמצעי של שימוש בכוח להיות הולם לשם הסרת האיום. אולם במקרה הנוכחי יש סיכוי נמוך בלבד שהמתקפה אכן תאט את תכנית הגרעין האיראנית, מכיוון שבמתקפה כאמור לא ייהרסו בהכרח כל אתרי הגרעין, וגם אם אלה אכן ייהרסו, קיים החשד שאיראן מפעילה תכנית גרעינית נוספת סודית במקביל לזו הידועה. שנית, גם אם מתקפה יכולה לעצור את תכנית הגרעין האיראנית, ההפצה הנדרשת על אזורים המאוכלסים בצפיפות תוביל למוות ולהרס לא מידתיים.²¹³

השקפות אלו של עקרון המידתיות חסרות, שכן הן מודדות את מידתיות הפעולה הצבאית ביחס לנוק שעתיד להיגרם ולתועלת הצבאית המיידית, אך הן אינן מביאות בחשבון את הסכנה שמפניה מתגוננים, קרי הפגיעה הצפויה ממתקפה גרעינית איראנית. במילים אחרות, ניתוחם של כותבים אלה מתעלם מצדה האחר של המשוואה – האיום שאיראן גרעינית מהווה על עצם קיומה של מדינת ישראל. לנוכח עצמתו של נשק גרעיני, והואיל ובהפעלתו אי אפשר להבחין בין פגיעה באזרחים לבין לוחמים, האיום של היחשפות לנשק גרעיני הוא חמור ויביא בהכרח לידי פגיעה קשה באוכלוסייה האזרחית.²¹⁴ הסכנה הצפויה

211 Mallison & Mallison, לעיל ה"ש 66, בעמ' 432.
 212 McCORMACK, לעיל ה"ש 33, בעמ' 109, 292–302; Shoham, לעיל ה"ש 89, בעמ' 196, Silverberg; 222–223, לעיל ה"ש 71, בעמ' 66; Birnberg, לעיל ה"ש 33, בעמ' 106.
 213 ראו O'Connell & Alevras-Chen, לעיל ה"ש 26, בעמ' 515–516; Eichensehr, לעיל ה"ש 7, בעמ' Vatanparast, לעיל ה"ש 26, בעמ' 801–802.
 214 Donaldson, לעיל ה"ש 189, בעמ' 541. לכן נטען כי גם אם שימוש בנשק גרעיני כשלעצמו מותר על פי המשפט הבין-לאומי, הפעלתו תהא לרוב מנוגדת לכללי המשפט הבין-לאומי, כגון עקרונות ההבחנה והמידתיות. ראו Burns H. Weston, *Nuclear Weapons versus International Law: A Contextual Reassessment*, 28 McGill L.J. 542 (1982–1983); Ian Brownlie, *Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons*, 14 INT'L & COMP. L.Q.

לישראל מהפצצה גרעינית איראנית היא כמובן קשה ביותר. ישראל מדינה קטנה, ופצצה גרעינית יכולה לא רק לגרום להרג רב של אזרחים, אלא גם להעמיד בסכנה את עצם הישרדותה של המדינה.

בהקשר זה מעניינים דבריו של בית הדין הבין-לאומי לצדק בעניין הנשק הגרעיני. בחוות הדעת שפרסם קבע בית הדין, בהתייחסו לזכות הבסיסית של כל מדינה לשמור על עצם קיומה, כי אין הוא יכול לפסוק חד-משמעית אם איום בשימוש בנשק גרעיני יהא חוקי אם לאו בנסיבות קיצוניות של הגנה עצמית שבהן עצם קיומה של המדינה נתון בסכנה. מכאן שעקרון המידתיות כשלעצמו אינו יכול למנוע בכל הנסיבות שימוש בנשק גרעיני לשם הגנה עצמית.

in view of the current state of international law, and the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake.²¹⁵

אם בנסיבות קיצוניות כאמור, של שימור והישרדות של המדינה, ייתכן שאפילו שימוש בנשק גרעיני לשם הגנה עצמית יהא מותר, קל וחומר שמתקפה קונוונציונלית על מתקני גרעין תהא מידתית. מובן שככל שהמתקפה העתידית רחוקה יותר כך קשה יותר להעריך מהי התגובה המידתית הדרושה.²¹⁶ מכל מקום, אם המדינה מעריכה כי באמצעות מתקפה צבאית היא יכולה לעצור תכנית התחמשות גרעינית או להשעותה לתקופת זמן ניכרת, אזי מתקפה שתתמקד רק בתשתיות הגרעין של איראן, תוך פגיעה מינימלית באזרחים, יכול שתהיה מידתית לנוכח האיום. על המתח הקיים בין דרישת המידתיות לבין דרישת המידתיות בהגנה עצמית, בכל הנוגע במתקפה על מתקנים גרעיניים, ראו להלן בתת-פרק ד3.

215 (1965) 437, 446. לדיון כללי על נשק גרעיני במשפט הבין-לאומי עובר לחוות הדעת של בית הדין הבין-לאומי לצדק בעניין, ראו NAGENDRA SINGH & EDWARD McWHINNEY, NUCLEAR WEAPONS AND CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW (2nd ed. 1989).
216 Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons, לעיל ה"ש 100, בעמ' 245, Grief ; Vaughan Lowe, *Shock Verdict: Nuclear War May or May Not* ; 684 בעמ' 194, לעיל ה"ש 194, (1996) 415, 416 *CAMB. L.J.* 415, 416. *Be Unlawful*.
217 Mary Ellen O'Connell, *The Myth of Preemptive Self-Defense*, THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW TASK FORCE ON TERRORISM (August 2002), www.unza.zm/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=347&Itemid=43.

(ד) סיכום ביניים

לאור הניתוח שלעיל, חוקיותה של מתקפה מקדימה, בתנאים הקיימים כיום, כחלק מהזכות להגנה עצמית מוטלת בספק. גם אם רואים במתקפה מקדימה על מתקני הגרעין באיראן נחוצה ומידתית (ושתי ההנחות הללו שנויות במחלוקת), האיום האיראני אינו מידי. רק כאשר יהיו ראיות משכנעות כי לאיראן יש נשק גרעיני, וכי יש לה כוונות ברורות להשתמש בו נגד ישראל בעתיד הקרוב – ובכך ייווצר איום מידי – ורק לאחר שימוצו כל האמצעים האחרים, תיחשב מתקפה על מתקני הגרעין באיראן חוקית. אי אפשר ליישם דוקטרינה של הגנה העצמית כאשר מתקפה גרעינית אינה על סף התרחשות, קל וחומר כאשר היא פוטנציאלית בלבד.²¹⁷

3. הגנה עצמית מונעת במשפט המנהגי

בפרק הקודם ראינו כי מתקפה ישראלית, נכון לנסיבות הקיימות במועד כתיבתו של מאמר זה, אינה עונה על התנאים לקיומה של זכות ההגנה העצמית המקדימה. חוסר הוודאות באשר למתקפה עתידית, הקיימת בהגנה עצמית מקדימה, בולטת אף יותר בהגנה עצמית מונעת מפני איום מרוחק יותר. עם התרחקות האיום מתרחקת גם הנחיצות בפעולה צבאית. לכן נטען כי הכרה בהגנה עצמית מונעת תהפוך את איסור השימוש בכוח לשברירי עוד יותר ותערער את הסדר הבין-לאומי.²¹⁸ עם זאת אשר למתקפה ישראלית אפשרית על מתקני הגרעין האיראניים יש לבחון טיעון מרכזי והוא פיתוחו של חריג מנהגי לאיסור הכללי המוטל על שימוש בכוח, שלפיו הגנה עצמית מונעת מותרת בנסיבות מסוימות של פיתוח גרעיני.²¹⁹

- TARCISIO GAZZINI, THE CHANGING RULES ON THE USE OF FORCE IN INTERNATIONAL LAW 217
220 (2005)
- John Quigley, *A Weak Defense of Anticipatory Self-Defense*, 10 TEMP. INT'L & COMP. 218
.L.J. 255 (1996)
- John Alan Cohan, *The Bush Doctrine and the Emerging Norm of Anticipatory Self-Defense in Customary International Law*, 15 PACE INT'L L. REV. 283, 288, 353 (2003)
(הטוען כי הנורמה של הגנה עצמית מונעת המצדיקה שימוש בכוח נגד משטרים רודניים המפתחים נשק גרעיני צמחה כדוקטרינה תקפה במשפט הבין-לאומי). ראו גם Charles Pierson, *Preemptive Self-Defense in An Age of Weapons of Mass Destruction: Operation Iraqi Freedom*, 33 DENV. J. INT'L L. & POL'Y 150, 167 (2004)

כידוע, אחד ממקורות המשפט הבין-לאומי הוא המשפט המנהגי,²²⁰ המורכב מכללים משפטיים הנגזרים מהתנהגותן העקיבה של מדינות הפועלות מתוך אמונה כי החוק דורש מהן לפעול בדרך זו.²²¹ כדי להוכיח משפט מנהגי צריך להוכיח אפוא גם את מנהג המדינה וגם *opinio juris*, דהיינו הכרה של המדינה כי המנהג אכן משקף חובה משפטית. המשפט המנהגי הוא מקור גמיש של משפט, המסוגל להשתנות עם הזמן ולנוכח נסיבות חדשות.²²² באופן פרדוקסלי, כדי לשנות משפט מנהגי יש לנהוג באופן הסותר את המנהג הקודם. האם המשפט המנהגי השתנה באופן שהוא מאפשר מתקפה מונעת ככל שמדובר במניעת פיתוח של נשק גרעיני?²²³ כדי לקבוע אם אכן התפתח חריג כאמור, יש ללמוד את התנהגותן של המדינות, לבחון אם הן מצדיקות את התנהגותן באמצעות הפנייה לחריג החדש לכלל, וכן לבחון את תגובתן של המדינות האחרות על ניסיונות ההצדקה.²²⁴

שימוש בכוח כדי למנוע יישום תכניות פיתוח גרעיניות אינו תופעה חדשה.²²⁵ בשנות השישים שקלה ארצות הברית את הריסתם של מתקני גרעין סיניים, אבל בסופו של דבר החליטה לא לעשות זאת,²²⁶ ובשנת 1993 היא שקלה מתקפה מונעת נגד קוריאה הצפונית כדי לנטרל תכנית נשק גרעינית פוטנציאלית, אך זנחה רעיון זה לאחר שקוריאה הצפונית הגיעה עמה להסכם.²²⁷ מקרים אלה חשובים, שכן אף על פי שלא ננקטה בהם לבסוף פעולה צבאית, עצם העובדה שגלומה בהם סברה של מדינה כי אפשר לנקוט פעולה מונעת הופכת אותם לרלוונטיים, הגם שאי אפשר ללמוד מהם על מנהג.²²⁸ כפי שאראה להלן,

- 220 ראו Art. 38, Statute of the International Court of Justice, www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0; GODEFRIDUS J.H. HOOF, RETHINKING THE SOURCES OF INTERNATIONAL LAW 85 (1983).
- 221 SHABTAI ROSENNE, PRACTICE AND METHODS OF INTERNATIONAL LAW 55 (1984).
- 222 Anthea Elizabeth Roberts, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, 95 AM. J. INT'L L. 757, 784 (2001).
- 223 W. Michael Reisman, *International Legal Responses to Terrorism*, 22 HOUS. J. INT'L L. 3, 18 (1999).
- 224 *Nicaragua v. U.S.*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 108–109; Roberts; לעיל ה"ש 222, בעמ' 785.
- 225 משנת 1942 ועד שנת 2007 נרשמו שישה עשר שימושים בכוח נגד תכניות גרעין. ראו Matthew Fuhrmann & Sarah E. Kreps, *Targeting Nuclear Programs in War and Peace: A Quantitative Empirical Analysis*, 54 J. CONF. RES. 831 (2010); Sarah E. Kreps & Matthew Fuhrmann *Attacking the Atom: Does Bombing Nuclear Facilities Affect Proliferation?*, 34 J. STRATEGIC STUD. 161 (2011).
- 226 William Burr & Jeffrey T. Richelson, *Whether to "Strangle the Baby in the Cradle": The United States and the Chinese Nuclear Program, 1960-64*, 25(3) INT'L SEC. 54 (2006).
- 227 Murphy, לעיל ה"ש 64, בעמ' 740.
- 228 שם.

תקריות אחרות מלמדות כי פיתוח נשק לשימוש עתידי, אף אם מדובר בנשק גרעיני, אינו מצדיק שימוש בהגנה עצמית מונעת.

בדיון שנערך במועצת הביטחון לאחר המתקפה באוסיראק השתמשה ישראל בטיעון של הגנה עצמית מקדימה וטענה כי ההתפתחות הטכנולוגית מחייבת יישום רחב של המונח.²²⁹ ישראל השתמשה במינוח של הגנה עצמית מקדימה, אך ברי כי היא הסתמכה על הגנה עצמית מונעת כנגד איום שאינו מדי.²³⁰ אם כן, ישראל פעלה והצדיקה את פעולתה בנימוק שלדעתה היה חוקי, אולם הן הפעולה והן ההצדקה נדחו על ידי מדינות אחרות. נציגים רבים טענו כי עצם הרעיון של תקיפות מקדימות בלתי מתקבל על הדעת,²³¹ ואילו אחרים טענו כי אפשר להתיר מתקפה מקדימה אך רק כאשר המדינה ניצבת בפני איום מדי ולאחר שמוצו כל האמצעים האחרים – תנאים אשר לא התמלאו במקרה זה.²³² תוצאת הדיון הייתה קבלת החלטה 487 מיום 19.6.1981, שבה נאמר כי מועצת הביטחון –

strongly condemns the military attack by Israel in clear violation of the Charter of the UN and the norms of international conduct.²³³

המתקפה גונתה בחריפות גם על ידי הסוכנות, בהחלטה מיום 12 ביוני 1981, ועל ידי הפרלמנט האירופי, ביום 19 ביוני 1981.²³⁴ גינויים אלה, אף שלא התלוו אליהם סנקציות, מלמדים כי הקהילה הבין-לאומית לא קיבלה את הרעיון של הגנה עצמית מונעת.²³⁵ נדמה כי הצורך בהגנה עצמית מונעת בעידן הנשק להשמדה המונית הוכר במסגרת האסטרטגיה הלאומית האמריקאית שגובשה בנושא זה, כפי שהוצגה בשנת 2002.²³⁶ לפי

- ALEXANDROV, לעיל ה"ש 64, בעמ' 159–160. פרוטוקול הישיבה נגיש בכתובת unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/4AED70BAA0B37B53052567FD00762F30 229
- TOM RUYLS, 'ARMED ATTACK' AND ARTICLE 51 OF THE UN CHARTER – EVOLUTIONS IN CUSTOMARY LAW AND PRACTICE 283 (2010) 230
- מצרים, מקסיקו, סוריה, גיאנה, פקיסטן, ספרד, יוגוסלביה. ראו ALEXANDROV, לעיל ה"ש 64, בעמ' 161. 231
- סיירה לאוניה, בריטניה, מלזיה, ניגריה, אוגנדה. ראו ALEXANDROV, לעיל ה"ש 64, בעמ' 161. 232
- UNSC Res. 487, 36 UN SCOR (2288th mtg.), UN Doc. S/RES/487 (June 19, 1981) 233
- לשיעתוק של מסמכים אלה, לרבות דיוני מועצת הביטחון, ראו *United Nations: Consideration of the Military Attack on the Iraqi Nuclear Research Center and IAEA Safeguard Regime*, 20 INT'L LEGAL MATERIALS 963 (1981) 234
- לעומת זאת ד'אמטו טוען כי אי-הטלת סנקציות כלשהן על ישראל מעידה כי אפשר לראות בהחלטה – חרף הלשון החמורה הננקטת בה – משום הבעת תמיכה "מתחת לשולחן" בעמדה הישראלית. ראו D'Amato, לעיל ה"ש 54, בעמ' 485; D'Amato, לעיל ה"ש 190, בעמ' 262. עמדה זו אינה ברורה. נראה כי אי אפשר להסיק מאי-הטלת סנקציות כי גינוי אינו אלא הבעת תמיכה, ובוודאי אי אפשר לראות בהחלטת המועצה משום הצדקה חוקית לפעולה הישראלית. 235

אסטרטגיה זו אפשר להפעיל כוח גם נגד מתקפה שאינה מידית. יתר על כן, השימוש בכוח נגד מדינות יכול להיעשות אף לפני שהן מסוגלות לאיים.²³⁷ עם זאת בשנת 2003, כאשר פלשה ארצות הברית לעיראק, שבה היה כביכול נשק להשמדה המונית, היא לא ניסתה להצדיק זאת בטיעון של הגנה עצמית מונעת אלא בטענה שקיים לכך אישור ממועצת הביטחון.²³⁸

ב-6 בספטמבר 2007, במתקפה ישראלית חשאית, הושמד כור גרעיני שהיה בתהליכי בנייה באזור אל-קיבאר שבסוריה.²³⁹ חשיבותה העיקרית של המתקפה לענייננו היא שבניגוד גמור לתגובות לאחר המתקפה באוסיראק, את המתקפה בסוריה לא גינתה שום ממשלה ערבית. למעשה, המדינה היחידה שגינתה את המתקפה הישראלית הייתה קוראה הצפונית. הנושא אף לא נידון במועצת הביטחון – אותה מועצה שגינתה בחריפות את הפעולה באוסיראק. מורת הרוח היחידה ניכרה בהודעתו של מזכ"ל הסוכנות דאז, ד"ר מוחמד אל-בראדעי, שבה אמר כי השימוש החד-צדדי בכוח על ידי ישראל חתר תחת ההליך המצוי בבסיסו של משטר אי-ההפצה. עם זאת ההודעה לא ערערה ישירות על זכותה של ישראל להגנה עצמית מונעת.²⁴⁰ אולם ספקטור וכהן (Leonard S. Spector & Avner Cohen)

236 ראו NATIONAL STRATEGY TO COMBAT WEAPONS OF MASS DESTRUCTION 3 (2002), www.whitehouse.gov/response/index.html וראו בעמ' 15: "[t]he 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" THE NATIONAL SECURITY STRATEGY .ראו גם

237 ראו OF THE UNITED STATES OF AMERICA 18 (2006), www.whitehouse.gov/nsc/nss/html Thomas M. Franck, *Preemption, Prevention and Anticipatory Self-Defense: New Law regarding Recourse to Force*, 27 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 425, 426 (2003–2004).

238 O'Connell & Alevras-Chen, לעיל ה"ש 26, בעמ' 508; Murphy; לעיל ה"ש 64, בעמ' 730. *Israelis Blew Apart Syrian Nuclear Cache*, THE SUNDAY TIMES 19.9.2007, www.timesonline.co.uk/tol/news/world/middle_east/article2461421.ece; David E. Sanger & Mark Mazzetti, *Israel Struck Syrian Nuclear Project, Analysts Say*, THE N.Y. TIMES 14.10.2007, www.nytimes.com/2007/10/14/washington/14weapons.html לוקא, LOUKA; לעיל ה"ש 188, בעמ' 380.

240 ראו Leonard S. Spector & Avner Cohen, *Israel's Airstrike on Syria's Reactor: Implications for the Nonproliferation Regime*, ARMS CONTROL ASSOCIATION; (July/August 2008), available at mail.gees.org/documentos/Documen-03079.pdf; Elli Louka, *Precautionary Self-Defense*: 391–383 בעמ' 188, לעיל ה"ש 14, בעמ' 38–37. Elli_Louka_Nuclear_Weapons_Proliferation.pdf. ראו גם RONEI, לעיל ה"ש 14, בעמ' 38–37.

טוענים כי אין לפרש את שתיקתה של הקהילה הבין-לאומית כאישור מרומז של מדינות מאוימות יש הזכות להגנה עצמית מונעת נגד מתקנים גרעיניים. שתיקה, הם טוענים, היא פעמים רבות אך תגובה נוחה החוסכת ממדינות את הצורך לנקוט צד במחלוקות בין-לאומיות. עם זאת, הם מוסיפים, אפשר להסיק מהמשך קיומה של השתיקה כי מדינות אכן נעשות מוטרדות, במידה הולכת וגוברת, מחולשתו של משטר אי-ההפצה באשר לאכיפת הנורמות שלו, ולכן הן נוטות, בזהירות, להפגין סובלנות רבה יותר כלפי מדינות המשתמשות בכוח באופן מונע אף לנוכח איום שאינו מידי.²⁴¹

על רקע המתקפה הקודמת באוסיראק המתקפה הישראלית בסוריה מצביעה אולי על התנהגות עקיבה של ישראל, אולם אי אפשר ללמוד על מנהג מהתנהגות עקיבה של מדינה אחת. נוסף על כך חסר כאן יסוד ה-*opinio juris* הנדרש, מכיוון שבניגוד להתנהגות אחרי המתקפה באוסיראק, אחרי המתקפה בסוריה שמרה ישראל על שקט ולא קיבלה עליה אחריות רשמית למתקפה.²⁴² יש שפירשו את הימנעותה של ישראל מפרסום הודעה רשמית בנוגע למתקפה בסוריה כהכרה שלה בכך שפעולותיה אינן עולות בקנה אחד עם התנאים לקיומה של זכות ההגנה העצמית המקדימה, לאחר שלמדה זאת מכישלון ניסיונה להצדיק את המתקפה באוסיראק מבחינה משפטית.²⁴³

כבר עמדתי על הבעייתיות הטמונה בהערכת "מנהג המדינות".²⁴⁴ עם זאת נראה כי אפשר להסיק שגם מנהג המדינות וגם ה-*opinio juris* אפשרו את השימוש בהגנה עצמית מקדימה רק לנוכח סכנת מתקפה מיידית. המתקפות של ישראל בעיראק ובסוריה וגישת ארצות הברית אינן מספיקות ליצירת כלל מנהגי חדש בדבר הגנה עצמית מונעת. יצוין כי גם אם אפשר למצוא תמיכה לטענה בדבר התפתחות חריג לכלל (וייתכן שאנו עדים להתפתחותו של חריג כאמור), עדיין אפשר לטעון כי סעיף 4(2) למגילה הוא בגדר *jus cogens*, ולכן אי אפשר לשנותו כפי שמשנים כללים אחרים של המשפט הבין-לאומי המנהגי.²⁴⁵ ודוק, גם כללי *jus cogens* ניתנים לשינוי, אולם לשם שינוי נורמה כאמור נדמה כי יש צורך, בראש ובראשונה, בזניחה קולקטיבית של ה-*opinio juris* בדבר הנוהג הקודם,

241 Spector & Cohen, שם. ראו גם Louka, שם, בעמ' 10-11; LOUKA, לעיל ה"ש 188, בעמ' Leah Schloss, *The Limits of The Caroline*; 38; RONEN, לעיל ה"ש 14, בעמ' 38; *Doctrines In The Nuclear Context: Anticipatory Self-Defense and Nuclear Counter-Proliferation*, 43 GEO. J. INT'L L. 555, 566 (2012).

242 Louka, לעיל ה"ש 240, בעמ' 2.

243 שם, בעמ' 17.

244 ראו לעיל ליד ה"ש 79.

245 O'Connell & Alevras-Chen, לעיל ה"ש 26, בעמ' 508. להרחבה בדבר שינוי של כללי *jus cogens* ראו HOOF, לעיל ה"ש 220, בעמ' 166-168; DINSTEIN, לעיל ה"ש 52, בעמ' 102-103.

וזניחה כזו אינה ניכרת לפי שעה.²⁴⁶ עקרונות *jus cogens* צריכים להתקבל על ידי הקהילה הבין-לאומית כולה או לכל הפחות על ידי רוב מכריע של המדינות. הסכמה של מדינה אחת או שתיים אין בה כדי להפר *jus cogens*.²⁴⁷ לכן נראה כי טרם התפתח חריג לאיסור השימוש בכוח המאפשר מתקפה מונעת של מתקני גרעין המצויים בשלב פיתוח.²⁴⁸

4. הגנה עצמית מכוח "התקפה שהתרחשה"

(א) אחריות מדינה

בתת-פרקים הקודמים ראינו כי מתקפה ישראלית על מתקני הגרעין האיראניים אי-אפשר להחשיבה חוקית מכוח הגנה עצמית מקדימה או מונעת לפי התנאים הקיימים כיום. לפי טיעון חלופי, ישראל אינה זקוקה כלל להישען על הגנה עצמית מקדימה או מונעת, מפני שזכותה להגנה עצמית חלה, שכן כבר החלה מתקפה איראנית ממשית על ישראל. טיעון זה נשען על האחריות הבין-לאומית שאפשר שתוטל על איראן למעשי טרור נגד ישראל לנוכח פסק הדין בעניין ניקרגואה.²⁴⁹ באופן כללי, איראן מספקת נשק, אימון ותמיכה כלכלית לארגוני טרור הפועלים נגד ישראל, דוגמת חמאס, הג'יהאד האסלאמי וחיזבאללה.²⁵⁰ באופן ספציפי יותר, נראה כי איראן הייתה אחראית לפעולות רבות נגד ישראל, או לפחות סייעה להן, כגון ההפצצה של שגרירות ישראל ושל המרכז לתרבות יהודית בבואנוס איירס על ידי חיזבאללה בשנים 1992 ו-1994, בהתאמה;²⁵¹ גיוסם של מחבלים מתאבדים;²⁵²

246 ראו למשל 2005 World Summit Outcome, G.A. Res. 60/1, para. 79 (שם אישרה האספה הכללית של האו"ם כי הוראות המגילה מתייחסות באופן מספק למגוון הרחב של האיומים לשלום ולביטחון הבין-לאומיים).

247 Jordan Paust, *The Reality of Jus Cogens*, 7 CONN. J. INT'L L. 81, 83 (1991-1992) ובהפניות שם, בה"ש 18.

248 RONEN, לעיל ה"ש 14, בעמ' 38. בדומה לכך דניאל ג'וינר מציין כי ספק אם המשפט הבין-לאומי החל בעניין הגנה עצמית מונעת השתנה בעקבות ההתקפות הישראליות בעיראק ובסוריה. Daniel Joyner, *North Korean Links to Building of a Nuclear Reactor in Syria: Implications for International Law*, 12(8) ASIL INSIGHT (2008), www.asil.org/insights/080428.cfm.

249 *Nicaragua v. U.S.*, לעיל ה"ש 47.

250 Yaphe & Lutes, לעיל ה"ש 2, בעמ' 15; Beres 1995-1996, לעיל ה"ש 113, בעמ' 191; Beres 1996-1997, לעיל ה"ש 113, בעמ' 73; Dunn, לעיל ה"ש 21, בעמ' 22, 33; Kittrie, לעיל ה"ש 23, בעמ' 527; Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 71.

251 Kittrie, לעיל ה"ש 23, בעמ' 524, 526; Banks, לעיל ה"ש 41, בעמ' 431; HUMAN RIGHTS WATCH, COUNTRY SUMMARY – ARGENTINA 4 (Jan. 2009), www.hrw.org/sites/default/files/related_material/argentina.pdf.

252 Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 72.

סיוע לחיזבאללה במהלך מלחמת לבנון השנייה בשנת 2006;²⁵³ הברחת נשק לרצועת עזה²⁵⁴ ולחיזבאללה.²⁵⁵

השאלה אם מימון טרור על ידי מדינה יכול להיות בסיס לשימוש בכוח על אדמת המדינה המממנת היא שאלה קשה השנויה במחלוקת.²⁵⁶ על פי פסק הדין בעניין ניקרגואה, גם פעולות חמושות של ארגונים שאינם כוחות סדירים של מדינה יכולות להיחשב מתקפה חמושה המקימה את זכות ההגנה העצמית. עם זאת כדי שלישראל תקום זכות הגנה עצמית כאמור, על חומרתן או היקפן של ההתקפות לעלות כדי מתקפה מזוינת. חשוב מכך, יש לייחס לאיראן רמת שליטה גבוהה בפעולות אלה. אם הסיוע שאיראן מספקת לארגוני טרור הפועלים נגד ישראל אינו מספיק כדי לייחס לה אחריות, אין לראות בפעולות אלה מתקפה חמושה המצדיקה שימוש בכוח כהגנה עצמית.²⁵⁷

האם תמיכת איראן בחיזבאללה מספיקה כדי לייחס את הפעולות של חיזבאללה לאיראן? כדי שאיראן תהא אחראית מבחינה חוקית למתקפות של חיזבאללה, צריכה להיות לאיראן שליטה אפקטיבית (effective control) בפעולות הארגון.²⁵⁸ ראוי להזכיר כי בפסק הדין של ערכאת הערעור של הטריבוונל הבין-לאומי ביוגוסלביה בעניין Tadic קבע בית הדין כי המבחן הראוי לאחריות בין-לאומית הוא המבחן של שליטה כוללת (overall control)²⁵⁹ – מבחן המציב סטנדרט מחמיר פחות מזה של שליטה אפקטיבית. אולם עמדה זו נדחתה על ידי בית הדין הבין-לאומי לצדק בפרשת *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and*

- 253 Maggs ; Ze'ev Schiff, *Israel's War with Iran*, 85 FOREIGN AFF. 23 (2006) לעיל ה"ש 30, בעמ' 481.
- 254 Michael R. Gordon & Jeffrey Gettleman, *U.S. Officials Say Israel Struck in Sudan*, THE N.Y. TIMES 26.3.2009, www.nytimes.com/2009/03/27/world/africa/27sudan.html
- 255 *Israelis Seize Iran Arms Ship*, BBC 4.11.2009, news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/8341737.stm
- 256 Roy S. Schondorf, *Extra-State Armed Conflicts: Is there a Need for a New Legal Regime?*, 37 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 1, 22–26 (2004) ראו למשל
- 257 *Nicaragua v. U.S.*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 103–104, 111–110. ראו גם *Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*, ICJ judgment of 19 December 2005, paras. 127, 160, www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf. ראו גם בן-ארי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 504; בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 95–98.
- 258 *Nicaragua v. U.S.*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 62–65. כן ראו O'Connell & Aletras-Chen, לעיל ה"ש 26, בעמ' 511–512; Shahshahani, לעיל ה"ש 23, בעמ' 400; DINSTEIN, לעיל ה"ש 52, בעמ' 92–94.
- 259 *Prosecutor v. Tadić*, ICTY Case No. IT-94-1-A, Appeals Chamber, 1999, 49–51 (July 15), www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf

Montenegro, אשר חזר ופסק כי שליטה אפקטיבית, כפי שנקבע בעניין ניקרגואה, הוא המבחן ההולם.²⁶⁰

האם איראן שולטת בחיזבאללה שליטה אפקטיבית? אין עוררין על תמיכתה של איראן בפעולות של חיזבאללה ושל ארגוני טרור אחרים. עם זאת כדי להקנות לאיראן אחריות לפעולות אלה, אין די בסיוע, ואף לא בסיוע ממש. אימון, מימון ועידוד אינם מספיקים. לכן ספק אם בתמיכתה בארגוני טרור הפעילה איראן את מידת השליטה הנדרשת כדי להיחשב אחראית לפעולות הטרור של ארגונים אלה באופן שיעניק לצד המותקף זכות להשתמש בכוח בטריטוריה של איראן. עם זאת אף בהנחה שאיראן שולטת בחיזבאללה שליטה אפקטיבית, ומכאן נקבל את המסקנה שיש לראות באיראן אחראית לפעולות טרור נגד ישראל, נשאלת השאלה אם פעולות אלה עולות כדי מתקפה חמושה המצדיקה שימוש בכוח באופן מלא לשם הגנה עצמית.

(ב) צבירת אירועים

הגנה עצמית מתאפשרת רק כתגובה למתקפה חמושה. עצמת המתקפה והיקפה צריכים להיות בדרגה גבוהה של שימוש בכוח כדי להצדיק הגנה עצמית.²⁶¹ ככלל, קיימת בעיה בראייה בהתקפות טרור פעולות המקימות את זכות ההגנה העצמית. פעולות טרור הן לרוב קצרות, חד-פעמיות וחשאיות (לכן נדרש לעתים זמן רב כדי למצוא את האשמים ואת מיקומם). אי אפשר להשתמש בכוח כהגנה עצמית זמן רב אחרי קרות המתקפה. תגובה מאוחרת כזו תהיה פעולת תגמול אסורה לכאורה.²⁶² עם זאת יש שטענו כי סדרה של פעולות טרור המתרחשות בפרק זמן קצר מקימה את זכות התגובה של המדינה המותקפת.²⁶³

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ., judgment of 26 February 2007, paras. 402–406, www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf. ראו גם משה הירש "אחריות בינלאומית" משפט בינלאומי 257, 270 (רובי סיבל עורך, מהדורה שנייה, 2010).

Nicaragua v. U.S., לעיל ה"ש 47, בעמ' 101, 103, 110, DINSTEN ; לעיל ה"ש 52, בעמ' 194–193.

Mary Ellen O'Connell, *Preserving the Peace: The Continuing Ban on War Between States*, 38 CAL. WEST. INT'L L.J. 41, 48 (2007); Gregory M. Travalio, *Terrorism, International Law, and the Use of Military Force*, 18 WIS. INT'L L.J. 145, 165 (2000). לדין בדבר חוקיותן של פעולות תגמול ראו להלן ה"ש 270.

LOUIS HENKIN, *INTERNATIONAL LAW: POLITICS AND VALUES* 125–128 (1995) 263

כך, בהקשר האיראני, אלן דרשוביץ (Alan Dershowitz) טוען כי משלוחי הנשק של איראן לחמאס ומעורבותה של איראן בפעולות טרור נגד ישראל, לצד הצהרת השלטון האיראני "למחוק את ישראל מהמפה" – קריאה שהיא לידו הכרזת מלחמה פומבית – הם פעולות מלחמה, *casus belli*, המצדיקות באופן מלא וחוקי תגובה ישראלית צבאית אף על מתקני הגרעין. דרשוביץ אינו טוען שישראל צריכה לתקוף את מתקני הגרעין כעת, אלא רק שיש לה הזכות לעשות כן מכוח הגנה עצמית.²⁶⁴ בדומה לכך, גרגורי מגס (Gregory E. Maggs) טוען כי אף אם פיתוח איראני של נשק גרעיני אינו עולה כדי מתקפה חמושה המקימה את זכות ההגנה העצמית, ארצות הברית יכולה להצדיק, מבחינה משפטית, מתקפה על מתקני הגרעין של איראן לנוכח מעורבותה הנמשכת של איראן במגוון מעשי תוקפנות נגד בעלות בריתה של ארצות הברית, כבריטניה, עיראק וישראל, ובכלל זה אימון אנשי חיזבאללה ומשלוח נשק לחיזבאללה. מעשים אלה, מגס סבור, עולים כדי מתקפה חמושה המצדיקה שימוש בהגנה עצמית קולקטיבית. פעולה צבאית במסגרת מימוש הגנה עצמית כאמור יכולה לכלול הריסה של כל מטרה צבאית לגיטימית, לרבות מתקנים לפיתוח נשק גרעיני.²⁶⁵

נראה כי טיעונים אלה מכוונים לתאוריה של צבירת אירועים (accumulation of events, המכונה גם needle prick). על פי תאוריה זו, אירועים אחדים, שכל אחד מהם כשלעצמו אינו בבחינת מתקפה חמושה המצדיקה שימוש בהגנה עצמית, יכולים להצטבר ולהיות יחדיו שימוש בכוח העולה כדי מתקפה חמושה.²⁶⁶

לגבי דידי, אין בתאוריה זו כדי לתמוך בהתקפת מתקני הגרעין האיראניים. הגבול בין הגנה עצמית מכוח תאוריית צבירת האירועים לבין פעולות תגמול אסורות הוא מטושטש,

264 ראו Dershowitz, לעיל ה"ש 8.

265 Maggs, לעיל ה"ש 30, בעמ' 480–482. ראו גם את דבריו של מגס בפנל "Should Israel Attack Iran? Panel I: International Law" אשר אורגן על ידי American Enterprise Institute ונערך ביום 23.10.2009, נגיש בכתובת www.youtube.com/watch?v=-Sua9PciftY.

266 Norman Menachem Feder, Note, *Reading the U.N. Charter Connotatively: Toward a New Definition of Armed Attack*, 19 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 395, 415 (1987). ראו למשל Barry Levenfeld, *Israel's Counter-Fedayeen Tactics in Lebanon: Self-Defense and Retaliation under Modern International Law*, 21 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 1, 18–21 (1982–1983); Tom Ruys, *Crossing the Thin Blue Line: An Inquiry into Israel's Recourse to Self-Defense against Hezbollah*, 43 STAN. J. INT'L L. 265, 272 (2007); *Israel, Hezbollah and the Conflict in Lebanon: An Act of Aggression or Self-Defense?*, 14 HUM. RTS. BRIEF 26, 27 (2006).

לכל הפחות.²⁶⁷ כמו כן תאוריית צבירת האירועים – אף שהיא זוכה בתמיכה מסוימת בקהילה המשפטית²⁶⁸ – נדחתה על ידי מועצת הביטחון.²⁶⁹ נוסף על כך, אף אם מכירים בפעולות תגמול כזכות מנהגית לשימוש בכוח,²⁷⁰ זו צריכה להיות מוגבלת ל"תגובות מקומיות".²⁷¹ התקפת מתקני הגרעין במסגרת מתקפה מלאה עלולה להיחשב תגובה לא מידתית על התקפות הטרור השונות.²⁷² כזכור, על תגובה צבאית כהגנה עצמית לעמוד בתנאי הנחיצות והמידתיות. כאשר עצמת פעולה מכוח הגנה עצמית גבוהה בהרבה מזו ששימשה בפעולה הכוחנית המקדימה, זו עשויה להיתפס כבלתי מידתית.²⁷³ בוודאי כך כאשר השימוש בכוח מבוסס על פעולות תגמול.²⁷⁴ התגובה חייבת להיות מכוונת לפעולה שהקימה את זכות ההגנה העצמית מלכתחילה, או לכל הפחות אל לה לחרוג מן הכוח המינימלי הדרוש כדי לכפות ציות (של התוקף הראשון) לכללי המשפט הבין-לאומי.²⁷⁵ להפצצת מתקני גרעין איראניים אין ולא כלום עם הפסקת מימון החיזבאללה או של הספקת הציוד לו.²⁷⁶ לכן לא נראה שאפשר להשתמש בתאוריות של אחריות מדינה וצבירת אירועים כדי להכשיר מתקפה של מתקני הגרעין האיראניים.

- 267 ראו למשל Robert W. Tucker, *Reprisals and Self-Defense: The Customary Law*, 66 AM. J. INT'L L. 586, 595 (1972); ALEXANDROV; לעיל ה"ש 64, בעמ' 166.
- 268 ראו את ההפניות אצל RUYS, לעיל ה"ש 230, בעמ' 169 ה"ש 209.
- 269 Greenwood, *International Law and the United States' Air Operation against Libya*, לעיל ה"ש 74, בעמ' 954–955; Silverberg, לעיל ה"ש 71, בעמ' 59–60; ALEXANDROV, לעיל ה"ש 64, בעמ' 166–167. לביקורת מוקדמת ראו Derek Bowett, *Reprisals Involving* *Recourse to Armed Conflict*, 66 AM. J. INT'L L. 1, 7–10 (1973).
- 270 לדיון בפעולות תגמול ראו בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 106–108; בן-ארי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 517–518; Kelly, לעיל ה"ש 100; William V. O'Brien, *Reprisals, Deterrence and Self-Defence in Counterterrorism Operations*, 30 VA. J. INT'L L. 421 (1990); Guy B. Roberts, *Self-Help in Combatting State-Sponsored Terrorism: Self Defense and Peacetime Reprisals*, 19 CASE W. RES. J. INT'L L. 243, 286 (1987); Shane Darcy, *The Evolution of the Law of Belligerent Reprisals*, 175 MIL. L. REV. 184 (2003); Edward Kwakwa, *Belligerent Reprisals in the Law of Armed Conflict*, 27 STAN. J. INT'L L. 49 (1990–1991).
- 271 בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 108.
- 272 השווו Jörg Kammerhofer, *Uncertainties of the Law on Self-Defence in the United Nations*, 35 NETH. YRB. INT'L L. 143, 177 (2004).
- 273 בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 47, בעמ' 93.
- 274 ראו Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons, לעיל ה"ש 100, בעמ' 246, פס' 46.
- 275 Andrew D. Mitchell, *Does One Illegality Merit Another – The Law of Belligerent Reprisals in International Law*, 170 MIL. L. REV. 155, 160–161 (2001).
- 276 O'Connell, לעיל ה"ש 262, בעמ' 52. לכל היותר אפשר לראות בהפצצה כזו משרתת מטרה של הסרת חשש להספקה עתידית של חומרים גרעיניים לצורך יצירת פצצה מלוכלכת. אולם

Jus in Bello – ניתוח באספקלריה של

טיעון חלופי לטיעון ההגנה העצמית מקדם את הרעיון של "התקפה חמושה שכבר התרחשה" בצעד מחשבתי ונשען על מערכת דינים שונה מהדינים העוסקים בשימוש בכוח (*jus ad bellum*) ומתמקד בדיני ניהול הלוחמה (*jus in bello*). על פי טיעון זה, לא רק שכבר התרחשה מתקפה שמצדיקה שימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית, אלא שמבחינה יוריספרודנטלית, כבר כיום איראן מצויה בסכסוך מזוין או במצב מלחמתי עם ישראל, באמצעות ארגוני טרור.²⁷⁷ הטרור האיראני, נטען, יצר מצב של סכסוך מזוין בין ישראל לבין איראן, אשר כל עוד הוא נמשך, השימוש בנשק על ידי ישראל צריך להיבחן לפי הדינים העוסקים בדיני ניהול הלוחמה ולא לפי הדינים העוסקים בשימוש בכוח, מכיוון שהאחרונים אינם חלים במצב של סכסוך מזוין או מלחמה.²⁷⁸ תמיכה בטיעון זה אפשר למצוא בכך שאיראן נחשבת מדינת אויב בכמה דברי חקיקה ישראליים.²⁷⁹ אם בין ישראל לבין איראן שורר מצב של סכסוך מזוין, ממשיך הטיעון, אזי מתקפה ישראלית על מתקני הגרעין האיראניים תהיה פעולה לגיטימית כחלק מהניהול הכללי של הלוחמה.²⁸⁰

טיעון דומה הוצע באשר למתקפה הישראלית בעיראק. נטען כי בעת המתקפה האווירית על הכור באוסיראק עדיין הייתה עיראק במצב מלחמה עם ישראל, מכיוון שהיא מעולם לא חתמה על הסכם שביתת הנשק משנת 1949. לכן המתקפה הישראלית לא הייתה אקט של

כאן אנו כבר נכנסים לתחומה של הגנה עצמית מונעת. אי אפשר להצדיק "פעולות תגמול" על יסוד אירועים עתידיים. ראו Roberts, לעיל ה"ש 270, בעמ' 282. על הקשר בין תאוריית צבירת האירועים לבין הגנה עצמית מקדימה ראו NOAM LUBELL, EXTRATERRITORIAL USE OF FORCE AGAINST NON-STATE ACTORS 54 (2010).

277 Beres 1995–1996, לעיל ה"ש 113, בעמ' 191; Beres 1996–1997, לעיל ה"ש 113, בעמ' 72.

278 Beres 1996–1997, לעיל ה"ש 113, בעמ' 90–91.

279 ראו למשל את התוספת לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003; התוספת לחוק האזרחות, התש"ב–1952; סעיף 2א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התש"ד–1954; ובמיוחד את חוק איסור השקעה בתאגידים המקיימים קשר עסקי עם איראן, התשס"ח–2008 ואת סעיף המטרה שבו: "מטרתו של חוק זה למנוע השקעה של מוסדות פיננסיים ישראליים בתאגידים המקיימים קשר עסקי מהותי התורם כלכלית, במישרין או בעקיפין, לאיראן, כחלק מהמאמץ הבין-לאומי לסיכול יכולתה של איראן לפתח נשק בלתי קונבנציונלי המהווה איום על קיומה של מדינת ישראל". ראו גם ע"פ 6411/98 מנבר נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 150 (2000), שם נקבע כי איראן היא מדינת אויב כהגדרתו בסעיף 91 לחוק העונשין.

280 למשל אלי לוקה מציין כי פעמים מספר לאורך ההיסטוריה הותקפו מתקני נשק להשמדה המונית במסגרת לוחמה סדירה. ראו Louka, לעיל ה"ש 240, בעמ' 11 ה"ש 52.

תוקפנות²⁸¹ אלא "סיבוב נוסף של פעולות איבה במהלך עימות מזוין מתמשך".²⁸² אף שעצם הטענה כי ישראל ועיראק היו במצב מלחמה שנויה במחלוקת, אפשר תאורתית להעלות טענה דומה בנוגע למצב של סכסוך מזוין בין ישראל לבין איראן.²⁸³ האם קיים סכסוך מזוין בין ישראל לאיראן? האם אפשר לראות במעשי הטרור הנתמכים על ידי איראן המתוארים לעיל "para-war", בלשונו של יורם דינשטיין?²⁸⁴ אינני מקבל את התזה האמורה, וכפי שאבהיר להלן, אף אם זו מקובלת, מסופקני אם היא מצדיקה מתקפה של מתקני הגרעין.

ראוי תחילה להבהיר כי אם מקבלים את ההנחה כי בין ישראל לבין איראן שורר מצב של סכסוך מזוין, אזי ייתכן שגם לחלק מפעולותיה של איראן יש תמיכה משפטית, מכיוון שאיראן רשאית – לפי אותו טיעון בדיוק – לתקוף מטרות ישראליות כל עוד היא מציינת לדיני ניהול הלוחמה.²⁸⁵

חשוב מכך, אין לראות במצב היחסים בין ישראל לבין איראן סכסוך מזוין. עמדתה העקיבה של הקהילה הבין-לאומית היא כי היחסים השוררים כיום בין ישראל לבין מדינות ערב מוסדרים לפי סטנדרטים של מגילת האו"ם, ולא לפי סטנדרטים של מצב מלחמתי.²⁸⁶ עמדה זו נראית לי נכונה. למן כינונה של מגילת האו"ם, שימוש בכוח הוא פעולה בלתי חוקית. המשטר המשפטי החדש שהוקם אסר שימוש בכוח כמנהג משפטי והפך את המצב הנורמלי בין המדינות לכזה של שמירת שלום. אם השלום מופר בפעולות תוקפנות לא חוקיות, ברגע שהן מסתיימות משתרר שוב המצב המקורי של שלום.²⁸⁷ כפי שדינשטיין ציין: "Legally speaking, there are only two states of affairs in international relations –

281 Stephen J. Solarez, *Israel Had No Way*; 438 בעמ' 8, לעיל ה"ש, Beres & Tsiddon-Chatto
 to End Nuclear Threat, WASH. STAR, June 11, 1981, מצוטט אצל D'Amato, לעיל ה"ש
 190, בעמ' 261, Shoham; לעיל ה"ש 89, בעמ' 217; Beres 1995–1996; לעיל ה"ש 113,
 בעמ' 204.
 282 DINSTEN, לעיל ה"ש 52, בעמ' 48. ראו גם Beres 1993–1994, לעיל ה"ש 8, בעמ' 118–119.
 283 Beres 1993–1994, לעיל ה"ש 8, בעמ' 120.
 284 Yoram Dinstein, *The Legal Issues of Para-War and Peace in the Middle East*, 44 ST.
 JOHN'S L. REV. 466, 467 (1969–1970).
 285 Beres 1993–1994, לעיל ה"ש 8, בעמ' 90.
 286 Quigley, לעיל ה"ש 76, בעמ' 444.
 287 ראו Elihu Lauterpacht, *The Legal Irrelevance of the State of War*, 62 AM. SOC'Y INT'L L.
 D'Amato; PROC. 58, 67 (1968), לעיל ה"ש 190, בעמ' 261–262, O'Connell; לעיל ה"ש
 262, בעמ' 42–46.

”war and peace – with no undistributed middle ground”²⁸⁸ גם אם מדינות רשאיות להפעיל כוח, אין בידן ההיתר (כפי שהיה בידן לפני ההסדרים הנורמטיביים הראשונים שהגבילו את השימוש בכוח) לפתוח ב”מלחמה” ולהיות כפופות רק להגבלות של דיני ניהול הלוחמה. על השימוש בכוח להיעשות לפי ההגבלות מכוח *jus ad bellum*²⁸⁹ אף אם בין שתי המדינות שוררת מתיחות או עוינות, איראן וישראל אינן מעורבות בפעולות תוקפנות אשר יכולות להיחשב מצב של סכסוך מזוין.²⁹⁰

לבסוף יצוין, גם המכירים במצב ביניים בין מלחמה לשלום (Intermediate Status) מכירים בכך שעל שימוש בכוח במצב זה להיות מוגבל בעצמתו ובמטרותיו לעומת שימוש קודם בכוח.²⁹¹ בדומה לכך, אף אם ישראל מתבססת על הטענות של סכסוך מזוין מתמשך, יש לזכור כי גם שימוש בכוח בעת לחימה נדרש לעמוד בתנאי נחיצות ומידתיות. נדמה כי בשני המקרים אפשר שמתקפת טילים על המתקנים האיראניים תיחשב הסלמה קיצונית של שימוש בכוח שאין להצדיקה.²⁹² לאור כל אלה, דינו של טיעון זה להידחות.

288 Dinstein, לעיל ה"ש 52, בעמ' 16. לגישה דומה ראו גם GRIGORY IVANOVICH TUNKIN, THEORY OF INTERNATIONAL LAW 265–270 (1974). לגישה שונה המבקשת להכיר במצב ביניים בין מלחמה ושלום במשפט הבינ-לאומי ראו George Schwarzenberger, *Jus Pacis ac Belli*? 37 AM. J. INT'L L. 460, 470 (1943); Philip C. Jessup, *Intermediacy*, 23 NORDISK TIDSSKRIFT INT'L RET 16, 17–18 (1953); Philip C. Jessup, *Should International Law Recognize an Intermediate Status between Peace and War?*, 48 AM. J. INT'L L. 98, 100–101 (1954).

289 Greenwood, לעיל ה"ש 204, בעמ' 286. כן ראו Mallison & Mallison, לעיל ה"ש 66, בעמ' 433 (הטוענים כי המונח "מצב מלחמה" אינו מוכר במגילת האו"ם ואינו יכול לגבור על ההגבלות המצויות במגילה).

290 Eichensehr, לעיל ה"ש 7, בעמ' 79–80. ראו כנגד זה Beres 1996–1997, לעיל ה"ש 113, בעמ' 72 (הטוען כי סכסוך מזוין יכול להתקיים גם ללא פעולות איבה מתמשכות, וכי הוא תלוי אך בכוונותיהן של המדינות המעורבות). עוד מתעוררת השאלה עד כמה פעולות של "לוחמת סייבר", כגון שיבוש הכור האיראני באמצעי וירוס ממוחשב, עולות כדי עימות מזוין. ראו למשל JOHN RICHARDSON, STUXNET AS CYBERWARFARE: APPLYING THE LAW OF WAR TO THE VIRTUAL BATTLEFIELD 14–17 (2011); Jeremy Richmond, *Evolving Battlefield Does Stuxnet Demonstrate A Need For Modifications To The Law Of Armed Conflict*, 35 FORDHAM INT'L L.J. 842 (2012).

291 Alan N. Salpeter, Jonathan C. Waller, *Armed Reprisals during Intermediacy – A New Framework for Analysis in International Law*, 17 VILL. L. REV. 270, 281–283 (1972).

292 Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 103.

ד. מתקפה ישראלית על מתקני הגרעין האיראניים: לא חוקית אך לגיטימית?

1. בין חוקיות לגיטימיות

בשנת 1672 ניסח סמואל פופנדרוף (Samuel Pufendorf), הוגה הדעות הגדול של משפט הטבע, את הקביעה הזאת:

A good action is one which agrees with law; a bad action is one which disagrees with the same... a just action is one which of free moral choice is rightly directed to that person to whom it is owed.²⁹³

הניתוח בפרקים הקודמים מלמד כי מתקפה ישראלית על מתקני הגרעין באיראן, לפי התנאים הקיימים כיום, תהא בלתי חוקית, אך האם היא יכולה להיחשב לגיטימית (מבחינה מוסרית או פוליטית)? חוקיות ולגיטימיות הם שני צירים שונים שאינם תלויים לחלוטין זה בזה, ולכן בבואנו למקם פעולה נתונה על כל אחד משני הצירים, תיתכן קשת שלמה של אפשרויות באשר לצמד הערכים שנקבל. לעתים קיימת הלימה בין חוקיות לגיטימיות: פעולה יכולה להיות חוקית ולגיטימית או לחלופין לא חוקית ולא לגיטימית. מובן שציות לאמת מידה חוקית מעניק לגיטימציה משפטית.²⁹⁴ עם זאת אין הכרח שתתקיים הלימה כאמור: פעולה יכולה להיות חוקית אך לא לגיטימית או לחלופין לגיטימית אך לא חוקית.²⁹⁵ לגיטימיות של התערבות כוחנית משוקללת על פי גורמים שונים, רחבים משאלת חוקיותה של ההתערבות, שכן הם מערבים שאלות של מוסר ופוליטיקה.²⁹⁶ דוגמה מפורסמת לפער זה אפשר למצוא בהתערבות ההומניטרית בקוסובו. אין חולק כי בעת המתקפה היה השימוש בכוח של נאט"ו בקוסובו בלתי חוקי. עם זאת יש שטענו כי

SAMUEL PUFENDORF, *ELEMENTORUM JURISPRUDENTIA UNIVERSALIS LIBRI DUO*, vol. II 293
.172, 175 (William Abbott Oldfather trans., 1931)

JUTTA BRUNNÉE & STEPHEN J. TOOPE, *LEGITIMACY AND LEGALITY IN INTERNATIONAL* 294
LAW: AN INTERACTIONAL ACCOUNT 329 (2010)

Anthea Elizabeth Roberts, *Legality vs. Legitimacy: Can Uses of Force be Illegal but* 295
Justified?, in *HUMAN RIGHTS, INTERVENTION, AND THE USE OF FORCE* 179, 206–208
(Philip Alston & Euan MacDonald eds., 2008)

Jane Stromseth, David Wippman & Rosa Brooks, *Interventions and International Law: Legality and Legitimacy*, in *CAN MIGHT MAKE RIGHTS? BUILDING THE RULE OF LAW* 296
AFTER MILITARY INTERVENTIONS 18 (2006)

התערבות זו הייתה לגיטימית בשל המשבר ההומניטרי שהתחולל שם.²⁹⁷ ברונו סימה (Bruno Simma) למשל טען שקיימים "מקרים קשים" שבהם שיקולים מוסריים ופוליטיים אינם מותירים למדינה אפשרות אלא לנקוט פעולה שאינה חוקית.²⁹⁸ לעומת זאת תומס פרנק (Thomas Franck) סבר כי התערבות הומניטרית אינה חוקית ועליה להישאר כזו, אולם הציע כי יש להחיל דוקטרינה של נסיבות מקלות במקרים שבהם "פעולות אינן חוקיות באופן טכני אך מוצדקות מבחינה מוסרית".²⁹⁹ אן-מרי סלוטר (Anne-Marie Slaughter) טענה בדומה לו כי ההתערבות של נאט"ו בקוסובו והפלישה של ארצות הברית לעיראק בשנת 2003 היו "בלתי-חוקיות מבחינה פורמלית", אולם בשני מקרים אלה היו סיבות טובות לעקוף את החוק.³⁰⁰

האם טיעון דומה יכול להישמע באשר למתקפה ישראלית על מתקני הגרעין האיראניים? לואי ברס טען בעקיבות כי כדי להגן על עצם קיומה, ישראל יכולה לפעול בדרך של הגנה עצמית מונעת כל עוד מחויבותה של איראן להשמיד את ישראל עומדת בעינה.³⁰¹ במבט לאחור על המתקפה באוסיראק יש הטוענים כי בכך היטיבה ישראל מאוד עם העולם, וכי פעולותיה היו לגיטימיות אף אם לא חוקיות. כך, אברהם סופר (Abraham D. Sofaer) טוען כי התקפת הטילים העיראקית על ישראל במהלך מלחמת המפרץ בשנת 1991 מצדיקה במידה מסוימת את חוסר נכונותה של ישראל להתמודד עם הסיכון הגבוה של עיראק גרעינית לנוכח התנהגותה הקודמת.³⁰² בנימה דומה אנתוני ד'אמטו טוען כי המתקפה הישראלית בעיראק הייתה מוצדקת, שכן בראייה לאחור ברור כי אילו לא תקפה ישראל את הכור העיראקי, היה סדאם חוסיין מצליח בוודאי לחמוק מתגובה בגין תוקפנותו נגד כוויית. מבצע "סופה במדבר" לא היה מתקיים ככל הנראה אילו היה בידי חוסיין נשק גרעיני, ואף אם היה מתקיים, ייתכן שחלק מטיילי הסקאד שהפציצו את ישראל היו נושאים ראשי נפץ גרעיניים.³⁰³ בעניין המתקפה הישראלית של הכור בסוריה טען לאחרונה אלי לוקה (Elli Louka) כי הואיל והקהילה הבינ-לאומית השלימה עם הפעולה, אפשר לראות בשימוש

297 ראו למשל DAVID MALONE & YUEN FOONG KHONG, UNILATERALISM AND U.S. FOREIGN POLICY: INTERNATIONAL PERSPECTIVES 195 (2003).

298 Bruno Simma, *NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects*, 10 EJIL 1 (1999).

299 FRANCK, לעיל ה"ש 70, בעמ' 184.

300 Anne-Marie Slaughter, *Good Reasons for Going Around the U.N.*, N.Y. TIMES 18.3.2003, www.nytimes.com/2003/03/18/opinion/good-reasons-for-going-around-the-un.html.

301 Beres 1993–1994, לעיל ה"ש 8, בעמ' 147; Beres 1996–1997, לעיל ה"ש 113, בעמ' 82, 89.

302 Abraham D. Sofaer, *On the Necessity of Pre-emption*, 14 E.J.I.L. 209, 222 (2003).

303 D'Amato, לעיל ה"ש 190, בעמ' 259.

בכוח לא חוקי דה יורה אולם נסבל דה פקטו כל עוד מדובר בהתנהגות סבירה ולגיטימית.³⁰⁴

שאלת היחס שבין חוקיות לבין לגיטימיות היא שאלה קשה שאינה מיוחדת למשפט הבין-לאומי.³⁰⁵ במשפט הבין-לאומי הרעיון של "לא חוקי אבל לגיטימי" זוכה לאהדה מפני שהוא מאפשר לשמר את החוקים הקיימים בדבר איסור השימוש בכוח ובה בעת לאפשר חריגים "מוצדקים" על בסיס פרטני. עם זאת ברי כי רעיון זה עלול לערער את שלטון החוק, שכן הוא מעביר את השיח משאלות של חוקיות לשאלות של לגיטימציה.³⁰⁶ כאשר מדובר באיסור שימוש בכוח, הסכנה ברורה – העברת השיח ממישור החוקיות אל מישור הלגיטימיות עלולה לשחוק את הסדר והביטחון הקולקטיביים. נוסף על כך, השאלה "מהי לגיטימציה?" סבוכה, ואין לה תשובה חד-משמעית. "לגיטימיות" היא מושג רב-משמעויות הניתן לניצול לרעה.³⁰⁷ מכיוון שלגיטימציה היא מושג סובייקטיבי ופוליטי, הדבר הוודאי היחיד שאפשר לומר הוא כי מתקפה על מתקני הגרעין באיראן – גם אם כרגע היא בלתי חוקית – יכולה להיחשב מוצדקת מנקודת המבט של ישראל. אנתיא רוברטס (Anthea Roberts) הסבירה כי בין חוקיות מוחלטת לבין אי-חוקיות מוחלטת קיים תחום אפור רחב. ככל שפעולה נתפסת כ"סבירה" יותר, כן היא מתרחקת מן הנקודה של אי-חוקיות מוחלטת ומתקרבת לאזור החוקיות. מכיוון שבמשפט הבין-לאומי כל הפרה של החוק טומנת את הזרעים לחוקיות חדשה, כל אימת שמדינה מפרה את החוק ומדינות אחרות מסכימות לכך, הואיל והן רואות בפעולה "לגיטימית", יקל על המדינה הבאה להפר את החוק, עד אשר דרך התנהגות חדשה תחליף את הישנה. אני מסכים עם רוברטס כי הטענה שפעולה מסוימת לגיטימית אף שהיא אינה חוקית מתחזקת כאשר החוק הקיים נתפס כלא

304 Louka, לעיל ה"ש 240, בעמ' 17–18.

305 ראו Chris Thornhill, *Introduction: Legality and Legitimacy – Between Political Theory and Theoretical Sociology*, in LEGALITY AND LEGITIMACY: NORMATIVE AND SOCIOLOGICAL APPROACHES 7, 8 (Chris Thornhill & Samantha Ashenden eds., Nomos, 2010); Alexander P. d'Entrèves, *Legality and Legitimacy*, 16 THE REVIEW OF METAPHYSICS 687 (1963).

306 ראו Roberts, לעיל ה"ש 295, בעמ' 179; Richard Falk, *Legality and Legitimacy: The Quest for Principled Flexibility and Restraint*, 31 REV. INT'L STUD. 33 (2005); Asli Ü. Bâli, *Legality and Legitimacy in the International Order – The Changing Landscape of Nuclear Nonproliferation*, LEGALITY AND LEGITIMACY IN GLOBAL AFFAIRS 291, 295 (Richard Falk, Mark Juergensmeyer & Vesselin Popovski eds., 2012); Mario Loyola, *Legality over Legitimacy*, FOREIGN AFFAIRS (July/August 2010), www.foreignaffairs.com/articles/66474/mario-loyola/legality-over-legitimacy

307 Roberts, לעיל ה"ש 295, בעמ' 205.

מתאים לנסיבות מסוימות וכזקוק לשינוי.³⁰⁸ זו בדיוק טענתי הבאה באשר למשפט הקיים המסדיר את השימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית. שוב, איני מביע עמדה בשאלה אם ישראל צריכה לתקוף את איראן אם לאו; טענתי היא כי ישראל יכולה לטעון כי מתקפה שלה באיראן תהיה לגיטימית, לכל הפחות, כביקורת על המשפט הקיים וכקריאה לשינויו לפי ההתפתחות הטכנולוגית.

יובהר: אם ישראל תטען לזכות למתקפה במסגרת הגנה עצמית מונעת, וכל עוד זכות זו אינה מוכרת כחוקית, איראן יכולה לטעון לזכות למתקפה מוקדמת ראשונה (אם היא סבורה שמתקפה ישראלית היא מידית) במסגרת מימוש זכותה להגנה עצמית.³⁰⁹ כך עלול להיווצר "מעגל קסמים" של תקיפות ותקיפות-נגד. מובן שכלל שמתקפה ראשונה נעשית באופן חוקי במסגרת זכות ההגנה העצמית, אין להכיר בזכות הגנה עצמית מקדימה מפני הגנה עצמית מקדימה, שכן רק פעולת הגנה עצמית אחת יכולה להיות חוקית לפי דיני השימוש בכוח. אולם כל עוד מתקפה ישראלית על איראן בשם הגנה עצמית מונעת אינה מוכרת כחוקית, עצם ההכרה בה כ"לגיטימית" תעניק לאיראן, באופן אירוני, זכות חוקית לתקוף את ישראל במתקפה מקדימה. מדובר בחרב פיפיות המונעת ממדינה אחת את האפשרות ליהנות מן הטיעון באופן בלעדי.³¹⁰

2. אי-התאמתה של נוסחת קרוליין לעידן הגרעיני

בשנים האחרונות נידונה בספרות שאלת התאמתה של דוקטרינת קרוליין לעידן המודרני.³¹¹ מטרת המשפט הבינ-לאומי באשר למתקפה חמושה היא בין היתר להסדיר את זכותה של

308 שם, בעמ' 209. ראו גם Tania Voon, *Closing the Gap between Legitimacy and Legality of Humanitarian Intervention: Lessons from East Timor and Kosovo*, 7 *UCLA J. INT'L L. & FOREIGN AFF.* 31 (2002–2003).

309 Amin Ghanbari, *Preemptive Attacks on Iran's Nuclear Facilities? 'Double Trouble'*, 2 *Beres* 1996–1997; ssrn.com/abstract=1230908, לעיל ה"ש 113, בעמ' 91. בהקשר של המתקפה הישראלית באוסיראק כפעולה שהקימה לעיראק זכות לשימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית ראו Sloss, לעיל ה"ש 14, בעמ' 51–52.

310 GEORGE P. FLETCHER & JENS DAVID OHLIN, *DEFENDING HUMANITY: WHEN FORCE IS JUSTIFIED AND WHY* 167–168 (2008) (המציינים כי ישראל אינה יכולה לטעון לזכות להתקוף את הכור העיראקי מבלי להכיר בזכות הנגדית של עיראק לתקוף את הכור הישראלי בדימונה: "אם האחד הוא איום על השלום", מציינים הכותבים, "אזי כזה הוא גם האחר").

311 ראו למשל Yaniv Roznai, *Let the Caroline Sink! Assessing the Legality of a Possible Israeli Attack on Iranian Nuclear Facilities and Why the Traditional Self-Defense Formula is Incompatible with the Nuclear Age*, 18(2) *CAL. INT'L L.J.* 18 (2010), Green; לעיל ה"ש 100; Timothy Kearley, *Raising the Caroline*, 17 *Wis. INT'L L.J.* 325 (1999); Schloss, לעיל ה"ש 241.

המדינה להשתמש בכוח כדי להגן על עצמה בצורה אפקטיבית. אבל מבחינה היסטורית התייחס המשפט רק לאיומים מסורתיים: כאשר צבאות מסורתיים התכוננו לפתוח במתקפה, נוסחת קרוליין התאימה, מכיוון שגם אם מדינה גילתה כי מתקפה נגדה היא מיידית, היה לה זמן מספיק לפעול בצורה אפקטיבית כדי להגן על עצמה. לעומת זאת בעידן המודרני אם מדינה תמתין עד אשר סכנת מתקפה גרעינית תהא מיידית, ייתכן שיהא זה מאוחר מדי וקשה מדי למדינה המותקפת להגן על עצמה באופן אפקטיבי.³¹² זה היה הטעון של נציג ישראל באו"ם יהודה בלום – בעצמו מומחה למשפט בין-לאומי – בדיון שהתקיים במועצת הביטחון בנוגע למתקפה באוסיראק:³¹³

To assert the applicability of the 'Caroline' principles to a State confronted with the threat of nuclear destruction would be an emasculation of that State's inherent and natural right of self-defense... indeed, the concept of a State's right to self-defense has not changed throughout recorded history... [but] the concept took on new and far wider application with the advent of the nuclear era.

נשק גרעיני יכול לפגוע במדינה בדרכים שהמשפט הבין-לאומי המנהגי לא היה יכול לדמיין ולא נתן להן מענה. המשפט הבין-לאומי משתרך מאחור ואינו מתאים להתפתחותם של כלי הנשק המודרניים.³¹⁴ במיוחד, נוסחת קרוליין מחמירה מדי בעידן המודרני, המציב אתגרים חדשים למשפט הבין-לאומי.³¹⁵ אפילו מליסון, שביקר את המתקפה באוסיראק, הכיר בכך שבעידן שבו מדינות מצוידות בנשק גרעיני ובאמצעים לשיגור מהיר של טילים, ציוד לנסיחת קרוליין עלול להסתכם ב"התאבדות לאומית".³¹⁶

מגילת האו"ם גם היא אינה עומדת בקצב, שכן כאשר זו נוסחה, בשנת 1945, חשבו מנסחיה על קונפליקטים מסורתיים ולא יכלו להביא בחשבון נשק גרעיני, אשר היה בחזקת

312 Arend, לעיל ה"ש 80, בעמ' 98.

313 מצוטט אצל Mallison & Mallison, לעיל ה"ש 66, בעמ' 437–436.

314 Reisman, לעיל ה"ש 186, בעמ' 84. ראו גם Yehezkel Dror, *Law and Social Change*, 33 TUL. L. REV. 787, 795 (1958–1959): "public international law lags behind modern developments in nuclear techniques and has not yet adjusted itself to the new situations created by them"

315 Shoham, לעיל ה"ש 89, בעמ' 196, 221–220, D'Amato; לעיל ה"ש 54, בעמ' 588, Sofaer; לעיל ה"ש 302, בעמ' 214.

316 W.T. Mallison, *Limited Naval Blockade or Quarantine-Interdiction: National and Collective Defense Claims Valid under International Law*, 31 GEO. WASH. L. REV. 335, 348 (1962–1963).

סוד שמור עד אוגוסט 1945.³¹⁷ לכן מגילת האו"ם היא מסמך "טרום-אטומי".³¹⁸ אולם על פרשנות המגילה לעלות בקנה אחד עם ההתפתחויות הטכנולוגיות, שכן לא רצוי – וגם לא מציאותי – לדרוש ממדינה לחכות עד שכבר יהיה מאוחר מדי להגן על עצמה.³¹⁹ כל עמדה אחרת, כפי שאמר סר המפרי ולדוק (Sir (Claud) Humphrey M. Waldock), תשים ללעג את מטרותיה של מגילת האו"ם, שכן בעידן המודרני המכה הראשונה שמדינה תספוג עלולה להיות מכת מוות.³²⁰

המסקנה היא אפוא שאם המטרה היא לאפשר למדינה להגן על עצמה באופן אפקטיבי, היא הגיוני יותר לאפשר לה לתקוף מתקני גרעין לפני שהמתקפה נגדה תיהפך לאפשרות מידית.³²¹ רעיון זה, כפי שאבהיר בחלק הבא, מצריך את הגמשת תנאי המידיות שבנוסחת קרוליין.

3. הגמשת תנאי המידיות

בסעיף הקודם טענתי כי המשפט הבינ-לאומי החל כיום אינו תואם את המציאות הקיימת. כדי שדוקטרינה משפטית תהא אפקטיבית, עליה להתאים למציאות הקיימת. עם זאת הפתרון אינו לדרוש זכות "עצמאית" להגנה עצמית שתהא נפרדת מן המשפט הבינ-לאומי. על הזכות להגנה עצמית להיות לגיטימית משפטית ומוגבלת באמצעות המשפט.³²² למן המתקפה באוסיראק ניסו מומחים למשפט הבינ-לאומי למצוא נוסחה מתאימה להערכת חוקיותה של מתקפה מונעת על מתקני גרעין.³²³ כוונתי אינה כה שאפתנית, ואיני

- Arend, לעיל ה"ש 80, בעמ' 97. 317
 John Foster Dulles, *The Challenge of Our Time: Peace with Justice*, 39 A.B.A.J. 1063, 1066 (1953). 318
 Polebaum, לעיל ה"ש 10, בעמ' 203. 319
 C.M.H. Waldock, *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*, 81 HAGUE RECUEIL 451, 498 (1952). 320
 U.S. Dep't of State, Pub. No. 2702, International Control of Atomic Energy: Growth of a Policy, לעיל ה"ש 73, בעמ' 98; Schachter, לעיל ה"ש 139, בעמ' 164. 321
 Oscar Schachter, *Self-Defense and the Rule of Law*, 83 AM. J. INT'L L. 259, 277 (1989). 322
 דאו למשל D'Amato, לעיל ה"ש 190, בעמ' 263 (המציע ארבע אמות מידה: על המתקפה להיות נגד מתקני גרעין, על המדינה המותקפת להיות "מדינה סוררת" (rogue state), על המתקפה להיות מידתית, ויש צורך בפעולתה של המדינה המתקיפה משום שהקהילה הבינ-לאומית מוגבלת ביכולתה לבצע את המתקפה בעצמה); Polebaum, לעיל ה"ש 10, בעמ' 209–208, וכן Silverberg, לעיל ה"ש 71, בעמ' 87 (המציעים את מבחן "האומה הסבירה" ("reasonable nation")); John Yoo, *Using Force*, 71 U. CHI. L. REV. 729, 751, 753 (2004). 323

מתכוון להציע נוסחה חדשה לשינוי החוק הקיים. נוסחות כאלה תפורות לרוב למידותיהם של מאורעות עבר, שבהם – כך לפי אמונתו של מציע השינוי – יישומו של החוק הקיים לא הניב תוצאות משביעות רצון. משכך, ייתכן שנוסחה תפורת לא תתאים למאורעות עתידיים. לדעתי, אין הכרח לנטוש לחלוטין את הדוקטרינה המסורתית בדבר הגנה עצמית או "לתת לקרולין לשקוע". יש להישאר קרוב ככל האפשר לנוסחת קרולין המוכרת, ורק לנסות להגמיש את הפגם המרכזי שלה – דרישת המידות – באמצעות פרשנות ההולמת את המציאות הקיימת. אבהיר מדוע דווקא תנאי המידות טעון הגמשה בעידן הגרעין, באמצעות שלושה גורמים מצטברים:

ראשית, עצמת האיום – במציאות האיומים שונים זה מזה מבחינת אופיים וחומרתם,³²⁴ ואילו נוסחת קרולין מספקת סטנדרט אחיד – סכנה מידית – שיחול על כל המקרים גם אם המדינה המותקפת ניצבת בפני השמדה. נוסחה זו אינה מבחינה בין איומים הנובעים מרובים, מתותחים ומטנקים לבין איומים הנובעים מטילים גרעיניים, על אף השוני המהותי ביניהם.³²⁵ כדברי סר כריסטופר גרינווד (Sir Christopher Greenwood), בבואנו לקבוע אם התקיים תנאי המידות, עלינו להביא בחשבון גורמים שלא היו קיימים בזמן תקרית הקרולין, כגון עצמת הנזק שהמתקפה עלולה לגרום:

The threat posed by a nuclear weapon... is so horrific that it is in a different league from the threats posed... by cross-border raids conducted by men armed only with rifles. Where the threat is an attack by weapons of mass destruction, the risk imposed upon a State by waiting until that attack actually takes place compounded by the impossibility for that State to afford its population any effective protection once the attack has been launched, mean that such an attack can reasonably be treated as imminent

(הגורס כי על אמות המידה להיות הסתברותה של מתקפה עתידית, המידה שבה הסתברות זו הולכת וגוברת, וסדר גודלו של האיום). לביקורת על נוסחות אלה ראו Eichensehr, לעיל ה"ש 7, בעמ' 77-78; Greenblum, לעיל ה"ש 3, בעמ' 106, 111. השוו גם Mikael Nabati, *International Law at a Crossroads: Self-Defense, Global Terrorism, and Preemption (A Call to Rethink the Self-Defense Normative Framework)*, 13 TRANSNAT'L L. & CONTEMP. PROBS. 771, 797-801 (2003) (המציע חריג צר שיאפשר הגנה עצמית מונעת בהקשר של טרור).

JACKSON NYAMUYA MAOGOTO, *BATTLING TERRORISM: LEGAL PERSPECTIVES ON THE USE* 324

OF FORCE AND THE WAR ON TERROR 32 (2005), Sofaer, לעיל ה"ש 302, בעמ' 221.

Polebaum, לעיל ה"ש 10, בעמ' 203, 216.

in circumstances where an attack by conventional means would not be so regarded.³²⁶

המושג "מתקפה מידית" אינו מתאים אפוא, ויש לפרשו פירוש גמיש שיביא בחשבון את חומרת האיום: ככל שהאיום על קיומה של המדינה המגנה על עצמה גדול יותר, כן קבלתה של מתקפה מונעת ראויה יותר.³²⁷ נראה אפוא שהמוטו "מניעה עדיפה על תרופה"³²⁸ הולם גם את העידן הגרעיני, בשל פוטנציאל ההרס העצום של הנשק הגרעיני.³²⁹ שנית, זמן תגובה קצר – דרישת המידיות מניחה כי גם כאשר פער הזמנים בין האיום לבין המתקפה קצר, תתאפשר תגובה הגנתית נגדית יעילה.³³⁰ הנחה זו אינה מציאותית בעידן המודרני, עם הטכנולוגיה המתקדמת המאפשרת שיגור טילים במהירות, בדיוק ובחשאי.³³¹ כיום פער הזמנים בין מתקפה פוטנציאלית לבין מתקפה ממשית הוא מזערי הלכה למעשה, כשידוע שטיל בליסטי מסוגל לחצות יבשות בפחות משעה.³³² נוסף על כך, קביעת הזמן המדויק שבו יתממש איום של מתקפה בנשק גרעיני בליסטי אינה קלה. כפי שאישטבן פוגני (Istvan Pogany) ממחיש, גם מדינות בעלות אמצעים מודיעיניים מתקדמים כשלו בגילוי מתקפות קונוונציונליות. הבעיה רק מחריפה כאשר מדובר במתקפת פתע גרעינית (למשל, שיגור טיל גרעיני בליסטי), אשר אינה מלווה בהכרח בפעילות פיזית

- 326 Greenwood, לעיל ה"ש 9, בעמ' 16.
- 327 ראו Murphy, לעיל ה"ש 64, בעמ' 715–717; David A. Sadoff, *Striking a Sensible Balance on the Legality of Defensive First Strikes*, 42 VAND. J. TRANSNAT'L L. 441, 458–459 (2009).
- 328 Lawrence Freedman, *Prevention, Not Preemption*, 26 WASH. Q. 105, 113 (2003).
- 329 ראו Sloss, לעיל ה"ש 14, בעמ' 54; Roberts, לעיל ה"ש 163, בעמ' 483; Newcomb, לעיל ה"ש 163, בעמ' 603; Roger K. Smith, *The Legality of Coercive Arms Control*, 19 YALE J. INT'L L. 455, 455 (1994).
- 330 Mark L. Rockefeller, *The "Imminent Threat" Requirement for the Use of Preemptive Military Force: Is It Time for a Non-Temporal Standard?*, 38 DENV. J. INT'L L. & POL'Y 131, 139 (2004).
- 331 ראו William C. Bradford, *"The Duty to Defend Them": A Natural Law Justification for the Bush Doctrine of Preventive War*, 79 NOTRE DAME L. REV. 1365, 1390–1391 (2003); Louis J. Capuzzuto, Note, *Preemptive Strikes Against Nuclear Terrorists and Their Sponsors: A Reasonable Solution*, 14 N.Y. L. SCH. J. INT'L & COMP. L. 375, 392 (1993); Vytautas Kacerauskis, *Can A Member of the United Nations Unilaterally Decide to Use Preemptive Force Against Another State Without Violating the UN Charter?*, 2 INT'L J. BALTIC L. 73, 89 (2005).
- 332 Pogany, לעיל ה"ש 73, בעמ' 97; Nydell, לעיל ה"ש 11, בעמ' 486.

הנחתת לזיהוי עד לשיגור עצמו.³³³ מכיוון שההבדל בין איום מידי לבין מתקפה יכול להיות דק עד מאוד (ולמעשה פער הזמנים האמור נעלם לו), למדינות אין אפשרות אמיתית לעמוד בדרישת המידיות, וזו חייבת להיות מותאמת להשלכותיו של הנשק הגרעיני.³³⁴ שאם לא כן, בזמן שבו יהיה אפשר לקבוע כי מתקפה גרעינית עומדת להתחיל או כבר החלה, ייתכן שיהיה מאוחר מדי לנקוט פעולה יעילה כלשהי.³³⁵ בצירוף הגורם הראשון של עצמת האיום, חישוב מוטעה בנוגע למתקפה גרעינית אפשרית עלול להסתיים במותם של מיליונים. הדרישה כי על מדינה להמתין עד שיתהווה איום גרעיני מידי בטרם תוכל להגן על עצמה באופן חוקי נראית קשה מנשוא לנוכח סדר גודלם ואי־ודאותם של הסיכונים.³³⁶ שלישיית, מידיות לעומת מידתיות – מתקפה קונוונציונלית נגד כור פעיל לייצור פלוטוניום או מתקן פעיל לעיבוד־מחדש תגרום ככל הנראה למספר הרוגים אדיר ולנזק רדיואקטיבי חמור לסביבה הקרובה. כדי למנוע תוצאות מסוג זה, על מתקפה כאמור חייבת לפני שהחומר הגרעיני מוכנס לתוך המתקן.³³⁷ לאחר המתקפה באוסיראק טענה ישראל כי אף שמתקפה עיראקית לא הייתה או מידית, אילו חיכתה ישראל עד שהכור יהיה פעיל, הייתה המתקפה גורמת לענן רדיואקטיבי מסוכן ולמספר הרוגים רב בהרבה.³³⁸ חלק מהמחקרים אמנם דחו את האפשרות של היחשפות לקרינה בעקבות תקיפת הכור,³³⁹ אולם הסוכנות הבין־לאומית לאנרגייה אטומית קבעה היא עצמה, לאחר המתקפה באוסיראק, כי מתקפה חמושה על מתקן גרעיני עלולה לגרום לפליטה רדיואקטיבית עם השלכות חמורות.³⁴⁰ לכן בעידן הגרעיני, בין שני הגורמים הללו – מידתיות ומידיות – קיים מתח שתומך בהגמשת דרישת המידיות. אם קיימת ודאות בנוגע למתקפה גרעינית, ומתקפה מוקדמת עשויה למנוע את מותם של אזרחים, אזי על המידתיות לגבור על המידיות (מובן שאם אין ודאות, הדרך העדיפה היא לא לתקוף כלל).³⁴¹ כל מסקנה אחרת משמעה שכאשר

- Pogany, לעיל ה"ש 73, בעמ' 106–105. 333
 Polebaum, לעיל ה"ש 10, בעמ' 217–214, Sadoff; לעיל ה"ש 327, בעמ' 460–459. 334
 Arend, לעיל ה"ש 80, בעמ' 96. 335
 Silverberg, לעיל ה"ש 71, בעמ' 87–86. 336
 Sloss, לעיל ה"ש 14, בעמ' 45–43. 337
 ראו אצל Nydell, לעיל ה"ש 11, בעמ' 482; Polebaum, לעיל ה"ש 10, בעמ' 211; 338
 Eichensehr, לעיל ה"ש 7, בעמ' 73; Shoham, לעיל ה"ש 89, בעמ' 196, 222–221; 339
 ALEXANDROV, לעיל ה"ש 64, בעמ' 162. 340
 ראו אצל Nydell, לעיל ה"ש 11, בעמ' 482. 339
 GC(XXI)/RES/475; October 5, 1987, מצוטט אצל Ghanbari, לעיל ה"ש 309, בעמ' 9, 11, 13 (הטוען כי ככל שתוצאותיה של מתקפה קונוונציונלית על מתקני גרעין חמורות כמתקפה גרעינית, יש לסווג מתקפה כאמור כגרעינית). 340
 Louka, לעיל ה"ש 240, בעמ' 29–30: "Unilateral surgical attacks like those at Osiraq and Al Kibar may have become a better (possibly optimal) way to deal with an enemy, rather 341

מדובר במתקפה על מתקנים גרעיניים, מתקפה מונעת תהיה אסורה כמעט תמיד, כי עמידה בדרישת המידיות תהפוך בהכרח את המתקפה ללא מידתית, ולהפך – שמירה על דרישת המידיות תוביל להפרה של דרישת המידיות. הגמשת תנאי המידיות – כפעולה של התרת האסור כדי שהמותר לא ייהפך לאסור – תחזק אפוא את דרישת המידיות.

לסיכום נקודה זו, יסוד המידיות הוא המבחין בין הגנה עצמית מקדימה לבין הגנה עצמית מונעת.³⁴² בנסיבות של פיתוח נשק להשמדה המונית יש להעניק לתנאי המידיות פרשנות גמישה יותר, שתאפשר מתקפה מונעת. מבחן המידיות, לפי פרשנות גמישה יותר, אינו מתייחס למידיותה של המתקפה עצמה, אלא שואל: "מתי אויב שבכוונתו לתקוף ירכוש את היכולת לתקוף בלי אזהרה"? איום מידי יוגדר כמצב שבו מדינת אויב עם כוונה לתקוף עומדת לרכוש תוך זמן קצר יכולת מתקפה ללא אזהרה מראש. במילים אחרות, לא המתקפה היא האיום המידי אלא רכישת היכולת לתקוף באופן מידי.³⁴³

אני מסכים אפוא עם הנס הופמייסטר (Hannes Hofmeister) כי היצמדות לדרישת המידיות מעדיפה פרשנות מילולית על תכליתו של הכלל. התכלית היא הגבלת השימוש בכוח למטרת הגנה רק בנסיבות שבהן קיימת סבירות נמוכה מאוד שהשימוש בכוח יעשה בשוגג, קרי אל מול תפיסה שגויה של איום. לכן הדגש הוא בנחיצות ובוודאות, ופחות במידיות.³⁴⁴ דרישת מידיות גמישה יותר תקל על המדינות ליישם את המשפט הבין-לאומי ותחזק את תנאי המידיות והנחיצות.³⁴⁵

פרשנות גמישה כאמור לדרישת המידיות אינה חפה מבעיות: ראשית, מבחינת מדיניות משפטית ראויה באשר לאי-הפצה של נשק גרעיני, מתן אפשרות למתקפה מונעת ייצור דווקא תמריץ הפוך למדינות להאיץ תכניות לפיתוח נשק להשמדה המונית. מדינה הסבורה כי היא "הבאה בתור" למתקפה מונעת תפתח במירוץ להשגת נשק כאמור כדי למנוע

than an all-out armed attack. Emphasis must be placed on the surgical ("clean") nature of such unilateral acts, which meet the requirements of proportionality that should guide self-defense actions and, in general, jus in bello"

Green, לעיל ה"ש 100, בעמ' 469.

343 ראו Thomas R. Anderson, *Legitimizing the New Imminence: Bridging the Gap Between the Just War and the Bush Doctrine*, 8 GEO. J. L. & PUB. POL'Y 261, 276–278 (2010)

Schloss, לעיל ה"ש 241, בעמ' 582–581.

344 Hannes Herbert Hofmeister, *Neither the 'Caroline Formula' nor the 'Bush Doctrine'—An Alternative Framework to Assess the Legality of Preemptive Strikes*, 2 U. NEW ENG.

Rockefeller, לעיל ה"ש 330, בעמ' 145–142.

345 Polebaum, לעיל ה"ש 10, בעמ' 217–214. לקריאה נוספת להגמיש את תנאי המידיות ראו Michael Skopets, *Battered Nation Syndrome: Relaxing the Imminence Requirement of Self-Defense in International Law*, 55 AM. U. L. REV. 753, 774–783 (2005–2006)

מתקפה כזו.³⁴⁶ שנית, נטען כי הגמשת תנאי המידיות עלולה לרוקן את איסור השימוש בכוח מתוכן, להוביל למדרון חלקלק, לניצול לרעה, לחוסר ודאות, להיעדר יציבות ולהגברת הסתברותם של עימותים רציניים עד כדי העמדת העולם כולו בסכנה.³⁴⁷ אלה קשיים אמתיים. עם זאת הפתרון הוא חיזוק מתמיד של מערך הפיקוח והאכיפה של משטר אי-ההפצה של הנשק הגרעיני. באשר לטיעון "הניצול לרעה", נזכיר שוב כי כל זכות ניתנת לניצול לרעה. גם הכלל המסורתי בדבר הגנה עצמית מקדימה פתוח לניצול לרעה, מכיוון שהוא מושתת על תנאי סובייקטיבי – הערכת המדינה את האיום שהיא ניצבת מולו. לכן הסכנה של ניצול לרעה של ההגנה העצמית המונעת אינה גדולה מהסכנה של ניצול לרעה של ההגנה העצמית המקדימה.³⁴⁸ יתר על כן, כדי לצמצם את הפתח לניצול לרעה, יש לזכור כי ההגמשה, כפי שהיא מוצעת כאן, תקפה רק לעניין מתקנים לפיתוח נשק להשמדה המונית. חשוב מכך, הגמשת תנאי המידיות תפוצה על ידי הקשחת דרישות המידיות והנחיצות אף מעבר לדרוש כיום. נוסף על התנאים המחייבים מדינה השוקלת מתקפת מנע למצות תחילה אפשרויות אחרות שאינן אלימות, ולאחר מכן להגביל את מתקפת המנע שלה למתקנים כאמור ולפעול למזעור מספר הנפגעים, תידרש המדינה התוקפת לראיות חזקות, ברורות ומשכנעות שהמדינה המאיימת מפתחת נשק גרעיני ומתכוונת להשתמש בו נגדה, ולהציג בפומבי.³⁴⁹

346 Hofmeister, לעיל ה"ש 344, בעמ' 44.

347 Kelly J. ; 444 בעמ' 444, Vatanparast, לעיל ה"ש 26, בעמ' 790, Quigley, לעיל ה"ש 76, בעמ' 444; Malone, *Preemptive Strikes and the Korean Nuclear Crisis: Legal and Political Limitations on the Use of Force*, 12 PAC. RIM L. & POL'Y J. 807, 834 (2003); Tim Bakken, *Nations' Use of Force*, 157 בעמ' 157. ראו גם ALEXANDROV, לעיל ה"ש 64, בעמ' 157. המציין כי אם יוגמש תנאי המידיות, תגבר נטייתן של מדינות לתקוף מדינות חזקות יותר או בעלות נשק עצמתי יותר: "Israel, possessing nuclear weapons, would be very unlikely to attack Iran now if Iran planned to attack Israel with only conventional weapons in the future. However, Iran's present intention to attack Israel as soon as Iran develops a nuclear weapon creates a much more dangerous threat to Israel and makes it more likely that Israel will attack now. Under an expanded definition of imminence, Israel may conclude that an Iranian attack with a nuclear weapon atop a ballistic missile is somehow 'imminent,' even though it is objectively years away"

348 Reisman, לעיל ה"ש 186, בעמ' 84, 88. לדחייה כללית של טיעון ה"ניצול לרעה" ראו לעיל ליד ה"ש 86.

349 ראו Hofmeister, לעיל ה"ש 344, בעמ' 44. השור Amos N. Guiora, *Anticipatory Self-Defense and International Law – a Re-Evaluation*, 13 J. CONF. & SEC. L. 3 (2008) (על המשפט הבין-לאומי לאפשר פעולה מונעת בתנאי שקיים מידע מודיעיני מספיק); FLETCHER & OHLIN, לעיל ה"ש 310, בעמ' 169 (על שימוש בכוח לפני איום מידי להתבסס על ראיות

מוטב כמובן שמתקפה מונעת כזו תהיה קולקטיבית, בחסות מועצת הביטחון.³⁵⁰ חשוב גם לציין כי מועצת הביטחון יכולה לעקוף את הקשיים של התאמת דוקטרינת ההגנה העצמית המסורתית לעידן המודרני, שכן מועצת הביטחון אינה כבולה על ידי תנאי המידיות, ויכולה לאשר שימוש בכוח נגד מדינה חורשת-רעה המפתחת נשק להשמדה המונית אף מבלי להמתין עד אשר האיום יהא מידי.³⁵¹ אולם בהתחשב במבנה של מועצת הביטחון ובהרכבה, אישור להשתמש בכוח נגד מתקני גרעין נראה בלתי אפשרי בנסיבות מסוימות.³⁵² אין זה אומר שמנגנון הביטחון הקולקטיבי מיותר; כל שנשען הוא כי כאשר מנגנון זה אינו מסוגל להקנות למדינה ביטחון ראוי, נדמה כי בנסיבות מסוימות יש להקנות למדינה מרחב פעולה להשגת ביטחון זה.³⁵³ בהתחשב במסוגלותם של כלי נשק גרעיניים לגרום להרס פתאומי ועצום, ובהיעדר מנגנון של ביטחון קולקטיבי, אין למדינות בררה אלא לשקול מתקפה מונעת חד-צדדית לצורך הגנה על קיומן בנסיבות קיצוניות.³⁵⁴

- פומביות); בנבנשתי, לעיל ה"ש 188, בעמ' 13-14: "יש לנסות להגדיר כללים... שיגדירו את שיקול הדעת בשאלה אם קמה נחיצות מיידית ומכריעה שאינה מותירה שהות לשיקול דעת. כללים אלה ידונו בהתקיימות של איום ממשי בממד הטכנולוגי (היכולת לתקוף) ובהתקיימות של כוונה להוציא את האיום לפועל, במיוחד לנוכח ההתנהגות של המשטר המאיים בעבר... שיקולים נוספים יהיו עוצמתו של האיום, וכמובן היכולת לסכל את האיום באמצעים לא צבאיים. גם שאלת היעילות של הפעולה הצבאית היא משתנה רלוונטי: פעולה צבאית שאינה יעילה, שנוקה עולה על תועלתה, לא יכולה להיחשב ל"נחוצה". בכל אלה יש להתבסס על ראיות מבוססות שתוכלנה לשכנע את הקהילה הבינלאומית בנחיצות הפעולה המסכלת".
- 350 Sloss, לעיל ה"ש 14, בעמ' 54. למשל, אפשר לטעון כי אם קיימות ראיות מבוססות המצדיקות מתקפה צבאית מונעת, יש להביאן לפני מועצת הביטחון, היכולה לאשר פעולה צבאית. ראו אצל בן-ארי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 510 ה"ש 43, וההפניות שם.
- 351 Thomas M. Franck, *The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in An Age of Power Disequilibrium*, 100 AM. J. INT'L L. 88, 105 (2006). ראו גם Allan S. Weiner, *The Use of Force and Contemporary Security Threats: Old Medicine for New Ills?*, 59 STAN. L. REV. 415 (2006).
- 352 Maggs, לעיל ה"ש 30, בעמ' 472. ראו בנבנשתי, לעיל ה"ש 188, בעמ' 11: "מועצת הביטחון... נשלטת בידי חמש מדינות, החברות הקבועות בה, ודי שאחת מהן תתנגד לפעולה ומועצת הביטחון תישאר משותקת ולא תצא להגנת המדינה המותקפת".
- 353 Julius Stone, *Force and the Charter in the Seventies*, 2 SYRACUSE J. INT'L L. & COM. 1, 4-5 (1974).
- 354 Silverberg, לעיל ה"ש 71, בעמ' 57. כן ראו Newcomb, לעיל ה"ש 163, בעמ' 621, 633; Roberts, לעיל ה"ש 163, בעמ' 518; Smith, לעיל ה"ש 329, בעמ' 507.

ה. סיכום

איראן גרעינית מהווה איום ברור על ישראל, אשר נראה ממשי במיוחד לנוכח הרטוריקה האנטי-ישראלית הקיצונית של מנהיגי איראן. לכן ישראל מתכוננת לאפשרות שכל דרכי הפעולה האחרות ייכשלו, ושמתקפה צבאית תיוותר האפשרות היחידה למנוע מאיראן השגת נשק גרעיני. אין במאמר זה משום הבעת עמדה באשר לשאלה אם ישראל צריכה לתקוף את מתקני הגרעין באיראן. השלכותיה של מתקפה זו – בין שתצלח ובין שלא – יכולות להיות הרוות גורל, אך התוצאות של נשק גרעיני בידי איראן יכולות להיות חמורות לא פחות. מטרתו של מאמר זה היא לבחון את חוקיותה של מתקפה כאמור. הניתוח שהוצג במאמר זה מראה כי מתקפה מונעת ישראלית על מתקני הגרעין באיראן אינה יכולה לקבל תמיכה משפטית משכנעת לפי הטיעונים המשפטיים הקיימים, ובמרכזם טיעון ההגנה העצמית. זכות להגנה עצמית אינה יכולה לקום על יסוד הנחות, חשדות או פחד, וטיעון של הגנה עצמית מקדימה אינו יכול להתקבל בעת הזו, בעיקר משום שאיראן עדיין אינה מהווה איום מידי על ישראל.³⁵⁵ טיעון של הגנה עצמית מונעת גם הוא אינו קביל, שכן זו עדיין אינה מוכרת כחריג חוקי לאיסור השימוש בכוח.

לנוכח האפשרות של מתקפה גרעינית עתידית, אך בכפוף למשפט הבין-לאומי, הדילמה הישראלית מדגימה את הפער הגדול שקיים בין צרכי הביטחון הממשיים של מדינות מסוימות בעידן הגרעין לבין ההגנה שהמשפט הבין-לאומי מספק.³⁵⁶ על כן מתעורר הצורך בפתרון משפטי שלא יעמיד מדינות במצב הבלתי אפשרי של בחירה בין הפרת המשפט הבין-לאומי לבין הסתכנות בהשמדה. דטרמיניזם ג'אלפוליטיק מלמדנו כי בדילמה זו, בהיעדר פתרון משפטי, יש להניח כי האינטרסים של המדינה יגברו על המגבלות הקיימות במשפט הבין-לאומי.³⁵⁷

355 DINESTEIN, לעיל ה"ש 52, בעמ' 191. מידיות היא המגבלה המשפטית העיקרית על שימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית מקדימה כנגד מתקנים לפיתוח נשק להשמדה המונית. ראו JOYNER, לעיל ה"ש 203.

356 Daniel H. Joyner, *Jus Ad Bellum In The Age of WMD Proliferation*, 40 THE GEO. WASH. INT'L L. REV. 233, 246–247 (2008).

357 RACHEL BZOSTEK, WHY NOT PREEMPT?: SECURITY, LAW, NORMS AND ANTICIPATORY MILITARY ACTIVITIES 82 (2008). ראו גם Michael J. Glennon, *The Fog of Law: Self-Defense, Inherence, and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter*, 25 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 539, 540–541 (2002): "The international system has come to subsist in a parallel universe of two systems, one de jure, the other de facto. The de jure system consists of illusory rules that would govern the use of force among states in a platonic world of forms, a world that does not exist. The de facto system consists of actual state practice in the real world, a world in which states weigh costs against

ההכרעה איזו פעולה תיחשב אקט לגיטימי של הגנה עצמית היא שאלה קשה בעידן הגרעיני. מאמר זה טוען כי ישראל יכולה לראות במתקפה על מתקני הגרעין של איראן משום פעולה לגיטימית – גם אם לא חוקית – וזאת כביקורת על המשפט הבין-לאומי וכקריאה להתאמתו להתפתחות הטכנולוגית. זמן התגובה המופחת על איומים פוטנציאליים, היכולת ההרסנית הפוטנציאלית של נשק גרעיני והאסון הכבד העלול להיגרם ממתקפה של כורים גרעיניים שכבר פעילים – כל אלה מחייבים את התאמתה של התפיסה המסורתית של הגנה עצמית לנסיבות המודרניות של נשק גרעיני. על המשפט להיערך לחשיבה מחודשת בעידן הגרעיני. בהקשר זה ראוי להביא את דבריו המפורסמים של אלברט איינשטיין:

The unleashed power of the atom has changed everything save our modes of thinking, and thus we drift toward unparalleled catastrophe... [A] new type of thinking is essential if mankind is to survive.³⁵⁸

מכיוון שברור כי "משפט העמים אינו דורש משום מדינה להתמתין המתנה סבילה להשמדתה"³⁵⁹, מאמר זה בדעה כי פרשנות נוקשה של נוסחת קרוליין המסורתית אינה מתאימה לעידן הגרעיני, המחייב הגמשת תנאי המידיות המסורתי כדי לאפשר, בנסיבות מסוימות, הגנה עצמית מונעת כנגד מתקנים גרעיניים. האנייה קרוליין שקעה במפלי הניאגרה לפני כ-175 שנים. יש להניח לה במעמקים ולתת לנוסחת קרוליין פרשנות מודרנית המתאימה למאה העשרים ואחת.

benefits in regular disregard of the rules solemnly proclaimed in the all-but-ignored de jure system"

358 מצוטט אצל Smith, לעיל ה"ש 329, בעמ' 507.

359 Beres 1996–1997, לעיל ה"ש 113, בעמ' 92; Beres 1995–1996, לעיל ה"ש 113, בעמ' 200–199.