

משפט וביטחון לאומי

סוגיות נבחרות

פנינה שרביט ברוך וענת קורץ, עורכות



מזכר 133

INSS

המכון למחקרי ביטחון לאומי

THE INSTITUTE FOR NATIONAL SECURITY STUDIES

INCORPORATING THE JAFFEE
CENTER FOR STRATEGIC STUDIES



TEL AVIV UNIVERSITY
האוניברסיטה תל אביב

משפט וביטחון לאומי

סוגיות נבחרות

פנינה שרביט ברוך וענת קורץ, עורכות

INSS המכון למחקרי ביטחון לאומי (חל"צ)

המכון למחקרי ביטחון לאומי, המשלב בתוכו את מרכז יפה למחקרים אסטרטגיים, הוקם בשנת 2006.

למכון שתי מטרות מוצהרות: הראשונה היא לערוך מחקרים בסיסיים בנושאי הביטחון הלאומי של ישראל, המזרח התיכון והמערכת הבינלאומית, וזאת על פי אמות המידה האקדמיות הגבוהות ביותר, והשנייה היא לתרום לדיון הציבורי ולעבודת הממשל בנושאים שנמצאים, או ראוי שיימצאו, בראש סדר היום הביטחוני של ישראל. קהל המטרה של המכון הוא דרג מקבלי ההחלטות, מערכת הביטחון, מעצבי דעת הקהל בישראל, הקהילה האקדמית העוסקת בתחומי הביטחון בישראל ובעולם, והציבור המתעניין באשר הוא.

המכון מפרסם מחקרים שהוא מצא כראויים לתשומת הלב הציבורית, תוך שמירה על מדיניות נוקשה של אי משוא פנים. הדעות המובעות בפרסומים הן של המחברים בלבד, ואינן משקפות בהכרח את עמדות המכון, נאמניו או האישים והגופים התומכים בו.

משפט וביטחון לאומי

סוגיות נבחרות

פנינה שרביט ברוך וענת קורץ, עורכות

מארס 2014

מזכר 133

Law and National Security

Selected Issues

Pnina Sharvit Baruch and Anat Kurz, editors

המכון למחקרי ביטחון לאומי (חברה לתועלת הציבור)

חיים לבנון 40

ת.ד. 39950

רמת-אביב

תל-אביב

טל. 03-6400400

פקס. 03-7447590

דוא"ל: info@inss.org.il

אתר המכון: <http://www.inss.org.il>

ISBN: 978-965-7425-56-5

כל הזכויות שמורות © פברואר 2014

הביא לדפוס: משה גרונדמן

עיצוב גרפי: מיכל סמו־קובץ ויעל ביבר, המשרד לעיצוב גרפי, אוניברסיטת תל-אביב

עיצוב העטיפה: יעל כפיר, המשרד לעיצוב גרפי, אוניברסיטת תל-אביב

דפוס: אלינור, כתח תקווה

תוכן העניינים

7	הקדמה
	השימוש בנשק כימי נגד אזרחי סוריה – האם מצדיק התערבות כוחנית?
9	פנינה שרביט ברוך וברנדון ווינשטוק
	האם תיתכן הדדיות במלחמה נגד הטרור?
25	רובי סיבל
	סיכולים ממוקדים בלחימה בעצימות גבוהה ונמוכה
35	עדו רוזנצוויג
	משפטנים בלחימה – מי צריך אותם בכלל?
45	זיו בורר
	החלת המשפט ההומניטארי הבינלאומי על לוחמת הסייבר
57	איתן דיאמונד
	העימות בוועידת WCIT-12 בדובאי: על חופש מידע, זכויות גישה וביטחון קיברנטי
73	דבורה האוסן-כוריאל
	אתגר ההגנה על אסדות הקידוח הימיות מפני מתקפות טרור – ההיבט המשפטי
91	אסף הראל
	דוקטרינת סודות המדינה – מדוקטרינה ראייתית לחסינות הממשל האמריקאי מפני ביקורת שיפוטית
107	גלית רג'ואן

הקדמה

"כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות. אך גם כאשר התותחים יורים חייב המפקד הצבאי לשמור על החוק. כוחה של חברה לעמוד כנגד אויביה מבוסס על הכרתה, כי היא נלחמת עבור ערכים הראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה".
(בג"ץ 168/91 מורכס נ' שר הביטחון)

דברים אלה נכתבו על ידי נשיא בית המשפט העליון לשעבר, אהרן ברק, לפני למעלה מעשרים שנה. תפיסה זו מנחה את מדינת ישראל גם היום. גישה זו משקפת הבנה כי המשפט והביטחון הלאומי אינם מוציאים זה את זה אלא משלימים זה את זה, וכי בחברה מתוקנת ודמוקרטית אי-אפשר להסתפק באחד ולא באחר. היבטים משפטיים משחקים תפקיד חשוב בזירה הבינלאומית ומשפיעים, הן על האופן בו נבחנות פעולותיהן של מדינות המבוצעות בזירה הפנימית והן על היחסים וההתנהלות בזירה הבינלאומית. מדינה הרואה עצמה חברה בקהילה הבינלאומית חייבת אפוא להתייחס גם להיבט המשפטי בהקשר הביטחוני כדי להיות ערוכה לשיח המשפטי המחלחל לתוך המישור המדיני וכדי למצות את מלוא היתרונות הגלומים בביצוע פעולות שתכליתן הגנה על אינטרסים ביטחוניים-לאומיים. קובץ מאמרים זה מוקדש לניסיון להאיר היבטים שונים של הממשק בין תחום המשפט לבין הביטחון, הן במישור הלאומי-פנימי והן במישור הבינלאומי. מכיוון שביטחון הוא מושג רחב, הכולל בחובו תחומים רבים, אף המשפט העוסק בביטחון משתרע על מגוון רב של נושאים, כפי שמעיד מבחר המאמרים שבקובץ. במסגרת ההסדרה של עימותים מזוינים, שאלות משפטיות מתעוררות כבר בשלב ההחלטה על עצם השימוש בכוח. היבט חשוב זה של הסוגיה נדון במאמר הפותח את הקובץ, אשר נכתב על ידי פנינה שרביט ברוך וברנדון ווינשטוק. מאמר זה מתמקד בחוקיות של ההחלטה להשתמש בכוח נגד משטרו של בשאר על-אסד בעקבות השימוש שנעשה בנשק כימי נגד אזרחים במהלך המלחמה המתחוללת בסוריה. תוך כדי העימות המזוין, מתעוררות שאלות משפטיות רבות לגבי אופן הלחימה. שלושה מאמרים בקובץ מציגים זוויות שונות של דילמות משפטיות העולות בהקשר

זה. במאמר שנכתב על ידי רובי סיבל נבחנת תחולת הכללים המשפטיים במצב שצד אחד אינו מקיימם, ובפרט בהקשר של מאבק נגד גורמים לא-מדינתיים. מאמרו של עדו רוזנצווייג דן בדילמות משפטיות הכרוכות בסוגיית הסיכולים הממוקדים בלחימה בעצימות גבוהה ונמוכה. שאלות נוספות, שחוזרות ועולות, עוסקות בעצם תפקידו של היועץ המשפטי בגיבוש החלטות אופרטיביות בעת הלחימה. מאמרו של זיו בורר מתמקד בהן ובמענה להן.

ההתפתחויות הטכנולוגיות של השנים האחרונות הובילו לפיתוח של זירת מאבק חדשה, היא זירת הסייבר, שהמודעות לסכנות הגלומות בה הולכת וגוברת. באופן טבעי מתעוררות בעקבות כך שאלות משפטיות מורכבות. מאמרו של איתן דיאמונד דן בתחולתם של דיני העימות המזוין על לוחמת הסייבר. מאמרה של דב האוסן כוריאלי מנתח את ההיבטים המשפטיים של הסדרת המשילות באינטרנט ואת השלכותיה של הסדרה זו בכל הנוגע לביטחון בתחום הסייבר.

תחום אקטואלי נוסף, בעל השלכות כלכליות מרחיקות לכת, הוא זה של אבטחת קידוחי גז בלב ים. אסף הראל בוחן במאמרו את הדרך בה ניתן, מבחינה משפטית, להעניק מענה לאיומים אפשריים על קידוחים כאלה.

לא אחת, בתי המשפט נזקקים לאזן בין אינטרסים ביטחוניים לזכויות אחרות של המתדיינים בפניהם ושל הציבור בכללו. מאמרה של גלית רג'ואן, החותם את הקובץ, מאיר את אחד ההיבטים המרכזיים של נושא זה – ההתמודדות עם ראיות, שהן חסויות מטעמים ביטחוניים.

רוחב היריעה המכוסה על ידי המאמרים הכלולים בקובץ זה מהווה עדות להיקף הנרחב של דילמות משפטיות המושפעות מהביטחון הלאומי ומשפיעות על קבלת החלטות לגביו. הבנת ההקשר המשפטי של היבטים ביטחוניים נחוצה למקבלי ההחלטות על מנת שיוכלו לגבש מדיניות, שתביא בחשבון את כל ההיבטים הרלבנטיים ותתבסס עליהם. המשפט הוא אחד מהיבטים אלה. חוסר התייחסות אליו עלול להוביל להחלטות שיהיה גלום בהן נזק מדיני וביטחוני, באותה מידה שהתעלמות מהיבטים אופרטיביים חיוניים עלולה לפגוע בביטחון הלאומי.

אנו תקווה שהבחינה המגוונת המוצעת בקובץ זה של הקשר בין המשפט לבין הביטחון, כפי שהוא בא לידי ביטוי בזירת הביטחון הלאומי של מדינות וכן בזירה הבינלאומית, תשכיל את העוסקים במלאכה, ביחס לנושאים הנידונים במאמרים עצמם ובאופן כללי יותר, לגבי האופן בו יש לשלב בין שני התחומים. תודה מיוחדת נתונה לאדם ברוזה ולקרן אבירם, אשר סייעו רבות בעריכת קובץ זה.

פנינה שרביט ברוך, ענת קורץ

מארס 2014

השימוש בנשק כימי נגד אזרחי סוריה - האם מצדיק התערבות כוחנית?

פנינה שרביט־ברוך וברנדון ווינשטוק

ב־21 באוגוסט 2013 עשתה ממשלת סוריה שימוש בנשק כימי נגד אזרחיה, וכתוצאה מכך נהרגו למעלה מאלף בני־אדם במתקפה אחת.¹ בעקבות אירוע מחריד זה, מספר מדינות מערביות, במיוחד ארצות־הברית, שקלו לתקוף את סוריה ללא אישור מטעם מועצת הביטחון של האו"ם. מהלך זה עורר בקרב המשפטנים דיון סוער בנוגע לבסיס המשפטי של מתקפה כזו על פי הדין הבינלאומי.

בסופו של דבר, המבצע הצבאי לא יצא לפועל ברגע האחרון. הליכים דיפלומטיים אינטנסיביים שנועדו למנוע את השימוש בכוח, תוך מתן מענה לצורך בהשמדת מצבורי הנשק הכימי של סוריה, הובילו לאימוץ החלטה 2118 של מועצת הביטחון של האו"ם מיום 27 בספטמבר 2013.² החלטה זו דורשת, בין היתר, גילוי והשמדה מואצים של כל הנשק הכימי בסוריה, וקובעת כי במקרה של אי־ציות, יינקטו צעדים בהתאם לפרק VII למגילת האו"ם. פרק זה מאפשר למועצת הביטחון לנקוט נגד מדינה הן אמצעים כוחניים (סעיף 42) והן אמצעים לא־כוחניים (סעיף 41). כך, על פי ההחלטה, לשם נקיטת צעדים כוחניים נגד סוריה במקרה של אי־ציות, תידרש החלטה נוספת של מועצת הביטחון. החלטה כזו כפופה לזכות הווטו של חמש החברות הקבועות במועצת הביטחון, הכוללות את סין ורוסיה, שסביר להניח כי ימשיכו לבלום כל מתן אישור לשימוש בכוח נגד סוריה. אם לא תתקבל החלטה כאמור, עשויה אופציית השימוש בכוח צבאי על ידי ארצות־הברית ובעלות־בריתה לשוב ולעלות, ובכך להציף מחדש את הדיון בדבר חוקיותה של פעולה צבאית כזו.

הנשיא אובמה ביטא את העדפתו לפעול בהתאם לסטנדרטים בינלאומיים מתחילת כהונתו כנשיא, והדגיש את חשיבותה של ארצות־הברית בהצבת דוגמה לקהילה

פנינה שרביט־ברוך היא חוקרת בכירה ומנהלת תכנית המחקר 'משפט וביטחון לאומי' במכון למחקרי ביטחון לאומי.

ברנדון ווינשטוק הוא עוזר מחקר במכון למחקר ביטחון לאומי.
המחברים מודים לאדם ברוזה על הערותיו המועילות.

הבינלאומית.³ לפיכך, למרות שההחלטה האמריקאית האם לעשות שימוש בכוח נגד סוריה מבוססת במקרה זה, כמו במקרים אחרים, באופן בלתי-נמנע על שיקולים אסטרטגיים, כמו גם על שיקולים מוסריים, עדיין חשוב להבין גם את ההיבטים המשפטיים הרלוונטיים של הסוגיה. יתר על כן, להבנת ההיבטים המשפטיים של שימוש בכוח ביחס למצב בסוריה יש השלכות רלוונטיות גם למקרים אחרים, אשר בהם השימוש בכוח עלול להישקל בנסיבות המעוררות דילמות דומות.

הבסיס החוקי במשפט הבינלאומי למתקפה צבאית נגד סוריה ללא אישור של מועצת הביטחון של האו"ם רחוק מלהיות חד-משמעי. אי-הבהירות מתחזקת לנוכח העובדה שממשל אובמה נמנע מהצהרה רשמית על עמדתו בדבר הבסיס החוקי למתקפה. רבים מבין המלומדים שהתייחסו לנושא הגיעו למסקנה שאין כל בסיס חוקי במשפט הבינלאומי להתערבות צבאית בסוריה.⁴ אחרים טענו כי פעולה כאמור היא מותרת, בין אם על בסיס הרעיון של התערבות הומניטרית ובין אם על בסיס הצדקות משפטיות אחרות.⁵ כמו כן נשמעו קולות הגורסים כי המשפט הבינלאומי הקיים – ובפרט הנורמות ביחס לשימוש בכוח – אינו מתאים למצב כמו זה השורר בסוריה, וכי יש לפתח סטנדרטים משפטיים חדשים. במאמר זה ננסה להציג ולנתח את העמדות השונות בנושא, תוך התמקדות בחוקיות השימוש בכוח כפועל יוצא מהשימוש הסורי בנשק כימי. לא נעסוק בטענות הקשורות באופן ספציפי להשלכות של אי-ציות פוטנציאלי מצד סוריה להחלטה 2118 של מועצת הביטחון של האו"ם.

השימוש בכוח במגילת האו"ם

סעיף 2 (4) למגילת האו"ם קובע את הכלל הבסיסי לגבי שימוש בכוח, ואוסר על "איום או שימוש בכוח נגד השלמות הטריטוריאלית או העצמאות הפוליטית של כל מדינה, או בכל אופן אחר שאינו עולה בקנה אחד עם מטרות האומות המאוחדות".⁶ בהתאם לכך, כל שימוש בכוח נגד סוריה אסור, אלא אם נמצא בסיס תקף לכך במשפט הבינלאומי. יש לציין כי סעיף 2 (4) לא רק אוסר על שימוש בכוח בפועל, אלא אוסר גם על "איום" של שימוש בכוח. לפיכך, הניתוח שיוצג להלן רלוונטי גם ביחס להצהרות שניתנו על ידי הנשיא אובמה, כמו גם על ידי בכירים אמריקאיים ולא-אמריקאיים אחרים בדבר האיום לתקוף את סוריה, על אף העובדה שלבסוף לא נעשה, כאמור, כל שימוש בכוח צבאי.

סעיף 2 (4) אינו אוסר על מדינה לעשות שימוש בכוח כלפי פנים (כלומר, שימוש בכוח מצד מדינה נגד ארגון חמוש הפועל בתוך שטחה), ואף אינו אוסר על בקשה של מדינה כי מדינות אחרות יעשו שימוש בכוח בתוך שטחה שלה. כך, ניתן לטעון כי אם יש לכוחות האופוזיציה של סוריה שליטה אפקטיבית מספקת בתוך סוריה על מנת להיחשב מבחינה משפטית כממשלה החדשה (או שהם עומדים באופן אחר בקריטריונים

למעמד זה), ביכולתם לבקש סיוע ממדינות אחרות במלחמתם נגד "המשטר הקודם של אסד". בנסיבות מעין אלה, התערבות תוך שימוש בכוח לא תהווה הפרה של סעיף 2 (4) למגילת האו"ם.

בשלבם מוקדמים יותר של הסכסוך בסוריה, הכירו מדינות מסוימות בקואליציה הלאומית של המהפכנים הסוריים ובכוחות האופוזיציה בתור הנציגים הלגיטימיים היחידים של העם הסורי. יחד עם זאת, קיים ספק האם בהכרה הקיימת או בהכרה נוספת באופוזיציה הסורית יש יותר מאשר אקט פוליטי גרידא, בעיקר בשל חוסר הלכידות של כוחות האופוזיציה, השליטה הטריטוריאלית הבלתי־מספקת שלהם בסוריה ואי־היכולת שלהם לשלוט בפועל. כפי שצוין על ידי מחלקת המדינה של ארצות־הברית (ביחס ללוב):

"[i]nternational law focuses on the question of recognition, and recognition tends to follow facts on the ground, particularly control over territory. As a general rule, we are reluctant to recognize entities that do not control entire countries because then they are responsible for parts of the country that they don't control, and we're reluctant to derecognize leaders who still control parts of the country because then you're absolving them of responsibility in the areas that they do control."⁷

מעבר לכך, אפילו אם תתקבל הכרה פוליטית מפורשת בכוחות האופוזיציה, הדבר אינו מסיר בהכרח את ההכרה המשפטית ממשטרו של אסד, במיוחד עקב העובדה שמדינות רבות ממשיכות לקיים יחסים דיפלומטיים עם המשטר, ורואות בו את הממשל הלגיטימי.⁸ לאור זאת, התערבות תוך שימוש בכוח בתוך סוריה נגד משטר אסד בתמיכה בכוחות אופוזיציה חמושים תיחשב, ככל הנראה, כהפרה של הוראת סעיף 2 (4) למגילת האו"ם.⁹

חריגים לאיסור על שימוש בכוח המבוססים על מגילת האו"ם

מגילת האו"ם כוללת שני חריגים לאיסור הכללי על שימוש בכוח: החריג הראשון הוא שימוש בכוח המאושר על ידי מועצת הביטחון של האו"ם על פי פרק VII למגילה, כאשר הדבר "דרוש למען שמירה על או השבת השלום והביטחון הבינלאומיים".¹⁰ דוגמאות לכך ניתן למצוא, למשל, באישור מועצת הביטחון של האו"ם לשימוש בכוח נגד עיראק בשנת 1990,¹¹ ובמבצע נאט"ו בלוב בשנת 2011.¹² יחד עם זאת, נכון למועד זה, רוסיה וסין חסמו כל ניסיון מצד מועצת הביטחון של האו"ם לאשר שימוש בכוח נגד סוריה, והפכו חריג זה לבלתי־יישם.

החריג השני לאיסור על שימוש בכוח הוא הגנה עצמית. סעיף 51 למגילת האו"ם מכיר בקיומה של "הזכות הטבועה להגנה עצמית אינדיווידואלית או קולקטיבית, אם מתרחשת התקפה חמושה".¹³ במלים אחרות, אם מדינה הותקפה, יש לה זכות להגיב תוך שימוש בכוח. סעיף זה מכיר גם ברעיון של "הגנה עצמית קולקטיבית", כלומר, השימוש בכוח על ידי מדינה אחת או יותר, אשר נתבקשו לסייע למדינה שהותקפה להגן על עצמה. עד כה, ארצות-הברית או כל מדינה אחרת מבעלות-בריתה באזור לא היו נתונות להתקפה חמושה.¹⁴ לאזרחים הסוריים המותקפים על ידי ממשלתם שלהם אין זכות חוקית לבקש התערבות תוך שימוש בכוח לשם הגנה עליהם, במסגרת סעיף 51. העובדה שהתקפה חמושה בפועל לא בוצעה איננה סוף הסיפור. מן המקובלות היא כי בנסיבות מסוימות, מותר שימוש בכוח נגד מתקפות צפויות. נראה כי הנשיא אובמה רמז לרעיון זה, כאשר טען כי "אם הלחימה תגלוש אל מעבר לגבולותיה של סוריה, נשק (כימי) זה יכול להוות איום על בעלות-ברית כגון טורקיה, ירדן וישראל".¹⁵ על פי הצהרה זו, האיום אינו בהכרח מוגבל לשימוש בנשק כימי מצד סוריה נגד מדינות אלה, אלא מתייחס גם לכך שנשק זה יכול ליפול לידיהן של קבוצות טרור, אשר עלולות לעשות בו שימוש.¹⁶ הדעה הרווחת היא שטענה משפטית תקפה להגנה עצמית מקדימה (anticipatory self defense), בטרם בוצעה התקפה חמושה בפועל, מחייבת קביעה שלפיה קיימת נחיצות לעשות שימוש בכוח על מנת לסכל התקפה חמושה הקרובה להתממש (imminent). פרשת הספינה 'קרולין' (1837)¹⁷ נחשבת, בדרך כלל, כמשקפת את התנאים הדרושים להגנה עצמית מקדימה, אשר לפיהם מדינה חייבת להראות "צורך מיידי, מכריע, בהגנה עצמית, אשר אינו מותיר כל ברירה לנקיטת אמצעים אחרים או זמן לשקילת העניין".¹⁸ לפיכך, על מנת להעלות טענה בדבר הגנה עצמית מקדימה, האיום חייב להיות קונקרטי, וחייב להיות ברור כי שימוש בכוח הוא האפשרות המעשית היחידה.¹⁹ יתר על כן, הדעה המסורתית משווה בין "מימוש קרוב" (imminence) ל"מיידיות" (immediacy), והמשמעות היא שאיום חייב להיות מיידי על מנת להצדיק מתקפה מונעת. אם נחיל קריטריון זה של מימוש קרוב על הסיכון הפוטנציאלי בהקשר הסורי, ברור כי הוא אינו עומד בדרישה זו. לא היה כל איום מיידי לכך שיעשה שימוש בנשק כימי מצד סוריה נגד מדינות שכנות – בין אם על ידי סוריה עצמה ובין אם על ידי ארגוני טרור ששיגו את הנשק האמור – לא בזמן שארצות-הברית שקלה מתקפה נגד סוריה, ולא במועד כתיבת שורות אלה.

יחד עם זאת, גוברת ההבנה המותחת את גבולות הרעיון של "מימוש קרוב" (imminence), שלפיה שימוש בכוח מניעתי (preemptive) יכול להיות מוצדק כאשר אי-פעולה בזמן נתון תמנע ממדינה את היכולת להגן על עצמה מפני התקפה בעתיד.²⁰ במלים אחרות, "מדינת הקורבן הפוטנציאלית רשאית לפעול תוך שימוש בכוח, אם 'חלון ההזדמנויות' להגן על עצמה באופן אפקטיבי עומד להיסגר".²¹ בדברי הפרשנות

ל'מדריך טאלין' על המשפט הבינלאומי החל על לוחמת סייבר מ-2013, הרעיון של "חלון הזדמנויות" מוסבר ביתר פירוט:

"[t]his window may present itself immediately before the attack in question, or, in some cases, long before it occurs. The critical question is not the temporal proximity of the anticipatory defensive action to the prospective armed attack, but whether a failure to act at that moment would reasonably be expected to result in the State being unable to defend itself effectively when that attack actually starts."²²

העמידה בתנאי של "התממשות קרובה", גם בפרשנותו המרחיבה האמורה, מוטלת בספק ביחס לניתוח המקרה הסורי, שכן בזמן שהמתקפה הצבאית נשקלה, הנשק הכימי נשאר בידי של משטר אסד, ולא היה איום קונקרטי לכך שייעשה בו שימוש נגד כוחות ארצות-הברית או בעלות-בריתה. כמו כן, לא הייתה אינדיקציה ספציפית לכך שהנשק הכימי עומד ליפול לידיהן של קבוצות טרור, אשר עשויות להשתמש בו באופן דומה.²³ לפיכך, נראה כי האיום שתואר לעיל לא היה קונקרטי, ולא היה קרוב מספיק להתממשות בפועל על מנת להצדיק שימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית מונעת, באותה העת שבה נשקלה אפשרות של שימוש בכוח נגד סוריה. טיעון נוסף, המתבסס על הרעיון של הגנה עצמית מניעתית בהקשר הסורי, מתמקד בשימוש בפעולה המונעת נגד האיום הכללי של התמודדות מול נשק כימי בסכסוכים עתידיים. הנשיא אובמה הציג את הרציונל הבא, בהצהירו כי:

"[i]f we fail to act, the Assad regime will see no reason to stop using chemical weapons. As the ban against these weapons erodes, other tyrants will have no reason to think twice about acquiring poison gas, and using them. Over time, our troops would again face the prospect of chemical warfare on the battlefield. And it could be easier for terrorist organizations to obtain these weapons and to use them to attack civilians."²⁴

לעמדתו של ג'ון ב. בלינגר (Bellinger), היועץ המשפטי לשעבר של מחלקת המדינה של ארצות-הברית בממשלו של הנשיא ג'ורג' וו. בוש, טיעון כזה יכול לספק בסיס לפעולה צבאית מניעתית במסגרת משטר ההגנה העצמית הקולקטיבית. לטענת בלינגר, השימוש שעשה המשטר הסורי בנשק כימי נגד אזרחיו מהווה את המניע לזכות השימוש בכוח במסגרת ההגנה העצמית הקולקטיבית, לשם שמירה על השלום והביטחון הבינלאומיים, ועל מנת להרתיע שימוש עתידי בנשק כימי.²⁵ יחד עם זאת, נראה כי טיעון זה אינו מבוסס על המשפט הבינלאומי המנהגי הקיים בנוגע לרעיון

ההגנה העצמית. הרציונל העומד בבסיס השימוש בכוח מניעתי הוא, שניתן לעשות שימוש בכוח נגד מדינה רק כאשר קיים איום שמדינה זו תבצע התקפה חמושה. קשה להתבסס על רציונל זה על מנת להצדיק שימוש בכוח נגד מדינה רק על מנת להרתיעה, קל וחומר – מדינות אחרות, מפני שימוש באמצעי לחימה מסוימים בעתיד.

התערבות הומניטרית (Humanitarian Intervention)

במהלך שני העשורים האחרונים דנים מלומדים רבים בתחום המשפט בשאלה, האם מעבר לחריג ההגנה העצמית, קיימים חריגים נוספים לאיסור על שימוש בכוח ללא אישור של מועצת הביטחון של האו"ם. דיונים אלה מתמקדים בעיקר בחריג הפוטנציאלי של "התערבות הומניטרית". בתמצית, טיעון ההתערבות ההומניטרית מצדיק שימוש בכוח באופן חד-צדדי או רב-צדדי נגד מדינה במקרים קיצוניים, על מנת למנוע אסון הומניטרי, או על מנת להפסיק פגיעה נרחבת בזכויות אדם.²⁶ בריטניה היא תומכת מוצהרת בדוקטרינת ההתערבות ההומניטרית מזה זמן, ובניגוד לארצות-הברית, היא הצהירה באופן פומבי על עמדתה, שלפיה התערבות הומניטרית מהווה בסיס משפטי לשימוש בכוח נגד סוריה, אף ללא אישור של מועצת הביטחון של האו"ם. ב-29 באוגוסט 2013, פרסמה ממשלת בריטניה מסמך המצהיר כי:

"[i]f action in the Security Council is blocked, the UK would still be permitted under international law to take exceptional measures in order to alleviate the scale of the overwhelming humanitarian catastrophe in Syria by deterring and disrupting the further use of chemical weapons by the Syrian regime... Such a legal basis is available, under the doctrine of humanitarian intervention, provided three conditions are met: (1) there is convincing evidence... of extreme humanitarian distress on a large scale requiring immediate and urgent relief; (2)... there is no practicable alternative to the use of force if lives are to be saved; and (3) the proposed use of force must be necessary and proportionate... and must be strictly limited in time and scope.... All three conditions would clearly be met in this case."²⁷

התקדים העיקרי שמובא כבסיס משפטי המצדיק שימוש בכוח למטרות הומניטריות, ללא אישור של מועצת הביטחון של האו"ם, הוא ההתערבות הצבאית של נאט"ו בקוסובו בשנת 1999. הדעות חלוקות ביחס לשאלה, האם מקרה קוסובו אכן יצר נורמה כללית של התערבות הומניטרית. במקום להציג באופן מפורש את ההצדקות המשפטיות להתערבות הצבאית בקוסובו, רבות מהמדינות החברות בנאט"ו בחרו להציג רשימה צרה של גורמים נסיבתיים (כולל הפרות של החלטות קודמות של מועצת

הביטחון, אי-שיתוף פעולה עם בית הדין הפלילי ליוגוסלביה לשעבר (ICTY), מאות אלפי עקורים ועוד), אשר במצטבר הצדיקו שימוש בכוח בקוסובו, חרף לשון מגילת האו"ם. גישה זו, המגבילה את השימוש בכוח בהתאם לנסיבות הייחודיות של אותה מקרה ספציפי, מכונה לעיתים "גישת הגורמים" (factors approach).²⁸

מלומדים אחרים סבורים כי התערבות נאט"ו בקוסובו קבעה, למעשה, תקדים רחב הרבה יותר. סר דניאל בתלהם (Bethlehem), לשעבר היועץ המשפטי הראשי של משרד החוץ הבריטי, טוען כי למרות שרוב מדינות נאט"ו לא הציגו באופן פומבי את ההצדקות המשפטיות להתערבות הצבאית בקוסובו – לא כל שכן, לא התבססו על הטיעון של התערבות הומניטרית – הן התערבו בפועל על בסיס זה.²⁹

בתלהם מנתח מספר תקדימים משפטיים ומגיע למסקנה נוספת, שלפיה העיקרון של התערבות הומניטרית מתקיים במשפט הבינלאומי המנהגי מעבר לנסיבות הספציפיות של מקרה קוסובו.³⁰ עם זאת, עמדתו אינה מקובלת על כולם. ישנן מדינות רבות הטוענות כי התערבות הומניטרית טרם בשלה לכדי חריג משפטי מקובל לאיסור על שימוש בכוח לפי סעיף 2 (4) למגילת האו"ם.³¹ זאת ועוד, העובדה כי ארצות-הברית לא ביססה את איומה לנקוט פעולה צבאית נגד סוריה על רציונל ההתערבות ההומניטרית, והשאירה את בריטניה לבדה כטוענת רשמית להצדקה זו, משמשת עדות להסתייגותה של ארצות-הברית מהכרה בקיומה של נורמה משפטית בינלאומית המתירה התערבות הומניטרית.

לעתים, יש נטייה לבלבל בין רעיון ההתערבות ההומניטרית לבין הרעיון של "אחריות להגן" (R2P). "אחריות להגן" היא דוקטרינה של "משפט רך",³² אשר החלה להתפתח בראשית המאה ה-21, נוסחה במסמך המסכם של הוועידה העולמית של האו"ם בשנת 2005³³ ואומצה בהמשך על ידי מועצת הביטחון של האו"ם.³⁴ דוקטרינת "אחריות להגן" קובעת כי "כל מדינה היא בעלת האחריות להגן על האוכלוסייה שלה מפני רצח עם, פשעי מלחמה, טיהור אתני ופשעים נגד האנושות. אחריות זו דורשת מניעה של פשעים אלה, לרבות הסתה להם, על ידי אמצעים הולמים ונחוצים".³⁵ במקרה שמדינה אינה מציעה הגנה כאמור, או כאשר היא זו שמפעילה למעשה את האלימות, הקהילה הבינלאומית מחויבת להתערב, בין באמצעי שלום ובין באמצעים צבאיים, על מנת לשים קץ לזוועות המבוצעות.³⁶ כך, מקובל כי דוקטרינה זו מהווה הצדקה להחלטת מועצת הביטחון של האו"ם לאשר שימוש בכוח. יחד עם זאת, קיים ספק רב האם דוקטרינת "אחריות להגן" יכולה לשמש בסיס משפטי, המאפשר התערבות הומניטרית ללא אישור של מועצת הביטחון.

אחת הבעיות בהסתמכות על דוקטרינת ההתערבות ההומניטרית בהקשר הסורי היא, שאם זה אכן הרציונל להתערבות הצבאית, הרי שמוקד המבצע אמור היה להיות הקלת המשבר ההומניטרי שבו נתונים האזרחים בסוריה. על פי ההצהרה הרשמית

לעיל של ממשלת בריטניה, לא נראה כי בריטניה מבססת את ההצדקה המשפטית שלה להתערבות צבאית בסוריה על האלימות הנרחבת נגד האזרחים הסוריים כשלעצמה, אלא, באופן שיש בו מן הסתירה הפנימית, היא מגבילה את ההתמקדות שלה רק לסבל שנגרם לאזרחים הסוריים כתוצאה מהשימוש בנשק כימי, אשר, בעוד הוא חמור מאוד וראוי לגינוי, גרם פחות פגיעות בנפש לעומת אלו שנגרמו כתוצאה משימוש בנשק קונבנציונלי.³⁷ בהצהרה לעיל של הנשיא אובמה, נראה כי גם הוא מתמקד בבירור במטרה של הרתעת משטר אסד מפני שימוש עתידי בנשק כימי, ולא בהקלת סבלה של האוכלוסייה האזרחית הסורית. כפועל יוצא אפשר להטיל ספק בכך שמבצע צבאי בסוריה, שנועד אך ורק להרתיע נגד השימוש העתידי בנשק כימי, ממלא אחר הדרישה לבסיס עובדתי המצדיק התערבות הומניטרית.

שימוש בכוח בתגובה לשימוש בלתי-חוקי בנשק כימי?

בטיטת החוק שהוגשה על ידי ממשל אובמה לקונגרס האמריקאי, בנוגע לאישור פעולה צבאית בסוריה על ידי כוחות ארצות-הברית, התמקד הרציונל המוצהר של המבצע הצבאי בשימוש הבלתי-חוקי שנעשה בנשק כימי. המבוא למסמך קובע, בין היתר, כי מטרת השימוש בכוח צבאי שלגביו מתבקש האישור "צריכה להרתיע, לשבש, למנוע ולהקטין את הפוטנציאל לשימושים עתידיים בנשק כימי, או בנשק אחר להשמדה המונית..."³⁸.

לאור זאת מתעוררת השאלה, האם מותר להשתמש בכוח נגד סוריה מאחר שהפרה את האיסור הבינלאומי על שימוש בנשק כימי – איסור המקובל באופן אוניברסלי כחלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי המחייב.³⁹ מצד אחד, נטען כי מוצדק השימוש בכוח על מנת לאכוף נורמה מנהגית זו, משום שהאיסור על שימוש בנשק כימי נחשב ככלל יוס־קוֹנְגְס (כלל בלי-עבור), כלומר, נורמה שהיא כה יסודית במשפט הבינלאומי, עד כדי כך ששום סטייה ממנה אינה מותרת.⁴⁰ ברם, עמדה זו שנויה במחלוקת, משום שהיא עומדת בסתירה לתפיסה שאין לעשות שימוש בכוח על מנת לאכוף התחייבויות בינלאומיות. בהתאם לכך, כל פעולה צבאית שתניקט נגד סוריה מטעם זה תהווה למעשה פעולת תגמול כוחנית – אשר קיימת הסכמה נרחבת כי היא אסורה על פי המשפט הבינלאומי.⁴¹ בהקשר זה, יש הטוענים, כי מעמדה של נורמת היוס־קוֹנְגְס בנוגע לאיסור על השימוש בכוח חזק יותר מאשר זה של הנורמה הקובעת איסור שימוש בנשק כימי.⁴²

להפר את החוק על מנת לייצר את החוק?

עד כה, דנו בנושא מנקודת המבט של המשפט הבינלאומי הפורמלי, בהתבסס על הדין הקיים (*lex lata*). מלומדים מסוימים טוענים, עם זאת, כי אף אם הדין הפורמלי

אוסר שימוש בכוח במקרה כמו זה של סוריה, שימוש בכוח יכול עדיין להיות מוצדק על פי הרציונל של "לא חוקי אך לגיטימי". כדברי אחד הפרשנים: "אלה הטוענים כי החוקיות הבינלאומית היא תנאי בל-יעבור (*sine qua non*) לפעולה לגיטימית בזירה הבינלאומית מתעלמים מן העובדה שישנם מצבים של צורך קיצוני, הן על פי המשפט המדינתי והן על פי המשפט הבינלאומי, אשר בהם, מילוי דרישות החוק הקיים באופן קפדני יכול לגרום נזק גדול יותר".⁴³ בהתאם לכך, במקרים מסוימים, שיקולים מוסריים או חששות בנוגע לאיומים קיומיים יכולים להוות בסיס להצדקת פעולה, אשר מהווה על פניה הפרה של הנורמות המשפטיות הקיימות.⁴⁴

גישה דומה למשפט הבינלאומי רואה בדין הפורמלי, או לפחות בכללים החלים על חוקיות השימוש בכוח, מערכת גמישה ופרגמטית של נורמות, אשר יש לפרשן באופן שמביא בחשבון מציאויות משתנות. גישה פרגמטית מעין זו למשפט הבינלאומי בכלל, ולמשפט הישים ביחס לשימוש בכוח בפרט, טומנת בחובה גם היא התעלמות מסוימת מהנוסח הפורמלי של הדין הקיים, כמו בגישת "לא חוקי אך לגיטימי", אולם לעומת הגישה האחרונה, הגישה הפרגמטית אינה מציעה התעלמות מוחלטת מהדין, אלא יישום של פרשנות גמישה לנורמות הרלוונטיות.⁴⁵

נראה כי ארצות הברית נוקטת גישה זו.⁴⁶ הרולד קו (Koh), לשעבר היועץ המשפטי של מחלקת המדינה של ארצות הברית, דוחה באופן מוחלט את מה שהוא מכנה "הגישה האבסולוטית" ביחס לבסיס המשפטי של חוקיות השימוש בכוח, כלומר, פרשנות רשמית, נוקשה וקפדנית לזכויות של מדינות על פי מגילת האו"ם. לפי קו, "העמדה האבסולוטית אינה מכירה בכך שלארגון האו"ם יש מספר מטרות – לרבות הגנה על זכויות אדם, קידום ביטחון אזורי והפסקת פגעי המלחמה – ובמקום זאת משטחת אותן ליעד אחד ויחיד: הגנה על הריבונות".⁴⁷ במקום זאת, טוען קו, המשפט הבינלאומי התפתח והוא גמיש דיו לאפשר פעולה צבאית המבוססת על טעמים מוסריים, כגון מניעת זוועות המתרחשות כתוצאה משימוש מכוון בנשק כימי.⁴⁸ במובנים מסוימים, הניתוח שמציע קו בדבר גישה פוטנציאלית לשימוש בכוח בסוריה דומה ל"גישת הגורמים" (factors approach), שיושמה במקרה של נאט"ו בקוסובו. גורמים אלה כוללים, במקרה הסורי, את – "האסון ההומניטרי; הסבירות של זוועות עתידיות; האופי החמור של הזוועות שכבר בוצעו, העולות כדי פשעים נגד האנושות והפרות חמורות של אמנות ז'נבה; השימוש המתועד, המכוון וללא הבחנה בנשק כימי נגד אזרחים, באופן המהווה איום על איסור בן מאה שנים; והסבירות הגדלה והולכת של חוסר ביטחון אזורי".⁴⁹ בהתבסס על גישתו של קו ועל גישת הגורמים הנסיבתיים שהוזכרה לעיל בנוגע לקוסובו, ניתן לטעון כי כאשר הנסיבות המצטברות חמורות מספיק, פעולה צבאית יכולה להיות מוצדקת על בסיס שיקולים מוסריים במצבים הומניטריים קיצוניים, ויש לפרש את המשפט הבינלאומי בהתאם.

מעבר לכך, יישום הגישה הגמישה והפרגמטית למשפט הבינלאומי עשוי להוביל לשינוי הדין הקיים, תוך התאמתו למציאות החדשה. לצורך כך, יש ליכור כי המשפט הבינלאומי המנהגי מתפתח על בסיס שילוב פרקטיקה של מדינות (כלומר, האופן שבו מדינות מתנהגות) עם ה-*opinio juris*, שהוא ההצדקה המשפטית העומדת בבסיס התנהגותן של המדינות.⁵⁰ אי לכך, כאשר מדינה פועלת באופן העומד בסתירה למשפט הבינלאומי הקיים, היא יכולה לפתח נורמה מנהגית חדשה שתחליף את הכלל הקודם. זהו הפרדוקס של המשפט המנהגי – "הדרך היחידה לשנות אותו היא להפר אותו".⁵¹ מלקולם שואו (Shaw), מומחה ידוע למשפט בינלאומי, מסביר בספרו כי "התנהגות העומדת בסתירה למנהג כוללת בתוכה את הזרעים של כלל חדש, ואם התנהגות זו מאומצת על ידי מדינות אחרות, המנהג הקודם ייעלם ויוחלף, או לחלופין, יכולה להיות תקופת זמן שבמהלכה שני המנהגים יהיו קיימים בו-זמנית, עד שאחד מהם יהפוך להיות מקובל באופן כללי".⁵² עולה מכך, שאם פעולה צבאית ננקטת בנסיבות כגון המקרה הסורי, תוך הצדקתה כפעולה חוקית, והצדקה זו מאומצת בהמשך על ידי מדינות אחרות, אזי ניתן יהיה לטעון כי נוצרה נורמה משפטית חדשה.

אחד הטיעונים העיקריים כנגד הגישה המתירה שימוש בכוח – במקרים שבהם שימוש מעין זה לגיטימי מבחינה מוסרית, על אף הסתירה עם כללים משפטיים פורמליים – הוא שהדבר יעודד מדינות אחרות להפר את המשפט הבינלאומי לפי רצון. מדינות רבות יכולות להשתמש בכוח על בסיס תפיסתן ביחס למוסר וללגיטימיות, בתואנה כי הן מחילות פרשנות גמישה או יוצרות כללים חדשים, המשקפים את תפיסתן ביחס ל"פרגמטיות" ו"גמישות". מהלך זה יכול, אם כן, להוביל להתגברות המקרים שבהם נעשה שימוש בכוח, ואף להוביל לבסוף להתמוטטות מוחלטת של האיסור המשפטי על שימוש בכוח בין מדינות.⁵³

מצד שני, נקיטה דווקנית של גישה משפטית פורמליסטית וצרה לגבי חוקיות השימוש בכוח אינה מספיקה על מנת להתמודד כראוי עם איומים מתפתחים, כגון השימוש בנשק להשמדה המונית. לעניין זה יפים הדברים שכתבה בעבר רוזלין היגנס (Higgins), שופטת לשעבר בבית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ):

"...if international law was just 'rules', then international law would indeed be unable to contribute to, and cope with, a changing political world. To rely merely on accumulated past decisions (rules) when the context in which they were articulated has changed – and indeed when their content is often unclear – is to ensure that international law will not be able to contribute to today's problems and, further, that it will be disobeyed for that reason."⁵⁴

מסקנה

אין זה מובן מאליו כי קיים בסיס משפטי בינלאומי למתקפה צבאית בסוריה ללא אישור של מועצת הביטחון של האו"ם, בתגובה לשימוש שזו עשתה בנשק כימי נגד אזרחיה. הצדקה משפטית אפשרית אחת עשויה להיות החלה של דוקטרינת ההתערבות ההומניטרית. אולם, כפי שצוין, הסתמכות על דוקטרינה זו שנויה במחלוקת. יתר על כן, נראה כי המתקפות הצבאיות שנשקלו על ידי ממשל אובמה וההצדקה להתערבות הצבאית שניתנה על ידי בריטניה כוונו רק למטרת הרתעה מפני שימוש עתידי נוסף בנשק כימי, במקום להיות מכוונות להביא לסיומו של האסון ההומניטרי בסוריה, אשר גרם כבר למעלה מ-100,000 אבידות בנפש. עובדה זו מערערת, במידה מסוימת, את הבסיס להחלת הדוקטרינה של התערבות ההומניטרית.

לחלופין, מתקפה צבאית נגד סוריה, המבוססת על הסבל הנוראי של האזרחים ועל החומרה שבשימוש בנשק כימי, יכולה להתבצע מבלי להתייחס לכללים הפורמליים של המשפט הבינלאומי, תוך הסתמכות, במקום זאת, על טיעונים מוסריים ואתיים ועל גישה גמישה לדין. יישום פרשנות גמישה למשפט החל עשוי גם להוביל ליצירתן של נורמות חדשות, הואיל והמשפט הבינלאומי מתפתח בעיקר דרך פרקטיקה של מדינות, לרבות תוך התבססות על האופן שבו הן מצדיקות את פעולותיהן (*opinio juris*). על כן, מצער הדבר שארצות-הברית נמנעה עד כה מהצגת עמדה רשמית בדבר ההצדקות המשפטיות העומדות בבסיס המתקפה הצבאית נגד סוריה (לרבות הבסיס המשפטי למתקפה עתידית, במקרה של אי-ציות להחלטה 2118 של מועצת הביטחון). הדבר מצמצם במידה רבה את האפשרות לפתח את המשפט הבינלאומי בנושא זה, היות שארצות-הברית אינה מספקת את ה-*opinio juris* הנדרש.

הגישה הקוראת ליישום גמיש של הכללים המסדירים את השימוש בכוח מעוררת טיעוני נגד כבדי משקל, שלפיהם – אם ארצות-הברית ובעלות-בריתה מוכנות להתעלם מן הדין הקיים, הרי מדינות אחרות יכולות להשתמש באותה הצדקה לשימוש בכוח בעתיד, והדבר מסכן את המבנה השברירי ממילא של המשפט הבינלאומי בתחום זה. מצד שני, קבלת הרעיון שהמשפט הבינלאומי – על בסיס פרשנות צרה ודווקנית של מגילת האו"ם – חוסמת מדינות משימוש בכוח במצבים שבהם שיקולים של היגיון, אתיקה ומוסר מחייבים זאת יכולה, בסופו של דבר, להביא לסיכול המטרה העיקרית של מגילת האו"ם – שמירה על השלום והביטחון בעולם.

בסופו של דבר, הדיון על הבסיס המשפטי למתקפה צבאית נגד סוריה, כמו גם ההצדקות המשפטיות שצוינו במאמר זה, משקפים מחלוקת משמעותית בנוגע למשפט הבינלאומי העוסק בחוקיות השימוש בכוח. דיון זה כולל שתי עמדות מנוגדות: אלה המאמינים כי יש למלא אחר דרישות הדין בקפידה, על מנת שלא להסתכן בהתמוטטות המסגרת המשפטית כולה, ואלה המאמינים כי פרשנות מחמירה מעין זו של הדין

הקיים, המאפשרת למעשה תוצאות בלתי-מוסריות או בלתי-הגיוניות, תביא לבסוף למצב שבו יתעלמו מן המשפט, ובעקבות כך תוביל גם היא להתמוטטותה של המערכת המשפטית. בעוד שתי העמדות הן בעלות הגיון, אנו משוכנעים יותר בעמדה השנייה, ומאמינים כי גישה גמישה למשפט הבינלאומי ביחס לשימוש בכוח אינה רק עדיפה, אלא אף מחויבת.

הערות

- 1 Joby Warrick, *More than 1,400 killed in Syrian chemical weapons attack, U.S. says*, THE WASHINGTON POST, August 30th, 2013, http://www.washingtonpost.com/world/national-security/nearly-1500-killed-in-syrian-chemical-weapons-attack-us-says/2013/08/30/b2864662-1196-11e3-85b6-d27422650fd5_story.html
- 2 Sam Dagher, Farnaz Fassihi, Adam Entous, *U.S. Suspects Syria Used Gas*, THE WALL STREET JOURNAL, August 21st, 2013, <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424127887324165204579026123332790830>
- 3 S.C. Res. 2118, U.N. Doc. S/RES/2118 (Sep. 27, 2013). ראו, למשל, את נאום פרס נובל של הנשיא אובמה:
"To begin with, I believe that all nations – strong and weak alike – must adhere to standards that govern the use of force. I – like any head of state – reserve the right to act unilaterally if necessary to defend my nation. Nevertheless, I am convinced that adhering to standards, international standards, strengthens those who do, and isolates and weakens those who don't." – President Barack Obama, *A Just and Lasting Peace*, Nobel Lecture (Dec. 10, 2009).
- 4 ראו, למשל, להלן: Julian Ku, *Would Syria's Use of Chemical Weapons Change the Legality of U.S. Intervention?*, OPINIO JURIS, December 7th, 2013; Deborah Pearlstein, *So Was Congress Thinking of Authorizing Force in Syria?*, OPINIO JURIS, April 26th, 2013; John Quigley, *Syria Insta-Symposium: John Quigley on Intervention*, OPINIO JURIS, August 31st, 2013; Shane Darcy, *Military force against Syria would be a reprisal rather than humanitarian intervention, but that doesn't make it any more lawful*, BLOG OF THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, September 1st, 2013; Oona A. Hathaway and Scott J. Shapiro, *Authorization for action in Syria*, THE WASHINGTON POST, August 28th, 2013; Carsten Stahn, *On 'Humanitarian Intervention', 'Lawmaking' Moments and What the 'Law Ought to Be'—Counseling Caution Against a New 'Affirmative Defense to Art. 2 (4)' After Syria*, OPINIO JURIS, October 8th, 2013, <http://opiniojuris.org/2013/10/08/guest-post-humanitarian-intervention-lawmaking-moments-law-counseling-caution-new-affirmative-de/>
- 5 ראו דיון להלן.
- 6 מגילת האר"ם, סעיף 2 פסקה 4.
- 7 הסנאט של ארצות-הברית, ועדה ליחסי חוץ, לוב וכוחות לחימה, S. Hrg. 112–189, 28 ביוני 2011, 39, http://www.fas.org/irp/congress/2011_hr/libya.pdf
- 8 Dapo Akande, *Self Determination and the Syrian Conflict – Recognition of Syrian Opposition as Sole Legitimate Representative of the Syrian People: What Does this Mean and What Implications Does it Have?*, BLOG OF THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL

- Law, December 6th, 2013, <http://www.ejiltalk.org/self-determination-and-the-syrian-conflict-recognition-of-syrian-opposition-as-sole-legitimate-representative-of-the-syrian-people-what-does-this-mean-and-what-implications-does-it-have/>
- 9 התערבות כזו יכולה להיחשב גם כהפרה של עקרון אי-ההתערבות – ראו פסק דינו של ביה"ד הבינלאומי לצדק בעניין ניקרגואה: Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U.S.), 1986 I.C.J. 14, 205 (June 27).
- 10 מגילת האו"ם, סעיף 42. הנוסח באנגלית – "necessary to maintain or restore international peace and security."
- 11 S.C. Res. 678, U.N. Doc. S/RES/678 (Nov. 29, 1990).
- 12 S.C. Res. 1973, U.N. Doc S/RES/1973 (Mar. 17, 2011). מעניין לציין, כי רוסיה וסין הביעו הסתייגויות לגבי הפרשנות של החלטה זו כמאשרת שימוש בכוח.
- 13 מגילת האו"ם, סעיף 51. הנוסח באנגלית – "inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs."
- 14 היו מספר אירועים קטנים מעבר לגבול, כגון, פגזים תועים לתוך השטחים של טורקיה וישראל. יחד עם זאת, ספק האם אלה מהווים "התקפה מזוינת" על ידי סוריה נגד מדינות אלה, ובכל מקרה, מדינות אלה לא ביקשו סיוע מארצות-הברית כדי להגן על עצמן.
- 15 הנשיא ברק אובמה, הערות של הנשיא בנאום לאומה בנוגע לסוריה (10 בספטמבר 2013). דניאל ביתלהם (Daniel Bethlehem) מציין בהקשר זה כי "the recent request by Turkey under the framework of NATO, now agreed, to be provided with Patriot missile batteries to protect against the risk of a Syrian use of chemical weapons, suggests the possibility of a collective self-defence rationale for military intervention to address such a threat." – Daniel Bethlehem, *A Brief Reply on the Legal Bases for Intervention in Syria*, OPINIO JURIS, December 8th, 2012, – <http://opiniojuris.org/2012/12/08/a-brief-reply-on-the-legal-bases-for-intervention-in-syria/>
- 16 הנשיא מתייחס לאפשרות זו באומרו כי "... יתכן שיהיה קל יותר לארגוני טרור להשיג נשק כזה ולעשות בו שימוש כדי לתקוף אזרחים" – שם. ראו גם: Ashley Deeks, *Syria, Chemical Weapons, and Possible U.S. Military Action*, LAWFARE, December 10th, 2012.
- 17 מקורה של פרשת 'קרולין' היה במרד נגד השלטון הבריטי בקנדה בשנת 1837. כוחות בריטיים השמידו את ספינת הקיטור קרולין, ששימשה להעברה של אנשים ותחמושת, כאשר הייתה בנמל של ארצות-הברית, והרגו שני אנשים. במכתב מיום 24 באפריל 1841, הדגיש מזכיר המדינה של ארצות-הברית, דניאל וובסטר, כי על מנת שהפשיטה תהיה חוקית, היה על ממשלת בריטניה להראות "צורך מיידי, מכריע, בהגנה עצמית, אשר אינו מותיר כל ברירה לנקיטת אמצעים אחרים או זמן לשקילת העניין", וכי אף אם קיים צורך כזה, "הפעולה המוצדקת על ידי הצורך בהגנה עצמית חייבת להיות מוגבלת לאותו צורך ונשמרת בבירור בתחומה" – MAX PLANCK, ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW.
- 18 R.Y. Jennings, *The Caroline and McLeod Cases*, 32 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 82, 89 (1938).
- 19 "We must recognize that there may well be situations in which the imminence of an attack is so clear and the danger so great that defensive action is essential for self-preservation... But we should avoid interpreting the customary law as if it broadly authorized preemptive strikes and anticipatory defense in response to threats." – Oscar Schachter, *The Right of States to Use Armed Force*, 82 MICHIGAN LAW REVIEW 1620, 1634 (1984).
- 20 Michael Schmitt, *The Syrian Intervention: Assessing the Possible International Law Justifications*, 89 U.S. NAVAL WAR COLLEGE, INTERNATIONAL LAW STUDIES 744, 744 (2013) לניתוח מפורט יותר ראו, למשל,

- Sean D. Murphy, *The Doctrine of Preemptive Self-Defense* 50 VILLANOVA LAW REVIEW 699, (2005). 21
- Schmitt, שם בעמ' 748. 21
- TALLINN MANUAL ON THE INTERNATIONAL LAW APPLICABLE TO CYBER WARFARE 61 (Michael N. Schmitt, gen. ed., 2013) 22
- Schmitt, לעיל ה"ש 20. ראו גם Deeks, לעיל ה"ש 16. 23
- הנשיא ברק אובמה, לעיל ה"ש 15. 24
- John B. Bellinger III, *A Tough Case For Strikes on Syria*, COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS, September 10th, 2013, <http://www.cfr.org/syria/tough-case-strikes-syria/p31375> 25
- MALCOLM SHAW, INTERNATIONAL LAW (6th ed., 2008) 1155: לניתוח קצר וכללי של הרעיון ראו: 1158 – 26
- לטקסט הרשמי ראו: <https://www.gov.uk/government/publications/chemical-weapon-use-by-syrian-regime-uk-government-legal-position/chemical-weapon-use-by-syrian-regime-uk-government-legal-position-html-version>. בסופו של דבר, הפרלמנט הבריטי דחה את הבקשה של ממשלת בריטניה לאשר את השימוש בכוח בסוריה. יחד עם זאת, דחייה זו לא היתה מבוססת על הפנייה לשיקולים משפטיים, ועל כן לא נראה כי היא משפיעה על התוקף של התזה המשפטית של ממשלת בריטניה. 27
- Deeks, לעיל ה"ש 16. 28
- Sir Daniel Bethlehem, *Stepping Back a Moment – The Legal Basis in Favour of a Principle of Humanitarian Intervention*, BLOG OF THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, September 12th, 2013, <http://www.ejiltalk.org/stepping-back-a-moment-the-legal-basis-in-favour-of-a-principle-of-humanitarian-intervention/> 29
- שם. ביחס לסוריה, בתלהם טוען כי מעבר לניתוח הכללי של התנאים להעלאת טענה של התערבות הומניטרית, ניתוח מלא ידרוש שקילה של נושאים משפטיים אחרים רבים מאוד, כולל, לפחות: (א) ההשפעה המשפטית של היעדר הפעולה של מועצת הביטחון; (ב) ההשפעה המשפטית של שימוש בנשק כימי, להבדיל מהפרות הומניטריות מסיביות אחרות שאירעו בעבר; (ג) ההשפעה המשפטית של החלטות הליגה הערבית; (ד) ההשפעה המשפטית של ההתנגדות של רוסיה, סין, איראן ומדינות אחרות לאפשרות ההתערבות; וכן (ה) ההשפעה המשפטית של מעבר הפליטים המסיבי מעבר לגבול לטורקיה, לירדן ולמקומות אחרים. 30
- קיימת "מידה מועטה מאוד של תמיכת מדינות בהשקפה, שלפיה המשפט הבינלאומי מתיר למדינות לעשות שימוש בכוח מחוץ לשטחן מטעמים הומניטריים" – Dapo Akande, *The Legality of Military Action in Syria: Humanitarian Intervention and Responsibility to Protect*, BLOG OF THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, August 28th, 2013, <http://www.ejiltalk.org/humanitarian-intervention-responsibility-to-protect-and-the-legality-of-military-action-in-syria/>. בנוסף, לאחר ההתערבות של נאט"ו בקוסובו, G77 (המורכבת מ-133 מדינות חברות באו"ם) הצהירה על דחייה של "הזכות" לכאורה של התערבות הומניטרית, אשר אין לה כל בסיס משפטי במגילת האו"ם או בעקרונות הכלליים של המשפט הבינלאומי. Declaration of the South Summit from the Group of 77 South Summit (April 2000), para. 54, http://www.g77.org/summit/Declaration_G77Summit.htm 31
- "משפט רך" כולל מסמכים (כגון החלטות, הוראות של אמונות אשר טרם נכנסו לתוקף, דוחות בינלאומיים וכד'), וכן נורמות, אשר "לכולם יש קרבה מסוימת לדין ויש להם רלוונטיות משפטית מסוימת, אולם בה בעת הם אינם מחייבים מבחינה משפטית כשלעצמם". – MAX PLANCK – 32
- ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW. 33
- 2005 World Summit Outcome, G.A. Res. 60/1, U.N. Doc. A/RES/60/1 (Sept. 16, 2005). 33
- S.C. Res. 1674, U.N. Doc. S/RES/1674 (Apr. 28, 2006). 34

- 35 2005 World Summit Outcome, לעיל ה"ש 33, פסקה 138.
- 36 הפסקה האופרטיבית של מסמך הסיכום של הוועידה העולמית (World Summit Outcome), מצהירה כי: "The international community, through the United Nations, also has the responsibility to use appropriate diplomatic, humanitarian and other peaceful means, in accordance with Chapters VI and VIII of the Charter, to help protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. In this context, we are prepared to take collective action, in a timely and decisive manner, through the Security Council, in accordance with the Charter, including Chapter VII, on a case-by-case basis..." – שם, פסקה 139.
- 37 בתלהם, המקבל את הגישה שלפיה התערבות הומניטרית יכולה לשמש באופן פוטנציאלי בתור בסיס משפטי למתקפה נגד סוריה, מזהיר כי "השאלה האם התערבות על בסיס טעמים הומניטריים תוערך לבסוף כחוקית, תהיה מותנית, באופן ניכר, גם בעובדות (לרבות כובד הראיות שעליהן יסתמכו), ובהערכה של המטרה הראויה של כל פעולה, כאמור, ובסבירות שמטרה זו תושג." – Bethlehem, לעיל ה"ש 29.
- 38 נוסח טיוטת החקיקה באשר לאישור השימוש בכוח על ידי הכוחות המזוינים של ארצות-הברית בקשר לסכסוך בסוריה – <http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/aumfresolutiontext.pdf>
- 39 איסור זה מופיע גם באמנת הנשק הכימי משנת 1993 (1993 Chemical Weapons Convention) [CWC], אולם סוריה לא היתה צד לאמנה זו בעת המתקפה הכימית ב-21 באוגוסט 2013 (סוריה אשררה את האמנה האמורה ב-14 בספטמבר 2013). מעבר לכך, סוריה היתה מחויבת על פי הפרוטוקול לאיסור על השימוש בגזים חונקים, מרעילים או אחרים ובשיטות מלחמה בקטריוולוגיות משנת 1925 (Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare), אשר אוסר שימוש בשיטות לוחמה אלו בסכסוכים מזוינים בינלאומיים.
- 40 Kenneth Anderson, *Legality of Intervention in Syria in Response to Chemical Weapon Attacks*, AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, Aug. 30, 2013, <http://www.asil.org/insights/volume/17/issue/21/legality-intervention-syria-response-chemical-weapon-attacks>
- 41 שם. ראו בנוסף: Carsten Stahn, *Syria and the Semantics of Intervention, Aggression and Punishment*, BLOG OF THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, September 19th, 2013, <http://www.ejiltalk.org/syria-and-the-semantics-of-intervention-aggression-and-punishment/>
- 42 Anderson, לעיל ה"ש 40.
- 43 Michael Ignatieff, *How to Save the Syrians*, THE NEW YORK REVIEW OF BOOKS, September 13th, 2013.
- 44 Jack Goldsmith, *More on the UN Charter, Syria, and "Illegal but Legitimate"*, LAWFARE, September 5th, 2013, <http://www.lawfareblog.com/2013/09/more-on-the-un-charter-syria-and-illegal-but-legitimate/>
- 45 Kenneth Anderson, *Five Fundamental International Law Approaches to the Legality of a Syria Intervention*, LAWFARE, September 5th, 2013, <http://www.lawfareblog.com/2013/09/five-fundamental-international-law-approaches-to-the-legality-of-a-syria-intervention/>
- 46 Anderson, לעיל ה"ש 40 – "[t]he United States by and large adopts a pragmatic view of international law, and this provides perhaps the best, or at least most plausible, argument in favor of intervention to address violations of the norm against chemical weapons use by the Assad regime. The argument is that the United States acts to defend a norm that, while

lacking formal expression in a strictly legalistic sense, has long endured as a profound humanitarian constraint.”

Harold Koh, *Syria and the Law of Humanitarian Intervention (Part III – A Reply)*, JUST SECURITY, October 10th, 2013, <http://justsecurity.org/2013/10/10/syria-law-humanitarian-intervention-part-iii-reply/>

Harold Koh, *Syria and the Law of Humanitarian Intervention (Part II: International Law and the Way Forward)*, JUST SECURITY, October 2nd, 2013, <http://justsecurity.org/2013/10/02/koh-syria-part2/>

; see also Jens Iverson, *Guest Post: The New Haven School on Syria—Observing Professors – Koh and Stahn*, OPINIO JURIS, October 16th, 2013, <http://opiniojuris.org/2013/10/16/jens-iverson-guest-post-new-haven-school-syria-observing-professors-koh-stahn/>

שם. 49

פרופ' Malcolm Shaw מסביר, כי: ".... את המהות של המשפט המנהגי יש לחפש בראש ובראשונה בפרקטיקה בפועל וב-*opinio juris* של מדינות" (עמוד 74). בנוגע לפרקטיקה של מדינות, שואו מצייך, כי "ישנן מספר נקודות שאותן יש לשקול ביחס למהות של פרקטיקה מסוימת הנהוגה על ידי מדינות, לרבות משכה, העקביות, החזרה והכלליות שלה" (עמוד 76). *opinio juris* מתמקד ב"כיצד מדינה רואה את התנהגותה שלה". כפי שהוא מסביר – "ה-*opinio juris*", קרי, האמונה שהמדינה מחויבת מבחינה משפטית, היא גורם ההופך את הנהוג למנהג, והופך אותו לחלק מן הכללים של המשפט הבינלאומי. במלים אחרות מעט, מדינות יתנהגו בצורה מסוימת משום שהן משוכנעות כי הן מחויבות לעשות כן." (עמוד 84) – Shaw, לעיל ה"ש 26. לענין זה ראו Akande, לעיל, ה"ש 31. אקנדה מסביר שזאת הסיבה שעל מנת שבריטניה תצליח לראות את חזונה לגבי המשפט הבינלאומי בסוגיית ההתערבות ההומניטרית מתממש, עליה להתעקש על כך שאותו חזון כבר התממש. זהו ההיבט שמתחייב מן המרכיב של *opinio juris* בהיווצרותו של כלל מנהגי.

Akande, לעיל ה"ש 31. 51

Shaw, לעיל ה"ש 26, עמ' 91. 52

Carsten Stahn, *On 'Humanitarian Intervention'*, ראו: 'Lawmaking' Moments and What the 'Law Ought to Be'—Counseling Caution Against a New 'Affirmative Defense to Art. 2 (4) After Syria', OPINIO JURIS, October 8th, 2013, <http://opiniojuris.org/2013/10/08/guest-post-humanitarian-intervention-lawmaking-moments-law-counseling-caution-new-affirmative-de/>. לניתוח השוואתי של העמדות של Koh של

Stahn, ראו Iverson, לעיל ה"ש 48.

ROSALYN HIGGINS, PROBLEMS AND PROCESS: INTERNATIONAL LAW AND HOW WE USE IT 3 (1994). 54

האם תיתכן הדדיות במלחמה נגד הטרור?

רובי סיבל

הדדיות היא היבט מקובל בדיני האמנות ומרכיב מוכר באחריות המדינה. "אף מדינה אינה מחויבת על פי המשפט הבינלאומי המנהגי להישאר פסיבית, כאשר מדינה אחרת נוקטת פעולה שפוגעת באינטרסים שלה המוגנים על פי חוק".¹ ואכן, אמצעי נגד הם פעולות אכיפה המוכרות על ידי המשפט הבינלאומי. בעניין זה, הטיטה של ועדת המשפט הבינלאומי העוסקת באחריות מדינה (International Law Commission) קובעת:²

"The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation towards another State is precluded if and to the extent that the act constitutes a countermeasure taken against the latter State."

הפרה בוטה של הסכם על ידי אחד הצדדים לו מהווה גם עילה לצד השני "להתבסס על כך כסיבה להשעיה מלאה או חלקית של מימוש ההסכם".³ אולם, אחד ההיבטים היותר מוערכים במשפט ההומניטרי הבינלאומי (IHL) החל על עימות מזוין הוא היותו נעדר כל היבט של הדדיות.⁴ החיילים לומדים שהמחויבויות החוקיות של דיני המשפט הבינלאומי ההומניטרי מחייבות גם אם הצד השני בסכסוך מפר אותן בגסות. ההיגיון המנחה כלל זה הוא, שגם אם האויב מבצע מעשים אכזריים כנגד אזרחים חפים מפשע ואפילו רצח עם, התנהגותו זו אינה מצדיקה התנהגות דומה מצד המדינה שמולו. הכלל השולל הדדיות מקבל תמיכה נוספת מהנטייה הגוברת לטשטש את האבחנה בין דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי ובין דיני זכויות אדם. ישנה הסכמה אוניברסלית שנורמות של זכויות אדם הן אבסולוטיות, ולכן ההדדיות אינה רלוונטית להן. בני אדם זכאים לזכויות אלו מכוח אנושיותם ולא מכוחם של הדדיות, התנהגותה של מדינה או קיומו של מרכיב בינלאומי, ואפילו לא מכוח ההכרה של המדינה בזכויות

רובי סיבל הוא פרופסור למשפט בינלאומי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.

אלו. עם זאת, יש מקום לתהות האם עיקרון נעלה זה של היעדר הדדיות אכן תורם להגנה על אזרחים בעימותים חמושים.

ידוע כי אחד הגורמים שמניעים כוחות חמושים לציית למשפט ההומניטרי הבינלאומי הוא מרכיב ההדדיות, הן במובן החיובי שלו והן במובנו השלילי. דוגמה למובן החיובי היא, שההתייחסות נאותה והגונה לאזרחים, לפצועים או לשבויים של האויב קרוב לוודאי תעודד את האויב לנהוג באופן דומה. דוגמה למובן השלילי היא, שאם צד אחד בסכסוך יוציא להורג שבויי מלחמה, יש סבירות גבוהה שגם חייליו לא יזכו להתייחסות נאותה אם יפלו בשבי. שאלת ההדדיות רלוונטית במיוחד בעימות מזוין שבו צבא סדיר, המציית לחוקי המלחמה, מתעמת עם לוחמים לא סדירים שתוקפים במכוון אזרחים. תוצאה מטרידה של החיבור בין דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי לדיני זכויות האדם היא, שארגוני זכויות אדם בינלאומיים נוטים אוטומטית להניח שכל מוות של אזרחים שנגרם מפעולת צבא סדיר, במסגרת עימות מזוין, הוא הפרה של דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי. לעומת זאת, מוות של אזרחים שנגרם מכוחות לא סדירים, לרוב נסלח, שכן הוא מיוחס לנשק הלא מדויק שמאפיין כוחות לא סדירים וכן לנחיתות כוחם, שלא מאפשרת להם להילחם מול כוחות סדירים. לפיכך נטען שיש מבחינתם הצדקה לפגוע ב"בטן הרכה" של האויב, דהיינו באזרחים. אין תועלת רבה בניסיון לנתח אילו כללים של המשפט הבינלאומי ישימים לארגוני טרור, (למרות שסוגיה זו זוכה לדיון נרחב בכתבי עת אקדמיים). עצם תכלית קיומן של קבוצות חמושות, העושות שימוש בטקטיקות של טרור, הוא להשיג את מטרותיהן הפוליטיות באמצעים ששמים ללעג את נורמות החוק וההתנהגות ההומניטרית. קשה להניח שאוסמה בן לאדן ועמיתיו נועצו בספרי המשפט של החוק הבינלאומי קודם להחלטתם לבצע את פעולותיהם הנפשעות.

השאלה שנתרת בעינה היא אילו אמצעים חוקיים עומדים לרשותה של מדינה המבקשת להרתיע טרור.⁵ העצרת הכללית של האו"ם הצהירה שמעשי טרור "אינם מוצדקים בכל נסיבות שהן, יהיו אשר יהיו השיקולים הפוליטיים, הפילוסופיים, האידיאולוגיים, הגזעיים, האתניים, הדתיים או האחרים שניתן להעלות כדי להצדיקם".⁶ הקהילה המשפטית הבינלאומית יצרה במהלך השנים רשת מרשימה של אמנות, המחייבות מדינות להעמיד לדין או להסגיר אנשים שביצעו פעולות טרור. עם זאת, המציאות היא שנוצר פער בין אותן אמנות ובין העמדה לדין בפועל. בית הדין הפלילי הבינלאומי יכול, מעצם טבעו, לעסוק רק במעט מאוד מקרים, ולפיכך השפעתו מוגבלת ביותר. דומה שההסתמכות הגוברת על העיקרון של סמכות שיפוט אוניברסלית משמשת בעיקר ככלי פוליטי לדמוניזציה של ישראל וארצות הברית, ופחות מכך כדי להעמיד לדין יחידים המגיעים מארגונים ששמו להם למטרה לפגוע במכוון באזרחים.

מדינות דמוקרטיות ניצבות בפני השאלה אילו אמצעי אכיפה חוקיים ניתן ליישם על כוחות לא סדירים שפוגעים באזרחים בכוונה תחילה, תוך ניצול העובדה שצבא סדיר של מדינה דמוקרטית מציית לחוקי המלחמה. מועצת הביטחון של האו"ם הכירה בכך, שבנוסף לתביעות פליליות, יש למדינות הזכות להגנה עצמית מפני טרור וכי זכות זאת כוללת את השימוש בכוח מזוין.⁷ על פי חוות דעת של בית הדין הבינלאומי לצדק, הזכות להגנה עצמית קיימת רק אם המתקפה יוצאת משטחה של מדינה אחרת. אולם נשמעה ביקורת קשה באקדמיה על עמדה משפטית זו, וסביר להניח שהזכות להגנה עצמית כנגד מתקפות טרור מתקיימת גם אם המתקפה לא שוגרה ממדינה זרה. באשר לשאלה באיזה שלב הזכות להגנה עצמית נכנסת לתוקף, הדבר תלוי בהיקף פעולות האיבה ובעוצמתן.

כאשר מדינה מעורבת בעימות מזוין עם ארגון חמוש הפוגע במכוון באזרחים, השאלה המתעוררת היא האם אותה מדינה רשאית לנקוט אמצעי נגד שבהקשרים אחרים היו בלתי חוקיים, וזאת כדי למנוע מתקפות נוספות כנגד אזרחיה. ניתן לטעון שחוקי המלחמה אינם מספיקים כדי לתת מענה למצב שבו רק צד אחד, שפועל כצבא סדיר, נוהג על פי דיני המלחמה, בעוד שהצד השני, שאינו צבא סדיר, מפר אותם במכוון ואף מבסס את הטקטיקות הצבאיות שלו על ניצול העובדה שהצבא שמולו נצמד לחוקים אלה. למשפט הבינלאומי, ובמיוחד לדיני העימות מזוין, יש מעט מאד אמצעי אכיפה, ודווקא הרצון להדדיות הוא אחד המרכיבים בו המעודדים צדדים עוינים לכבד דינים אלה.

אמצעי נגד בעימות מזוין, המכונים לרוב "פעולות תגמול כוחניות" (belligerent reprisals) הוגדרו באופן הבא:⁸

"Acts of retaliation in the form of conduct which would otherwise be unlawful, resorted to by one belligerent against enemy personnel or property for acts of warfare committed by the other belligerent in violation of the laws of war, for the purpose of enforcing future compliance with the recognized rules of civilized warfare."

בהקשר זה, מעניין לציין כי יש הטוענים שהחשש מפעולות תגמול הוא שהוביל את מדינות הציר במלחמת העולם השנייה להימנע מלהשתמש בגז רעיל. דוגמא אחרת: אמנת ז'נבה השלישית מחייבת את שחרור כל האסירים בתום "פעולות האיבה".⁹ נוסח האמנה אינו מתיר למדינות לתבוע הדדיות בנוגע לשחרור אסירים, אולם ההיגיון הישר מחייב יישום הדדי, ואכן זה מה שקורה בפועל. למעשה, הוועד הבינלאומי של הצלב האדום (ICRC) מעולם לא דרש ממדינה מסוימת לשחרר אסירים, למעט כנגד שחרור מקביל שביצע הצד השני בעימות.

דומה שהמשפט המודרני העוסק בעימות מזוין קונבנציונלי שולל במרבית המקרים את חוקיות פעולות התגמול. המשפט המודרני, כפי שנקבע בפרוטוקול הראשון משנת 1977 לאמנת ז'נבה (פרוטוקול I), קובע כי "מתקפות נגד אוכלוסייה אזרחית או נגד אזרחים, שמהוות פעולת תגמול, אסורות".¹⁰ על פי בית הדין הפלילי הבינלאומי לפשעי מלחמה ביוגוסלביה לשעבר, "מקבץ חוקים זה [קרי, המשפט הבינלאומי ההומניטארי] קובע התחייבויות מוחלטות, דהיינו התחייבויות שאינן מותנות, או במילים אחרות, [התחייבויות] שאינן מבוססות על הדדיות".¹¹ עם זאת, שלילת חוקיותן של פעולות תגמול הפוגעות באזרחים אינה כה חד-משמעית כפי שנדמה. למעט מספר איסורים מוחלטים, כגון רצח שבויי מלחמה,¹² הזכות להוציא לפועל פעולת תגמול הוכרה בעבר והייתה הבסיס המשפטי להצדקת ההפצצה האווירית על ערי גרמניה מצד בעלות הברית במהלך מלחמת העולם השנייה.

יצוין שאמנת ז'נבה משנת 1949 לא שללה פעולות תגמול כנגד אזרחים בשטח האויב, והחוק המודרני המצוטט לעיל מתוך פרוטוקול I הוא כלל חדש.¹³ במהלך הוויכוח על הסעיף בוועידה שניסחה את פרוטוקול I, הביעו חלק מהמדינות הסתייגות מפני האיסור על פעולות תגמול נגד מטרות אזרחיות. הנציג האמריקאי בוועידה העיר כי "בכך שהוא שולל את האפשרות להגיב, מבלי להציע חלופה מעשית אחרת, הפרוטוקול הופך לבלתי מציאותי, ובמובן זה לא ניתן לצפות שיעמוד במבחן בעימות המזוין הבא".¹⁴ אחד המומחים האקדמאיים המובילים הדגיש כי המשפט המנהגי "וההסכמי הקיים אינו אוסר על פעולות תגמול נגד לוחמי אויב ואזרחי אויב בשטח שבשליטת האויב".¹⁵ ואכן, כאשר ממשלת בריטניה אָשררה את פרוטוקול I, היא הוסיפה הסתייגות, לפיה בריטניה שומרת על זכותה לתקוף אזרחים או מטרות אזרחיות של האויב, במסגרת תגמול כנגד מתקפות דומות עליה, וזאת אך ורק כדי לאלץ את האויב לחדול ממתקפות כאלו ולאחר שהוזהר, וכי ההחלטה להוציא לפועל פעולת תגמול כזו חייבת להתקבל בדרגים הגבוהים ביותר.¹⁶ עמדה בריטית זו מוצאת ביטוי בפקודה המופיעה במדריך הצבאי הבריטי, ולפיה מתקפות תגמול "לא ייצאו לפועל על ידי כוחות צבא בריטניה מבלי שקיבלו קודם לכן את הרשאת הדרג הבכיר ביותר בממשלה", כלומר, אין ספק שבריטניה אינה שוללת את החוקיות של פעולות תגמול.¹⁷ גם גרמניה ואיטליה הוסיפו הצהרה בעת אשרור פרוטוקול I, אם כי לא בצורה של הסתייגות. הצהרתן נשאה אופי דומה להסתייגות הבריטית, אולם נוסחה במונחים מעורפלים יותר. גרמניה ואיטליה הצהירו שהן שומרות לעצמן את הזכות להגיב למתקפה על אזרחים בכל האמצעים המותרים להן על פי המשפט הבינלאומי.¹⁸ אף מדינה לא שלחה התנגדות להסתייגות הבריטית. שתיקה זו משמעותית במיוחד לאור

העובדה שמספר ניכר של מדינות הביעו בוועידה את דעתן, שהסעיף הנוגע להגנה על אזרחים חשוב כל כך עד שאין להתיר הסתייגות ממנו.

בית הדין הפלילי הבינלאומי לפשעי המלחמה ביוגוסלביה לשעבר בחן את החוקיות של פעולות תגמול נגד אזרחים, ובסופו של דבר דחה אותה, אם כי ציין כי "ההגנה שמספק המשפט הבינלאומי המודרני על אזרחים ואובייקטים אזרחיים עשויה להיפסק לחלוטין, או להיות מופחתת או מושעה, לפחות על פי חלק מהמקורות, כאשר אזרחים הופכים ליעד לגיטימי לפעולות תגמול".¹⁹ בית הדין הוסיף כי "אפילו כאשר מתקפות תגמול נתפסות כחוקיות, הן מוגבלות",²⁰ ובהמשך הוא פירט את התנאים המתירים פעולות תגמול כאלו.²¹

הרושם הוא שהאיסור החדשני על פעולות תגמול לא התקבל כנורמה קוגנטית (jus cogens), קרי כמשפט מנהגי שאינו ניתן לסייג או להתלייה, ולפיכך ככזה שאינו כפוף לחריגים, ויש אף שאינם רואים בו כלל של המשפט המנהגי.²² ואכן, המחקר שערך הוועד הבינלאומי של הצלב האדום על המשפט המנהגי בדיני מלחמה אינו מסיק שהכלל האוסר על מתקפות תגמול הפך למשפט מנהגי, אלא מתייחס אל "מגמה הנוטה להוציא מתקפות תגמול אל מחוץ לחוק".²³ "מדריך טאלין לגבי הדין הבינלאומי החל על לוחמת סייבר" מגיע גם הוא למסקנה, שלמרות שיעדים מסוימים (רפואיים וכדומה) נהנים מחסינות השומרת עליהם מלהפוך למטרה לפעולות תגמול, אין איסור גורף על פעולות כאלו.²⁴ המומחה למשפט בינלאומי יורם דינשטין טוען כי:²⁵

"If Contracting State A commits atrocities against the civilian population of Contracting State B, the latter is not allowed to retaliate in kind against the civilian population of State A. But what do the framers of the Protocol expect State B to do? Turn the other cheek? This is a religious tenet rather than a serious military or political proposition. Since the Protocol does not provide State B with any practical alternative response, what is likely to happen is that Article 51, Para6 will remain a dead letter and – notwithstanding the paragraphs' lucid language – State B will resort to belligerent reprisals against the civilians of State B."

אולם, ניתן להציג טיעונים משכנעים כנגד התרה של פעולות תגמול. פעולת תגמול פירושה הרג מכוון של אזרחים שאינם משתתפים בלחימה, כדי להפעיל לחץ על הטרוריסטים, ובמילים אחרות – סוג של ענישה קולקטיבית. פריץ קלזהובן (Kalshoven) מצביע על ה"יעילות המפוקפקת" שבכך. לדעתו, ארגוני טרור עשויים להיות אדישים למדי לקורבנות האזרחיים שלהם, ואפילו לברך עליהם כחלק מ"הלוחמה המשפטית" שהם מנהלים עם החברות הדמוקרטיות.²⁶ זאת ועוד, הצלב

האדום מזכיר כיצד "באמתלה שהאוכלוסייה שלהם נפגעה ממתקפות שביצע הצד השני, [הצדדים הנלחמים במלחמת העולם השנייה] הרחיקו לכת בפעולות התגמול שלהם כמעט ללא אבחנה, באופן שהביא לאינספור קורבנות אזרחיים".²⁷ התרה של מתקפות תגמול נגד אזרחים עלולה להוביל בנקל למדרון חלקלק ולדרדר את הטיעונים על החוקיות לשאלה של "מי התחיל"?

ישראל מעולם לא דגלה במדיניות של מתקפה מכוונת על יעדים אזרחיים כחלק מפעולות תגמול, ולא מוצע כאן לשנות את גישה זו. אהרון ברק, לשעבר נשיא בית המשפט העליון בישראל, כתב באחד מפסקי הדין שלו כי "דמוקרטיות נלחמות כאשר יד אחת שלהן קשורה מאחורי הגב".²⁸ כותב שורות אלה סבור שישראל יכולה להיות גאה בכך שהיא שייכת לקבוצה המצומצמת למדי של מדינות הנלחמות עם "יד אחת קשורה מאחורי הגב". יחד עם זאת, מן הראוי לבחון עד כמה דיני המשפט הבינלאומי ההומניטרי מתירים פעולה נמרצת נגד טרוריסטים העושים שימוש מכוון באזרחים כמגן אנושי. אחת הדרכים היא לתת למונחים "אזרחים" ו"מטרות אזרחיות" פירוש צר יותר מאשר הפירוש שהצלב האדום אימץ עד היום. סביר להניח שהקרב של מוסדות ממשל ביצועיים או פיננסיים יספק יתרון צבאי ייחודי לצד התוקף. אין הכוונה בכך כמובן לפגיעה במוסדות אזרחיים מובהקים, כמו מוסדות בריאות, רווחה או משפט. אינגריד דטר (Detter) כתבה בהקשר זה כי "יש מקום לשאול אם ראוי להחריג בצורה גורפת ועל פי דין מבני ממשלה מלהיות מותקפים על ידי האויב".²⁸ הצלב האדום מצדו מכיר בכך שמפעל המייצר עבור השוק האזרחי יכול לתמוך במאמצים צבאיים, ולכן השמדתו יכולה להביא תועלת מבחינה צבאית.²⁹

בטיטה שהוגשה לוועידה הדיפלומטית שגיבשה את הפרוטוקולים של שנת 1977 לאמנות ז'נבה מ-1949, הציע הוועד הבינלאומי של הצלב האדום להגדיר יעדים אזרחיים ככאלה הכוללים מתקנים ואמצעי תחבורה שנועדו לאוכלוסייה האזרחית, "למעט אם שימשו בעיקר לתמיכה במאמץ הצבאי".³⁰ הגדרת הצלב האדום לא התייחסה למוסדות ממשלתיים. הטיוטה של הצלב האדום לא התקבלה, והגרסה שאומצה בסופו של דבר ציינה על דרך השלילה שמטרה אזרחית אינה מטרה צבאית.³¹ פרוטוקול I מציין כי "במקרה של ספק אם אובייקט מסוים שיעודו בשגרה הוא למטרות אזרחיות, כמו מקום תפילה, בית מגורים, דירה או בית ספר, משמש להשגת תרומה מהותית לפעולה צבאית, ההנחה תהיה שהוא אינו משמש לכך".³² רשימת האובייקטים האזרחיים הנחשבים לבעלי סטטוס אזרחי אינה כוללת תחנות שידור, אמצעי תחבורה או מוסדות ממשלה.³³ הגדרה עקיפה של יעדים מותרים מופיעה באמנת האג משנת 1954, הנוגעת להגנה על מקומות תרבות ומציינת כי אוצרות תרבות לא יאוחסנו בסמוך ל"מרכזים תעשייתיים, שדה תעופה, תחנת שידור, מוסד שמעורב בהגנה לאומית, נמל או תחנת רכבת בעלת חשיבות דומה, או ערוץ תקשורת

מרכזי".³⁴ ניתן לטעון במידה רבה של צדק שאובייקטים כאלה הם יעדים לגיטימיים, וגם אם אינם כאלה, הרי שהם צריכים להיות יעדים לגיטימיים לפעולות תגמול, וכך ליצור אבחנה בין פעולות תגמול המופנות נגד גופי ממשל אזרחיים למחצה ובין פעולות תגמול המופנות נגד אזרחים ויעדים שאין חולק כי הם אזרחיים.

סיכום

חברות דמוקרטיות זקוקות לאמצעים כדי להרתיע גורמי טרור מלתקוף אזרחים, אולם עליהן לעשות זאת מבלי לאמץ את הטקטיקות של הטרוריסטים עצמם. בעבר, ובהתאם למשפט המנהגי דאז, פעולות תגמול נגד אזרחים במהלך עימות מזוין היו מקובלות כחוקיות, בכפוף לתנאים של מידתיות וכל עוד נועדו לאלץ את האויב לחדול מלתקוף אזרחים בצד השני. דיני המשפט הבינלאומי ההומניטרי המודרני נוטים לאסור על כל פעולות תגמול באשר הן: פעולות תגמול נועדו מטבען להטיל ענישה קולקטיבית על אזרחים חפים מפשע, ומדיניות של תגמול אינה יכולה להימנע מעוול, ולרוב אינה יעילה. באיזו דרך אחרת יכולות חברות דמוקרטיות להרתיע מתקפות על אזרחיהן? האפשרות של העמדה לדין פלילי בדיעבד מיושמת רק לעתים נדירות ולא הוכיחה עצמה כמייצרת הרתעה מספקת. דרך נוספת יכולה להיות החרגה של גופים ממשליים מההגדרה של גופים אזרחיים, וכך להתיר את הפיכתם ליעדים ולמטרות לגיטימיים לפעולות תגמול. כל זאת, כדי להרתיע טרוריסטים מפני התקפות על אזרחים.

הערות

- 1 Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts (eds.), "Oppenheim's International Law," 9th edition, Volume I (1996): 417.
- 2 International Law Commission, 53rd Session, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, art. 22, U.N. Doc. A/56/10 (August 2001).
- 3 Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 60(2)(b) 1969.
- 4 שם, סעיפים 60(5).
- 5 אין הגדרה כלל עולמית לטרור המוסכמת על הכל, אולם העצרת הכללית של האו"ם הגדירה טרור כ"מעשי פשע המכוונים ומחושבים להשליט מצב של אימה על הציבור הרחב, על קבוצה של אנשים או על אנשים בודדים למטרות פוליטיות": G.A. Res. 51/210, ¶ 2, U.N. Doc. A/RES/51/210 (December 17, 1996).
- 6 שם.
- 7 ראו החלטת מועצת הביטחון של האו"ם מס' 1368: Doc. S/RES/1368 (12 בספטמבר 2001), המכירה בזכות להגנה עצמית ומגנה את מתקפות הטרור של 11 בספטמבר 2001, וכן החלטת מועצת הביטחון של האו"ם מס' 1373: Doc. S/RES/1373 (28 בספטמבר 2001), המאשררת את הזכות להגנה עצמית, ובמקביל מחליטה שעל המדינות לנקוט את הצעדים הנדרשים למניעת מימון הטרור.
- 8 U.S. DEPARTMENT OF THE ARMY, FM 27-10, DEPARTMENT OF THE ARMY FIELD MANUAL: THE LAW OF LAND WARFARE, 1956, ¶497; Naulilaa Case (Portugal v. Germany), (Portuguese-

- German Mixed Arbitral Tribunal, 1928) 8 Trib. Arb. Mixtes 409, 422-425, reprinted in 2
UN Reports of International Arbitral Awards 1011, 1026.
- Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, art. 118, August 12, 9
 1949, 6 U.S.T. 3316, 75 U.N.T.S. 135.
- Protocol I Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the 10
 Protection of Victims of International Armed Conflicts, art. 51(6), June 8, 1977, 1125
 U.N.T.S. 3.
- Prosecutor v. Kupreškić, Case No. IT-95-16-T, Judgment, ¶ 517, International Criminal 11
 Tribunals for the Former Yugoslavia, January 14, 2001 (criminal tribunal commenting on
 humanitarian law).
- Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, art. 2, July 27, 1929, 47 12
 Stat. 2021, 118 L.N.T.S. 343 (“[Prisoners of war] shall at all times be humanely treated and
 protected, particularly against acts of violence [and] measures of reprisal against them are
 forbidden”).
- MARK OSIEL, *THE END OF RECIPROCITY, TERROR, TORTURE AND THE LAW OF WAR* 36 (2009). 13
 בהמשך אותו עמוד נאמר: “There may be a difference between ordinary armed conflicts,
 in which reciprocity enforces legal norms, and extraordinary wars, in which it cannot.”
 וכן: “The 1949 treaties do not bar reprisal, for instance, against enemy civilians and civilian
 property unprotected by the Fourth [Geneva] convention [...]” (*ibid.*).
- Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of* 14
International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, 58th plen. Mtg. (Vol. VII),
 U.N. Doc. CDDH/SR58, ¶ 81 at 294 (Geneva, 1974-1977).
- MICHAEL BOTHE ET AL., *NEW RULES FOR VICTIMS OF ARMED CONFLICT* 312 (1982). 15
- ראו מכתב מכריסטופר הולס (Hulse), שגריר בריטניה בשווייץ, בקישור שלהלן: 16
<http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDoc>
 ument, (עותק מתוקן של המכתב מתאריך 28 בינואר 1998).
- U.K. MINISTRY OF DEFENCE, *MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT* 65 (2004). 17
- הצהרת הרפובליקה הפדרלית של גרמניה עם אישור הפרוטוקול הנוסף לאמנת ז'נבה מיום 12 18
 באוגוסט 1949, שעניינה הגנה על קורבנות של עימותים מזוינים בין-לאומיים (פרוטוקול I),
 Reg. No. A-17512, August 14, 1991:
[http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/3F4D8706B6B7EA40C1256402003FB3C7?OpenD](http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/3F4D8706B6B7EA40C1256402003FB3C7?OpenDoc)
 ocument, (“The Federal Republic of Germany will react against serious and systematic
 violations of the obligations imposed by Additional Protocol I and in particular its Articles
 51 and 52 with all means admissible under international law in order to prevent any further
 violation”);
- הצהרת איטליה עם אישור הפרוטוקול הנוסף לאמנת ז'נבה מיום 12 באוגוסט 1949, שעניינה 19
 הגנה על קורבנות של עימותים מזוינים בין-לאומיים (פרוטוקול I) Reg. No. A-17512, November
 20, 1990:
[http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/E2F248CE54CF09B5C1256402003FB443?OpenDocu](http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/E2F248CE54CF09B5C1256402003FB443?OpenDoc)
 ment: “Italy will react to serious and systematic violations by an enemy of the obligations
 imposed by Additional Protocol I and in particular its Articles 51 and 52 with all means
 admissible under international law in order to prevent any further violation”).
- Prosecutor v. Kupreškić, Case No. IT-95-16-T, Judgment, ¶522, [http://www. 19](http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/6/117.html)
[haguejusticeportal.net/eCache/DEF/6/117.html](http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/6/117.html).
- שם, סעיף 535. 20

- 21 שם.
- 22 Theodor Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, 55-56, לעיל ה"ש 13, OSIEL 94(2) AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 250 (2000); THE COMMANDER'S HANDBOOK OF NAVAL OPERATIONS, NWP-1-14M, para. 6.2.3.3 (1995), http://www.lawofwar.org/naval_warfare_publication_N-114M.htm, ("The President alone may authorize the taking of a reprisal action by U.S. Forces").
- 23 INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, Vol. I, Rule 145 *Reprisals*, <http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1-rul-rule145> (הגרסה המקוונת של מחקר הוועד הבין-לאומי של הצלב האדום על המשפט ההומניטרי הבין-לאומי המנהגי, שפורסם על ידי ההוצאה לאור של אוניברסיטת קיימברידג' ב-2005).
- 24 TALLINN MANUAL ON THE INTERNATIONAL LAW APPLICABLE TO CYBER WARFARE, (Michael N. Schmitt, gen. ed., 2013), Rule 46, paragraphs 4-5, <http://www.ccdcoe.org/249.html>.
- 25 Yoram Dinstein, *Comments on Protocol I*, 320 INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS 515 (1997), available at <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JNV5> (last visited Sept. 30, 2010).
- 26 Frits Kalshoven, *Belligerent Reprisals*, 11 INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW SERIES, 26 (1971).
- 27 INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS OF 8 JUNE 1977 TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949, commentary to art. 51(6), para. 1982 (Yves Sandoz, Christophe Swinarki & Bruno Zimmerman eds., 1987).
- 28 INGRID DETTER, *THE LAW OF WAR*, 294 (2nd ed., 2000).
- 29 ראה את הכתוב בדברי הפרשנות סביב סעיף 2(51), לעיל בה"ש 27.
- 30 "Other establishments or buildings which are dedicated to the production of civilian goods may also be used for the benefit of the army. In this case, the object has a dual function and is of value for the civilian population, but also for the military. In such situations the time and place of the attack should be taken into consideration, together with, on the one hand, the military advantage anticipated, and on the other hand, the loss of human life which must be expected among the civilian population and the damage which would be caused to civilian objects".
- 31 ראה את הכתוב בדברי הפרשנות סביב סעיף 52, לעיל בה"ש 27.
- 32 ראה סעיף 2(52), לעיל בה"ש 10.
- 33 שם, סעיף 3(52).
- 34 שם, סעיפים 53-56 (ההגנה על אובייקטים אזרחיים מוגבלת לאובייקטים תרבותיים ולמקומות תפילה, לאובייקטים הקשורים להישרדות, כמו מצרכי מזון ומאגרי מזון, לסביבה הטבעית ולמתקני אספקת חשמל מסוכנים, כמו סכרים או כורים גרעיניים להפקת אנרגיה).
- 35 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, art. 8(1), May 14, 1954, 249 U.N.T.S. 240 ("There may be placed under special protection a limited number of refuges intended to shelter movable cultural property in the event of armed conflict, of centres containing monuments and other immovable cultural property of very great importance, provided that they (a) are situated at an adequate distance from any large industrial centre or from any important military objective constituting a vulnerable point, such as, for example, an aerodrome, broadcasting station, establishment engaged upon work of national defence, a port or railway station of relative importance or a main line of communication; (b) are not used for military purposes").

סיכולים ממוקדים בלחימה בעצימות גבוהה ונמוכה

עדו רוזנצווייג

הקדמה

בשנים האחרונות הולך וגובר השימוש הבינלאומי בסיכולים ממוקדים (Targeted killings). דרך סיכול זאת, אשר מקובל להתייחס אליה ככזו שפותחה על ידי ישראל, מהווה כיום כלי מרכזי במלחמה בטרור העולמי בו משתמשים צבאות רבים. התפיסה הנפוצה היא שסיכול ממוקד הינו תקיפה מכוונת כנגד אדם ממטוס או מכלי טיס בלתי מאויש (כטב"ם). עם זאת, ההתייחסות מרחיבה לתקיפות ממין זה עשויה לכלול גם את התקיפות המפורסמות של ארצות הברית כנגד אוסמה בן לאדן ואת התקיפה (לכאורה) של ישראל את מחמוד אל-מבחוח בדובאי בינואר 2010.

ישראל, אשר הביאה את שיטת הפעולה הזו לידי פרסום בתחילת שנות האלפיים,¹ זכתה בשנים הראשונות לגינויים רבים בזירה הבינלאומית על השימוש בה. אף על פי כן, מדינות וצבאות נוספים החלו, כאמור, לעשות שימוש בשיטה זו במהלך השנים. השימוש הנפוץ של ארצות הברית בסיכולים ממוקדים בשנים האחרונות, כחלק ממלחמתה בטרור הבינלאומי, הביא את הדיון בסוגיית החוקיות של השימוש בהם למרכז השיח המשפטי הבינלאומי, כמו גם הפוליטי-חוקתי הפנימי בארצות הברית (בעיקר בהתייחס לסיכולים ממוקדים של אזרחי ארצות הברית בפקיסטן).²

מאמר זה יבחן את המסגרות המשפטיות החלות על סיכולים ממוקדים בזמן לחימה, תוך התמקדות בשאלת הרלוונטיות של עצימות הלחימה למסגרות אלו. המאמר יתמקד בישראל ויבחן את המסגרות המשפטיות אליהן היא כפופה בעת ביצוע סיכול ממוקד. כן הוא יעסוק במספר מקרי מבחן וינתח את המשמעויות וההשלכות שלהם. לצורך זה, יש להתחיל בקביעת מסגרת לדיון: להגדיר מהו סיכול ממוקד ומה המסגרות החוקיות החלות עליו.

עדו רוזנצווייג הוא יושב ראש וממייסדי עלמ"ה – עמותת לקידום המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, וחוקר בכריקט "טרור ודמוקרטיה" במכון הישראלי לדמוקרטיה.

מהו סיכול ממוקד

ניתן להגדיר סיכול ממוקד בדרכים שונות, המבוססות על שיטת הפעולה (modus operandi), זהות היעד, מבצעי הפעולה ומטרתה. לכל הגדרה אפשרית יש השלכות פוליטיות, משפטיות ומבצעיות. למעשה, אין בנמצא הגדרה כלשהי באמנה בינלאומית או בחוק מדינתי הקובעת בצורה פוזיטיבית מהו סיכול ממוקד. הנטייה היא לבחון כל מקרה לגופו ולהסתמך, בין השאר, על הכרזות רשמיות בנוגע לשימוש באמצעי זה על ידי המדינות הפועלות. אף על פי כן, לצורך מאמר זה יעשה שימוש בהגדרה המבוססת של פיליפ אלסטון (Alston), הדנוח המיוחד של מועצת זכויות האדם של האו"ם לעניין סיכולים ממוקדים: **שימוש בכוח קטלני באופן מכוון ומתוכנן מראש כנגד יחיד או יחידים אשר זהותם ידועה מראש לתוקף**.³ הגדרה זו לא נועדה לקבוע מראש את חוקיות הסיכול הממוקד, אלא רק לקבוע מסגרת לדין. חשוב להבהיר כי לצורך הגדרה זו, אין כל חשיבות לאמצעי התקיפה; זה יכול להיות מטווח רחוק (למשל באמצעות מטוס, מסוק או כלי טיס בלתי מאויש), מטווח בינוני (למשל, ירי באמצעות צלף) או מטווח קרוב (ירי באקדח, שימוש בסכין וכדומה).

הגדרה זאת יוצרת למעשה הבחנה בין תקיפת מטרה מזוהה (identified target) לבין התקפה אנונימית. יש לציין שכאשר אנו מתייחסים לתקיפה מזוהה, אין בהכרח צורך לדעת את הזהות האישית של המותקף, אלא ניתן להתייחס גם לזהותו התפקודית. כך, מבצע לסיכולו של המפקד הבכיר של הזרוע הצבאית של ארגון טרור תתאים להגדרה זו אפילו אם הכוח התוקף אינו יודע את שמו של המותקף. כמובן שתקיפה ממין זה מעלה שאלות בנוגע למהימנות המידע והוודאות באשר לתפקידו של היעד. לשאלות אלו ונוספות, יתייחס המאמר בהמשך.

המסגרת המשפטית

כאשר באים לבחון את המסגרת החוקית בה מתרחשים סיכולים ממוקדים, מוצאים שתי מסגרות החלות בו זמנית: המשפט הבינלאומי והמשפט המקומי (הפנימי).

המשפט הבינלאומי

במשפט הבינלאומי קיימות שתי מסגרות המסדירות, בין השאר, את השימוש בכוח קטלני במהלך לחימה ובאופן שוטף – המשפט הבינלאומי ההומניטרי (דיני המלחמה) ודיני זכויות האדם הבינלאומיים.

המשפט הבינלאומי ההומניטרי הינו מסגרת החוקים אשר חלה ככלל בזמן לחימה בלבד. מסגרת זו נועדה, בין השאר, להסדיר את השימוש בכוח במהלך עימותים מזוינים על ידי הצדדים הלוחמים ולוודא את ההגנות ביחס לאוכלוסיות המוגנות (אזרחים, פצועים, אנשי דת ורפואה וכדומה). מבלי להיכנס לעומקו של הדיון המשפטי, יש

לציין שלפי כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, על אף שחל איסור מוחלט לתקוף ישירות אזרחים מוגנים, ניתן לתקוף לוחם השייך לכוחות האויב, או אזרח הלוקח חלק פעיל בלחימה, ובלבד שהתקיפה אינה צפויה לגרום לנזק אגבי (collateral damage) בלתי מידתי ביחס לתועלת הצבאית הישירה הצפויה ממתקפה זו.⁴ בהקשר של סיכול ממוקד, המשפט הבינלאומי ההומניטרי קובע מספר שאלות אותן צריך לבחון: א. האם היעד מהווה מטרה לגיטימית (קרי, לוחם אויב או אזרח הלוקח חלק ישיר בפעולות הלחימה)? ב. האם צפויה פגיעה באוכלוסייה אזרחית או במבנים אזרחיים כחלק מהתקיפה? ג. אם אכן צפויה פגיעה כזו, האם היא מידתית ביחס לתועלת הצבאית הישירה הצפויה? ככל שהפעולה צולחת מבחינים אלה, הסיכול עומד בכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי ומותר לבצעו.

ראוי לציין שבמבחנים אלה, המשפט הבינלאומי ההומניטרי אינו מבחין בין סכסוך בינלאומי (קרי, עימות "קלאסי" בין שתי מדינות או יותר), סכסוך שאינו בינלאומי (קרי, מלחמת אזרחים) ועימות אסימטרי חוצה גבולות בין מדינה לארגון גרילה. יתרה מכך, המשפט הבינלאומי ההומניטרי אינו כפוף לתנאי הדדיות למיניהם, ולכן עצם הטענה שהאויב מפר כללים אלה אינה מהווה גושפנקא להפרה או להקלות כלשהן ביחס לעקרונות ההבחנה והמידתיות המצוינים לעיל. כללים אלה מהווים משפט בינלאומי מנהגי, ולכן הם חלים על כל הצבאות הסדירים וארגוני הגרילה, והפרתם עשויה להגיע לכדי פשעי מלחמה.

דיני זכויות האדם הבינלאומיים מהווים מסגרת כללית יותר, אשר חלה במלוא העוצמה בזמן שלום, ובאופן מותאם גם בזמן לחימה. ככלל, דיני זכויות האדם הבינלאומיים אינם מסדירים את השימוש בכוח קטלני בזמן לחימה, אלא רק במקרים של אכיפת חוק והסדרת שלטון וסדר (אם כי הכללים לא מתייחסים בהכרח לשימוש בכוח על ידי נציגי אכיפת החוק בלבד). השימוש בכוח קטלני כנגד אדם אסור תחת דיני זכויות האדם הבינלאומיים, ומהווה פגיעה בזכות לחיים. עם זאת, הזכות לחיים אינה זכות מוחלטת. קיימים שני חריגים המאפשרים פגיעה בזכות זו. הראשון הינו עונש מוות – פגיעה בחייו של אדם בהתאם לעונש הקבוע בחוק ולאחר הליך הוגן בלבד; השני, המאפשר שימוש בכוח קטלני, הינו במצבים של הגנה עצמית או הגנת הציבור, וגם אז כאמצעי אחרון בלבד וכאשר לא ניתן לעשות שימוש באמצעים חלופיים שאינם קטלניים.⁵ במקרים בהם נעשה שימוש בכוח קטלני תחת מסגרת זו, יש צורך לבחון האם אכן המקרה היה כזה שהצדיק פעולה אקטיבית והאם, בהתאם לנסיבות, לא הייתה אפשרות לבחור באמצעי פחות קטלני. כאשר השימוש בנשק קטלני אינו עולה בקנה אחד עם הדרישות הללו, הרי שמדובר, הלכה למעשה, בפגיעה בזכות לחיים של היעד ללא הליך הוגן (due process), דבר המהווה הפרה בוטה של דיני זכויות האדם הבינלאומיים.

יחסי הגומלין בין שתי מסגרות אלו (המשפט הבינלאומי ההומניטרי ודיני זכויות האדם הבינלאומיים) הינם מורכבים והמעבר ביניהם עדין ומשמעותי במיוחד; שהרי דין פעולת הריגה והשלכותיה במסגרת האחת אינו זהה לדין פעולה זו במסגרת השנייה. לדוגמה, הריגת לוחם אויב במסגרת לחימתית (קרי, תחת המשפט הבינלאומי ההומניטרי) אינה מהווה כשלעצמה עבירה פלילית ואף לא עילה לפתיחה בחקירה, אלא אם יש חשד שהפעולה לוותה בנזק אגבי שאינו מידתי או שהיעד לא היווה יעד לגיטימי בזמן התקיפה. לעומת זאת, פעולה המובילה לפגיעה בחיי אדם במסגרת דיני זכויות האדם חייבת להיבדק לגופה, כדי לוודא האם אכן הייתה הצדקה לשימוש בכוח הקטלני לצרכי הגנה עצמית.⁶ בעוד שדיני זכויות האדם הבינלאומיים חלים באופן שוטף (Lex Generalis), המשפט הבינלאומי ההומניטרי חל אך ורק בזמן לחימה ובהקשר לה. יתרה מכך, בעת תחולתו, המשפט הבינלאומי ההומניטרי מהווה את המסגרת בעלת העדיפות הראשונית (Lex Specialis) על פני דיני זכויות האדם הבינלאומיים.⁷ כאמור, אין זה אומר שדיני זכויות האדם מפסיקים לחול בזמן לחימה; אדרבא, דינים אלה מהווים את המסגרת המשנית, המשלימה ומכסה את הזוויות בהן המשפט הבינלאומי ההומניטרי אינו מטפל. כמו כן, דיני זכויות האדם מהווים כלי עזר פרשני במקרים בהם המשפט הבינלאומי ההומניטרי אינו נהיר מספיק בנוגע לאופן יישומו. בהתאם לכך, בבואנו לבחון את חוקיות פעולת הסיכול לפי המשפט הבינלאומי, עלינו לבחון קודם כל את המסגרת בה התקיימה הפעולה (משפט בינלאומי הומניטרי או דיני זכויות האדם הבינלאומיים), שכן יש לכך השלכות רבות על ניתוח הפעולה ואופן ביצועה. בהתאם לכך ניתן לבחון האם השימוש בכוח קטלני כנגד היעד היה בהתאם למגבלות הקבועות במסגרת הרלוונטית של המשפט הבינלאומי.

המשפט הפנימי

במקביל למסגרת הבינלאומית קיימת בכל מדינה גם מסגרת חוקית פנימית המסדירה את השימוש בכוח קטלני באותה המדינה או על ידי נציגים של אותה המדינה. במקרים רבים, מסגרת זו תהיה מגבילה יותר מאשר המסגרת הבינלאומית, אך אין בכך הכרח. הדין הפנימי יכול להיות מורכב מחקיקה מקומית, אך גם מפסיקה ונוהג מקומי. במקרים מסוימים יש גם השפעה על הסכמים בינלאומיים המהווים מעין דין פנימי במדינה (למשל, אמנת זכויות האדם האירופית).

סוגיית הסיכולים הממוקדים נבחנה באופן ישיר ומעמיק בישראל על ידי בית המשפט הגבוה לצדק, בעתירה שזכתה לשם "בג"ץ הסיכולים הממוקדים" (בג"ץ 769/02).⁸ בפסק הדין שנכתב על ידי נשיא בית המשפט העליון (דאז), השופט אהרן ברק, נקבע שהשימוש בסיכול ממוקד כשלעצמו אינו בלתי חוקי ויש לבחון אותו באופן פרטני ביחס לכל מקרה ומקרה. עם זאת, בקביעת חוקיותו של אמצעי זה התבסס

בג"ץ על ההנחה כי מדובר באמצעי בו נעשה שימוש כחלק מסכסוך מזוין בינלאומי, ולכן – בפעולה לחימתית הננקטת תחת המסגרת של המשפט הבינלאומי ההומניטרי ולא בפעולת אכיפת חוק או הגנה עצמית של המדינה. בפסיקתו הבהיר בג"ץ את הקריטריונים הבאים בנוגע לביצוע סיכול ממוקד: א. סיכול ממוקד חייב להיות מניעתי ולא עונשי – אין מדובר בסנקציה לגבי מעשים שנעשו בעבר אלא באמצעי למניעת תקיפה. ב. הסיכול חייב להתבצע כנגד אדם הלוקח חלק ישיר בלחימה, קרי לא כנגד אזרח מוגן. ג. השימוש בסיכול ממוקד יותר רק כאשר אין חלופה ביצועית פחות קטלנית, שלא תשית סיכון מוגזם על כוחות צה"ל. ד. יש להימנע מנזק אגבי לא מידתי. ה. יש לבחון בדיעבד את הנזק האגבי שנגרם מהתקיפה (ex post facto) לחיי אזרחים לא מעורבים, על ידי ועדה מיוחדת שתוקם לצורך זה.

מפסיקת בג"ץ עולה כי קיימות שתי מסגרות לפיהן נמדדת חוקיות הסיכול הממוקד: ראשית, הסיכול חייב להתבצע כפעולת לחימה מניעיתית וכנגד אדם הלוקח חלק ישיר בפעולות הלחימה. כלומר, הסיכול הממוקד חייב להתבצע בתוך המסגרת של המשפט הבינלאומי ההומניטרי. בהתייחסות זו יצר בג"ץ את המסגרת הנורמטיבית הראשית ואת הסטנדרטים המינימליים לביצוע סיכול. מעבר לכך, בג"ץ קבע שיש לחפש חלופות פחות קטלניות ולבחון כל נזק אגבי. בכך יצר בג"ץ למעשה מסגרת פנימית נוספת המשיטה דרישות/מגבלות מעבר לנדרש במסגרת המשפט הבינלאומי ההומניטרי. המשפט הבינלאומי ההומניטרי אינו יוצר חובה מוסדרת להשתמש באמצעי פחות קטלני ביחס לתקיפת לוחמים או אזרחים הלוקחים חלק ישיר בלחימה, ואף אינו דורש לבחון כל מקרה של נזק אגבי, אלא רק את המקרים בהם קיים חשש לעבירה על כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, קרי כאשר ישנו חשש שהנזק האגבי אינו מידתי. זה המקום לציין שהקמת ועדת בדיקה לבחינת הסיכולים הממוקדים, ואף הבדיקה עצמה, לא באות להצביע על בעיות בעצם שיטת הסיכולים, אשר כאמור, לא נפסלה על ידי בג"ץ. יתרה מכך, בהתאם לאמור לעיל, בניגוד לבדיקות המתבצעות לפי כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, המבוססות על חשש לעבירה, הבדיקה של הוועדה הינה אוטומטית בכל מקרה בו נהרגו אזרחים לא מעורבים כתוצאה מתקיפת סיכול ממוקד. בהתאם לקביעת בג"ץ, סמכות הוועדה הינה ביחס לסיכולים ממוקדים שיבוצעו מעת פרסום החלטת בג"ץ בנושא (דצמבר 2006) והלאה, ואין היא מחויבת לבחון סיכולים באופן רטרואקטיבי. כתוצאה מכך, אחד הסיכולים הממוקדים המפורסמים ביותר, שהיווה גם חלק מהבסיס לעתירת הסיכולים הממוקדים – הסיכול הממוקד של סלאח שחאדה (ראש הזרוע הצבאית של תנועת חמאס) ב־22 ביולי 2002 – אינו חוסה תחת סמכות הוועדה. עם זאת, במסגרת הדיונים בבג"ץ יואב הס (בג"ץ 8794/03),⁹ שעסק ישירות בחוקיות הסיכול של שחאדה, הסכימה המדינה על הקמת ועדת בדיקה חיצונית ואובייקטיבית, ובינואר 2008 הוקמה "ועדה מיוחדת לבחינת סיכול ממוקד – צלאח

שחאדה". בראשות הוועדה עמדה השופטת בדימוס טובה שטרסברג-כהן (שהחליפה בתפקיד זה במארס 2010 את היו"ר המקורי, הפצ"ר לשעבר עו"ד צבי ענבר, אשר נפטר במהלך כהונתו בוועדה). ניתוח החלטת הוועדה אינו מהווה חלק ממטרת מאמר זה, ולכן יצוין רק שבהחלטתה קבעה הוועדה שעל אף שהנוק האגבי (13 אנשים, נשים וילדים בלתי מעורבים) שנגרם בפועל אינו מידתי ביחס לתועלת (הרבה) מסיכולו של שחאדה, הרי שבהתחשב בכך שהנוק האגבי שהיה צפוי בעת ההוראה על התקיפה היה נמוך בצורה משמעותית, לא בוצעה עבירה על כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. הוועדה גם התייחסה לשאלת החלופה הפחות קטלנית, וקבעה שהאמצעי שנבחר (פצצה במשקל טון) היה לגיטימי בהתחשב בנסיבות, ושהתאם לתנאי השטח לא הייתה בנמצא חלופה פחות קטלנית, אשר לא היוותה סיכון מוגזם לכוחות צה"ל.¹⁰ נשוב ונבהיר, קיימים שני תנאים מקדימים לקיומה של בדיקה על-ידי הוועדה. התנאי הראשון הוא שמדובר בתקיפה מסוג של סיכול ממוקד – תקיפה מתכוננת ומכוונת כנגד יעד מזהה. התנאי השני הנו קיומו של נזק אגבי לאזרחים בלתי מעורבים. מכך עולה, שתקיפה "רגילה" בזמן לחימה או תקיפה אשר לא נפגעו בה אזרחים בלתי מעורבים, אינה נדרשת לבדיקת הוועדה.

את החשיבות וההשפעה שבהקמת ועדת בדיקה עצמאית ואובייקטיבית לבחינת הסיכול של שחאדה ניתן לראות גם בהחלטת בית המשפט הספרדי, שקבע, במסגרת של קובלנה פרטית כנגד בכירים ישראלים בעקבות מעורבותם בסיכול הממוקד של שחאדה, שבשל עצם קיומה של בדיקה עצמאית ולגיטימית על ידי ישראל, אין מקום ליישום סמכות שיפוט אוניברסלית בספרד במקרה זה, והורה על סגירת התיק.¹¹

המסגרת המשפטית הכוללת החלה על נושא הסיכול הממוקד אינה פשוטה כלל וכלל, כפי שהוצג לעיל. מסגרת זו מורכבת ממסגרות משפטיות נפרדות וממספר גורמים הסותרים זה את זה וחלקם משתלבים זה בזה. על אף החשיבות הרבה בהבנת המסגרת המשפטית המתאימה לבחינת הסיכול הממוקד, אין די גם בכך. בתוך המסגרות השונות ניתן למצוא סיטואציות אשר מבחינות ומפרידות עצמן אחת מהשנייה גם תחת אותה המסגרת המשפטית.

שאלת העצימות, הקרבה והשליטה

פרק זה של המאמר יתמקד בשאלת ההבחנה בין סיטואציות החוסות תחת המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ובמיוחד בתנאי הלחימה בהם התבצע הסיכול הממוקד. אחת השאלות החוזרות על עצמן בהקשר של סיכולים ממוקדים היא הנסיבות בהן מתבצע הסיכול בזמן לחימה (קרי, במסגרת המשפט הבינלאומי ההומניטרי), וההתייחסות היא בפרט לשאלת הקרבה לעימות המזוין והעצימות של אותו העימות. גישה זו מפרידה

בין סיכולים "כירורגיים", המבוצעים מחוץ למעגל הלחימה או בזמן שעצימות הלחימה נמוכה, לבין סיכולים המבוצעים במהלך עצימות גבוהה ואף ממש בשדה הקרב עצמו. ב-14 בנובמבר 2012 חיסלה ישראל את מפקד הזרוע הצבאית של חמאס, אחמד ג'עברי, בפתח מבצע "עמוד ענן", על ידי מטוס שהפציץ את מכוניתו.¹² מקרה זה התרחש בתקופה שקטה יחסית של הסכסוך בין ישראל לחמאס, מאז פרוץ האינתיפאדה השנייה בשנת 2000. ב-18 בנובמבר 2012 במהלך מבצע "עמוד ענן", שהגיע לעצימות גבוהה במיוחד ביום זה, התבצע סיכול נוסף של צה"ל כנגד ראש מערך הרקטות של חמאס, יחיא רביע. סיכול זה התבצע במהלכה של אחת ההסלמות הרציניות שהיו באזור בשנים האחרונות (בוודאי מאז מבצע "עופרת יצוקה" בדצמבר 2008 – ינואר 2009). על פניו, הרושם העשוי להתקבל הוא שבעוד שהסיכול של ג'עברי, אשר התרחש בתקופה שקטה יחסית, מהווה דוגמה "קלאסית" ונקייה לסיכול ממוקד, הסיכול של רביע מהווה פעולת לחימה רגילה, ולכן אינו כפוף לכל המסגרת המשפטית המורכבת של הסיכולים הממוקדים (כפי שהוצגה לעיל). עם זאת, בהתאם להגדרת הסיכול הממוקד שהוצגה לעיל – "תקיפה מזוהה" – אין כל חשיבות לשאלת עצימות הלחימה או לנסיבות בהן התבצע הסיכול. אמנם, לשאלת העצימות ולנסיבות עשויה להיות משמעות רבה בקביעת המסגרת החוקית לפיה נבחן את הפעולה ואת חוקיותה, אך אין בכך כדי להשפיע על הקביעה הראשונית האם מדובר בפעולת סיכול ממוקד או לא. פסיקת בג"ץ בתיק הסיכולים הממוקדים לא התייחסה לעצימות כקריטריון רלוונטי להגדרת הסיכול. בג"ץ התייחס לנסיבות כגון רמת השליטה של ישראל באזור (רצועת עזה) כקריטריון המאפשר, למשל, בחינת אמצעים חלופיים פחות קטלניים. אין בהחלטתו כדי לפסול את תחולת המסגרות החוקיות ביחס לסיכולים ממוקדים, המתבצעים תוך כדי לחימה בעצימות גבוהה – ככל שאלה אכן נכנסים לגדר ההגדרה של סיכול ממוקד.

בהקשר הישראלי, מצבי סיכול ממוקד רבים התרחשו בהקשר של התפיסה הלוחמתית של ישראל בשטחי יהודה ושומרון. מצבים אלה הובילו לתפיסה השגויה, לפיה פסיקת בג"ץ בתיק הסיכולים הממוקדים חלה רק על סיכולים המבוצעים בהקשר של התפיסה הלוחמתית. עם זאת, במה שנוגע לתחולת הדין הישראלי על הפעולות הישראליות, ובכלל זה תחולתו של בג"ץ הסיכולים הממוקדים, אין רלוונטיות ישירה לרמת השליטה של ישראל בשטחים. המשמעות של רמת השליטה הישראלית בפועל עשויה לבוא לידי ביטוי בבחינת האלטרנטיבות הפחות קטלניות העומדות לרשות כוחות צה"ל בעת ההחלטה האם לבחור דווקא בשיטת הפעולה של סיכול ממוקד. כדי להסביר סוגיה זאת, נבחן את שני המקרים אליהם התייחסנו קודם לכן.

ניתן לבחון את הסיכול הממוקד של אחמד ג'עברי תחת שתי המסגרות הרלוונטיות – המשפט הבינלאומי ההומניטרי והמשפט הישראלי. לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי,

ג'עברי היווה, על פניו, מתוקף תפקידו בזרוע הצבאית של חמאס, אזרח הלוקח חלק פעיל בלחימה, ולכן – מטרה צבאית לגיטימית. לפיכך, בהינתן שהעימות הצבאי בין ישראל לארגוני הטרור הפלסטיניים, ובמיוחד אלה ברצועת עזה, עדיין התנהל (אם כי בעצימות נמוכה), לא הייתה כל מניעה לתקיפה זו. הטענות בהקשר זה עשויות להיות כנגד המידתיות של התקיפה ביחס לנזק האגבי שנגרם ממנה.

ישנן טענות, לפיהן בתקופה שבה נעשה הסיכול עסק ג'עברי בניסיונות לקדם את שיחות הרגיעה עם ישראל ולא בפעילות צבאית. לכאורה, טענות ממין זה עשויות להחליש את הלגיטימציה שבסיכולו של ג'עברי, על ידי העלאת ספק לגבי היותו אזרח הלוקח חלק פעיל בלחימה בזמן הסיכול. עם זאת, בשל תפקידו הבכיר בזרוע הצבאית של חמאס, המהווה ארגון צבאי לכל דבר ועניין, הרי שכדי שהעומד בראשו יחזור ליהנות ממעמד של אזרח מוגן, עליו להראות באופן אקטיבי וברור שהוא אינו לוקח עוד חלק פעיל בפעילויות הלחימה. במקרה של ג'עברי נראה שלא כך היה הדבר. כאשר לוקחים בחשבון גם את מסגרת המשפט הישראלית, קרי המתווה שנקבע בבג"ץ הסיכולים הממוקדים, יש לבדוק, בנוסף, שלא התאפשרה חלופה פחות קטלנית וככל שהפעולה הובילה לפגיעה באזרחים שלא היו מעורבים בלחימה, היא חייבת להיבדק על ידי הוועדה המיוחדת שהוקמה בעקבות החלטת בג"ץ.

גם במקרה של יחיא רביע, נראה שהיעד לסיכול הינו יעד לגיטימי וחוקי, הן לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי והן לפי המשפט הישראלי. אך במקרה זה, הסיכול הוביל לנזק אגבי של 11 בני אדם בלתי מעורבים, ביניהם ארבעה ילדים וחמש נשים.¹³ במקרה של הסיכול הממוקד של יחיא רביע עלינו לבחון את המידע שעמד לרשות הגורמים הרלוונטיים בעת אישור הסיכול בכל הנוגע להיותו של רביע בנקודת היעד ולנזק האגבי הצפוי מהפעולה. בהתאם למשפט הבינלאומי ההומניטרי, יתכן מצב בו נזק אגבי גדול מהצפוי, ואף נזק לא מידתי, לא ייחשבו כהפרה, בשל העובדה שיש לבחון את המידע וההחלטות לביצוע התקיפה בהתאם למידע הזמין בטרם התקיפה ואת מסקנות המפקד הסביר על בסיס מידע זה.

כאשר באים לבדוק את המשפט הפנימי הישראלי, עצם קיומו של נזק אגבי – מות האזרחים הבלתי מעורבים – מחייב להעביר את המקרה לידי ועדת הבדיקה. אין כל חשיבות לכך שהפעולה התבצעה במהלך סכסוך בעצימות גבוהה, שכן מדובר היה בתקיפה מזוהה.

מסקנות

הסיכולים הממוקדים יכולים להתבצע תחת שתי מסגרות במשפט הבינלאומי – דיני המלחמה (המשפט הבינלאומי ההומניטרי) ודיני זכויות האדם הבינלאומיים. לכל מסגרת משפטית יש קווים מנחים, מסדירים ומגבילים בנוגע לחוקיות השימוש בנשק

קטלני. בנוסף לכך, לכל מדינה יש מסגרת משפטית פנימית שלה, אשר לרוב מסדירה את חוקיות השימוש בכוח, בין אם בזמן לחימה ובין אם באופן שוטף ורגיל. הסיכול הממוקד בזמן לחימה שונה באופן הגדרתי מהריגה "רגילה" אגב לחימה, בהיותו תקיפה מזוהה כנגד אדם ספציפי (בין אם הוא מזוהה באופן אישי ובין אם הוא מזוהה על פי הגדרת תפקידו בלבד). לעצימות הלחימה אין כל משמעות בנוגע להגדרת הפעולה כסיכול, ולכן גם אין לה משמעות בקביעת המסגרת המשפטית הרלוונטית. בנוסף, בהתאם להחלטת בג"ץ בפסק דין הסיכולים הממוקדים, תחת מסגרת המשפט הישראלי, כל מקרה של סיכול ממוקד בו נפגעו אזרחים בלתי מעורבים צריך להגיע לשולחנה של הוועדה שהוקמה לבחינת חוקיות הסיכולים. מצב זה נכון גם במקרים בהם הנזק האגבי שנגרם הינו מידתי וחוקי. חשוב להבהיר בעניין זה כי עצם בחינת הסיכול על ידי הוועדה לא בא לטעון שהסיכול הינו בעייתי; אדרבא, בהחלט ייתכנו מצבים בהם הוועדה תכריע שלא היו בנמצא חלופות פחות קטלניות שלא ניתן היה לראות בהן סיכון מוגזם לכוחות צה"ל. למרות אפשרות כזו, בהינתן מצב של נזק אגבי לאוכלוסייה האזרחית, על בדיקת הוועדה להתחיל באופן אוטומטי ומידי. הוועדה תיקח כמובן בחשבון את חוסר השליטה (או השליטה המוגבלת) של ישראל ברצועת עזה מבחינת איסוף מידע, חלופות אפשריות וצמצום הנזק האגבי, ותגיע להכרעה בנוגע לחוקיותו של הסיכול.

לכן, גם כאשר מתייחסים לסיכולים ממוקדים שהתבצעו במהלך עימות בעצימות גבוהה, דוגמת מבצע "עמוד ענן", וגם כאשר המצב בשטח הוא של המשך סכסוך מזוין בעצימות נמוכה, בכל מקרה שבו נפגעים אזרחים בלתי מעורבים מוטלת חובה על המערכת הישראלית להעביר את המקרה לוועדת הבדיקה הייעודית. על כך יש להוסיף, שגם אם בזמן הלחימה מול ארגוני טרור "לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור"¹⁴, הרי שבבואנו לבחון את חוקיות הפעולות שהתבצעו בזמן הלחימה, עלינו לשמור על שתי ידיים גלויות.

הערות

- 1 מרדכי קרמיצר **האם הכל כשר בהתמודדות עם הטרור – על מדיניות ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד) של ישראל ביו"ש ובעזה** (המכון הישראלי לדמוקרטיה נייר עמדה מס' 60, מהדורה שנייה, 2006), http://www.idi.org.il/media/304725/pp_60.pdf.
- 2 ראו למשל HUMAN RIGHTS WATCH, JOINT LETTER TO PRESIDENT OBAMA ON US DRONE STRIKES AND TARGETED KILLINGS (2013), available at www.hrw.org/news/2013/04/11/joint-letter-president-obama-us-drone-strikes-and-targeted-killings; Scott Shane, *Targeted Killing Comes to Define War on Terror*, THE NEW YORK TIMES, April 7th, 2013, http://www.nytimes.com/2013/04/08/world/targeted-killing-comes-to-define-war-on-terror.html?_r=0; Michael Isikoff, *Justice Department memo reveals legal case for drone strikes on Americans*, NBC

- News, February 4th, 2013, http://investigations.nbcnews.com/_news/2013/02/04/16843014-justice-department-memo-reveals-legal-case-for-drone-strikes-on-americans?lite;
ראו גם הילי מודריק "הריגה מונעת בארצות הברית" קרמניצר (ה"ש 1 לעיל), 47.
- Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, A/ 3
HRC/14/24/Add.6, (May 28th, 2010) (by Philip Alston) www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.24.Add6.pdf.
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the 4
Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, 1125 U.N.T.S. 3
(להלן: הפרוטוקול הראשון), סעיף 51(5)(ב). ישראל אינה צד לפרוטוקול זה, אך מכירה בהיותו מייצג משפט בינלאומי מנהגי ולכן בתחולתו כלפיה. ראו למשל בדו"ח של משרד החוץ הישראלי בעקבות מבצע עופרת יצוקה – The Operation in Gaza: Factual and Legal Aspects, עמ' 20'w%20Links.pdf) www.mfa.gov.il/MFA_Graphics/MFA%20Gallery/Documents/GazaOperation%20w%20Links.pdf
- ראו למשל הערה כללית מס' 6 של הוועדה לזכויות אדם של האו"ם http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/HRI.GEN.1.Rev.9%28Vol.I%29_%28GC6%29_en.pdf 5
- Louise Doswald-Beck, *The Right to Life in Armed Conflict: Does International 6
Humanitarian Law Provide all the Answers?*, 88 INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS 864 (December 2006).
- עמיחי כהן ויובל שני צה"ל חוקר את עצמו: חקירת חשדות להפרת דיני מלחמה (המכון 7
הישראלי לדמוקרטיה, נייר מדיניות 93), 25. www.idi.org.il/media/230988/pp_93.pdf.
- בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (2006). 8
- בג"ץ 8794/03 יואב הס ואחרים נ' הפרקליט הצבאי הראשי (2008). 9
- למאמר בנושא החלטת הוועדה, ראו נ' "היעדר המידתיות במבחן הפרופורציונאליות של ועדת 10
שחאדה", www.alma-ihl.org.il/opeds/proportionalityofshehadeh. את הדו"ח ניתן למצוא ב- www.pm.gov.il/NR/rdonlyres/DA339745-7D9F-40C7-B20F-4481AAF1F4C7/0/0/reportshchadeh.pdf
- Ido Rosenzweig and Yuval Shany, *Update on Universal Jurisdiction: Spanish Supreme 11
Court Affirms Decision to Close Inquiry into Targeted Killing of Salah Shehadeh*, 17 TERRORISM AND DEMOCRACY NEWSLETTER (May 2010) - <http://en.idi.org.il/analysis/terrorism-and-democracy/issue-no-17/update-on-universal-jurisdiction-spanish-supreme-court-affirms-decision-to-close-inquiry-into-targeted-killing-of-salah-shehadeh>
- ראו www.youtube.com/watch?v=BGQAvmjALdc 12
- גילי כהן "צה"ל לא יפתח בחקירה פלילית להרג תשעת בני המשפחה ב"עמוד ענן" הארץ 13
לאפריל 2013, 1.1993041 www.haaretz.co.il/news/politics/1.1993041
- בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל (1999). 14

משפטנים בלחימה - מי צריך אותם בכלל?

זיו בורר

בשנים האחרונות הולכת וגוברת המעורבות של משפטנים בסוגיות הנוגעות ללחימה. מעורבות זאת מתבטאת הן בגידול במידת ההיעזרות ביעוץ משפטי בזמן אמת והן בגידול בהיקף פעילות האכיפה בדיעבד (קיום חקירות והעמדות לדין). באופן טבעי, תהליך זה אינו מתקבל בברכה על ידי הכל. מאמר זה נועד להשיב לחלק מתגובות הנגד לתהליך הגברת המעורבות של משפטנים בסוגיות הנוגעות ללחימה.

"תנו לצה"ל לנצח"

בשיח הציבורי בישראל מושמעת כיום, פעמים רבות, האמירה כי המעורבות הגוברת של משפטנים מונעת מצה"ל לנצח. מאמירה זו עולה במרומז הטענה, כי אם המשפטנים היו מעורבים בעבר במידה שהם מעורבים כיום, לא היינו מנצחים במלחמות בהן ניצחנו.¹ מבלי להתכחש לעובדה שמעורבות המשפטנים והמשפט בסוגיות הנוגעות ללחימה הולכת וגוברת, הרי שגם בעבר המעורבות המשפטית הייתה גדולה משנהוג לסבור, וזאת אף בהקשר שנחשב לפוגעני ביותר בעבור הלוחמים – העמדה לדין פלילי. עובדה זאת תומחש באמצעות בחינה של היקף ההעמדה לדין במהלך המלחמה הקשה ביותר שחוותה ישראל עד כה – מלחמת העצמאות.²

עוד לפני קום המדינה, ב-10 בפברואר 1948, כתב דוד בן-גוריון ליעקב ריפתין, שהיה חבר ב"ועד הביטחון", את הדברים הבאים:³

"הגיעו אלי תלונות והאשמות קשות על היפרעות והפקרות בקרב כמה מאנשי הארגון והפלמ"ח: שוד ערבים, רצח פולנים⁴ וערבים בלי סיבה או בלי סיבה מספקת, ובכל אופן בלי משפט, מעשים לא הגונים גם ביחס ליהודים, מקרי גניבות, מעילה בכסף, עינויים של ערבים בשעת חקירה וכדומה. מעשים אלה, אם הם נכונים, מהווים סכנה פוליטית ומוסרית לארגון ויש לאחוז באמצעים החריפים ביותר למען

זיו בורר הוא דוקטור למשפטים, חבר סגל בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן.

עקירתם מן השורש. יש קודם כל להעמיד את הדברים על אמיתותם ולהביא את האחראים לדין."

בעקבות מכתב זה פתח ריפתין בבדיקה שבסופה הגיש לבן-גוריון דו"ח, שבחלקו האחרון הציג מספר שאלות והשיב עליהן:⁵

1. איך למנוע התפשטות ההתפרעות? איך להתגבר עליה?
- א. על ידי הגברת הפעולה החינוכית-ההסברתית בארגון.
- ב. על ידי פרוצדורה משפטית בהירה ויעילה.
2. במה מותנית בהירות ויעילות הפרוצדורה המשפטית?
- א. במסירת וקבלת אינפורמציה מדויקת של פשע.
- ב. מאפשרות בירור מהיר וכל צדדי של התלונה.
- ג. בקיום מען אשר יטפל מיד בתלונה, ובהבאתה לדין באם יהיה צורך בכך.
- ד. בקיום תקין של משפט.

דו"ח ריפתין היה מהגורמים המרכזיים שהשפיעו על הקמת הפרקליטות הצבאית (או בשמה המקורי: "השירות המשפטי"), שהייתה פעילה מאד בזמן מלחמת העצמאות. גודלו של הכוח הצבאי הישראלי במלחמת העצמאות היה כ-70,000 איש, ועל פי דו"ח שמסר שר המשפטים פנחס רוזן לכנסת, ניתנו בתקופה שבין 1 ביולי 1948 ל-15 ביוני 1949 2,424 פסקי דין על ידי בתי הדין הצבאיים, מתוכם 79 נגד קצינים.⁶ כמו כן, לפי דו"ח המסכם את עבודתה של הפרקליטות הצבאית לשנת 1948, התנהלו בממוצע 400 משפטים כל חודש בבתי הדין הצבאיים.⁷ אם משערים שלא כל חקירה שנפתחה באותה תקופה הסתיימה בהעמדה לדין, מגיעים לסטטיסטיקות אף יותר מרשימות בנוגע להיקף השימוש באמצעי חקירה פליליים במהלך מלחמת העצמאות. נכון הדבר שחלק נכבד מההליכים המשפטיים האמורים לא עסקו בהפרות של דיני הלחימה; יתר על כן, מרבית פסקי הדין שעסקו בפשעי מלחמה (מלבד אלה שעסקו בעבירות ביזה) מצונזרים עד היום, ולכן אי אפשר לדעת במדויק מה היה היקף ההעמדה לדין. יחד עם זאת, קיימים סימנים שונים לכך שלא היה מדובר בתופעה שולית⁸ – ובכל זאת צה"ל ניצח!

במילים אחרות, תמיד היה צורך במעורבות משפטית נרחבת יחסית (לרבות העמדה לדין) כדי למנוע פשעי מלחמה ולהעניש עליהם, בהיותם, כדברי דוד לבן-גוריון, "מהווים סכנה פוליטית ומוסרית" לישראל. יתר על כן, מבלי להתכחש להתגברות המעורבות המשפטית בתחום הלחימה בשנים האחרונות, גם בעבר מעורבות זו הייתה רבה יותר משנהוג לסבור; הערכת החסר של היקף הפעילות בתקופות עבר נובעת, בין השאר, מכך שתוצרים רבים שלה צונזרו ובעקבות כך נשכחו.

"בסוף כל חייל יצטרך עורך דין צמוד"

האמירה, על פיה הגברת ה"משפטיזציה" תביא לכך שכל חייל יצטרך עורך דין צמוד הינה אמירה שגורה בפי אלה המתנגדים למעורבות המשפטית הגוברת בסוגיות הנוגעות ללחימה.⁹ הטענה המשתמעת כאן דומה באופייה לזו העומדת מאחורי האמירה "תנו לצה"ל לנצח", ולפיה המעורבות המשפטית הגוברת תפגע ביעילות הלחימה על ידי יצירת אפקט מצנן (יצירת פחד מצד חיילים ומפקדים לפעול וליזום) ונטייה ל"הקטנת ראש" (פחד לפעול וליזום בכלל, או למצער, ללא קבלת ייעוץ משפטי מראש, דבר שמשמעותו אובדן מנהיגות ופגיעה ביעילות ומהירות התגובה הצבאית).¹⁰

לטענה זו מספר מענים, וגם כאן, המענה הראשון הוא היסטורי. אלה העושים שימוש באמירה זו מניחים שכיום חיילים ומפקדים עדיין לא נדרשים לעורך דין צמוד, ורק האיום ההולך וגובר בהעמדה לדין (בין אם מצד הגורמים המשפטיים בתוך המדינה ובין אם מצד גורמים בקהילה הבינלאומית) הוא זה שעלול להוביל לכך. העוקץ של אמירה זו יתעמעם במידה רבה, אם ניווכח שהיא שבה ונטענת מזה שנים רבות; ואכן, כך הוא המצב לאשורו.

המקור המוקדם ביותר שאותר (על ידי כותב שורות אלה) לאמירה זו הינו משנת 1837. אז היא נאמרה על ידי הקצין הבריטי C. J. Napier בספרו הערות על הדין הצבאי ועל עונש המלקות.¹¹ Napier סבר שבמהלך פעילות מבצעית (לחימה ופיזור הפגנות) חלה על החייל חובת ציות מוחלטת לפקודות מפקדיו (משמע, עליו לציית אפילו לפקודות בלתי חוקיות מכל סוג שהוא), וטען שקבלת עמדה משפטית, על פיה קיימות פקודות בלתי חוקיות שחייל צריך לסרב לבצען, אינה ראויה, שכן:¹²

"If this is true, such a principle dissolves the army at once; [...] in such law there is neither sense nor justice [...] If such is the law, the army must become a deliberative body, and ought to be composed of attorneys, and the Lord Chancellor should be made the commander in chief."

מיותר לציין כי עמדתו של Napier נדחתה זה מכבר, ולמרות שחלפו עשרות שנים מאז, הצבא הבריטי לא קרס.¹³

ככל הידוע לכותב שורות אלה, טענה זו נשמעה לראשונה בישראל במהלך משפט כפר קאסם.¹⁴ העובדה שלאמירה כי כל חייל יזדקק לעורך דין יש היסטוריה כה ארוכה, כמו גם העובדה שהיא נאמרה בעבר בהקשרם של מעשים ועמדות שנתפסים כיום כפסולים מיסודם (ציות לפקודות המורות על ביצוע מעשי זוועה), מעידות כי החשש לפיו קרב היום בו כל חייל יצטרך עורך דין צמוד אינו מוצדק וכי ההתרעה על כך הינה במידה רבה איום סרק.

קיימת אמת חלקית בחשש שהמעורבות הגוברת של המשפט עשויה ליצור אפקט מצנן, אלא שאפקט כזה הינו בעיה כרונית הקיימת בכל מקרה בו נעשה שימוש בדין פלילי ובאכיפתו. כל חוק, מעצם היותו מבוסס על שפה, נדון לסבול (במידה זו או אחרת) מבעיה של כוללנות יתר וכוללנות חסר.¹⁵ משמע, לעיתים הוא יאסור פעולה במצב בו רובנו נסכים שעדיף שהפעולה תבוצע, ולעיתים הוא יתיר ביצוע פעולה במצב בו רובנו נסכים שעדיף שהפעולה לא תבוצע. יתר על כן, נאיבי לחשוב שניתן לנסח כללים משפטיים שיהיו ברורים באופן מוחלט, כפי שנאיבי לחשוב שהדין יכול לחזות מראש כל מצב אפשרי שיקרה בשטח.¹⁶ באותה מידה נאיבי לחשוב שאנשים (בייחוד אלה שאינם משפטנים) ידעו כל סעיף וסעיף בחוק.¹⁷ כתוצאה מכך, אנשים נמנעים לעיתים מביצוע מעשים שהינם חוקיים לחלוטין, מחשש שיועמדו לדין,¹⁸ ולעיתים קורה הדבר ההפוך והם מפירים את החוק מבלי להיות מודעים לכך שקיים איסור פלילי.¹⁹ בעיות אלו מובילות מערכות משפט לשאוף לנסח את חוקיהן באופן ברור ככל שניתן,²⁰ אך הן מעולם לא הובילו מערכות אלו לויתור על השימוש בכלי של המשפט הפלילי,²¹ וזאת משום שהמחיר לכך גבוה מדי. פעמים רבות, באין נורמה משפטית המלווה באיום בהעמדה לדין, גם אנשים טובים, חכמים ומוסריים עשויים להתפתות ולהפר אפילו נורמות בסיסיות של מותר ואסור; ומחקרים פסיכולוגים אף מעידים שהפיתוי לכך גדול במיוחד בעיתות לחימה, כפי שמציינים Muñoz-Rojas ו-Frésard:²²

“[...] the perception that there are legal norms is more effective than the acknowledgement of moral requirements in keeping combatants out of the spiral of violence [...] While attempts at justification [...] can enable combatants to switch off guilt feelings in the face of inhuman acts and to stretch moral values by legitimizing such acts, they cannot confer legality on such behaviour. The norm draws an easily identifiable red line, whereas values represent a broader spectrum which is less focused and more relative.”

ההכרה שהשאיפה לניסוח חקיקה “מושלמת” לעולם לא תצלח²³ מובילה חברות אנושיות בעידן המודרני לעודד דווקא רכישת ידע משפטי והיעזרות ביועצים משפטיים. עידוד זה נעשה מתוך רצון להקטין את חוסר הוודאות שהמשפט עלול ליצור.²⁴ הדבר נעשה גם מתוך ההכרה שפעמים רבות, גם אנשים טובים, חכמים ומוסריים יתפתו להפר את החוק בהיעדר יועץ משפטי שיזכיר להם כי יש חובה לקיים את הדין.²⁵ בנוגע ל”הקטנת ראש”, יש להבחין בין שני סוגים של חששות: הראשון הוא “הקטנת ראש” עקב פחד מפני העמדה לדין; השני הוא “הקטנת ראש” כתוצאה ממעורבות יתר של משפטנים לאורך תהליך קבלת ההחלטות. שני סוגי החשש מוגזמים: דווקא העמקת

החינוך המשפטי והגברת המעורבות של יועצים משפטיים בתהליך קבלת ההחלטות בזמן אמת מקטינות את החשש מ"הקטנת ראש" מהסוג הראשון. כך, למשל, יהודה מאיר-רוט, שהביע חשש שהרחבת השימוש באכיפה פלילית עלולה להוביל לתסמונת של "ראש קטן" בצה"ל, הסיק מכך את המסקנה הבאה:²⁶

"מאז האינתיפאדה הראשונה נלחם צה"ל בעיקר בקרב אוכלוסייה אזרחית צפופה, שבה האויב והאזרח הבלתי מעורב סמוכים מאד זה לזה. אלה הם מצבים שמועדים להסתבכות. יש צורך להכשיר את הלוחמים להתמודדות בשדה הקרב הזה. ההכשרה צריכה לכלול, בין היתר, לימוד של החוק הבינלאומי ושל החוק הפלילי וניתוח תקדימים משפטיים רלוונטיים. יש לצרף באופן קבוע פרקליט צבאי לכל מטה של חטיבה ושל אוגדה. נוכחותו במטות האלה חיונית במציאות שבה הרבה מהפעולות הצבאיות עלולות לגרום להסתבכות של נותני הפקודות ושל מבצעייהן, הן על פי החוק הפלילי והן על פי החוק הבינלאומי. במילים אחרות: יש להקדים תרופה למכה. תהיה זו טעות להכניס לתמונה פרקליט צבאי רק לאחר קרות אירוע. יש לאפשר למפקדים להתייעץ בזמן אמת עם פרקליט המשרת במטה החטיבה או במטה האוגדה."

אשר לחשש מפני "הקטנת ראש" מצד מפקדים עקב מעורבותם של יועצים משפטיים בזמן אמת, חשש זה נסמך על חוסר הבנה את אופיו של הייעוץ המשפטי ואף את אופיו של הליך קבלת ההחלטות בצבא. אחת מקפיצות הדרך בתהליך התפתחותם של צבאות מודרניים הייתה הקמת המטה לצד המפקד. הקמת המטה נבעה מההבנה שהמפקד אינו יכול להיות מומחה בכל אחד ואחד מתחומי הפעילות שהפעלתם נדרשת לשם הגשמת המשימה הצבאית. תפקידו של המפקד חייב להיות הנהגה והתוויית הדרך על סמך המידע שמסופק לו על ידי המומחים השונים החברים במטהו. קיומו של מטה אינו פוגע במעמדו המנהיגותי של המפקד; להיפך, הוא מספק למפקד מידע וכלים המאפשרים לו לקבל החלטות מנהיגותיות.²⁷

ניתן אמנם לטעון שאופי היחסים בין היועץ המשפטי לבין המפקד שונה מאופי היחסים בין המפקד לבין, נניח, קצין הארטילריה. זאת, משום שרק הראשון יכול להגיד למפקד שאסור לו לבצע פעולה מסוימת ושם הוא יבצע אותה הוא יועמד לדין. יחד עם זאת, השוני האמור אינו כה גדול, כפי שניתן היה לסבור במבט ראשון: ראשית, גם קצין הארטילריה יאמר למפקד, לעיתים, שלא ניתן לבצע פעולה שהמפקד מעוניין בביצועה, למשל, מכיוון שהתחמושת הנדרשת אינה בנמצא;²⁸ שנית, כפי שיודע כל אדם בעל היכרות, ולו בסיסית, עם עולם המשפט, לא בכל המקרים מציב הדין איסור מוחלט בנוגע לביצוע פעולה זו או אחרת. פעמים רבות קיים טווח משפטי אפור, בו לא ברור

אם הפעולה מותרת או אסורה מבחינה משפטית, ולכן בחירה בדרך אחת ולא בדרך שנייה רק יוצרת סיכון משפטי (בשונה מוודאות להפרת הדין). יתר על כן, במקרים רבים אחרים הדין אינו מונע או מפריע להשגת התוצאה בה מעוניין האדם (במקרה שלנו המפקד), אלא מתווה דרכים שונות בהן ניתן להשיג את התוצאה המבוקשת באופן חוקי. בשני סוגי המקרים הללו (ואלה הם רוב המקרים) אין כלל חשש שההיוועצות בעורך הדין תוביל לפגיעה במעמדו של המפקד. אדרבא, היא מספקת למפקד תמונה מלאה בדבר הכלים העומדים לרשותו והסיכונים והמכשולים בפניהם הוא ניצב.²⁹

תדמית מול מציאות משפטית

"... יש מי שמהלכים עלינו אימים בעניין [מלחמת המשפט]. אולם

המציאות של מדינת ישראל טובה יותר ממה שנדמה"³⁰

מאז שנות התשעים של המאה העשרים, נוצר שינוי תודעתי בזירה הבינלאומית בנוגע לצורך באכיפת דיני הלחימה, וכפועל יוצא מכך התעורר לחיים המשפט הפלילי הבינלאומי, לאחר שנים של תרדמת.³¹ התעוררות זו באה לידי ביטוי בשתי דרכים מרכזיות, שיש להן השלכות על חיילי צה"ל. הדרך הראשונה היא הקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי הקבוע (ICC): אף שישאל לא חתמה על האמנה שמכוחה הוקם ה-ICC, עלול להיווצר מצב בו יועמדו גורמים ישראלים לדין בבית הדין האמור תחת תנאים מסוימים.³² הדרך השנייה מתבטאת בניסיונות הגוברים להביא להעמדתם לדין של גורמים ישראלים במדינות זרות מכוח "הסמכות האוניברסלית". על פי הדין הבינלאומי, לכל מדינה בעולם יש סמכות להעמיד לדין אנשים החשודים בפשעי מלחמה, וזאת אף כאשר אין למדינה המעמידה לדין כל קשר לאירוע בו קיים חשד שבוצע הפשע. "הסמכות האוניברסלית" האמורה נועדה למנוע מפושעי מלחמה לחמוק מאימת הדין, ומדינת ישראל תמכה בעבר רבות בשימוש בכלי משפטי זה, מתוך רצון להגביר את הסיכוי שפושעי מלחמה נאציים יבואו על עונשם.³³ מאז שנות התשעים של המאה הקודמת החלו מדינות רבות לעשות שימוש גובר ב"סמכות האוניברסלית" האמורה. כתוצאה מכך מצאו עצמם גורמים ישראלים שונים תחת איום של העמדה לדין במדינות אלו בגין חשד לביצוע פשעי מלחמה, וזאת עקב פעילותם של ארגונים פר-פלסטיניים שונים שהגישו תלונות נגדם באותן המדינות.³⁴

אחד ההסברים המרכזיים שנותנים גורמי משפט ישראלים לצורך בהגברת מעורבותם בתחומים הנוגעים ללחימה מתייחס לשינויים האמורים שהתרחשו בזירה הבינלאומית. במסגרת זו, שופטי בית המשפט העליון מסבירים שעליהם להגביר את היקף הביקורת השיפוטית בסוגיות הנוגעות ללחימה, כדי להקטין את הסיכוי שקציני צה"ל (ושרים בממשלת ישראל) ימצאו עצמם מועמדים לדין בחו"ל.³⁵ גורמי

הפרקליטות טוענים בתורם שעליהם להיות יותר מעורבים בנושא זה, הן מהסיבה עליה נסמך בית המשפט העליון והן בטענה שמעורבותם מקטינה את הסיכוי שגופי הביטחון "יפסידו בבג"ץ".³⁶

כשני עשורים חלפו מאז החלה פריחתו המחודשת של המשפט הפלילי הבינלאומי, ועד כה אף ישראלי לא מצא עצמו מועמד לדין בחו"ל. לכן, הגיעה העת לשאול את השאלה האם "כצעקתה"? האם הטעו המשפטנים את גורמי הצבא וממשלת ישראל?³⁷ האם יתכן שהגורמים הללו התירו את הגברת המעורבות של המשפטנים בתחום הלחימה על סמך פחד מוגזם ולא מבוסס?³⁸ כאן ניצבים גורמי המשפט בפני בעיה פסיכולוגית ידועה, והיא שאנשים נוטים לא לייחס חשיבות מספקת לאירועים שלא התרחשו (non-events).³⁹ לתופעה זו ישנן השלכות נפוצות גם בזירה הפוליטית; למשל, הניסיון מוכיח שפוליטיקאי שכשל במניעת מלחמה אך הנהיג את מדינתו לניצחון בה יזכה לרוב אשראי רב יותר בתודעה הציבורית מפוליטיקאי, שבסיטואציה אנלוגית הצליח למנוע מלחמה במחיר ויתורים מסוימים במישור הדיפלומטי. זאת, אף אם מחיר הניצחון במלחמה (במקרה הראשון) כבד ממחיר הפשרה הדיפלומטית (במקרה השני). אחת הסיבות לכך הינה שבעוד שבשני המקרים המחירים של השגת התוצאה הינם מוחשיים, רק במקרה הראשון התוצאה עצמה מוחשית בתודעה הציבורית. אמר על כך Melson:⁴⁰

"A catastrophe averted is likely not to be seen as a catastrophe. A predicted event that fails to materialize is a non-event, something that did not happen, and politicians who have expended wealth and lives on something that failed to happen cannot be expected to reap the rewards of their decisions. On the contrary, politicians who risk lives and wealth to avert catastrophes [...] run the risk of being vilified and punished for their efforts: To the extent that their actions succeed in averting a catastrophe, there will be no evidence of their success – only of the costs of their efforts."

לאשורם של דברים, המצב בו עד כה לא הועמד לדין אף גורם ישראלי מחוץ לישראל אינו עדות ל"היסטריה משפטית". הסיבה לכך היא, במידה רבה, הגברת המעורבות של המשפטנים הישראליים בתחומים הנוגעים ללחימה. דוגמה מובהקת להצלחתה של פעילות משפטית זו ניתן לראות בהקשרן של התביעות שהוגשו בספרד, מכוח הסמכות האוניברסלית, כנגד בכירים ישראליים בנוגע לפרשת הסיכול הממוקד של ראש הזרוע הצבאית של חמאס סלאח שחאדה. באותו מקרה הסתיימו ההליכים בכך שבתי המשפט הספרדיים קבעו, שמכיוון שמערכת המשפט הישראלית טיפלה באופן אמין בפרשה האמורה, הרי שמערכת המשפט הספרדית אינה צריכה להתערב.⁴¹

סיכום

בעשורים האחרונים הולכת וגוברת מעורבותם של גורמים משפטיים בסוגיות הנוגעות לחכימה. מאמר זה מהווה ניסיון להשיב בקצרה לחלק מהטענות שמועלות נגד התהליך האמור וכן להראות, כי הטענה על פיה מדינת ישראל הייתה מפסידה בעבר במלחמותיה לו המשפטנים היו מעורבים אז במידה שהם מעורבים כיום, הינה שגויה, שכן בפועל, משפטנים היו מעורבים במידה רבה גם בעבר בעיתות לחימה, והדבר לא פגע ביכולתה של ישראל לנצח. באופן דומה, ניתן לקבוע כי אין חשש שיגיע מצב שבו כל חייל יזדקק לעורך דין, כאשר העובדה שנעשה שימוש בטקטיקת ההפחדה האמורה מזה שנים רבות, מהווה כשלעצמה עדות לכך שמדובר בטענת סרק. לבסוף, המאמר מצביע על כך שהצורך בהיעזרות במשפטנים הוא אמיתי: הוא מסייע למפקדים בהליך קבלת ההחלטות, מונע התפתות להפר את החוק ומצליח, לפחות עד כה, להגן על חיילי ישראל (ושרי ממשלתה) מפני העמדה לדין פלילי בניכר.

הערות

- 1 ראו, לדוגמה, ישראל הראל "משפטנים נגד לוחמים" **הארץ** 29 באוקטובר 2010, <http://www.haaretz.co.il/misc/2.444/1.1227418>.
- 2 הנתונים המובאים כאן הם חלק ממחקר נרחב יותר הנמצא בשלבים ראשוניים: Ziv Bohrer, The Normative Implications of the Forgotten War Crimes Trials of 1948 (forthcoming).
- 3 צבי ענבר "הפרקליטות הצבאית – היבטים היסטוריים" **משפט וצבא** (15) 7, 11 (התשס"א).
- 4 ככל הנראה הכוונה למקרה בו נרצח סוחר נשק פולני.
- 5 ענבר, לעיל ה"ש 3, 13.
- 6 צבי ענבר **מאזניים וחרב** א 130 (התשס"ה).
- 7 שם, עמ' 243.
- 8 במחקרי המצוין בהערה 2, בכוונתי לדון בסימנים אלה. דוגמאות למקרים (שנחשפו בשנים האחרונות), בהם הועמדו לדין חיילים בגין ביצוע פשעי מלחמה במהלך מלחמת העצמאות, ראו: בני מוריס 1948: **תולדות המלחמה הערבית-הישראלית הראשונה** 189 (2010) (העמדה לדין בגין אונס); ענבר **מאזניים וחרב** ב 662 (התשס"ה), (העמדה לדין בגין פציעה של שבוי. ראו גם המקרה המורכב של סגן-ראשון להיס הנדון שם, עמ' 659-661. בנוגע לפשע הביזה, די ברפרוף בלבד בספרו של ענבר כדי לראות עד כמה העמדה לדין בגין פשע זה הייתה נרחבת); כן ראו: ע/147/50 **סמל ח' וסג"ר ר' נ' התצ"ר** (1951), בתוך: זיו בורר, **הגנת הציודק עקב ציות לפקודה ופקודות בלתי חוקיות בעליל במשפט הישראלי** (נעתיד להתפרסם ב-2014). מדובר בפסק דין שעסק במקרה של אונס ורצח שאירע מספר חודשים לאחר תום מלחמת העצמאות ונאסר לפרסום עד 2005). בפסק דין נוסף, שעסק באותה פרשה, נשפטו גם החיילים שנכחו במשטל אך לא היו שותפים למעשי האונס והרצח. חיילים אלה הועמדו לדין בגין כך שלא מנעו את המעשים האמורים, וזאת למרות שמפקדם היה שותף לביצועם: ע/49/50 **רב"ט ב' ו-17 אח' נ' התובע הצבאי הראשי** (נאסר לפרסום עד 2005).
- 9 לדוגמה, יהושע בריינר "בעקבות תחקיר הרג פלסטיני בקוסרה: קצין צה"ל הודח" **וואלה! חדשות** 24 באוקטובר 2011 (ציטוט עמדת ועד מתיישבי השומרון). ראו גם: עקיבא ביגמן "מעכבי לחימה" **NewsI** 11 בדצמבר 2011.
- 10 **ועדת החקירה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006** (ועדת וינוגרד), דו"ח סופי

- (יוני 2008) 488 ("אנו חוששים כי ההישענות המוגברת על ייעוץ משפטי במהלך פעולה צבאית עלולה לגרום להסטת האחריות מנבחרים וממפקדים אל יועצים, העלולה לשבש הן את הטיב המהותי של ההחלטות והן את הפעילות המבצעית"); יהודה מאיר-רוט "תופעת 'הראש הקטן' בצה"ל" **מערכות** (441) 62 (פברואר 2012).
- 11 MAJOR-GENERAL C. J. NAPIER, REMARKS ON MILITARY LAW AND THE PUNISHMENT OF FLOGGING, LONDON (1837).
- 12 שם, עמ' 22-23.
- 13 בנוגע לציות לפקודות במהלך פיזור הפגנות, אמירתו של Napier (שם) הייתה ככל הנראה שגויה עוד בתקופתה. בנוגע לציות לפקודות בלתי חוקיות הניתנות במהלך לחימה, אין כל ספק שלכל הפחות מאז מלחמת העולם השנייה נדחתה בבריטניה (כמו גם ברוב מדינות העולם) העמדה על פיה חיילים חייבים בציות "עיוור", וזאת אף לא בעת לחימה. ראו: Ziv Bohrer, *England and the Superior Orders Defence - Choosing the Middle Path*, 12 OXFORD UNIVERSITY COMMONWEALTH LAW JOURNAL 273 (2012-2013).
- 14 רוביק רוזנטל **מי הרג את פאטמה סרסור: הרקע, המניעים והשתלשלות האירועים בפרשת כפר קאסם, כפר קאסם: אירועים ומיתוס** 11, 45 (2000) (ציטוט כתבה מ"מעריב" מתאריך 27 בפברואר 1959, בה אמר קצין צה"ל שהגיע לבית הדין הצבאי לשמוע את הכרעת הדין בעניינו של אל"ם שדמי, כך: "באתי לשמוע אם במקרה של מלחמה בעתיד, יצטרכו המפקדים ללכת לקרב, כשלכל אחד מהם צמוד עורך דין").
- 15 FREDERICK SCHAUER, *PLAYING BY THE RULES*, 15-37, 100-102 (1992).
- 16 *Seaford Court Estates Ltd v. Asher* [1949] 2 K.B. 481, 498-499 ("Whenever a statute comes up for consideration it must be remembered that it is not within human powers to foresee the manifold sets of facts which may arise, and, even if it were, it is not possible to provide for them in terms free from all ambiguity")
- נורמות מסוימות של דיני הלחימה סובלות במיוחד מבעיות של היעדר פרשנות מוסכמת. יחד עם זאת, אין משמעות הדבר שנורמות אלו מסוגלות לסבול כל פירוש;
- Arthur D. Watts, *International Law and International Relations: United Kingdom Practice* 2 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 157, 164 (1991).
- כמו כן חשוב לציין כי קיים תהליך הדרגתי של התבהרות של דיני הלחימה (או לכל הפחות של חלק מהם). ראו:
- Antonio Cassese, *The Statute of the International Criminal Court: Preliminary Reflections* 10 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 144, 156 (1999).
- 17 Paul H. Robinson, *Fair Notice and Fair Adjudication* 154 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 335, 361 (2005-2006).
- 18 LARRY ALEXANDER & EMILY SHERWIN, *THE RULE OF RULES* 31-32 (2001).
- 19 Heidi Hurd, *Justifiably Punishing the Justified* 90 MICHIGAN LAW REVIEW 2203, 2238-39 (1992).
- 20 בהקשר המדינתי, לעיתים אף יבוטל סעיף בחוק על ידי בתי המשפט, כאשר הוא סובל באופן חמור במיוחד מבעיות של עמימות או כוללות יתר. ראו דיון בכך בבג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף **פיקוד העורף**, (12 בינואר 2006) (פס' 20 לפס"ד של השופטת פרוקצ'יה).
- 21 דנ"פ 1397/03 מ"י נ' שבס, פ"ד נט(4) 385 (פס' 30 לפס"ד של הנשיא ברק: "רמת [ה]ודאות [...] צריכה להיות גבוהה בתחום הפלילי, עם זאת אין לדרוש ודאות מוחלטת; יש לדרוש את מידת הודאות המרבית שניתן להשיג בהתחשב בסוג העניין המוסדר [...] אין לצפות לוודאות גמורה").
- 22 DANIEL MUÑOZ-ROJAS & JEAN-JACQUES FRÉSARD, *THE ROOTS OF BEHAVIOR IN WAR: UNDERSTANDING AND PREVENTING IHL VIOLATIONS* 15 (2004).

- Frederick Schauer, *Rules and the Rule of Law* 14 HARVARD JOURNAL OF LAW & PUBLIC POLICY 23 645, 662-65 (1991).
- Re'em Segev, *Justification, Rationality and Mistake: Mistake of Law Is No Excuse? It* 24 *Might Be a Justification!* 25 LAW & PHILOSOPHY 31, 56-61, 67-74 (2006). מערכות המשפט לעשות אף יותר בכיוון האמור.
- David Luban, *That the Laws Be Faithfully Executed: The Perils of the Government Legal* 25 *Advisor* 38 OHIO NORTHERN UNIVERSITY LAW REVIEW 1043, 1044-45 (2011-2012). מאיר-רוט, ה"ש 10 לעיל, 69.
- ENCYCLOPEDIA BRITANNICA (11th edn., 1911), <http://www.1911encyclopedia.org/Staff> 27 Department of the Army, *Staff*. לתפקידו של המטה ראו: *organization and Operations* 1-1 (1997, FM 101-5) בעז זלמנוביץ "מי צריך רמ"ט?" **מערכות** (435) 68-70 (פברואר 2011).
- הדוגמה המובאת היא כמובן פשטנית. בפועל, בצבא מודרני היקף שיקול הדעת והאחריות של קציני המטה הינו הרבה יותר גדול ממה שעלול להשתמע מהדוגמה. ראו: MORRIS JANOWITZ, THE PROFESSIONAL SOLDIER 67 (1960). עובדה זו רק מקטינה את מידת השוני הקיים במציאות בין המאפיינים של מערכת היחסים שבין המפקד לקצין הארטילריה שבמטהו ובין מאפייני מערכת היחסים שבין המפקד ליועץ המשפטי.
- Luban, ה"ש 25 לעיל, בעמ' 1044-1045. 29 יצוין שהחובות האתיות והחוקיות המוטלות על יועץ משפטי של מדינה הינן רחבות יותר מאלו המוטלות על עורך דין המייעץ ללקוח פרטי. ראו בעניין זה: Watts, לעיל ה"ש 16, 164; אורי שהם "הפצ"ר והיועץ המשפטי לממשלה: בין פרשת שדיאל לבג"ץ אביבית עטייה" **משפט וצבא** 16(2) 341, 361, 407-08 (התשס"ב).
- ג'ורא איילנד "יסודות המענה של מדינת ישראל" **צבא ואסטרטגיה** 1(2) 57, 62 (יוני 2010). 30
- Antonio Cassese, *On the Current Trends toward Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law* 9 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 2 (1998). 31
- יובל שני "ישראלים על ספסל הנאשמים: השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא מבחינת מדינת ישראל", **המשפט** ט 51 (התשס"ד). 32
- OTPU Update on the Situation in Palestine*, April 3, 2012, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/SituationinPalestine030412ENG.pdf>; John V. Whitbeck, *Palestine and the ICC*, THE PALESTINE CHRONICLE, April 6th, 2013, http://palestinechronicle.com/palestine-and-the-icc/#.UX9nJl_fodU.
- אונה בן-נפתלי וקרן מיכאלי "סמכות השיפוט האוניברסלית והשיח המשפטי המדינתי" **המשפט** ט 141, 144-45 (התשס"ד). 33
- לסקירה של חלק מהמקרים הללו ראו: 34
- Diane Morrison & Justus Reid Weiner, *Curbing the Manipulation of Universal Jurisdiction*, JERUSALEM CENTER FOR PUBLIC AFFAIRS (2010), <http://jcpa.org/text/universal-jurisdiction.pdf>.
- נעמי לויצקי **העליונים: בתוך בית המשפט העליון** 176 (2006); עמיחי כהן "השפעתו של המשפט הבין-לאומי על ישראל בעידן השיפוט הגלובלי" **פרלמנט** (65) (יוני, 2010). עותק מהמאמר מובא באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה – <http://www.idi.org.il>.
- אליקים רובינשטיין "על ביטחון וזכויות אדם בימי לחימה בטרור" **משפט וצבא** 16(4) 765, 776-78 (התשס"ג). 36
- אבי בקר "הדה-לגיטימציה של ישראל-דת חילונית חדשה" **כיוונים חדשים** (24) 35, 41 (יוני) 37

- 2011); ראו גם דיון כללי יותר אצל: גד ברזילי "השפה הדו ערכית של עורכי דין בישראל: פוליטיקה ליברלית, כלכלה ליברלית, שתיקה והתנגדות" **המשפט** טו(1) 193, 212 (התש"ע).
- 38 כהן, ה"ש 35 לעיל; איילנד, ה"ש 30 לעיל, 62; אמיר אורן "דו"ח גולדסטון על מבצע עופרת יצוקה: הפחד הוא היועץ המשפטי הטוב ביותר" **הארץ** 16 בספטמבר 2009, <http://www.haaretz.co.il/misc/1.1280927>.
- 39 JAMES PARKIN, JUDGING PLANS AND PROJECTS: ANALYSIS AND PUBLIC PARTICIPATION IN THE EVALUATION PROCESS 42 (1993).
- 40 Robert Melson, *Churchill in Munich: The Paradox of Genocide Prevention* 3 GENOCIDE STUDIES & PREVENTION 297, 298 (December 2008). להטיות פסיכולוגיות נוספות, שויבילו לאהדה ציבורית גדולה יותר לפוליטיקאי שכשל במניעת מלחמה, מאשר לזה שמנע את המלחמה, ראו: Daniel Kahneman & Jonathan Renshon, *Why Hawks Win* 158 FOREIGN POLICY 34 (2007).
- 41 ראו דיון בפרשה זו ב: Ido Rosenzweig & Yuval Shany, *Update on Universal Jurisdiction: Spanish Supreme Court Affirms Decision to Close Inquiry into Targeted Killing of Salah Shehadeh*, 17 TERRORISM AND DEMOCRACY NEWSLETTER (April 2010), <http://en.idi.org.il/analysis/terrorism-and-democracy/issue-no-17/update-on-universal-jurisdiction-spanish-supreme-court-affirms-decision-to-close-inquiry-into-targeted-killing-of-salah-shehadeh/>; Ido Rosenzweig & Yuval Shany, *Update on Universal Jurisdiction: Spanish Court of Appeals Decides to Close the Inquiry into the Targeted Killing of Salah Shehadeh*, 8 TERRORISM AND DEMOCRACY NEWSLETTER (July 17 2009), <http://en.idi.org.il/analysis/terrorism-and-democracy/issue-no-8/update-on-universal-jurisdiction-spanish-court-of-appeals-decides-to-close-the-inquiry-into-the-targeted-killing-of-salah-shehadeh/>.
- לדיון במקרה נוסף בו הניסיון להביא להעמדתם לדין של ישראלים בחו"ל כשל, ראו: Ido Rosenzweig & Yuval Shany, *Universal Jurisdiction: Dutch Court Dismisses Appeal Petition on Torture Allegations against Ami Ayalon*, 11 TERRORISM AND DEMOCRACY NEWSLETTER (November 2009), <http://en.idi.org.il/analysis/terrorism-and-democracy/issue-no-11/universal-jurisdiction-dutch-court-dismisses-appeal-petition-on-torture-allegations-against-ami-ayalon/>.

החלת המשפט ההומניטרי הבין-לאומי על לוחמת הסייבר

איתן דיאמונד

מאמר זה יבקש לשפוך אור על שאלת החלתו של המשפט ההומניטרי הבינלאומי, המוכר גם בשם "דיני העימות המזוין" או "דיני המלחמה", על לוחמת הסייבר. המונח "לוחמת סייבר" ישמש כאן לתיאור פעולות (מבצעים) בתחום הסייבר המבוצעות כחלק מעימות מזוין, או כאלו שמתפתחות לכדי עימות מזוין. פעולות כאלו, הכוללות פיתוח ושליחה של קוד מחשב ממחשב אחד או יותר לעבר מחשבי היעד, יכולות לחדור בדרכים שונות למערכת מחשבים כדי לאסוף, "לייצא", להרוס, לשנות או לקודד נתונים, או כדי להפעיל או לעוות תהליכים במערכת שנפרצה או לבצע כל מניפולציה אחרת בה.¹ פעולות כאלו, אפילו כשהן מכוונות למחשבים ולא לאנשים, עלולות לגרום לנוקע צום ולסבל אנושי. יש בסיס לחשש שפעולות בתחום הסייבר ישמשו, במיוחד במהלך עימות מזוין, לפגיעה בתפקוד התשתית לאספקת משאבים ושירותים, שהינם בעלי חשיבות מכרעת לאוכלוסייה האזרחית. מתקנים קריטיים, כמו מתקני אספקת חשמל, מתקנים גרעיניים, סכרים, מערכות טיהור מים ואספקת מים, בתי זיקוק לנפט, צינורות נפט וגז, מערכות בנקאות, מערכות בתי חולים, מסילות רכבת ובקרה על תנועה אווירית – כל אלה מסתמכים במידה רבה על מערכות ממוחשבות החשופות להסתננות ולמניפולציה של מבצעי סייבר. הסיכון שאזרחים ויעדים אזרחיים ייפגעו כתוצאה מלוחמת סייבר עולה עוד, בשל הדרגה הגבוהה של קישוריות ותלות הדדית הקיימת בין תשתית המחשוב הצבאית ובין תשתית המחשוב האזרחית, שמקשה מאד להבחין ביניהן.² לפיכך, סביר מאד להניח שהתקפה על מערכות מחשב צבאיות תפגע במערכות מחשב אזרחיות שהן חיוניות לקיום תקין של שירותים אזרחיים, כמו אספקת חשמל או מים.

איתן דיאמונד הוא יועץ משפטי למשלחת הצלב האדום בישראל ובשטחים הכבושים. הדעות המובעות במאמר זה הן של המחבר ואינן משקפות בהכרח את העמדות של הצלב האדום הבינלאומי.

לנוכח סיכונים פוטנציאליים אלה, ברור מדוע יש צורך בחוק שיסדיר וירסן לוחמת סייבר. למרות כמה ניסיונות ליצור בהירות בתחום זה,³ עדיין נותרו פתוחות שאלות רבות באשר לאופן החלתן של המסגרות המשפטיות הקיימות על התופעה החדשה יחסית של לוחמת סייבר, שרב הנסתר בה על הגלוי.

המאמר אינו מתיימר לספק תשובות מקיפות לכל השאלות האמורות. ראשית, המאמר לא יבקש לדון בשאלות שעולות ביחס לכל מערכות הדינים שאפשר שישמים ללוחמת סייבר, ויתמקד תחת זאת אך ורק בשאלות הקשורות להחלת המשפט ההומניטרי הבינלאומי על תחום הסייבר. יתרה מכך, גם ביחס לאתגרים שלוחמת הסייבר מציבה בפני המשפט ההומניטרי הבינלאומי, שבהם יתמקד המאמר, יוותרו מספר שאלות מרכזיות ללא מענה. מטעמים שיובהרו להלן, בשלב זה אין זה באפשר להשיב על שאלות אלו ובמקום ניסיון עקר לעשות כן ייעשה כאן מאמץ למפות את השאלות הדוחקות ביותר ולהצביע על האתגרים עליהם יהיה צורך להתגבר על מנת שהמשפט ההומניטרי הבינלאומי יוכל לממש את ייעודו לשמר את כבוד האדם ולמנוע סבל אנושי מיותר, אפילו לנוכח דפוס חדשני זה של לוחמה.

כרקע לניתוח עצמו יעסוק המאמר תחילה בקושי העקרוני שבהחלת דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי על לוחמה שמערבת שיטות ואמצעים חדשים, קושי הקיים במיוחד במקרה של פעולות בתחום הסייבר. היעדר שקיפות ומיעוט המידע המאפיינים את מבצעי הסייבר, מציבים מכשולים נוספים בפני האפשרות להחיל עליהם את דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי. לאחר מכן יידונו הבעיות שעוללות להתעורר כאשר מנסים לקבוע אם מבצעי סייבר מתרחשים במסגרת מצב של עימות מזוין. זוהי סוגיה מרכזית, מכיוון שדיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי חלים רק במקרה של עימות מזוין. כאשר נקבע כי שורר מצב של עימות מזוין, יש צורך לבחון כיצד לפרש ולהחיל את הדינים הישמים של המשפט ההומניטרי הבינלאומי על מבצעי סייבר. כאן יבחן המאמר באילו נסיבות מבצעי סייבר עשויים להביא לתחולה של הוראות המשפט ההומניטרי הבינלאומי שמסדירות את ההתנהלות בלחימה (conduct of hostilities), וכיצד יש ליישם את עקרון ההבחנה, עקרון המידתיות והחובה לנקוט אמצעי זהירות במקרה של לוחמת סייבר.

התאמת החוק הישן לטכנולוגיות הסייבר החדשות

נורמות משפטיות הן מְטבען כלליות ומנסות להרחיק ראות. הן שואפות לגבש כללי התנהגות שיתאימו למגוון מצבים, לרבות כאלה שעדיין לא מוכרים ועשויים להתעורר בעתיד. כדי לעמוד במשימה זו, על החוק להיות רחב דיו: הוא אינו יכול לספק כללים ספציפיים לאינסוף מערכי הנסיבות שעלולים להתעורר, ולכן במקום זאת הוא מחיל חוקים על מגוון של קטגוריות כלליות, אותן הוא מגדיר ומבחין האחת מהשנייה.

המעבר מנורמות כלליות מעין אלו למציאות הממשית והמשתנה תמידית אינו חלק, ומחייב עיבוד והתאמה תמידיים.

בתחום המשפט המדינתי, משימה זו מושגת בחלקה הגדול באמצעות פעולות של פרשנות מצד בתי משפט של המדינה הנדרשים מדי יום להחיל את החוק על אירועים ספציפיים, ודרך תיקוני חקיקה שיכולים להתבצע בתגובה לרגישויות המשתנות ולמציאות חדשה. בתחום המשפט הבינלאומי, תהליך ההתאמה מסורבל הרבה יותר. ראשית, נורמה בינלאומית אינה נוצרת על ידי מחוקק של מדינה בודדת, אלא צומחת מכוח הסכמתן של מדינות רבות להתחייב אליה.⁴ מכיוון שמדינות מונעות על ידי אינטרסים ותמריצים שונים, ולעתים מנוגדים, הסכמות מעין אלו קשות להשגה. התאמת הדין הבינלאומי באמצעות פרשנות משפטית גם היא תהליך מורכב, שכן הפסיקה הרלוונטית אינה נקבעת על ידי מערכת קוהרנטית יחסית כמו מערכת בתי המשפט שבמדינה פנימה כי אם על ידי ערכאות ממערכות משפט שונות שאינן בהכרח מתואמות ביניהן, ולכן לא תמיד אפשר להגיע לפרשנות עקבית, מגובשת ומהימנה. תהליך התאמת הדין לשינויים מאתגר במיוחד כאשר הדבר נוגע למשפט ההומניטרי הבינלאומי, נוכח העובדה שתחום זה מסדיר מצבים של עימות מזוין, שמטבע הדברים מלווים בחילוקי דעות בין מדינות. ואכן, מדינות מגיעות להסכמה בעניינים אלה לעתים נדירות כל כך, עד שניתן למצוא את הכללים הבסיסיים של דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי באמנות שגילן מגיע למספר עשורים ובכמה מקרים גילן חוצה מאה שנה.⁵ אלא שבעוד שהחוק מתפתח באיטיות, אמצעים ושיטות חדשות של לוחמה מתפתחים ללא הרף ושדה הקרב משתנה השכם וערב. הניסיון לגשר על הפער בזמנים ובהקשר שבין מועד התגבשות החוק לבין מועד יישומו, הופך לפיכך לאתגר דוחק וגדול מאי פעם. למרבה המזל, ובשל סוגי האתגרים שתוארו לעיל, דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי, המסדירים את ההתנהלות בלחימה, וכוללים עקרונות ליבה כמו עקרון ההבחנה, עקרון המידתיות והחובה לנקוט אמצעי זהירות, נוסחו במכוון בצורה רחבה וגמישה. לפיכך, דינים אלה יכולים להתאים עצמם גם להתפתחויות בעלות השלכות מרחיקות לכת. דינים כלליים אלה מסדירים את כל האמצעים ושיטות הלוחמה, לרבות השימוש בכל כלי הנשק, ולכן הם ישימים למעשה גם ללוחמת סייבר, אלא שבמקרה של לוחמת סייבר, היכולת שלהם להכיל את השינוי נמתחת עד הקצה.

המסגרת של דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי, המסדירים התנהלות בעת מלחמה, נועדה להיות מיושמת על שיטות ואמצעים של לוחמה המערבים שימוש בכוח קינטי בעולם הממשי, ולכן התאמתם ללוחמה שעניינה מניפולציה של נתונים במרחב הסייבר אינה טבעית. למעשה, כפי שנראה בהמשך, כמה מהנחות היסוד שבבסיס דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי מתערערים, וקשה ליישם קטגוריות ואבחנות

מהותיות של משפט זה, כגון "עימות מזוין", "התקפה", "יעד אזרחי" ו"יעד צבאי", כאשר מבקשים להחיל אותם על לוחמת סייבר.

החלת דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי על טכנולוגיות ופעולות חשאיות

הקושי להתאים את דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי ללוחמת סייבר מושפע ממעטה החשאיות המקיף את פעולות האבטחה של תחום הסייבר. החוק חייב להיות מוחל על עובדות. כאשר העובדות אינן גלויות דיין, לא ניתן לגבש פרשנות משפטית ברורה לגביהן.

המידע הנדרש כדי שניתן יהיה לקיים הערכה מושכלת בדבר התאמתם של מבצעי סייבר לדיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי כולל, בין היתר, פרטים על הטכנולוגיה הזמינה, על מתקפות סייבר שבוצעו, על הזהות של הצדדים מבצעי המתקפות, על המדיניות, ההנחיות והכללים שהמדינות מיישמות בהקשר ללוחמת סייבר ועל הפרשנות שלהן לדיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי.

מידע על היכולות הטכנולוגיות שקיימות או מצויות בפיתוח הוא חיוני כדי להעריך אם השיטות והאמצעים של לוחמת הסייבר הנתמכים על ידי טכנולוגיות אלו עומדים בדרישות דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי. אלא שבפועל, מדינות נוהגות ביד קפוצה בכל הנוגע למידע בדבר היכולות ההגנתיות וההתקפיות שכבר יש להן או שהן מפתחות בתחום הסייבר, ולא הרבה ידוע על הסוגים השונים של מבצעי סייבר או אמצעי הלחימה בתחום הסייבר הזמינים לכל אחד מהצדדים.

מדינות גם אינן מעוניינות לחשוף פרטים על מבצעי סייבר שהן יזמו נגד גורמים אחרים או לגבי כאלה שכוונו נגדן. לכן, קשה למדי לסקור את הדרכים שבהן הצדדים המעורבים בעימות מזוין מיישמים מבצעים כאלה במהלך מלחמה. במילים אחרות, לא ידוע מספיק אילו מתקפות בוצעו באמצעות טכנולוגיית הסייבר ובוודאי שלא ידוע מה גרמו מתקפות אלו. מכיוון שמבצעי סייבר נותרים בדרך כלל אנונימיים, במרבית המקרים קשה עד בלתי אפשרי לזהות את האחראי להם. לכן, לרוב לא ניתן יהיה לקבוע אם המבצע נערך על ידי אחד מהצדדים בעימות המזוין, והאם כתוצאה מכך חלים עליו דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי.

מעטה החשאיות האופף את השיטות והיכולות של מדינות בשדה לוחמת הסייבר מתרחב גם לכללים ולהוראות החלים בהקשר של מבצעי סייבר. לאור זאת, ומכיוון שבמרבית המקרים מדינות נמנעות מלחשוף ישירות מה לדעתן אמור להיות היישום הנאות של דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי על לוחמת הסייבר,⁶ קשה מאד לקבוע מהי עמדתן המשפטית בנושא זה.

מדינות הן שיוצרות את המשפט הבינלאומי. לפיכך, היעדר שקיפות בנוגע לפרקטיקה שלהן ולפרשנותן המשפטית לגבי לוחמת סייבר פוגע במאמצים להשגת

בהירות משפטית בתחום זה. לא נותר לפרשנים אלא לשער מה לוחמת סייבר גורמת או עלולה לגרום, ולחוות דעה כיצד ראוי שתתנהל, מבלי שיוכלו לסמוך את דבריהם על דפוסי ההתנהגות של מדינות או על עמדותיהן המשפטיות.

הפרמטרים לקביעה כי לוחמת סייבר נכנסת בגדר עימות מזוין

משום שהמשפט ההומניטרי הבינלאומי חל רק בהקשר של עימות מזוין, הדבר הראשון שיש להעריך כאשר שוקלים אם מבצע סייבר מסוים כפוף לדיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי הוא האם המבצע הנדון נערך במסגרת עימות מזוין או בהקשר אליו. קל יחסית להצביע על הישימות של דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי בהקשר של מבצעי סייבר, כאשר אלה מתרחשים על רקע עימות מזוין קיים, אבל אפילו אז אין לראות בכך דבר מובן מאליו, וסביר להניח שגורמים אחרים ייכנסו למשוואה ויסבכו אותה. אפשרות מסתברת במיוחד היא שלא ניתן יהיה לקבוע באופן חד-משמעי כי מבצעי הסייבר אכן קשורים לעימות המזוין. כפי שכבר צוין, טבעם של מבצעי סייבר הוא כזה שזהות הגורם המוציא אותם לפועל עשויה להיות בלתי ידועה. בכל מקרה שבו זהות התוקף נותרת עלומה, לא ייווצר בסיס לטענה שהמבצעים נעשו על ידי, או בשם, צד בעימות מזוין, וכל עוד החיבור לעימות המזוין נותר בספק, היכולת ליישם את דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי על מבצעי הסייבר תהיה מוטלת בספק. במקרים שבהם לוחמת סייבר מתרחשת שלא לצד צורות אחרות של פעולות איבה (hostilities) תעלה בנוסף גם השאלה האם מבצעי סייבר לכשעצמם יכולים לעלות כדי עימות מזוין. בניסיון לתת מענה לשאלה זו, חשוב להבחין בין שני סוגים של עימות מזוין, שדיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי מבקשים להסדיר: עימותים מזוינים בינלאומיים, המתרחשים בין מדינות, ועימותים מזוינים שאינם בינלאומיים, אשר לפחות אחד הצדדים היריבים בהם הוא גורם שאינו מדינתי.

עימות מזוין בינלאומי מתעורר כל אימת שנעשה שימוש בכוח מזוין בין מדינות.⁷ בהתאם לכך, לוחמת סייבר תיחשב לעימות מזוין בינלאומי רק אם ניתן לייחס את מבצעי הסייבר למדינה מסוימת ואם מבצעים אלה מביאים, בסופו של דבר, להפעלת כוח מזוין נגד מדינה אחרת.

שאלת הייחוס לגורם התוקף בלוחמת סייבר היא שאלה קשה לפיצוח. בעבר הועלתה האפשרות כי ניתן למתן קושי זה במידה מסוימת באמצעות אימוץ הנחות משפטיות מתאימות,⁸ כמו למשל ההנחה שהמדינה היא האחראית לכל מבצע סייבר היוצא מהתשתית שלה, אלא אם היא יכולה להוכיח את ההיפך. בפועל, אין בסיס להנחה כזו במשפט הבינלאומי הקיים. יתרה מכך, לנוכח הקלות שבה ניתן להסוות את הנעשה במרחב הסייבר והקושי לספק מעטה הגנה לתשתיות המחשב מפני מניפולציות, הנחה זו יכולה להיות מלאכותית ביותר ואפשר שאף תטיל נטל לא סביר על מדינות.⁹

מעבר לקשיים העובדתיים בקביעת המקור למבצע סייבר, ייחוס מבצע כזה למדינה הוא דבר מורכב גם בשל שאלות הנוגעות להיקף אחריותה המשפטית של המדינה למבצעי סייבר שלא בוצעו ישירות על ידיה, אלא על ידי אנשים פרטיים או קבוצות. ייחוס פעולות של גורמים פרטיים למדינה אינו ייחודי ללוחמת סייבר. הכלל העקרוני בנושא זה קובע כי ניתן לייחס התנהלות של אדם או קבוצת אנשים למדינה, בהתאם לדין הבינלאומי, "אם האדם או הקבוצה פעלו תחת ההנחיות של אותה מדינה, או תחת ההכוונה או השליטה של אותה מדינה, בעת שהוציאו לפועל התנהלות זו".¹⁰ לפי אחת הפרשנויות לכלל זה ניתן לייחס פעולות של גורמים פרטיים למדינה רק כשמדובר בפעולות ספציפיות שעליהן יש למדינה שליטה אפקטיבית,¹¹ ואילו לפי פרשנות אחרת ניתן לעשות כן כשלמדינה יש "שליטה כוללת" על קבוצה מסוימת.¹² החלת המבחנים החלופיים האלה על לוחמת הסייבר, שם העובדות הרלוונטיות עלולות להיות קשות יותר לביסוס, עתידה להתברר כאתגר ולהיות מורכבת עוד יותר בשל הצורך לפרש את המונח "שליטה" בכל הנוגע לפעולות ולגורמים במרחב הסייבר.

הניסיון להעריך אם מבצעי סייבר עומדים בקריטריון השני לעימות מזוין בינלאומי, קרי שהם מביאים לשימוש בכוח מזוין נגד מדינה, מציב קושי משמעותי נוסף. התפיסה השגורה של כוח מזוין היא של לחימה המערבת אמצעים ושיטות של כוח קינטי. החלת תפיסה זו על פעולה הכוללת פיתוח ושליחה של קוד מחשב אינה דבר פשוט. במקרה כזה נשאלת השאלה מתי פעולה כזאת תיחשב כאילו הפכה ל"כוח מזוין"? קיימת הסכמה רחבה בקרב פרשנים, שמתקפות על רשתות מחשב, המובילות להרס פיזי המקביל להרס שגורמות התקפות העושות שימוש בכוח קינטי, הן בגדר התקפה מזוינת.¹³ אלא שמבצעי סייבר מסוגלים להסב גם צורות אחרות של נזק: במקום להרוס פיזית את מערכת היעד, הם יכולים לגרום לשיבוש התפקוד שלה. במצב זה, הנזק שנגרם ישפיע ישירות לא על העולם הפיזי אלא על עולם הסייבר, ומתקפת סייבר מסוג זה עשויה לחמוק ללא זיהוי. ההשפעות העקיפות של מתקפה כזו עשויות לשבש, למשל, אספקה של משאבים חיוניים (כמו מים, חשמל או דלק) או של שירותים חיוניים, ועלולות להיות הרסניות ביותר.

אם מפרשים את דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי על פי התכלית ההומניטרית שבבסיסם,¹⁴ אזי דומה שמבצעי סייבר הגורמים להשלכות הומניטריות כה חמורות חייבים להיחשב כאילו הם "כוח מזוין", ולכן צריכים להיות כפופים לתנאים של דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי. מצד שני, יש לזכור שסיווג מצב כעימות מזוין מכניס לזירה לא רק את התנאים המגבילים של דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי, אלא גם את ההיבטים המתירניים שבהם. ואכן, דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי מתירים, או לפחות אינם אוסרים, שימוש מכוון בכוח קטלני נגד קבוצות מסוימות של אנשים (כמו לוחמי האויב¹⁵ או אזרחים שנוטלים חלק ישיר בלוחמה) וכן הרס

מכוון של סוגי רכוש מסוימים (יעדים צבאיים). כמו כן, הם מאפשרים רמה מסוימת של נזק אגבי לקטגוריות אחרות של אנשים ויעדים, האסור על פי החוקים הישימים על מצבים שמחוץ לעימות מזוין.

לאלה המבקשים להגביל את היקף הכוח שמוותר בשימוש חוקי יש, לפיכך, סיבות טובות להעדיף גישה מגבילה יותר לשאלה הפרשנית מתי לוחמת סייבר הופכת לעימות מזוין. בכל מקרה, בהיעדר פרקטיקה מדינתית או הבהרה של העמדה המשפטית של מדינות (*opinio juris*), נותרת פתוחה השאלה האם, ואם כן באילו תנאים, ניתן לטעון שלוחמת סייבר נחשבת להפעלת כוח מזוין, גם אם לא גרמה הרס פיזי ישיר.

עימות מזוין שאינו בינלאומי מתקיים כל אימת שמתרחשת אלימות מזוינת מתמשכת, דהיינו אלימות מזוינת בעוצמה מסוימת, בין כוחות הביטחון של המדינה לבין קבוצות מזוינות מאורגנות, או בין קבוצות שונות בתוך המדינה.¹⁶ במילים אחרות, כדי שמצב יסווג כעימות מזוין שאינו בינלאומי, הוא חייב לכלול אלימות מזוינת המערבת לפחות גורם אחד שאינו מדינתי, וזאת כאשר הצדדים המעורבים מגיעים לרמה מינימלית של ארגון והאלימות המזוינת מגיעה לרמה מינימלית של עוצמה.

כאשר מחילים קריטריונים אלה על לוחמת הסייבר, מתעוררים כמה קשיים. ראשית, טבען של קבוצות המאורגנות באופן וירטואלי, מהסוג שפעיל במרחב הסייבר, כגון ארגוני האקרים המשתפים פעולה במבצעי סייבר משותפים, הוא כזה שרק לעתים נדירות, אם בכלל, הן יענו לדרישה של רמה מינימלית של התארגנות. על פי דרישה זו, לקבוצה צריך להיות מבנה פיקודי, עם רמה של היררכיה ומשמעת, שמספיקה כדי לאפשר לה להוציא לפועל פעולות מתמשכות של לוחמה, וכן כדי שניתן יהיה להחיל עליה את דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי.¹⁷ קשה לראות כיצד קבוצות שחבריהן מקושרים ביניהם רק בתקשורת וירטואלית, ושאפשר שמעולם לא נפגשו פנים אל פנים או אפילו אינם יודעים האחד את זהותו של השני, יתאימו לתבנית זו.¹⁸ משום כך נראה, שבעוד שפעילויות של קבוצות כאלו יכולות לענות להגדרה של התנהגות פלילית, לא יהיה זה נכון לומר שהן מגיעות עד כדי מעורבות בעימות מזוין. מסקנה כזו עלולה לעורר אי-נוחות מסוימת, לנוכח העובדה שמבצעי סייבר שמבוצעות על ידי קבוצות וירטואליות מאורגנות עלולות להביא לדרגות נזק והרס דומות לאלו שגורם עימות מזוין.

כאשר מבצעי סייבר מביאים להרס פיזי ממשי בדומה לזה שמחוללים מבצעים קינטיים, הם עשויים להיחשב כנמצאים על גבול העוצמה הנדרשת להגדרתם כעימות מזוין שאינו בינלאומי. עם זאת, כמו במקרה של הקריטריון שנדון לעיל בדבר פנייה לכוח מזוין בהקשר של עימות מזוין בינלאומי, אין זה ברור כלל מתי ובאילו תנאים תוצאות הרסניות שגרמו מבצעי סייבר שנעשו באמצעות מניפולציה על רשתות מחשב (ולאו דווקא הרס פיזי ישיר), יכולות להיחשב כבעלות עוצמה המתאימה להגדרה

של עימות מזוין שאינו בינלאומי. גם כאן אין פרקטיקה מדינתית מנחה או הבהרה של העמדה המשפטית, והשיקולים ההומניטריים אינם מצביעים באופן חד-משמעי לטובת גישה פרשנית מסוימת.

החלת דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי על לוחמת הסייבר

מבצעי סייבר שידוע כי הם נעשו במסגרת עימות מזוין כפופים בוודאי לכללי המשפט ההומניטרי הבינלאומי, לרבות ובמיוחד הכללים המסדירים את ההתנהלות בלחימה (דיני הלחימה). יחד עם זאת, וכאמור לעיל, החלת דינים אלה על פעולות המערבות הטמעת קוד מחשב במרחב הסייבר, וזאת בניגוד לשימוש בכוח קינטי בעולם הממשי, אינה עניין של מה בכך.

האתגר הראשון בהקשר זה יהיה לקבוע אילו סוגים של מבצעי סייבר יהיו כפופים לדיני הלחימה. שאלה זו רלוונטית בשל היכולת של מבצעי סייבר לשבש באופן חמור תפקוד של תשתיות חיוניות, וזאת מבלי לגרום להרס פיזי מהסוג שגורמים שיטות ואמצעים מסורתיים של לחימה.

אשר לסוגי מבצעי הסייבר הנופלים במסגרת דיני הלחימה, יהיה צורך לשקול כיצד הכללים הרלוונטיים, ובעיקר העקרונות של הבחנה, מידתיות וזהירות, יותאמו ויישמו על לוחמת סייבר.

מתי מבצעי סייבר כפופים לדיני הלחימה

דיני הלחימה, כפי שנקבעו בפרוטוקול הנוסף הראשון של אמנת ז'נבה (פרוטוקול I), זוכים להכרה נרחבת כמשקפים את המשפט הבינלאומי המנהגי הישים בעימותים מזוינים, הן בינלאומיים והן שאינם בינלאומיים.¹⁹ מרבית הכללים הספציפיים במסגרת זו נוסחו כהגבלות על פעולות צבאיות המהוות "התקפה".²⁰ דבר זה הביא רבים להסיק שדיני הלחימה חלים רק על מבצעי סייבר המהווים התקפה, כמוגדר על פי דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי.²¹ אולם קשה ליישב עמדה זו עם העובדה שסעיפי הפרוטוקול הנוסף הראשון, המבססים את עקרונות ההבחנה, המידתיות והזהירות, מכילים סעיפים העוסקים בפעולות צבאיות באופן כללי.²² לנוכח זאת, יש לראות את עקרונות הליבה של דיני הלחימה כחלים לא רק על התקפות אלא גם על לוחמה במובנה הרחב יותר, קרי פעולות צבאיות אחרות המתבצעות בהקשר של עימות מזוין ובמטרה להסב נזק לאויב.

יחד עם זאת, נראה שכל הכללים הספציפיים של דיני הלחימה המתמקדים בהתקפות, להבדיל מסוגים אחרים של פעולות צבאיות, אכן חלים רק על אותם מבצעי סייבר שהם בגדר "התקפה". מכיוון שמסגרת הדינים המסדירה את הלחימה

עוסקת ברובה, אף כי לא כולה, ב-"התקפות", חשוב לוודא אילו מבצעי סייבר מגיעים בפועל לרמה של התקפה.

סעיף 49 בפרוטוקול הנוסף הראשון, המשקף את דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי המנהגי, מגדיר התקפות כ"פעולות של אלימות נגד האויב, בין בהתקפה או בהגנה". מקובל להניח שהאלימות שבה מדובר מתייחסת לתוצאות ההתקפה ולא לאמצעים ששימשו כדי להגיע לתוצאות אלו. בהתאם לכך, שיגור קוד מחשב, למרות שאינו כרוך באלימות פיזית, יכול להיחשב כהתקפה אם יביא לתוצאה אלימה.

השקפה זו באה לידי ביטוי במדריך טאלין המגדיר "מתקפת סייבר" כ"מבצע סייבר, בין אם התקפי ובין אם הגנתי, שבאופן סביר והגיוני צפוי שיגרום לפגיעה או למוות בקרב אנשים או לפגיעה או להרס של אובייקטים".²³ סוגיה דוחקת שהגדרה זו מותירה במחלוקת, היא האם מבצע סייבר הגורם לנזק יכול לעלות כדי "התקפה", הגם שלא גרם להרס פיזי ישיר של היעד אלא לנזק אחר, כמו למשל שיבוש תפקודו. מצד אחד, אין זה הגיוני לטעון שמבצעי סייבר, הפוגעים בתפקוד של תשתית קריטית והם בעלי פוטנציאל של נזק לאנשים רבים, לא ייחשבו להתקפה רק משום שלא כללו הרס פיזי; מצד שני, יהיה זה בלתי סביר להניח שכל ניסיון לפגוע במערכת מחשב ייחשב להתקפה, כך שיש להחיל עליו את כל הכללים הנוגעים להתנהלות בעת מלחמה. קו הגבול המדויק המפריד בין מבצעי סייבר שהופכים להתקפה ובין אלה שאינם התקפה נותר אפוא חמקמק. עם זאת, ישנם כמה שיקולים שיכולים לסייע להבחין בין שני המצבים: ראשית, מכיוון שעל פי דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי, רעיון ההתקפה אינו חל על אמצעי לוחמה שאינם פיזיים (כמו בלוחמה כלכלית או פסיכולוגית, דוגמת הפצת תעמולה או הטלת אמברגו),²⁴ הרי שמבצעי סייבר השקולים לצורות כאלו של "לוחמה" גם הם אינם בגדר התקפה. שלא כמו התקפות, שלעולם אסור שיופנו נגד אזרחים, דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי אינם אוסרים על הטלת מצור או סנקציות כלכליות על אוכלוסייה אזרחית. בהתאם לכך, לא ניתן לטעון שמבצעי סייבר, שכמוהם כסנקציות כלכליות, הם התקפה.²⁵ יתרה מכך, כשם שהתערבות בתהליכי תשדורות, כמו חסימה של שידורי רדיו או טלוויזיה, אינה נחשבת להתקפה על פי דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי, ולכן ניתן לפעול בדרך זו נגד מערכות תקשורת אזרחיות, כך גם לא כל שיבוש של מערכות תקשורת מבוססות מחשב הופך להתקפה. כמוכן שיש סוגים של התערבות בתקשורת מבוססת מחשב שיכולים לגרום להשפעות מרחיקות לכת (כגון שיבוש פעולה של מוסדות פיננסיים), ולכן נחוץ עדיין להבהיר במדויק מתי, ואם בכלל, שיבושים כאלה הופכים להתקפה. אין ספק שקל יחסית להניח שמבצעי סייבר המשבשים תפקוד של יעדים בעולם הממשי מהווים התקפה; המצב הרבה פחות ברור כאשר מדובר במבצעים המכוונים אך ורק לשיבוש תקשורת במרחב הסייבר.

החלת עקרון ההבחנה על מרחב הסייבר

על פי עקרון ההבחנה, הצדדים בעימות מזוין מחויבים להבחין כל העת בין אוכלוסייה אזרחית ובין לוחמים, וכן בין אובייקטים אזרחיים ובין מטרות צבאיות, ורשאים לכוון את פעולותיהם אך ורק נגד מטרות צבאיות.²⁶ בהתאם לכך, מבצעי הסייבר חייבים להיות מופנים ליעדים צבאיים, דהיינו "אותם אובייקטים אשר מטבעם, מיקומם, מטרותם או השימוש בהם, תורמים תרומה אפקטיבית לפעולה צבאית ושהריסתם, תפיסתם או נטרולם, באופן מוחלט או חלקי, בנסיבות שמתקיימות באותו הזמן, מקנים יתרון צבאי מובהק".²⁷ כל יעד שאינו עונה להגדרה זו נחשב לאזרחי ואינו יכול להיות יעד להתקפה.²⁸ יתרה מכך, במקרה שמתעורר ספק האם יעד מסוים, שבמצבי שגרה משרת מטרות אזרחיות, תורם לפעילות הצבאית, חובה להניח שלא נעשה בו שימוש לצרכים צבאיים, ולכן הוא אינו יכול להוות יעד להתקפה.²⁹

הקושי המרכזי בהחלת דינים אלה על לוחמת סייבר נעוץ בעובדה שמרבית תשתית הסייבר היא כפולת שימוש ומשרתת יעדים צבאיים ואזרחיים גם יחד. העמדה המקובלת כיום היא שיעדים כפולי שימוש הם יעדים צבאיים בשל הייעוד הצבאי שהם ממלאים.³⁰ החלת עמדה זאת על מרחב הסייבר, פירושה הוא שכמעט כל המרכיבים בתשתית הסייבר הבינלאומית יכולים להיות מסווגים כמטרות צבאיות, ולפיכך יכולים (בכפוף לדיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי) להיות חשופים להתקפה. ואמנם, לפי השקפה זאת, הכבלים, הצמתים, הנתבים והלוויינים, שמערכות אזרחיות כה רבות תלויות בהם, ייחשבו כולם למטרות צבאיות, מכיוון שיש להם גם פונקציה של שידור מידע צבאי. כאשר יעדים רבים כל כך בעולם הסייבר נחשבים לצבאיים, עיקרון ההבחנה הנחשב לאבן היסוד להגנה על אזרחים מפני סכנות המלחמה – הופך במידה רבה לחסר ערך. לפיכך, כל הגנה שדיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי יכולים לספק לתשתית סייבר אזרחית ולמערכות ולשירותים האזרחיים התלויים בה, תצטרך להיות מושתתת על העקרונות של מידתיות וזהירות בלבד.

גם תשתית סייבר אזרחית שאינה כפולת שימוש, ולפיכך מוגנת מהתקפה ישירה, יכולה למרות הכל להיפגע, וזאת בשל הקישוריות ההדדית המתקיימת במרחב הסייבר. כדי למנוע תוצאה כזו, וכפי שמתחייב מהאיסור על התקפות חסרות הבחנה,³¹ אסור לצדדים היריבים לעשות שימוש באמצעי לחימה בתחום הסייבר, שבאופן טבעי קשה להפעילם באופן מבחין, כמו תוכנות מחשב זדוניות המשתכפלות ללא בקרה (וירוסים, תולעים), שהשפעתן המזיקה אינה ניתנת לריסון הנדרש על פי דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי. יתרה מכך, על כל צד בעימות, המתכוון לצאת במתקפת סייבר, לוודא תחילה שבנסיבות הקיימות, נשק הסייבר המיועד לשימוש מכון בפועל נגד יעד צבאי וכי ניתן להגביל את השפעתו, כמתחייב על פי דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי.

המגוון הרחב של מטרות צבאיות בלוחמת הסייבר מעלה שאלות בנוגע לגבולות הגיאוגרפיים של עימות מזוין. מבצעי סייבר יכולים לנצל תשתית סייבר הממוקמת בכל מקום בעולם ולערב אלפים ואפילו מיליונים של מחשבים במקומות שונים על פני כדור הארץ. אם כל התשתית הזאת תיחשב למטרה צבאית, הרי שעומות מזוין המערב לוחמת סייבר יכול להתפרס על פני כל כדור הארץ, ולכל מתקפת סייבר יהיה פוטנציאל להפוך למלחמת סייבר עולמית. בעימותים מזוינים בינלאומיים, ההשלכות של מצב דברים זה תצומצמנה במידה מסוימת מכוח חוקי הנייטרליות, המגבילים את זכותן של מדינות יריבות לתקוף תשתית הממוקמת בטריטוריה של מדינה נייטרלית, לאותם מקרים בהם המדינה הנייטרלית עצמה נכשלה במניעת הפרות של הנייטרליות שלה שיצאו משטחה; כאשר הפרות כאלו מציבות איום מידי וחמור על ביטחונה של המדינה המותקפת, וכאשר אין בנמצא כל תגובה חלופית ישימה ומהירה.³² לעומת זאת, בעימותים מזוינים שאינם בינלאומיים, שעליהם לא חלים דיני הנייטרליות, סוגיות הנוגעות למגבלות הגיאוגרפיות על שדה הקרב הן נושא למחלוקת פעילה שנעשית סבוכה אף יותר ככל שעומותם כאלה כוללים גם לוחמת סייבר.³³

החלת עקרון המידתיות על מרחב הסייבר

על פי עקרון המידתיות, התקפה אסורה אם "ניתן לצפות כי תגרום לאבדן נלווה של חיי אזרחים, פגיעה נלווית של אזרחים, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים, או שילוב של כל אלה, אשר יהיו מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי".³⁴ גם כאן, שאלת מפתח תהיה כיצד ניתן לקבוע באיזו מידה המונח "נזק" כולל אובדן תפקוד. לנוכח חומרת ההשלכות שעלולות להיות לפגיעה בתפקוד של תשתית אזרחית, דומה שאך הגיוני הוא שנוק מעין זה ייכלל בחישוב המידתיות. מצד שני, וכפי שכבר צוין, נותר עוד להבהיר אילו סוגים של שיבושים בתפקוד נכללים בקטגוריה הרלוונטית של "נזק".

אתגר נוסף בהחלת עקרון המידתיות יהיה לקבוע האם נזק אקראי ליעדים אזרחיים גם הוא ייחשב למופרז ביחס ליתרון הצבאי הצפוי. הניסיון לשקול נזק צפוי לאזרחים או ליעדים אזרחיים מול היתרון הצבאי הצפוי הוא בעייתי תמיד. במקרה של לוחמת סייבר, בעייתיות זו גוברת, בשל הקושי להעריך במידת דיוק כלשהי מה היקף הנזק האקראי הצפוי. הדבר נובע מהעובדה שמבצעי סייבר הם תופעה חדשה יחסית, ולכן מעט מדי ידוע עדיין על השלכותיהם, וכן בשל טבעו רב הקישוריות של מרחב הסייבר, המקשה במיוחד לחזות את כל ההשפעות האפשריות של מבצעים כאלה.

החלת עקרון הזהירות על מרחב הסייבר

המשפט ההומניטרי הבינלאומי מחייב את הצדדים היריבים לנקוט אמצעי זהירות בזמן התקפה,³⁵ וכן נגד ההשפעות של התקפה כזאת.³⁶ אמצעי זהירות בזמן התקפה מופעלים מכוח הוראה כללית החלה על כל הפעולות הצבאיות, לפיה יש לנקוט זהירות מתמדת במטרה להגן על אוכלוסייה אזרחית ועל יעדים אזרחיים,³⁷ וכן מכוח הוראות נוספות הקובעות דרישות ספציפיות לזהירות. הוראות אלו מחייבות, בין היתר, את הגורמים המתכננים את ההתקפה או המחליטים עליה לעשות כל שביכולתם כדי לוודא שהמטרות הן יעדים צבאיים,³⁸ ולנקוט את כל אמצעי הזהירות האפשריים בעת בחירת האמצעים ושיטות הלחימה, כדי להימנע, ובכל מקרה למזער, נזק אגבי לאזרחים.³⁹ כמו כן נדרשים הצדדים היריבים לבטל או להשעות התקפה, היה ויתברר שהיא כרוכה בהפרה של עקרון המידתיות.⁴⁰

בהתאם להוראות אלו, מוטל על כל צד בעימות מזוין, המתכנן לצאת במתקפת סייבר, לעשות כל שביכולתו במטרה להשיג את המידע הדרוש כדי לוודא שהיעד המתוכנן הוא יעד צבאי ושהמתקפה לא תגרום לנזק מופרז. הדבר עשוי לחייב העסקה של מומחים טכניים, שיתחו, ככל שניתן, את הרשת המיועדת להיות מטרה ואת המערכות המחוברות אליה. במקרה שחסרה המומחיות הדרושה כדי לקבל ולהעריך כהלכה את המידע, יהיה על התוקף להימנע מהמתקפה, ובכל מקרה יהיה עליו להגביל אותה לאותן מטרות שעליהן יש בידיו מידע מספיק.⁴¹

בנסיבות מסוימות, החובה לבחור אמצעים ושיטות לחימה, מתוך ראייה המבקשת למזער נזק אקראי לאזרחים, יכולה לגרום לכך שהצדדים בעימות ינסו להשיג את היעד הצבאי באמצעות מתקפת סייבר, במקום לפנות לאמצעים הרסניים יותר, הכרוכים בשימוש בכוח קינטי.

החובה לנקוט אמצעי זהירות נגד התוצאות של התקפות מחייבת, עד כמה שהדבר ניתן, שהצדדים בעימות המזוין יעשו מאמץ לשמור על הפרדה בין יעדים צבאיים ובין אזרחים ויעדים אזרחיים, ויישמו אמצעי זהירות נוספים כדי להגן על אזרחים ויעדים אזרחיים הנמצאים תחת שליטתם מפני הסכנות שבפעולות צבאיות. לאור זאת, הצדדים לעימות יידרשו עקרונית לעשות כל שביכולתם כדי להפריד בין תשתיות הסייבר האזרחית והצבאית שלהם. אלא שבפועל, תשתיות סייבר אזרחיות וצבאיות שזורות זו בזו באופן כה עמוק, עד שהמאמץ להפריד ביניהן אינו מעשי.

שאפה מעשית יותר עשויה להיות שהצדדים בעימות יעשו כל שביכולתם כדי לנקוט אמצעי זהירות, כך שתשתיות אזרחיות קריטיות יישארו מוגנות ככל שניתן מהשפעות מתקפת הסייבר. זאת, למשל, על ידי שיבטיחו כי נתונים חיוניים יאוחסנו בצורה בטוחה ותוך גיבוי יעיל, וכן באמצעות מתן סיוע מהיר לתיקון מערכות אזרחיות שנפגעו.

סיכום

לוחמת סייבר אינה מתרחשת בריק נורמטיבי. אין ספק שמבצעי סייבר כפופים למשפט, וכאשר הם מגיעים לכדי עימות מזוין או מתרחשים בהקשר אליו, עליהם להיות מוסדרים על פי דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי. יחד עם זאת, גם כאשר אין ספק באשר לתחולת המשפט ההומניטרי הבינלאומי, כאשר שוקלים כיצד יש להחיל את הוראתיו על לוחמת סייבר, מתעוררות שאלות רבות שעדיין אין להן מענה מקיף ומשביע רצון.

בשל מעטה החשאיות האופף את מבצעי הסייבר, ובשל העובדה שהם מערבים שיטות ואמצעים של לוחמה השונים באופן דרמטי מאלה שבעבורם גובשו דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי, לרוב קשה אפילו לוודא אם הם התרחשו במסגרת של עימות מזוין או בהקשר אליו. גם כאשר סוגיה זו זוכה למענה, והתחולה של דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי המסדירים את הלחימה אינה מוטלת בספק, עדיין לא ברור לחלוטין אילו מבצעי סייבר כפופים לדינים אלה וכיצד יש לפרש את הדינים הקיימים בבואנו להחיל אותם על צורה חדשה זו של לוחמה.

מנקודת מבט הומניטרית, יש חשיבות ראשונה במעלה לכך ששאלות אלו יזכו למענה וכי דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי יוחלו באופן שיספק לאזרחים ולתשתית האזרחית הגנה יעילה מפני ההשפעות המזיקות של לוחמת הסייבר. הדבר יחייב פרשנות זהירה של הדינים הקיימים, תוך התבססות על התכלית ההומניטרית שבבסיס המשפט ההומניטרי הבינלאומי. אפשר גם שיהיה צורך בגיבוש כללים מחמירים יותר במטרה להבטיח כי הערכים ההומניטריים יישמרו ללא פגע.

הערות

- 1 Cordula Droege, *Get off My Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian Law and The Protection of Civilians*, 94(886) INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS 533, 538(2012).
- 2 הודות לקישוריות ההדדית באינטרנט, מרבית הרשתות הצבאיות מסתמכות על תשתית מחשבים אזרחית, בעיקר מסחרית. מנגד, בקרות על תנועה אזרחית של כלי רכב, ספינות ומטוסים מצטיידות יותר ויותר במערכות ניווט המסתמכות על לווייני GPS המשמשים גם את הצבא.
- 3 המאמצים המקיפים ביותר שנעשו בתחום זה מוצאים את ביטויים במדריך **טאלין לחוק הבין-לאומי הישים ללוחמת סייבר** (להלן – מדריך טאלין), שנוסח על ידי קבוצת מומחים על פי הזמנת מרכז המצוינות של נאט"ו להגנת סייבר. ראו: TALLINN MANUAL ON THE INTERNATIONAL LAW APPLICABLE TO CYBER WARFARE (Michael N. Schmitt, gen. ed., 2013), <http://www.ccdcoe.org/249.html>.
- 4 מדינות מביעות את הסכמתן להתחייב לנורמה בין-לאומית באמצעות חתימה על אמנה בין-לאומית הקובעת נורמה זו, או באמצעות נוהג בין-לאומי שצמח מתוך הפרקטיקה הקבועה של המדינות, בשילוב ההשקפה שפרקטיקה כזו מחייבת מכוח החוק (*opinio juris*). נורמה של חוק בין-לאומי מנהיג מחייבת את כל המדינות, למעט אלה שהביעו התנגדות עקבית ליישום הנורמה.

- 5 אמנות אלו כוללות, בעיקר, את אמנות האג מהשנים 1899 ו-1907, את ארבע אמנות ז'נבה משנת 1949 ואת הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז'נבה של 1949 משנת 1977.
- 6 חריגה מסוימת מנטייה כללית זו ביחס לכמה היבטים כלליים של עמדות ארצות הברית בנוגע להחלת דיני המשפט ההומניטרי הבין-לאומי (ותחומים אחרים של החוק הבין-לאומי) על לוחמת הסייבר ניתן למצוא בנאום שנשא הרולד קו, היועץ המשפטי של משרד החוץ האמריקאי דאז, ב-18 בספטמבר 2012, במהלך ועידה בחסות "מפקדת הסייבר של ארצות הברית" (USCYBERCOM). קו אמנם לא סיפק בנאומו פירוט של עמדת ארצות הברית, אולם הציג בקצרה תשובות ל"שאלות בסיסיות" בסוגיה זאת וזיהה כמה "שאלות לא פתורות", שסביר להניח שארצות הברית תיאלץ להתמודד עמן בעתיד. ראו:
- International Law in Cyberspace: Remarks of Harold Koh*, 54 HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL (December 2012), http://www.harvardilj.org/2012/12/online_54_koh/.
- 7 הגדרה מקובלת זו לעימות מזוין בין-לאומי נוסחה על ידי בית הדין הבין-לאומי לפשעי יוגוסלביה לשעבר (ICTY) בתוך: Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-A, Appeals Chamber Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, para. 70 (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia October 2, 1995). אמנות בין-לאומיות אינן כוללות הגדרה מפורטת לעימות מזוין בין-לאומי. יחד עם זאת, סעיף 2 המשותף לארבע אמנות ז'נבה של 1949 קובע כי האמנות חלות על כל עימות מזוין שיכול להתעורר בין שתי מדינות או יותר. סעיף 4(1) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה מרחיב את טווח התחולה למצבים נוספים, אולם אלה רלוונטיים רק למדינות החתומות על הפרוטוקול הנוסף, ולכן אינם חלים על ישראל.
- 8 Droege, לעיל ה"ש 1, 543.
- 9 כלל 7 במדריך טאלין קובע כי:
- "the mere fact that a cyber operation has been launched or otherwise originates from governmental cyber infrastructure is not sufficient evidence for attributing the operation to that State but is an indication that the State in question is associated with the operation".
- International Law Commission, Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II (Part Two) Article 8.
- 11 זו הייתה העמדה שנקט בית הדין הבין-לאומי לצדק. ראו:
- International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Judgment of June 27, 1986, paras. 115-116.
- 12 עמדה זו נוסחה על ידי בית הדין הבין-לאומי לפשעי יוגוסלביה לשעבר, בהקשר של ייחוס הפעולות של קבוצות חמושות מאורגנות למדינה. ראו: ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-A, Appeals Chamber Judgment of July 15, 1999, para. 120. ראוי לציין כי בית הדין הפלילי הבין-לאומי לפשעי יוגוסלביה לשעבר התייחס רק לאחריות לפעולות של קבוצה מזוינת מאורגנת ולא לגורמים פרטיים באופן כללי. בית הדין גם הבהיר שיש צורך באינדיקציות משכנעות יותר לשליטה מדינית, במקרים שבהם הקבוצה המזוינת אינה פועלת מתוך הטריטוריה של המדינה הנדונה: שם, פסקאות 138-140.
- 13 Michael N. Schmitt, *Classification of Cyber Conflict*, 17(2); 546, לעיל ה"ש 1, Droege, JOURNAL OF CONFLICT AND SECURITY LAW 251 (Summer 2012); Knut Dörmann, *Applicability of the Additional Protocols to Computer Network Attacks*, INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS 3 (2004), <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/68lg92.htm>; HEATHER HARRISON DINNISS, CYBER WARFARE AND THE LAWS OF WAR, 131 (2012); Nils Melzer, *Cyberwarfare and International Law*, UNITED NATIONS INSTITUTE FOR DISARMAMENT RESEARCH, Resources Paper 24 (2011), <http://www.unidir.ch/pdf/ouvrages/pdf-1-92-9045-011-L-en.pdf>.

- 14 בית הדין הפלילי הבינלאומי לפשעי יוגוסלביה לשעבר חתר תמיד לפרשנות תכליתית של דיני המשפט ההומניטרי הבינלאומי. ראו לדוגמה: Prosecutor v. Delalic et al. (Celebici Case), Judgement, Case No. IT-96-21-T, T. Ch. II qtr, November 16, 1998, para. 170; לדיון מקיף ומעמיק על הפרשנות התכליתית של החוק, ראו: אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** (2003).
- 15 המונח לוחם (combatant) חל רק על מי שנלחם בשם אחד הצדדים בעימות מזוין בין-לאומי וזכאי למעמד של שבוי מלחמה אם יילכד בידי כוחות הצד השני. אנשים שנלחמים בעימות מזוין שאינו בין-לאומי אינם זכאים למעמד של שבוי מלחמה, אולם יכולים להיות יעד להתקפה ישירה מצד היריב.
- 16 הגדרה זו נוסחה על ידי בית הדין הבינלאומי לפשעי יוגוסלביה לשעבר, Prosecutor v. Tadić, פסקה 70.
- 17 ICTY, Prosecutor v. Boskoski, IT-04-82-T, Trial Chamber Judgement of July 10 2008, paras. 199-203; ICTY, Prosecutor v. Limaj, IT-03-66-T, Trial Chamber Judgement of November 30, 2005, paras. 94-134; ICTY, Prosecutor v. Haradinaj, IT-04-84-T, Trial Chamber Judgement of April 3, 2008, para. 60.
- 18 TALLINN MANUAL, Commentary on Rule 23, paras. 13-15.
- 19 INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, Vol. I, Rules, (Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck eds., 2005).
- 20 הפניות מרובות ל"התקפה" נמצאות בסעיפים 51, 52, 54-58 של הפרוטוקול הנוסף הראשון.
- 21 ראו, לדוגמה: Michael N Schmitt, *Cyber Operations and the Jus in Bello: Key Issues*, 87 (2011) NAVAL WAR COLLEGE INTERNATIONAL LAW STUDIES 91; להשקפות אחרות ראו: Melzer, "ה"ש 13 לעיל, 28 – מלצר טוען כי הכללים חלים על כל מבצעי הסייבר שהם חלק מ"לוחמה" ("hostilities"), Dinniss, "ה"ש 13 לעיל, 196-202, טוענת כי הכללים חלים על כל התקפה על רשתות מחשב, שהיא פעולה צבאית מעצם היותה משויכת לשימוש בכוח פיזי, אפילו אם היא עצמה לא הביאה לתוצאות אלימות.
- 22 ניסוח העיקרון של הבחנה בסעיף 48 של הפרוטוקול הנוסף הראשון קובע שהצדדים בעימות מזוין: "...shall direct their operations only against military objectives". הפסקה הראשונה של סעיף 51 קובעת עוד כי אזרחים: "shall enjoy general protection against the dangers arising from military operations", "in the conduct of military operations", ואליו סעיף 57 פסקה 1 קובע כי: "constant care shall be taken to spare the civilian population, civilians and civilian objects" (ההדגשות אינן במקור).
- 23 מדריך טאלין, כלל מס' 30.
- 24 MICHAEL BOTHE, KARL JOSEF PARTSCH & WALDEMAR A. SOLF, NEW RULES FOR VICTIMS OF ARMED CONFLICTS: COMMENTARY TO THE TWO 1977 PROTOCOLS ADDITIONAL TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 1949, 289 (1982).
- 25 Droege, "ה"ש 1 לעיל, 559.
- 26 סעיף 48 של הפרוטוקול הנוסף הראשון.
- 27 סעיף 52(2) של הפרוטוקול הנוסף הראשון.
- 28 סעיף 52(1) של הפרוטוקול הנוסף הראשון.
- 29 סעיף 52(3) של הפרוטוקול הנוסף הראשון.
- 30 מדריך טאלין, התייחסות לכלל מס' 39, פסקה 1.
- 31 סעיף 51(4) של הפרוטוקול הנוסף הראשון.
- 32 מדריך טאלין, פרק 7, במיוחד הערה על כלל מס' 94.
- 33 שם, הערה על כלל מס' 21; INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND THE CHALLENGES OF CONTEMPORARY ARMED CONFLICTS, REPORT OF THE 31st INTERNATIONAL CONFERENCE OF THE RED CROSS AND RED CRESCENT, INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 21-22 (Geneva, November 28-December 1 2011; report prepared by the ICRC, October 2011).

- 34 סעיף 51(5)(b) של הפרוטוקול הנוסף הראשון.
- 35 סעיף 57 של הפרוטוקול הנוסף הראשון.
- 36 סעיף 58 של הפרוטוקול הנוסף הראשון.
- 37 סעיף 157(1) של הפרוטוקול הנוסף הראשון.
- 38 סעיף 57(2)(i)(a) של הפרוטוקול הנוסף הראשון.
- 39 סעיף 57(2)(ii)(a) של הפרוטוקול הנוסף הראשון.
- 40 סעיף 57(2)(b) של הפרוטוקול הנוסף הראשון.
- 41 Droege, ה"ש 1 לעיל, 574.

העימות בוועידת WCIT-12 בדובאי: על חופש מידע, זכויות גישה וביטחון קיברנטי

דבורה האוסן-כוריאל

מבוא

"ברור לכל שהקהילה הבין-לאומית נמצאת על פרשת דרכים בהשקפתה הקולקטיבית על האינטרנט ובשאלה מהי הסביבה האופטימלית שתביא לשגשוג האינטרנט במאה הנוכחית".

שגריר ארצות הברית טרי קריימר, בנאום במסיבת העיתונאים במושב הנעילה של ועידת WCIT-12 בדובאי, דצמבר 2012

אנו ניצבים כעת בפני החלטות מכריעות בנוגע לעתיד האינטרנט. בספרו מעורר המחשבה של פרופ' ג'ונתן זיטריין (Zittrain), מבית הספר למשפטים של אוניברסיטת הרווארד, שפורסם ב-2008 תחת הכותרת *The Future of the Internet – And How to Stop It* (עתיד האינטרנט – וכיצד לעצור אותו), הוא משרטט את ליבת הדילמה שמאחורי החלטות אלו.¹ מצד אחד, הנוכחות הבלתי מעורערת של רשת האינטרנט העולמית בתוך חיינו כיום, עושר המקורות שלה וקלות הגישה של 2.5 מיליארד בני אדם אליה – אותם מכנה זיטריין ה-Generative Internet – נגזרים מעצם טבעה הכאוטי והלא מפקח ברובו של הרשת.² מצד שני, אותו טבע חופשי ו"פראי" חושף ממשלות וארגונים בין-ממשלתיים לאתגרים משמעותיים, עקב הקלות הרבה שבה הרשת ממונפת לביצוע פעילויות לא חוקיות וגבוליות, לרבות עבריינות סייבר שמחירה יקר – ככל הנראה, מיליארדים של דולרים בכל שנה. זאת, בהיעדר מסגרות נורמטיביות רב-צדדיות מחייבות.³ על כן, ממשלות החלו לפקח בעצמן הן על התוכן והן על הגישה לאינטרנט בשם הצורך בהגברת הביטחון הקיברנטי, ללא הסכם גלובלי ואפקטיבי על פרמטרים של משפט ומדיניות. התנהלות זו תפגע במקרה הטוב בניצול האופטימלי של

דבורה האוסן-כוריאל היא חוקרת בסדנת נאמן למדע, טכנולוגיה וביטחון באוניברסיטת תל-אביב.

הרשת, ובמקרה הגרוע תתגלה כפוגענית והרסנית, בהינתן טיבו הגלובלי של האינטרנט ותלותם ההדדית של משתמשי.⁴

זיטריין מתנגד לנטייה של רגולטורים לדכא את החדשנות האינטרנטית ואת חופש הביטוי של המשתמשים בשם הביטחון הקיברנטי. הוא קורא ל"פרויקט מנהטן" עכשווי, שייקח על עצמו את האתגר להעביר את האינטרנט לשלב הגלובלי הבא, ללא הגבלות רגולטוריות כבדות, שעלולות, לדעתו, להרוס את התעוזה החדשנית שמאפיינת את התפתחותה המקורית של הרשת מראשיתה.⁵ בסכמו את החשיבות שהוא רואה במעורבותם של בעלי עניין מדינתיים ולא מדינתיים גם יחד בפרויקט זה, הוא כותב:

"Traditional cyberlaw frameworks tend to see the Net as an intriguing force for chaos...the name of the game is seen to be coming up with the right law or policy ... to address the issues.... Stopping this future depends on some wisely developed and implemented locks, along with new technologies and a community ethos that secures the keys to those locks among **groups with shared norms and a sense of public purpose, rather than in the hands of a single gatekeeping entity**, whether public or private."⁶

(ההדגשה לא במקור).

על פי זיטריין, אחד מהזרזים לנוע לעבר שלב חדש של משילות באינטרנט יהיה רגע שהוא מכנה "רגע של קו פרשת מים קולקטיבי בשאלת הביטחון", במהלכו יאלצו גורמים מדינתיים ושאינם מדינתיים להתמודד עם הפגיעות של תשתית האינטרנט וגמישותה התפעולית.⁷ רגע קריטי כזה התרחש למעשה בדצמבר 2012 בדובאי, בוועידה הבין-ממשלתית שנערכה בחסות איגוד הטלקומוניקציה העולמי של האו"ם (ה-ITU). ועידת WCIT-12⁸ עסקה בעדכון הנדרש לאמנה טכנית למדי, המרכזת את העקרונות לתשתית הטלקומוניקציה העולמית, הנקראים "תקנות הטלקומוניקציה העולמיות" (ITR).⁹ תקנות אלו, שבמקורן התייחסו לטלגרפיה וטלפוניה, עוסקות כיום גם בתקשורת בין מערכות המאפשרות תשתית טלקומוניקציה לתעבורה אינטרנטית. הן מתייחסות, בין השאר, לפיתוח שירותים חדשים, לקידום גישה ציבורית פתוחה, ליכולת פעולה הדדית של מערכות, לנדידה בסלולר, לתעריפים ולעדיפות לתקשורת חירום. הקישוריות הטכנית במערכות טלקומוניקציה עולמיות, אותה אנו חווים כנטולת הפרעות באופן יחסי בטלפונים הניידים וברשת, תלויה בתקנות איגוד הטלקומוניקציה העולמי.¹⁰

למרות טיבה הטכני כביכול של ועידת WCIT-12, היא הפכה למוקד של מחלוקת סביב נושא המשילות באינטרנט כבר חודשים לפני פתיחתה. מאחורי המחלוקת עומד הוויכוח המתמשך בקרב המדינות בנוגע ליחס הבעייתי בין משילות האינטרנט לבין

ביטחון קיברנטי. דו"ח עדכני מטעם המועצה האמריקאית ליחסי חוץ מדגיש את המתח בין שני המושגים:¹¹

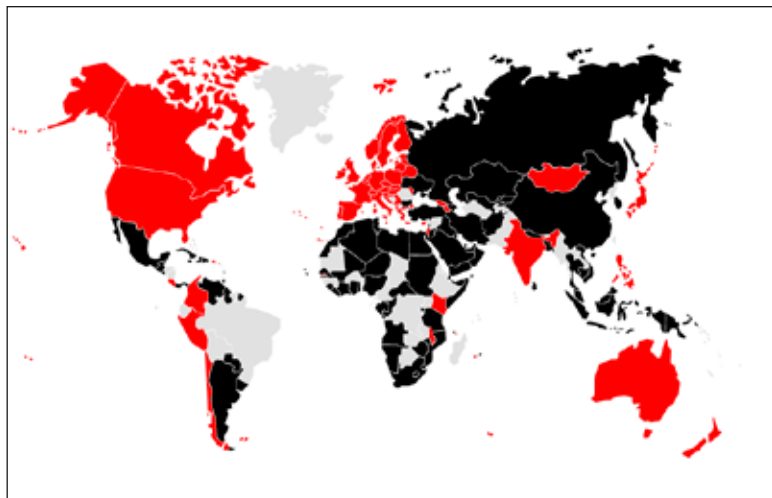
“Cyberspace is now an arena for strategic competition among states, and a growing number of actors – state and non-state – use the Internet for conflict, espionage, and crime. Societies are becoming more vulnerable to widespread disruption as energy, transportation, communication, and other critical infrastructure are connected through computer networks. At the same time, the open, global Internet is at risk. Nations are reasserting sovereignty and territorializing cyberspace. The justifications are many - national security, economic interest, cultural sensitivity - but the outcome of blocking, filtering, and regulating is the same: a fragmented Internet and a decline in global free expression.”¹²

בעוד שנכון לעכשיו, אין הגדרה מוסכמת ל"ביטחון קיברנטי" במשפט הבין-לאומי, מדינות רבות, כולל ישראל, שמות דגש על המרכיבים הנכללים בגישת ה-ITU. גישה זו מתמקדת בטוטאליות המאפיינת התנהגות של מדינות וארגונים בבואם להגן על מרחב הסייבר ועל משתמשיו מפני פגיעה במערכות מחשב, במידע שבמערכת ובאנשים שבאים במגע אתה.¹³ הפערים מתמקדים בחוקי כל מדינה ובשיקולי המדיניות שלה הנוגעים להגדרת המשמעות של "פגיעה". רבים יסכימו שאיומים על ביטחון הסייבר כוללים פשעי סייבר, ריגול בסייבר ומתקפות סייבר. אף על פי כן, היעדר תיאום הנורמות המשפטיות באופן המוסכם על הכל,¹⁴ מביא לכך שכל מדינה קבעה את מידת החוקיות של פעילות הסייבר באופן עצמאי ומגדירה "פגיעה" בצורה שונה.

ועידת WCIT-12 תרמה לביסוס והקצנה של פערים אלה. מצד אחד עומדות הדמוקרטיות המערביות בהובלת ארצות הברית והאיחוד האירופי, כולל ישראל; מהעבר השני ניצבים משטרים הדוגלים בהגבלה נוקשה יותר של חופש הביטוי והגישה, בהובלת סין, רוסיה וחלק ממדינות ערב. על פי הראשונות, חשוב לשמור על הסטטוס קוו של הגישה המקלה וריבוי בעלי העניין בנוגע למשילות באינטרנט, המעודדת מעורבות של גורמים לא מדינתיים שעד עתה שיחקו תפקיד מפתח בהתפתחות האינטרנט. על פי האחרונות, יש לתמוך ברגולציה כבדה יותר, שבה יהיה תפקיד גדול יותר להתערבות המדינה, הן בתעבורה והן בתוכן.

התוצאה הסופית של הוועידה הייתה מחלוקת חריפה בין המדינות שחתמו על גרסת 2012 לתקנות איגוד הטלקומוניקציה העולמי, ובין אלו שסירבו לעשות זאת ונותרו מחויבות לגרסה משנת 1988. המפה של דפוסי ההצבעה מציגה באדום את

מתנגדי החתימה (38 אחוזים ממשותפי הוועידה), הכוללים, בין היתר, את ארצות הברית, האיחוד האירופי, קנדה, יפן, אוסטרליה וישראל.¹⁵



מקור: M. Masnick, *Who Signed the ITU WCIT Treaty...And Who Didn't*, Techdirt, December 14, 2012

דחיית תיקוני ועידת WCIT-12 על ידי מדינות אלו הייתה ביטוי ברור להתנגדותן למה שלתפיסתן הוא פרויקט משותף של מדינות לא מערביות ליזום ולפתח מודל רגולטורי אנטי-דמוקרטי ופולשני של משילות באינטרנט. משרד החוץ האמריקאי הסביר את העימות במונחים שמזכירים את אלה של פרופ' זיטריין:

“We believe these provisions reflect an attempt by some governments to regulate the Internet and its content, potentially paving the way for abuse of power, censorship and repression [...] We stand on one of our most cherished of principles, free expression, in not signing this treaty and seeking more positive outcomes in the future that support the open and innovative Internet. We believe an open Internet also is important for commercial growth in all parts of the world.”¹⁶

עדיין לא ידוע מה תהיה מידת ההשפעה בפועל של התיקונים שהוכנסו בדובאי ל-ITR על עתיד הפעילות והמשילות ברשת האינטרנט.¹⁷ יחד עם זאת, התפיסה שחולקות ארצות הברית, אירופה ובעלות בריתן, לפיה כוונתו של הגוש סין-רוסיה-הודו-אפריקה היא לסכל את עתיד האינטרנט בדרכים העוינות לערכי הדמוקרטיה, הביאה לקיטוב בעמדות ולנעילת הוועידה במצב של מבוי סתום מבחינה משפטית ומדינית. המדינות

מצאו עצמן חלוקות בתמיכתן בשתי גרסאות שונות של תקנות האיגוד: גרסת מלבורן המקורית מ-1988 וגרסת דובאי המתוקנת מ-2012. העימות בדובאי היה, במילותיו של זיטריין משנת 2008, "רגע של קו פרשת מים קולקטיבי בשאלת הביטחון". העימות בדובאי שלח איתות משמעותי למקבלי החלטות בכל רחבי העולם, שהבהיר מה מוטל על הכף בכל הקשור לעתיד המשילות באינטרנט.

מאמר זה יסקור להלן את המחלוקת הבין-לאומית המשפטית והמדינית ב-ITU, אשר הוביל לוועידת WCIT-12. בהמשך ינתח המאמר את הסוגיות המשפטיות שנמצאות בבסיס המחלוקת, הסוגיה של חופש המידע באינטרנט והגישה למידע דיגיטלי. לאחר מכן תיבחן הסתעפות העימות בדובאי לשאלות של ביטחון קיברנטי גלובאלי. החלק האחרון במאמר יציג מספר מסקנות הנוגעות למחיר הביטחוני, הכלכלי והערכי שקיים במצב מתמשך של היעדר החלטה במחלוקת הגלובלית סביב המודל האופטימלי של משילות באינטרנט.

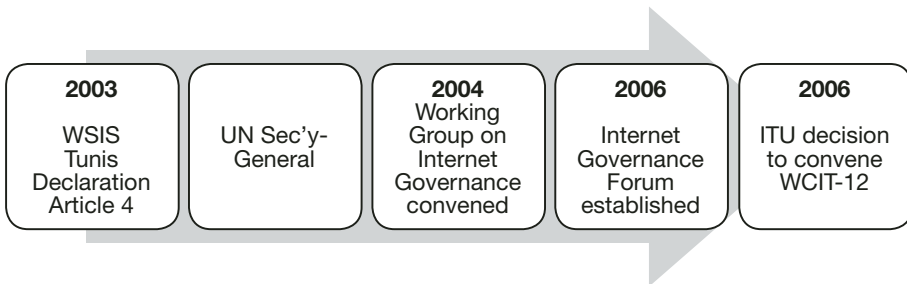
המחלוקת ב-ITU סביב נושא המשילות באינטרנט

גרסת ה-ITR שקדמה לוועידת דובאי נוסחה בשנת 1988, בתקופה שבה האינטרנט עדיין לא נכח בחיינו כתופעה כלכלית, חברתית, חינוכית, פוליטית וביטחונית כפי שהוא כיום. תקנות האיגוד מ-1988 התמקדו בהיבטים שהיו רלוונטיים בשעתן לטלקומוניקציה העולמית, כמו ניתוב שיחות ותשלומים על קישוריות הדדית בין חברות טלפוניה.¹⁸ למרות צמיחת הרשת שינתה את הטלקומוניקציה העולמית באופן דרמטי, שינויים אלה התרחשו לרוב ללא רגולציה בין-ממשלתית מצד גופים כמו ה-ITU. אדרבא, ההתפתחות הושגה הודות למעורבותם של מגוון בעלי עניין לא ממשלתיים, שהתמקדו בהיבטים התפעוליים של הרשת באמצעות תקנים, פרוטוקולי תקשורת וניהול שמות דומיין.¹⁹ ארגונים וקבוצות חוץ ממשלתיות, כמו ICANN,²⁰ Internet Society ו-IETF²¹ (ובישראל: מרכז החישובים הבין-אוניברסיטאי – מחב"א – ואיגוד האינטרנט הישראלי),²³ נטלו את ההובלה בהשגת פתרון יעיל, מקיף ומהיר לסוגיות אלו, שהן אמנם טכניות באופיין, אולם מכריעות בהבטחת טבעה הפתוח של הגישה ברשת. באופן לא מפתיע ואולי בלתי נמנע, הגופים אמריקאיים היו הדומיננטיים בשלבים המוקדמים של פיתוח הרשת, עם תמיכה רבה של מדינות האיחוד האירופי²⁴ ושל דמוקרטיות מערביות אחרות, לרבות ישראל.

עם התרחבותה הדרמטית של רשת האינטרנט במהלך שני העשורים האחרונים (ראו נתוני ה-ITU על צמיחת השימוש באינטרנט בתרשים להלן),²⁵ החלו מדינות רבות להביע, בתחילת שנות האלפיים, חוסר שביעות רצון ממודל המשילות מרובה בעלי-העניין ומתפיסת הדומיננטיות האמריקאית. סין ומדינות מתפתחות נוספות הציעו לראשונה, בחודשים שקדמו לפסגה העולמית לאיגוד המידע (WSIS) שערך ה-

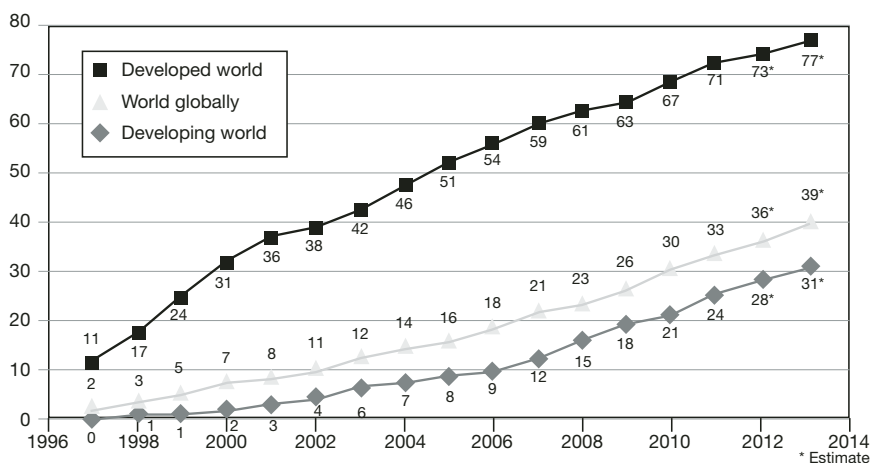
ITU בתוניס ב-2003, אמנה בין-לאומית על משילות באינטרנט.²⁶ חוסר ההסכמה בין המדינות החברות שתמכו במשטר חדש זה לבין אלו שהיו מעוניינות בשימור הסטטוס קוו (מחלוקת דומה למדי לזו שהתעוררה לאחר מכן בוועידת WCIT-12), הסתיים בהפניית הנושא למזכ"ל האו"ם, כדי שימצא דרך להכריע בסוגייה. הוא מצדו פעל להקמת קבוצת עבודה למשילות באינטרנט (WGIG) ב-2004, שבתורה המליצה על הקמת פורום למשילות באינטרנט, שיפעל כפורום בין-ממשלתי לא מחייב לדיונים בסוגיות הקשורות לאינטרנט ולמשילות בו.

נקודות נבחרות במעורבות איגוד הטלקומוניקציה העולמי והאו"ם בסוגיות של משילות באינטרנט



הצהרת תוניס בסיכום ועידת WSIS הצליחה להשיג הסכמה בנוגע לחופש הביטוי באינטרנט,²⁷ כפי שזו נוסחה בסעיף 4 שלה. הסעיף מזכיר את מושגי חופש הביטוי והגישה לנתונים חוצי גבולות, המגולמים בסעיפים 19 ו-20 של ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, ומשמש כבסיס מהותי חשוב לדיונים על משילות באינטרנט במסגרת האו"ם. גם לסעיף זה הייתה משמעות מכרעת בדיונים בוועידת WCIT-12, כיוון שכבר בעבר הוא אומץ כחלק מהנורמות המשפטיות המחייבות של איגוד הטלקומוניקציה העולמי.²⁸

לנוכח היוזמות של האו"ם שפורטו לעיל והשינויים הדרמטיים בסביבת הטלקומוניקציה העולמית, החליט ה-ITU ב-2006 לכנס את ועידת WCIT-12. היעד המוצהר היה להתאים את ה-ITR למציאות הטלקומוניקציה העכשווית, הכוללת תעבורת אינטרנט עולמית רחבה במיוחד, כפי שמציג הגרף שלהלן.



ITU, Internet Users per 100 Inhabitants 2006-2014 (May 2013): מקור: *

קודם לוועידה, יצא מזכ"ל הארגון, חמדון טורה (Touré), בהצהרה כי WCIT-12 תחתור להגיע להסכמה כללית סביב הסוגיות הטכניות שעמן התמודדו התקנות בעבר. טורה ביקש להימנע ממחלוקות קודמות שעלו ב-WGIS וב-WGIG סביב סוגיית המשילות, ולא להניח על סדר היום את הנושאים של חופש הביטוי באינטרנט ושל גישה אלקטרונית, שהפכו עוד יותר למחלוקות פוליטיות מאז הצהרת תוניס ב-2003. המדובר במיוחד בהגברת המתיחות סביב התפקיד שמשחק האינטרנט בשנים האחרונות בהתקוממות של "האביב הערבי" ובשאר תופעות התסיסה החברתית ברחבי העולם.²⁹ למרות זאת, נציגי המדינות השונות הבינו עד מהרה שגם בוועידת WCIT-12 לא ניתן יהיה להימנע מעיונות בין הגישות המנוגדות שצפו ועלו מאז ועידת תוניס, בייחוד לאור העובדה שהצעות מעוררות מחלוקת לעבודת הוועידה הוגשו חודשים קודם לפתיחתה.³⁰

חופש הביטוי והמידע באינטרנט וגישה למידע דיגיטלי

נורמות מהותיות על פי המשפט הבין-לאומי הכללי מערכת המשפטית בכל מדינה משקפת את האיזון הפנים-מדינתי בין סוגיות של חופש הביטוי והמידע וגישה לנתונים ובין ערכים ואילוצים נוספים, כגון ביטחון לאומי, פרטיות וזכויות קניין רוחני. אולם, כאשר מידע, דעות ונתונים חוצים גבולות מדינתיים, הדין הבין-לאומי הופך גם הוא לרלוונטי, באופן ספציפי בכל הנוגע לזכות לקבל ולהעביר מידע חוצה גבולות. חופש זה נקבע בסעיף 19 של ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם:

"כל אדם זכאי לחופש הדעה והביטוי, לרבות החופש להחזיק בדעות ללא כל הפרעה, ולבקש, לקבל ולחלוק מידע ודעות, בכל אמצעי התקשורת וללא סייגים של גבולות".³¹ (ההדגשה אינה במקור)

התפתחות הנורמה המשפטית המגולמת בסעיף 19 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם היא בעלת היסטוריה מעניינת, המשותפת לסעיף בעל מספר זהה המופיע באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות פוליטיות ואזרחיות משנת 1966, וכן לסעיפים דומים במספר אמנות אזוריות בדבר זכויות האדם.³² תחילתה ברעיונות מהמאה ה-19 על דמוקרטיה וחופש הביטוי, המופיעים במערכות המשפט המקומיות. המשפטן Malancuk, המכיר בכך שחופש המידע הופיע כתפיסה משפטית ברמה הבין-לאומית רק במחצית השנייה של המאה העשרים, מציין כי: "חוקות ליברליות אינדיבידואליות ייחסו מאז ומתמיד חשיבות מיוחדת לחופש ההבעה והביטוי, לחופש העיתונות ולחופש המידע של היחיד, במובן של הזכות לקבל, למסור או לחפש מידע ורעיונות ללא התחשבות בגבולות".³³ היקף חופש המידע חוצה הגבולות ואכיפתו עברו תנודות רבות, בהתאם להתפתחויות הטכנולוגיות ולפרקטיקה המדינית ששיקפה אותן. הדיון בקרב משפטנים האם סעיף 19 אכן מגלם נורמה מנהגית של המשפט הבין-לאומי נותר בעינו.³⁴ יחד עם זאת, השאלה אם זכות זו מקורה במשפט העוסק באמנות בין-לאומיות או במשפט המנהגי נותרת במידה רבה לא רלוונטית. זאת, לנוכח הצטרפותן של מדינות רבות לאמנות הכוללות נורמה מחייבת מסוג "סעיף 19", ולאור היקף הפרשנויות המשפטיות ברמות המקומית והבין-לאומית העוסקות בו.³⁵ על פי המשפטנים מאיר-שונברגר ופוסטר, "בעוד עצם הדיבור מעולם לא נהנה ולעולם לא ייהנה מהגנה מוחלטת, העיקרון של חופש הביטוי הפך לחלק מדרישות הסף לחירויות עבור רובן הגדול של המדינות".³⁶ Metzל טוען גם הוא בצורה משכנעת שקיימת "הנחה מבוססת" במשפט הבין-לאומי, התומכת בזכות הבין-לאומית להעביר מידע, למרות שייתכנו לכך הגבלות בנסיבות קיצוניות, דוגמת שידורי הרדיו ברואנדה שהסיתו לרצח עם של הטוטסי בתחילת שנות התשעים של המאה העשרים. לטענתו, יתכן שאפילו מוטלת חובה על מדינות לחסום שידורי הסתה מסוג זה, כאשר הם מפרים נורמות-על (*jus cogens*), או בנסיבות שהחסימה עשויה למתן משבר הומניטרי ולמזער את הנזק שייגרם ליחידים במצב משברי.³⁷ מסקנה זו נתמכת על ידי סעיף 41 במגילת האו"ם, המתיר למועצת הביטחון לקרוא למדינות החברות לשבש "דואר, טלגרף, רדיו ושאר אמצעי תקשורת" בתגובה לאיום על השלום, לסכנה לשלום או לתוקפנות.³⁸ אם מרחיבים את הניתוח שלעיל להקשר של תקשורת באינטרנט, יש לציין כי חופש המידע נקבע באמנות הבין-לאומיות כזכות שאינה תלויה בטכנולוגיה ספציפית. יחד עם זאת, ישנן מגבלות ספציפיות על היקפה של זכות זאת בעקבות תוכן לא חוקי,

כגון הסתה לגזענות, פורנוגרפיה של ילדים וכדומה.³⁹ חופש מידע במרחב הסייבר, כמו בשאר סוגי התקשורת חוצת הגבולות, עשוי להיות מוגבל על ידי הקהילה הבין-לאומית משיקולים של *jus cogens* כמו במקרים של צורך למנוע הסתה לרצח עם.⁴⁰

אמנת איגוד הטלקומוניקציה העולמי

אמנת ה-ITU קובעת בסיס נורמטיבי איתן להבטחת תקשורת עולמית פתוחה ונטולת הפרעות. חופש מידע וגישה חוצי גבולות מגובים על ידי כמה עקרונות של חוקת האיגוד המסדירה את השימוש העולמי במשאבים ותשתיות טלקומוניקציה.⁴¹ העיקרון המנחה הראשון מגולם בסעיף 33 בחוקה, הקובע שימוש שוויוני לכל בתשתית הטלקומוניקציה:

"המדינות החברות יכירו בזכותו של הציבור לתקשר באמצעות שירותים בין-לאומיים לתכתובת ציבורית. השירותים, החיובים והאבטחה יהיו זהים לכל המשתמשים בכל קטגוריית תכתובת, ללא מתן העדפה או זכויות יתר".⁴²

"זכות הציבור" שבה מדובר עשויה להיות מוגבלת מתוקף סמכותה של מדינה על פי סעיפים 34 ו-35, המתירים למדינות להשעות תקשורות יוצאות או נכנסות, מתוך כיבוד ריבונותן הלאומית על שטחן, ובלבד שתודיע לציבור על החסימה או ההשעיה.⁴³ סמכות זו, שנובעת מתוך סמכותה של המדינה כריבון לשלוט בזרימת המידע בשטחה, אינה משתרעת מעבר לגבולותיה. יתרה מכך, על פי סעיף 38, מדינות מחויבות להבטיח תנאים טכניים אופטימליים לתקשורת עולמית ללא הפרעות, ובייחוד להימנע מלשבש פעילות כזו במדינות אחרות. עקרונות חוקתיים אלה משולבים בסעיף 1 של תקנות ה-ITR כדלקמן: "תקנות אלו מבססות עקרונות כלליים בנוגע לתנאים ולפעולה של שירותי טלקומוניקציה בין-לאומיים המוצעים לציבור, וכן של אמצעי השידור המשמשים לאספקת שירותי הטלקומוניקציה הבין-לאומיים".⁴⁴

סעיף 3 מציין שלכל משתמש "יש את הזכות לשלוח תקשורת" בכפוף לדין המדינה. על פי סעיף 4 ("שירותי טלקומוניקציה בין-לאומיים"), על המדינות החברות "..." לקדם את פיתוח שירותי הטלקומוניקציה הבין-לאומיים ולחזק את זמינותם לציבור".⁴⁵ לסיכום, חופש הביטוי והמידע, כמו גם חופש הגישה למידע, כפי שהם מנוסחים בסעיף 19 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם ובחוקת ה-ITU, הינם זכויות מוכרות בצורה נרחבת על ידי המשפט הבין-לאומי. בנוסף, האמנה קובעת נורמה של זרימה חופשית של מידע בין גבולות, הן ברמה המהותית והן ברמה הטכנית. פערים בין המדינות בפרשנות ובאכיפת עקרונות אלה קשורים בעיקר לסוגי התוכן בהם מדובר. הסוגיה השנויה במחלוקת, של פיקוח על תכנים בתקשורת חוצת גבולות, נותרה פתוחה והייתה מקור לעימות בין הגישות השונות של המדינות שהשתתפו בוועידת WCIT-12.

העימות בדובאי לאור שיקולי ביטחון קיברנטי

עומק ההתעניינות הציבורית בוועידת דובאי וקיצוניותה סימנו שינוי גדול ביחס לוועידות איגוד הטלקומוניקציה העולמי בעבר. ההתעניינות התקשורתית בוועידת WCIT-12 בחודשים שקדמו לה הייתה חסרת תקדים, וכללה מאמרי דעה בולטים "בניו יורק טיימס" ו"באינטרנשיונל הראלד טריביון",⁴⁶ מחאה ציבורית בגוגל דרך אתר האינטרנט של החברה בשם Take Action,⁴⁷ עצומה עולמית שקראה "להגן על חופש רשת האינטרנט העולמית",⁴⁸ ואתר בסגנון "וויקיליקס" שפרסם את מסמכי הוועידה.⁴⁹ פעילות זו זכתה לחיזוק בעקבות כמה מההצעות שהגישו מדינות חברות לסדר היום של הוועידה, ואשר נתפסו על ידי ארצות הברית, אירופה ובעלות בריתן כמאיימות על הביטחון הקיברנטי ועל מנדט הוועידה, שלדעתן היה תחום לנושאי תקשורת טכניים. הצעות אלו קראו לערער על הסטטוס קוו שדוגל בריבוי בעלי עניין לא ממשלתיים, ולחזק את ריבונות המדינה ושיקול דעתה בכל הקשור לתשתית האינטרנט והתערבות ממשלתית בה.⁵⁰ לדוגמה, רוסיה הציעה להוסיף סעיף ל-ITR שיציג חלופה לשיטה הנוכחית של קביעת שם דומיין על פי הארגון ICANN:

"למדינות החברות יהיו זכויות שוות לנהל את האינטרנט, לרבות בנוגע להחכרה, הקצאה או שינוי של משאבי זיהוי, מתן שמות, כתובות ומספור, כדי לתמוך בתפעול ובפיתוח של תשתית האינטרנט הבסיסית".⁵¹

הצעות מעוררות מחלוקת אחרות, מצד סין והגוש הערבי, עסקו בשינוי המודל הפיננסי לתקשורת בין-לאומית למודל "הצד השולח משלם" (sending party pays), וכן באבטחת האינטרנט, בהרחבת היקף תחום השיפוט של התקנות כך שישללו גופים פרטיים כמו ספקי שירותי אינטרנט, ובחסימת דואר זבל.⁵² המחלוקת סביב ספקי דואר זבל היא דוגמה רלוונטית במיוחד לסוגיות של חופש הביטוי והגישה, שחלק גדול מהוויכוח בוועידה נסב סביבן. סעיף 5B החדש בתקנות, האוסר על דואר זבל, קובע: "על המדינות החברות להתאמץ לנקוט את כל האמצעים הדרושים למניעת הפצה של תקשורת אלקטרוניות גורפות הנשלחות ללא הזמנה, ולמזער את השפעתן של תכתובות אלו על שירותי הטלקומוניקציה הבין-לאומיים".⁵³

הכללת הסעיף החדש בנוסח המעודכן של התקנות מעלה שתי שאלות. הראשונה נוגעת לפוטנציאל של הרחבת היקף התקנות עד מעבר לסמכותן (*ultra vires*), בכך שייגעו בסוגיה השייכת לתקשורת אינטרנטית ספציפית ולא לטלקומוניקציה בכללותה. השאלה השנייה קשורה לתפיסה האמריקאית-אירופית, ולפיה חסימת דואר זבל על ידי ממשלות (והחלטה מה נחשב לדואר זבל) פותחת פתח למדרון חלקלק, שסופו פיקוח על תכנים באינטרנט.⁵⁴ למרות שכל מדינה חברה בעצם מגדירה בדין הפנימי שלה מהו תוכן אסור בהתאם למערכת המשפטית המקומית ובמנותק מהתקנות, סעיף

5B נתפס עדיין על ידי המדינות המערביות כמספק כיסוי משפטי בין-לאומי לפיקוח על תכנים שהוא לא ראוי, מזיק ומיותר.⁵⁵ בראייתן, הסעיף פותח פתח לניצול לרעה של ריבונות מצד מדינות שיטענו להגנה על הביטחון הקיברנטי מפני איומים מצד מפיצי דואר זבל, כאשר כוונתן בפועל תהיה לפעול נגד מתנגדי משטר ומבקשי חופש ביטוי והעברת מידע. מצב אפשרי זה נתפס על ידי ארצות הברית ובעלות בריתה כאיום על חופש הביטוי והעברת המידע והגישה למידע דיגיטלי.

דו"ח שפרסמה לאחרונה "המועצה האמריקאית ליחסי חוץ" סיכם את התנגשות הערכים שהתעוררה בוועידת WCIT-12:

"Confronted with this challenge, the global community faces a dilemma. The neutrality of the Internet has proven to be a formidable ally of democracy, but the cost of protecting users' freedom is skyrocketing. Critical services, such as e-commerce or e-health, might never develop if users are not able to operate in a more secure environment. Moreover, some governments simply do not like ideas to circulate freely."⁵⁶

למרות שהתיקונים שהוצעו בפסגת דובאי אינם יוצרים שינוי קיצוני במודל הנוכחי של המשילות באינטרנט, הדמוקרטיות המערביות עדיין חשות שערכי היסוד שלהן ייפגעו מעצם הכללתם של תיקונים אלה באמנה בין-לאומית מחייבת. חשש זה יצר את המבוי הסתום בוועידה.

עמדת ישראל בוועידת WCIT-12

עמדתה של ישראל בוועידת WCIT-12 בכל הנוגע למשילות באינטרנט ולביטחון קיברנטי נותרה זהה לעמדת מחנה הדמוקרטיות המערביות. ה"הצעות לעבודת הוועידה" שהגישה ישראל הציגו עמדה המתנגדת לכל רפורמה בתקנות שתשפיע על האינטרנט:⁵⁷

"אנו סבורים בתוקף שהמודל הקיים למשילות באינטרנט, שהוא גלובלי, שקוף, מרובה בעלי עניין ופועל מלמטה למעלה, הינו מודל יעיל ומקיף שראוי שיוותר על כנו. מתוך הכרה בתרומה העצומה שיש לאינטרנט לצמיחה הכלכלית ולרווחה האנושית, כמו גם לקידום חופש הביטוי וזכויות אדם, ישראל שותפה לחששות של רבים אחרים שהתפתחותו של נכס יקר ערך מעין זה תינזק אם הוא יושם תחת פיקוח ממשלתי או בין-ממשלתי".⁵⁸

בנוסף להתנגדותה לסעיפים עתידיים של התקנות, שאיימו, בעיני מדינות המערב, לאפשר פיקוח בין-לאומי על האינטרנט בכל צורה שהיא, ישראל התנגדה גם לאימוץ הצעדים הבאים: קביעת מודל מסחרי או עסקי מכל סוג שהוא לניהול האינטרנט; תקנים מחייבים לתקשורת בין-לאומית; כל סטייה שהיא מניטרליות טכנולוגית ברשת; סמכות שיפוט על דואר זבל; וכן קביעת העדפה ארכיטקטונית כלשהי בנוגע לאינטרנט.⁵⁹ ישראל גם הצהירה באופן ברור על עמדתה בנוגע לביטחון קיברנטי: היא דוגלת במדיניות מינימליסטית ומצמצמת בתקנות, תוך הפניה לזכויות בסעיף 19 שנסקר לעיל: "ביטחון קיברנטי הוא מחוץ לתחום סמכותו של איגוד הטלקומוניקציה העולמי [...] אנו סבורים שכל ניסוח בתקנות האיגוד שעניינו ביטחון, נכון שיתמקד אך ורק ברשתות טלקומוניקציה בין-לאומיות, לא יערב אבטחת מידע או תכנים, יימנע מנושאים הקשורים לאכיפת החוק או לביטחון לאומי, ויעלה בקנה אחד עם מחויבות המדינות החברות להכרזה בדבר זכויות האדם". ישראל הצביעה עם הגוש האמריקאי-אירופי בסיום הוועידה.⁶⁰

מגמות ומסקנות

במונחים משפטיים טהורים, התוצאה של העימות בוועידת WCIT-12 בדובאי הביאה למצב אנומלי, לפיו החל מ-1 בינואר 2015, הסכם בין-לאומי בו חברות מרבית מדינות העולם ייאכף בשתי גרסאות שונות עבור שתי קבוצות של מדינות החברות באיגוד הטלקומוניקציה העולמי. השאלה שנותרה פתוחה היא האם לאנומליה זו תהיה בבוא העת השפעה משמעותית על התפקוד השוטף של רשת האינטרנט, על עתיד המשילות באינטרנט, ועל הביטחון הקיברנטי.

כותבת שורות אלו משוכנעת שמצב זה אכן מכיל מאפיינים ברורים של "רגע זיטריין", שיקבע את המבנה העתידי של מרחב הסייבר. האם גושי המדינות יחליטו לוותר על הגישה הפתוחה של ניהול רשת האינטרנט הנוכחית, לטובת רשתות פרטיות מסוג VPN מדינתיות או אזוריות, שיכילו תוכן מוגדר ומוגבל? האם יתפתח "אינטרנט אפור" שיספק גישה מרשתות ה-VPN לתוכן אסור בתשלום? האם אנו בדרך לריבוד התכנים, באופן שמידע איכותי יהיה זמין תמורת תשלום מופקע רק לאלה שיהיו מסוגלים לשלם עליו, או שרק נתונים שרכשו בעלי האמצעים יהיו נגישים ופתוחים (כפי שנרמז בדיונים העוסקים בניטרליות הרשת, בתיק שנדון בימים אלה בבית הדין לערעורים בווינגטון, ארצות הברית⁶¹)?

כתב אחד הפרשנים בתום ועידת WCIT-12:

"הסיפור האמיתי כאן הוא של עולם המחזיק בשני חזונות מתחרים על

עתיד האינטרנט – אחד מונע על ידי מדינות המאמינות שהאינטרנט

צריך להיות יותר פתוח וחופשי והשני שמונע מהרעיון המנוגד. בלי קשר לשאלה אם [לתקנות איגוד הטלקומוניקציה העולמי] יש השפעה או משמעות, שני חזונות אלה לאינטרנט אינם עתידים להיעלם בקרוב".⁶²

ייתכן שלדילמה העולמית בנוגע לעתיד האינטרנט אין כעת פתרון מוצלח. בליבה של דילמה זאת עומדות סוגיות של ריבונות המדינה וסמכותה לקבוע את סוגי המידע שלהכרתה אזרחיה אמורים להיות מסוגלים להעביר ולקבל על פי דין, וכל זאת בתוך הקשר גלובלי שבו החששות לביטחון קיברנטי רק הולכים וגוברים. האיזון הנדרש, בין הזכות למידע ולגישה ובין החששות הביטחוניים ואכיפת החוק, עדיין לא הושג בקרב מדינות רבות, וודאי שלא ברמה הבין-לאומית. מחברת המאמר סבורה כי הוואקום המשפטי והמדיני שנחשף בוועידת דובאי יכול להיות מטופל באופן אפקטיבי ולהביא לתיקון הנוקים רק בעזרת יוזמה פרגמטית ומרחיקת ראות מצד בעלי עניין מרכזיים, שיונעו מתוך העלויות הביטחוניות, הכלכליות והנורמטיביות הגבוהות שיושתו מחוסר החלטה לאורך זמן. היעדר פרמטרים נורמטיביים ברורים למשילות באינטרנט בכל הנוגע לחופש מידע וגישה, יגרום לכך שהצעדים לקידום הביטחון הקיברנטי העולמי ימשיכו להיות מאופיינים בחוסר ודאות נורמטיבית ובהיעדר אחריות ארגונית או מדינית להתנהגות אסורה באינטרנט. מליאת ה-ITU, העתידה להיערך בבוסאן שבקוריאה ב-2014 ושבזו יהיו נוכחות כל המדינות החברות, תספק הזדמנות חשובה להשיג התקדמות בנושאים אלה מעבר לעימות בדובאי.

הערות

1. J. Zittrain, *The Future of the Internet and How to Stop It* (2008).
2. נכון לרבעון השני של 2012, היו 2,405,518,376 משתמשים באינטרנט, על פי האתר Internet World Stats (www.internetworldstats.com/stats).
3. ראו לדוגמה:
CENTER FOR STRATEGIC AND INTERNATIONAL STUDIES, *THE ECONOMIC IMPACT OF CYBERCRIME AND CYBER ESPIONAGE*, July 2013; observations on the US-China consultations on illegal uses of the internet (*Admit Nothing and Deny Everything*, *THE ECONOMIST*, June 8th, 2013); "Digital Wildfires" in *WORLD ECONOMIC FORUM, ANNUAL REPORT* (2013).
4. EUROPEAN UNION, *EUROPEAN INTERNET SECURITY STRATEGY* (April 2013): "Even if sovereignty considerations have become increasingly important, there is evidence that the participation to international cooperation or policy frameworks is positively related to the cybersecurity performance of a country; additionally, cyber-threats are not confined by administrative borders as network and information systems are globally interconnected".
כדי שלא נטעה לחשוב שרק ממשלות לא מערביות ולא דמוקרטיות מעוניינות ברגולציה על הגישה לאינטרנט, כדאי לציין את השימוע שנערך לאחרונה בהשתתפות המועצה הפדרלית לתקשורת (FCC) בוויינגטון הבירה בנושא הרגולציה על הגישה לאינטרנט. ראו:
E. Wyatt, *Verizon-F.C.C. Court Fight Takes On Regulating Net*, *THE NEW YORK TIMES*, September 8th, 2013.

- 5 זיטריין ואחרים עברו מאז להתמקד בדוגמאות ספציפיות למתיחות זו. בספר משנת 2011 הוא בוחן את "ההשפעה ההדדית בין ביטחון לאומי, זהות אתנית וחברתית והתנגדות", בהקשר של רגולציה באינטרנט שמפעילות ממשלות באסיה: J. ZITTRAIN, R. DEIBERT, ACCESS CONTESTED (PALFREY AND R. ROHOZINSKY, [EDS.]).
- 6 ZITTRAIN, לעיל ה"ש 1.
- 7 שם, עמ' 51.
- 8 שמה הרשמי של הוועידה הוא World Conference on International Telecommunications.
- 9 ועידת WCIT מתכנסת באופן תקופתי כוועידה בין-ממשלתית בחסות איגוד הטלקומוניקציה העולמי – הגוף המקצועי של האו"ם האחראי לתשתיות ולפיתוח התקשורת הבין-לאומית. ראו לדוגמה: A. Noll, *The ITU in the 21st Century*, 5 SINGAPORE JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, 63 (2001).
- לנוסח ה-ITR ראו אתר ITU, בו מפורסם נוסח ההחלטות הסופיות של WCIT-12 מ-14 בדצמבר 2012 <http://www.itu.int/en/wcit-12/Documents/final-acts-wcit-12.pdf>.
- 10 WCIT-12 Final Acts, *id.* at Article 1.3, "Purpose and Scope of the Regulations".
הסבר מקיף על אתגרי הפעילות ההדדית ניתן למצוא ב:
OECD, COMMUNICATIONS OUTLOOK, 137-176, (2013)
http://dx.doi.org/10.1787/comms_outlook-2013-en.
- 11 "The question becomes more urgent every day: Should the Internet remain an end-to-end, neutral environment, or should we sacrifice Internet freedom on the altar of enhanced security?" A. Renda, *Cybersecurity and Internet Governance*, COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS (May 13th, 2013),
<http://www.cfr.org/cybersecurity/cybersecurity-internet-governance/p30621>.
- 12 J. NEGROPONTE AND S. PALMISANO (EDS.), DEFENDING AN OPEN, GLOBAL, SECURE, AND RESILIENT INTERNET 67 (2013).
- 13 ההגדרה המקובלת נוסחה על ידי קבוצת מחקר 17 באגף הטלקומוניקציה של איגוד הטלקומוניקציה העולמי:
"Cybersecurity is the collection of tools, policies, security concepts, security safeguards, guidelines, risk management approaches, actions, training, best practices, assurance and technologies that can be used to protect the cyber environment and organization and user's assets. Organization and user's assets include connected computing devices, personnel, infrastructure, applications, services, telecommunication systems, and the totality of transmitted and/or stored information in the cyber environment. Cybersecurity strives to ensure the attainment and maintenance of the security properties of the organization and user's assets against relevant security risks in the cyber environment. The general security objectives comprise the following: Availability, Integrity, which may include authenticity and non-repudiation, Confidentiality". (ITU-T X.1205,
<http://www.itu.int/en/ITU-T/studygroups/com17/Pages/cybersecurity.aspx>.)
להגדרה הישראלית, ראו החלטת ממשלה מס' 3611 מ-7 באוגוסט 2011,
<http://www.pmo.gov.il/Secretary/GovDecisions/2011/Pages/des3611.aspx>.
- 14 האמנה על פשעי סייבר של מועצת אירופה היא החריג. ישראל מצויה נכון לעכשיו בתהליך של הצטרפות: (Convention on Cybercrime, November 23, 2001, 185 CETS).
- 15 190 מדינות החברות באיגוד הטלקומוניקציה העולמי חתמו על תקנות האיגוד משנת 1988. מסיבות פרוצדורליות שונות, רק ל-144 נציגים הייתה זכות הצבעה בוועידת WCIT-12. 89 מדינות חתמו על התקנות המעודכנות של האיגוד ו-55 לא חתמו. במונחים של אוכלוסייה,

- M. Masnick, 3.8 מיליארד אנשים, והלא חותמים – 2.6 מיליארד אנשים. *Who Signed the ITU WCIT Treaty...And Who Didn't*, TECHDIRT (December 14th, 2012).
- W. Rash, *WCIT Treaty Talks End in Dubai With Walkout of U.S., Allies*, EWeek (December 15, 2012), <http://www.eweek.com/cloud/wcit-treaty-talks-end-in-dubai-with-walkout-of-us-allies-2#sthash.mRAJCe98.dpuf>.
- ההכרעה הסופית של תהליכי האשרור של המדינות החברות בארגון הטלקומוניקציה העולמי אמורה להסתיים עד 1 בינואר 2015 – המועד בו התקנות החדשות ייכנסו לתוקף. חלק מהפרשנים מגלים ספקנות באשר למידת השפעתן של התקנות החדשות על פעולת האינטרנט. ראו:
- M. Mueller, *ITU Phobia: Why WCIT was derailed*, INTERNET GOVERNANCE PROJECT (December 18, 2012).
- International Telecommunication Regulations, Melbourne (1988), <http://www.itu.int/pub/T-REG-ACT-1988>.
- D. FIDLER, *Internet Governance and International Law: The Controversy Concerning Revision of the International Telecommunication Regulations*, 17 ASIL INSIGHTS (February 7th, 2013).
- ICANN הוא איגוד האינטרנט להסדרת השמות והמספרים, הרשום בקליפורניה כחברה לתועלת הציבור ללא מטרת רווח. דוגמה לאתגרים הניצבים בפני ICANN, ראו:
- D. Lindsay, *ICM Registry v. ICANN: Introductory Note*, 49 INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS 956-1002 (2010).
- The Internet Society הוא ארגון ללא מטרת רווח שמושב ב'נבה', (www.internetsociety.org). ראו לדוגמה: THE INTERNET SOCIETY 2012 ANNUAL REPORT.
- The Internet Engineering Task Force, www.ietf.org.
- מחב"א (IUCC) הוא ארגון ללא מטרת רווח שהוקם ב-1984 על ידי שמונה אוניברסיטאות ישראליות ונתמך על ידי המועצה להשכלה גבוהה. איגוד האינטרנט הישראלי הוקם ב-1994.
- European Parliament Resolution on the forthcoming World Conference on International Telecommunications (WCIT-2012) of the International Telecommunications Union, and the possible expansion of the scope of international telecommunication regulations, (2012/2881 (RSP) 20/11/2012; C. Franzen, *European Parliament Adopts Resolution Vowing to Fight ITU Internet Regulation*, TPMIDEALAB, November 23rd, 2012.
- www.internetworldstats.com/stats. בנוסף, על פי תחזית חברת Cisco, נפח תעבורת ה-IP הגלובלית צמח פי שמונה בתקופה שבין 2006 ל-2011.
- The Future of Internet Governance*, 101 PROCEEDINGS OF THE ANNUAL MEETING OF THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW 201-213 (March 28-31st, 2007).
- "We recognize that freedom of expression and the free flow of information, ideas, and knowledge, are essential for the Information Society and beneficial to development". (WSIS-05/TUNIS/DOC/7-E, 18, Article 4, November 2005).
- החוקה והאמנה של איגוד הטלקומוניקציה העולמי קבעו מערך של נורמות מהותיות, כגון זכות הציבור להעביר מידע חוצה גבולות (חוקה, סעיף 33) ואחריות מדינות לתחזוקת התשתיות הבין-לאומיות (חוקה, סעיף 38), www.itu.int/aboutitu/Basic_Text_ITU-e.pdf.
- לסקירת המתיחות בין ממשלות ערב לאזרחיהן בנוגע לשימוש באינטרנט באמצע 2012 ראו: ט. פאוול, ממשיכים כרגיל, **מקור ראשון** (27.4.2012).
- בניסיון לרכז את המחלוקות, בירך ראש המשלחת האמריקאית, במהלך ראיון שנתן ב-13 בדצמבר 2012, בעת נעילת הוועידה, על השינוי שעוברת רשת האינטרנט – נטייה לכיוון שאינו מערבי. ראו:
- J. Crook, *United States Rejects International Telecommunications Union Conference*

- Outcome, Fearing Interference with Internet Freedom*, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (April 2013).
- 31 UNGA 217 A (III) 1949. סעיף 29 ממתן את סעיף 19 וזכויות אחרות המופיעות בהכרזה, בכך שהוא מעודד "להבטיח את ההכרה בזכויות ובחירויות של הזולת ואת יחס הכבוד אליהן" ובתביעה למילוי "הדרישות הצודקות של המוסר, של הסדר הציבורי ושל טובת הכלל".
- 32 ראו סעיף 10 של האמנה האירופית לזכויות אדם מ־4 בנובמבר 1950 E.T.S. No. 5 (נכנס לתוקף ב־3 בספטמבר 1953); סעיף 9 של האמנה האפריקאית לזכויות אדם ועמים שהתקבלה בניירובי, קניה, ב־26 ביוני 1981 (1982) 58 ILM 21, rev. 5, 67/3 CAB/LEG (OAU Doc.) (נכנס לתוקף ב־21 באוקטובר 1986; סעיף 13 של האמנה האמריקאית לזכויות אדם שהתקבלה בסאן חוסה, קוסטה ריקה, ב־22 בנובמבר 1969 (123 U.N.T.S. 1144, O.A.S. Treaty Series No. 36), נכנס לתוקף ב־18 ביולי 1978.
- 33 P. Malancuk, *Information and Communication, Freedom of*, in: 9 ENCYCLOPEDIA OF INTERNATIONAL LAW 148 (R. Bernhardt et al (eds.), 1986).
- 34 Malancuk אינו מסכים שמדובר בנוהג בין־לאומי מבוסס (שם, עמ' 168).
- 35 Autronic AG v Switzerland, 22 May 1990, ECHR, Application No. 12726/87; Khursid et al v Sweden, 16 December 2008, ECHR, Application no. 23883/06; *Satellite jamming and freedom of expression*, statement of Article 19 organization regarding the jamming of LuaLua TV in Bahrain, 21 November 2011, <http://www.bahrainrights.org/en/node/4855>.
- 36 V. Mayer-Schonberger and T. Foster, *A Regulatory Web: Free Speech and the Global Information Infrastructure*, in BORDERS IN CYBERSPACE 235, 243 (B. Kahin and C. Nesson eds., 1999).
- 37 מאיר־שונברגר ופוסטר תומכים גם הם בגישה של נורמות־על (שם); ראו גם: Prosecutor v. Ferdinand Nahimana et al., Case No. ICTR-99-52-T (December 3, 2003).
- 38 "The Security Council may... call upon the Members of the United Nations to apply such measures [as] complete or partial interruption of... postal, telegraphic, radio and other means of communication...", art 41, Charter of the United Nations, June 26, 1945, 1 UNTS 14.
- 39 ראו הפרוטוקול הנוסף לאמנת פשעי סייבר (28 בינואר 2003, CETS 189) בנוגע לקרימינליזציה של מעשים הנושאים אופי של גזענות ושנאת זרים שבוצעו במערכות מחשב: מועצת אירופה, 2003. היו משפטנים שגרסו שהגישה של נורמות־על לאיסור תכנים באינטרנט עשויה להתוות את הדרך לפתרון המבוי הסתום הנוכחי.
- 40 Prosecutor v. Ferdinand Nahimana et al, לעיל ה"ש 37.
- 41 P. Malancuk, במרכיבים המנהיגיים של אמנת איגוד הטלקומוניקציה העולמי ראו: P. Malancuk, *Telecommunications, International Regulation*, 9 ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 367, R. Bernhardt et al. (eds.), 1986.
- 42 חוקת איגוד הטלקומוניקציה העולמי, סעיף 33, לעיל ה"ש 28.
- 43 סעיפים אלה נושאים את הכותרות הבאות בהתאמה: "Stoppage of Telecommunications" ו־"Suspension of Services", חוקת איגוד הטלקומוניקציה העולמי, הערה 28 לעיל.
- 44 סעיף 1, מטרת והיקף התקנות, לעיל ה"ש 9.
- 45 לעיל, ה"ש 9.
- 46 V. Cerf, *Keep the Internet Open*, THE NEW YORK TIMES, May 24th, 2012; *Global Internet Diplomacy*, INTERNATIONAL HERALD TRIBUNE, December 12th, 2012.
- 47 BBC News, *Google attacks UN's internet treaty conference*, November 21st, 2012.
- 48 "Internet governance decisions should be made in a transparent manner with genuine stakeholder participation from civil society, governments and the private sector. We call on

the ITU and its member states to embrace transparency and reject any proposals that might expand ITU authority to areas of internet governance that threaten the exercise of human rights online.”

49 האתר הוא WCITleaks.org. למרות שחומרי הוועידה לא היו חסויים, הגישה אליהם הוגבלה באמצעות הצורך בהרשמה ובסיסמה.

50 לעיל, ה"ש 12.

51 Russian Federation, *Proposals for the Work of the Conference*, Document 27, WCIT-12, November 17th, 2012, Article 31B.

52 לסקירה מלאה של העמדות הרלוונטיות, ראו Fidler, לעיל ה"ש 19. פידלר מתמקד בשינויים במבוא, בתוספת לסעיף 1, בשינוי בסעיף 1.1, בסעיפים החדשים 5A ו-5B ובהחלטה 3.

53 WCIT Final Acts, לעיל ה"ש 9.

54 Fidler, לעיל ה"ש 19.

55 שם.

56 A. Renda, *Cybersecurity and Internet Governance*, May 13th, 2013, <http://www.cfr.org/cybersecurity/cybersecurity-internet-governance/p30621>.

57 Israel (State of), *Proposals for the Work of the Conference*, Document 28, World Conference on International Telecommunications, November 19, 2012.

58 שם. למרות הנוסח המצוטט כאן, ישראל מפעילה רגולציה על האינטרנט, כמו שעושים ארצות הברית, האיחוד האירופי ומדינות אחרות המתנגדות לאימוץ ההחלטות של ועידת דובאי. הסוגיה שבמחלוקת נוגעת לרגולציה בין-לאומית (ולא מקומית) של האינטרנט.

59 שם, סעיפים I ו-II.

60 ראו גם הודעתו לאחרונה של משרד התקשורת בנוגע לחוק נייטרליות רשתות הטלקומוניקציה, שהתקבל בכנסת בקריאה ראשונה ב-28 באוקטובר 2013, http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/5/3355.pdf.

61 ראו דיונים משפטיים נוכחיים בארצות הברית סביב ריבוד האינטרנט: E. Wyatt, *Judges Hear Arguments on Rules for Internet*, THE NEW YORK TIMES, September 10th, 2013, p. B1.

62 לעיל ה"ש 15.

אתגר ההגנה על אסדות הקידוח הימיות מפני מתקפות טרור – ההיבט המשפטי

אסף הראל

גילוי גז טבעי באגן המזרחי של הים התיכון הוא בשורה חשובה למדינת ישראל. הגז צפוי לספק את צרכי האנרגיה של המדינה לשנים רבות וייצואו למדינות אחרות אמור לספק למדינה הכנסות רבות ממיסים. בהתאם, מקובל לומר כי התשתיות המשמשות לקידוח הגז הטבעי ולהעברתו לחופי ישראל, ובראשן אסדות הקידוח, מהוות נכס אסטרטגי למדינה.

לצד ההזדמנויות שיוצר גילוי מרבצי הגז בים והסיכויים הטמונים בהפקתו, קיים סיכון ביטחוני משמעותי לאסדות הקידוח. אסדות אלו, הממוקמות בלב ים, הרחק מחופי ישראל (חלקן מצויות במרחק של למעלה ממאה ק"מ מהחוף), עלולות להוות מטרה להתקפות טרור. להתקפה כזו עלולות להיות השלכות קשות על המדינה מעבר לפגיעה בחיי אדם (עשרות אנשי הצוות המאיישים את האסדה). כך, לדוגמה, במישור הכלכלי, עלות הקמתה מחדש של אסדה שנפגעה עשויה להגיע לסכום של מאות מיליוני דולרים.¹ לכך יש להוסיף את הנזק הכלכלי שייגרם מהפסקת שאיבת הגז לפרק הזמן שעד לשיקום התשתיות. להתקפה כזו עלולות להיות השלכות חמורות גם במישור האסטרטגי: היא עלולה לפגוע קשות באספקת האנרגיה לישראל, נוכח ההסתמכות על הגז הטבעי לצורך הפקת אנרגיה, הצפויה אף לגדול עם הזמן.

האתגרים שעיימם נאלצת ישראל להתמודד בפן הביטחוני של אבטחת האסדות נובעים לא רק מהמרחק שלהן מחופי ישראל; הם טמונים גם בעובדה שהאסדות ממוקמות באזור שבו הסמכויות של ישראל, מבחינת הדין הבינלאומי, מוגבלות

אסף הראל הוא עו"ד, ראש תחום מבצעי וזכויות אדם במשרד היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון. בעבר שימש יועץ משפטי במחלקת הדין הבין-לאומי של צה"ל. העמדות המובעות במאמר הן של המחבר ואינן משקפות בהכרח את עמדות צה"ל, משרד הביטחון או מדינת ישראל. מאמר זה מבוסס בחלקו על מחקר מקיף שפרסם המחבר – Assaf Harel, *Preventing Terrorist Attacks on Offshore Platforms: Do States Have Sufficient Legal Tools?*, 4 HARVARD NATIONAL SECURITY JOURNAL 131 (2012).

ומתמצות בעיקר בזכות לניצול משאבי הטבע. לא מדובר בריבונות מהסוג שישראל מוסמכת ורגילה להפעיל במימיה הטריטוריאליים. כך, לדוגמה, באזורים אלה לא ניתן ככלל להגביל שיט או טיס, לא ניתן לדרוש מכלי שיט העוברים בהם להזדהות וכיו"ב. מציאות זו יוצרת אתגר משמעותי לכוחות הביטחון, בעיקר בהתמודדות עם כלי שיט שלא קיים מידע מודיעיני מוקדם על מעורבותם בפעילות עוינת.

מאמר זה בוחן את הסמכויות מכוח הדין הבינלאומי להגנה על אסדות הקידוח מפני התקפות טרור. תחילה סוקר המאמר את הדינים הרלוונטיים ומגדיר את מונחי היסוד הנחוצים לדיון המשפטי בשאלת הסמכויות. בהמשך הוא מנתח את הכלים המשפטיים העומדים בפני ישראל לצורך התמודדות עם איום ודאי ולצורך התמודדות עם איומים כלליים שאינם מבוססים על מידע מודיעיני קונקרטי. לבסוף מציע המאמר פתרונות להתמודדות עם המצב המשפטי הקיים.

מגוון האיומים שנשקף לאסדות הקידוח הוא רחב וכולל איום של סירות תופת, טילי חוף-ים, כלי טיס בלתי מאוישים, פעולות חבלה תת-ימיות וכיו"ב.² האיומים נשקפים לא רק לאסדות עצמן, אלא גם לתשתיות נלוות, כגון צינורות תת-ימיים, ספינות עזר ועוד.³ המאמר מתמקד באיום הנובע מכלי שיט עוינים, אולם העקרונות שהוא מתווה רלוונטיים להתמודדות עם קשת רחבה של איומים. כאמור, המאמר עוסק בהיבטי הדין הבינלאומי. הוא אינו מנתח היבטים הנוגעים לדין הישראלי הפנימי, המתעוררים למשל בשאלת חלוקת האחריות על אבטחת האסדות בין מערכת הביטחון לבין החברות הפרטיות המפעילות אותן.

המסגרת המשפטית

הסמכויות להתמודדות עם איומים על אסדות קידוח ימיות נגזרות בעיקר משלוש "חטיבות" של המשפט הבינלאומי: דיני הים, דיני ההגנה העצמית ודיני הלחימה בים. נסקור להלן את המושגים והכללים העיקריים לפי כל אחת מהחטיבות, אשר רלוונטיים לעניין ההגנה על אסדות מפני התקפות טרור.

דיני הים

דיני הים מסדירים באופן נרחב את הסמכויות והחובות המשפטיות החלות על פעילותן של מדינות בים. דינים אלה, המבוססים בחלקם על מנהגים עתיקי יומין, מעוגנים כיום במשפט הבינלאומי המנהגי⁴ ובמספר אמנות בינלאומיות, ובראשן אמנת הים משנת 1982 (United Nations Convention on the Law of the Sea, להלן – אמנת הים). ישראל אמנה אינה צד לאמנת הים, אולם מקובל לראות ברבים מהכללים המעוגנים באמנה זו כללים מנהגיים המחייבים את כל המדינות.⁵

דיני הים קובעים שני עקרונות בסיסיים הרלוונטיים לענייננו. הראשון הוא ריבונות מדינת הדגל. בהתאם לעיקרון זה, כלי שיט נחשב כמצוי תחת ריבונותה של המדינה שבה הוא רשום (מדינת הדגל). למדינת הדגל נתונה סמכות שיפוט ייחודית ביחס לכלי שיט הנושאים את דגלה, למעט במקרים ספציפיים המוסדרים במפורש באמנת הים. כלומר, ככלל, רק מדינת הדגל מוסמכת להפעיל סמכויות ריבוניות כלפי כלי שיט שלה. העיקרון השני הוא חופש השיט. על פי עיקרון זה, כלי שיט מכל המדינות נהנים מחופש תנועה מלא בים הפתוח. פגיעה בחופש השיט תתאפשר רק בהתקיים החריגים המוכרים על ידי הדין הבינלאומי. פגיעה בחופש השיט של כלי שיט, ללא סמכות מפורשת בדין הבינלאומי וללא הסכמת מדינת הדגל, עלולה להיחשב הפרה של ריבונות מדינת הדגל.

במקרים רבים עשוי להיווצר מתח בין חופש השיט לבין צרכי הביטחון של מדינה. כך, למשל, מדינה עשויה לעצור כלי שיט בלב ים או להגביל את השיט באזורים שבהם נמצאים נכסיה האסטרטגיים, דוגמת אסדות הקידוח, כדי לקדם את צרכי הביטחון שלה. מעבר לחובה המשפטית לכבד את חופש השיט כאמור (אף מהבחינה התועלתנית), מדובר בעיקרון חשוב ביותר, שלכרסום בו עלולות להיות משמעותיות אסטרטגיות וכלכליות חמורות, בפרט למדינות כמו ישראל, שנתיבי השיט אליהן עוברים בקרבת מדינות בעלות אינטרסים עוינים.

על בסיס העקרונות הכלליים המוזכרים לעיל, דיני הים מקנים סמכויות וזכויות שונות למדינות, בהתאם לאזור הגיאוגרפי שבו מדובר. להלן נעמוד על האזורים הימיים העיקריים הרלוונטיים לדיון הנוכחי.

המים הטריטוריאליים (Territorial Waters) של מדינה משתרעים למרחק של עד 12 מילין ימיים מחופיה. יש למדינה סמכויות ריבוניות נרחבות במים הטריטוריאליים שלה, ובכלל זה הסמכות להטיל מגבלות על השיט לצרכי ביטחון וביטחון. יחד עם זאת, מדינה מחויבת לאפשר "מעבר בתום לב" של כלי שיט ממדינות אחרות במימיה הטריטוריאליים, קרי מעבר שאינו מסכן את הביטחון, השלום או הסדר הטוב במדינה.⁶

האזור הכלכלי הבלעדי (Exclusive Economic Zone) של מדינה הוא האזור הסמוך למימיה הטריטוריאליים, אשר משתרע למרחק של עד מאתיים מילין מהחוף. מדינות שלהן אזורים כלכליים בלעדיים סמוכים נדרשות לתחם את גבולות האזורים בהסכם. באזור הכלכלי הבלעדי נתונה למדינה החופית הזכות הבלעדית לניצול משאבי הטבע המצויים במים (דגה), בקרקע ובתת-הקרקע, וכן סמכויות בלעדיות לעריכת מחקרים מדעיים בתחומים אלה. מכוח זכות זו, המדינה החופית מוסמכת, באופן בלעדי, להקים ולאפשר הקמה של אסדות קידוח להפקת גז ונפט.

ריבונותה של מדינה באזור הכלכלי הבלעדי מוגבלת לתחום ניצול אוצרות הטבע ולתחום המחקר המדעי. כך, למשל, כלי שיט וכלי טיס מכל המדינות נהנים מחופש שיט

ומחופש טיס באזור הכלכלי הבלעדי של מדינה מסוימת. סעיף 56 לאמנת הים קובע לעניין זה, כי הן המדינה החופית והן המדינות האחרות נדרשות לגלות "התחשבות נאותה" (due regard) בזכויות האחת של האחרת (זכויות כלכליות של המדינה החופית מול חופש השיט והטיס של המדינות האחרות). כלי שיט בשט באזור הכלכלי הבלעדי של מדינה אחרת נתון לריבונות המדינה שבה הוא רשום (מדינת הדגל), למעט בהיבטים נבחרים הנוגעים לזכויות הבלעדיות של המדינה החופית באזור הכלכלי הבלעדי, כגון הפעלת סמכויות אכיפה בתחום הדיג. ישראל אמנם לא הכריזה במפורש על אזור כלכלי בלעדי, אולם ביולי 2011 היא הפקידה באו"ם קואורדינטות לתיחום גבולו הצפוני של האזור הכלכלי בלעדי שלה, בהתבסס על הסכם לתיחום אשר נחתם שנה קודם לכן בינה לבין קפריסין.⁷

אזור ימי נוסף הוא **מדף היבשת** (Continental Shelf). אזור זה משתרע עד קצה מדף היבשת⁸ או עד מרחק של מאתיים מילין ימיים מהחוף (הרחוק מבין השניים). בדומה לאזור הכלכלי הבלעדי (שברוב המקרים חופף ברובו את מדף היבשת), המדינה החופית נהנית מסמכויות בלעדיות לניצול אוצרות הטבע שבקרקע ובתת-הקרקע גם במדף היבשת. כמו כן, נהנים כלי שיט וכלי טיס מכל העולם מחופש שיט ומחופש טיס במדף היבשת. אולם, בשונה מהאזור הכלכלי הבלעדי, הזכויות במדף היבשת אינן חלות על דיג. הדיון להלן בסמכויות להגנה על אסדות באזור הכלכלי הבלעדי נכון גם למדף היבשת.

הים הפתוח (High Seas) הינו אזור המורכב משטח הים שאינו מהווה אזור כלכלי בלעדי או מים טריטוריאליים של אף מדינה. באזור זה, כלל המדינות נהנות מחופש שיט ומחופש טיס בלתי מופרעים. כלי שיט המצויים בים הפתוח נתונים לסמכות השיפוט הבלעדית של מדינת הדגל.

דיני ההגנה העצמית

הזכות להגנה עצמית, המעוגנת בסעיף 51 למגילת האו"ם, מאפשרת למדינה לעשות שימוש בכוח בתגובה להתקפה חמושה שכוונה נגדה. סמכות זו מהווה חריג לאיסור הכללי על שימוש בכוח בין מדינות, המעוגן בסעיף 2(4) למגילת האו"ם. על אף שדוקטרינת ההגנה העצמית עסקה באופן מסורתי בשימוש בכוח בתגובה להתקפה ששוגרה על ידי מדינה, הפרקטיקה המדינתית בעשורים האחרונים מלמדת שניתן להתבסס על הזכות להגנה עצמית גם בתגובה להתקפות חמושות ששוגרו על ידי שחקנים לא-מדינתיים, ובכלל זה ארגוני טרור. כמו כן, על אף שיש הטוענים כי כוונת מנסחיו של סעיף 51 למגילת האו"ם הייתה להסדיר את תגובתה של מדינה להתקפה עליה לאחר מעשה, הדין הבינלאומי מכיר כיום גם בזכותה של מדינה להשתמש בכוח לצורך מניעת התקפה נגדה, אשר צפויה להתממש בפרק הזמן הקרוב.

לפי הזכות להגנה עצמית, על השימוש בכוח לעמוד בשלושה תנאים מצטברים: צורך (necessity), מידתיות (proportionality) וקרבה בזמן (immanency). על פי תנאי הצורך, טרם השימוש בכוח יש למצות את השימוש באמצעים שאינם כוחניים לסיכול ההתקפה, ככל שנקיטת צעדים כאלה אפשרית בנסיבות העניין. על פי תנאי המידתיות,⁹ יש להגביל את עוצמת הכוח המופעל למה שנחוץ, לפי הנסיבות, לסיכול ההתקפה או למניעת התקפות נוספות. תנאי הקרבה בזמן נוגע לאיומים שטרם התממשו. לפי תנאי זה, ניתן להשתמש בכוח רק לצורך סיכול התקפה שצפויה להתממש בטווח הזמן הקרוב (imminent).¹⁰

דיני הלחימה בים

דיני הלחימה בים מסדירים את הסמכויות הנתונות למדינות שהן צד לעימות מזוין ביחס לפעילות הלחימה בים. דינים אלה התפתחו בעיקר בדין הבינלאומי המנהגי ולא זכו להסדרה באמנה בינלאומית מחייבת. רבים מהכללים המנהגיים בתחום זה, לצד חידושים ומגמות עכשוויות, מאוגדים במדריך סאן רמו בדבר הדין הבינלאומי משנת 1994, החל על עימותים מזוינים בים (להלן – מדריך סאן רמו).¹¹ יוער, דיני הלחימה בים אמנם התפתחו ברובם על רקע עימותים מזוינים בין מדינות, אולם מדינה רשאית להפעיל סמכויות מסויימות מכוח דינים אלה אף בעימותים בינה ובין גורמים לא-מדינתיים, דוגמת ארגוני טרור.¹²

מדינה שהיא צד לעימות מזוין מוסמכת להטיל מגבלות מסויימות על השיט, אותן היא אינה רשאית להטיל בעת שלום, וכן לעשות שימוש בכוח כנגד כלי שיט המפרים כללים אלה. יצוין כי מאז אוקטובר 2000, ישראל מצויה בעימות מזוין מתמשך עם ארגוני הטרור הפלסטיניים, בראשם חמאס,¹³ ואף נוקטת צעדים מכוח דיני הלחימה בים במסגרת עימות זה.¹⁴ נראה שניתן לקבוע כי ישראל מצויה בעימות מזוין מתמשך גם עם ארגון חזבאללה.¹⁵

התמודדות עם איומים קונקרטיים

לישראל נתונות סמכויות רחבות להתמודדות עם תרחיש שבו היא מזהה כלי שיט קונקרטי שמתכנן לפגוע באסדות הקידוח שלה. זיהוי כזה עשוי להתבסס על מודיעין מוקדם או על איתור כוונה עוינת של כלי שיט ואמצעי למימושה (למשל, זיהוי אמל"ח על כלי שיט שמתנהג באופן מאיים בקרבת האסדות). במצבים כאלה ישראל תוכל לפנות, על פי דיני הים, למדינת הדגל של כלי השיט ולבקש כי האחרונה תפעיל את סמכותה עליו כדי לסכל את ההתקפה. אולם נראה כי המענה המשפטי לאיומים מסוג זה, שהסרתם מצריכה ככלל פעולה מהירה, מצוי דווקא בדיני ההגנה העצמית ובדיני הלחימה.

מבחינת דיני ההגנה העצמית, ישראל רשאית לעשות שימוש בכוח נגד כלי שיט שנשקף ממנו איום ודאי לאסדות. כדי שתוכל לפעול כך, יהיה עליה לקבוע כי קיימת כוונה להשתמש בכלי השיט לצורך תקיפת האסדות בטווח הזמן הקרוב. כמו כן, ישראל תצטרך למצות אמצעים לא כוחניים לסיכול ההתקפה, ככל שצעדים כאלה אפשריים בנסיבות העניין. דוגמה לצעד כזה היא פנייה למדינת הדגל או למדינת הנמל¹⁶ שממנו עתיד לצאת כלי השיט, בבקשה כי אלו יפעילו את סמכויותיהן לסיכול ההתקפה (למשל, מניעת היציאה של כלי שיט מהנמל). אם נעשה לבסוף שימוש בכוח כלפי כלי השיט, עליו לעמוד בעקרון המידתיות. כך, למשל, אם ניתן להסיר את האיום באמצעות השתלטות על כלי השיט המאיים, במקום לבצע ירי להטבעתו, יש להעדיף את החלופה הראשונה, ובלבד שהיא לא יוצרת סיכון משמעותי לכוחות.

דיני הלחימה עשויים להקנות לישראל סמכויות רחבות אף יותר ביחס לכלי שיט של גורם שעימו ישראל מצויה בעימות מזוין (למשל, חמאס או חזבאללה). לפי דיני הלחימה, כלי שיט המשמש לפעילות בעלת מאפיינים צבאיים (לדוגמה, נושא אמצעי לחימה או לוחמים, אשר ניתן לשייכו לגורם כאמור, מהווה מטרה צבאית.¹⁷ בהתאם לכך, ישראל רשאית לתקוף כלי שיט כזה במטרה להסיר את האיום.

במאמר מוסגר יצוין, כי השימוש בכוח כלפי כלי שיט, בין אם לפי דיני ההגנה העצמית ובין אם לפי דיני הלחימה, יצטרך להיעשות ככלל מחוץ למים הטריטוריאליים של מדינות זרות, כדי להימנע מפגיעה בריבונותן. תנאי לתקיפת כלי השיט הוא קיומו של מידע אמין בדבר מעורבותו בפעילות עוינת. ישראל תצטרך לנקוט צעדים לצמצום הנזק האגבי הצפוי לאזרחים או לרכוש אזרחי כתוצאה מההתקפה ולהימנע מהתקפה כאשר הנזק האגבי הינו מופרז ביחס ליתרון הצבאי הצפוי מהתקיפה.

נראה כי ההתמודדות עם כלי שיט שקיים מידע מבוסס על כוונתו לתקוף אסדת קידוח אינה כרוכה באתגרים משפטיים משמעותיים. כאמור, לישראל נתונה סמכות רחבה יחסית לפעול להסרת איום כזה, תוך התבססות על דיני ההגנה העצמית או על דיני הלחימה. כפי שנראה להלן, ההתמודדות עם איומים כלליים יותר יוצרת אתגר משמעותי הרבה יותר.

האתגר העיקרי – הגנה מפני איום כללי

המשימה השגרתית של הגנה על אסדות מפני איומים כלליים, שלא ניתן למקדם לכלי שיט קונקרטי, יוצרת אתגר משמעותי, בין היתר בשל המגבלות המוטלות על סמכויות המדינה החופית באזור הכלכלי הבלעדי שלה.

יצירת אזורי בטיחות סביב האסדות מכוח דיני הים

דיני הים מקנים למדינה סמכות לקבוע "אזורי בטיחות" מסביב לאסדות הקידוח שלה הממוקמות באזור הכלכלי הבלעדי, ולנקוט "צעדים מתאימים" כדי להבטיח את בטיחות האסדה והספינות המנווטות באזור. הקושי בהסתמכות על אזורי בטיחות אלה לצורך הגנה על אסדות מפני התקפות טרור נעוץ בגודלם של האזורים: לפי סעיף 60(5) לאמנת הים, רוחבו של אזור בטיחות כאמור לא יעלה, ככלל, על 500 מטרים. מרחב של 500 מטרים מגביל מאד את האפשרות להתמודד באופן אפקטיבי עם איומי טרור על האסדות.

הסמכות להכריז על אזורי בטיחות סביב אסדות, כמו גם המגבלה על רוחבם, הוצגו לראשונה באמנת מדף היבשת משנת 1958.¹⁸ חקירת ההליך שקדם לניסוח האמנה מעלה, כי הבחירה במרחב של 500 מטרים הייתה שרירותית למדי: מגבלה זו הושאלה מסטנדרטים מדינתיים להגנה על מתקנים יבשתיים לקידוח נפט מפני שריפות, שהיו נהוגים באותה העת. במילים אחרות, לנגד עיניהם של מנסחי האמנה לא עמדו הסיכונים הבטיחותיים הנוגעים להפעלת אסדות באזור שבו נעים כלי שיט במהירויות ובגדלים שונים, ולמותר לציין כי לא עמדו בפניהם הסכנות הנשקפות לאסדות הקידוח כתוצאה מטרור ימי – איום שהתפתח מספר עשורים לאחר ניסוח האמנה.

סוגיית רוחבם של אזורי הבטיחות סביב האסדות עלתה לדיון בשנות השבעים של המאה העשרים במסגרת המשא ומתן לניסוחה של אמנת הים. במהלך המשא ומתן היו מדינות שטענו כי רוחב של 500 מטרים אינו מספיק לצורך התמודדות עם הסיכונים הבטיחותיים המודרניים הנשקפים לאסדות הקידוח, ובעיקר הסיכון של התנגשויות בין כלי שיט גדולים ומהירים ובין האסדות. מדינות אלו הציעו כי במקום לנקוב ברדיוס מקסימלי של 500 מטרים, האמנה תקנה למדינה החופית שיקול דעת בקביעת רוחבם של אזורי הבטיחות, בכפוף לעקרונות של סבירות. אולם, החשש כי מתן שיקול דעת בעניין זה ייצור פתח לניצול לרעה ויביא בפועל להטלת מגבלות נרחבות על חופש השיט באזור הכלכלי הבלעדי, הוביל לאימוץ מגבלה של 500 מטרים גם באמנת הים.¹⁹ על אף האמור, וכדי לענות על החששות שהועלו בדבר היכולת למנוע תאונות באמצעות אזורי בטיחות של 500 מטרים, הותירו מנסחי האמנה פתח לקביעת אזורי בטיחות רחבים יותר, בתנאי שארגון הימאות העולמי (IMO)²⁰ ימליץ על כך.²¹ מאז שאמנת הים נכנסה לתוקף, פנו מספר מדינות לארגון הימאות העולמי וביקשו את אישורו לקביעת אזורי בטיחות רחבים מ־500 מטרים. דוגמה בולטת היא פנייתה של ברזיל לארגון בשנת 2007. במסגרת בקשתה טענה ברזיל כי פעילות שגרתית של פריקה וטעינה של נפט מאסדת קידוח (במסגרתה מתחברת מכלית לאסדה) מחייבת מרחב תפעולי של כ־1,400 מטרים. לטענת ברזיל, אזורי בטיחות ברוחב של מיל עד שני מילין ימיים, יוכלו לסייע לצמצום משמעותי של החשש להתנגשויות בין כלי שיט

לאסדות.²² בקשת ברזיל – כמו בקשות דומות שהוגשו לארגון הימאות העולמי מאז 1982 – נדחתה בטענה הכללית כי הארגון לא השתכנע בצורך לקבוע אזורי בטיחות רחבים יותר.²³ נראה כי את ההחלטה הניע אותו חשש שמנע את הרחבת אזורי הבטיחות במסגרת אמנת הים – החשש מ"פריצת הסכר" – באופן שיביא להטלת מגבלות חמורות על חופש השיט באזורים הכלכליים הבלעדיים. יצוין, כי הדיונים בעניין זה בארגון הימאות העולמי עסקו בהיבט הבטיחותי בלבד. ניתן לשער כי בקשה מהארגון לאשר הגדלה של אזורי בטיחות משיקולים ביטחוניים, כמו מניעת טרור, תיתקל בקשיים חמורים אף יותר, נוכח השיקולים הפוליטיים המעורבים ככלל בהכרעות בינלאומיות בנושאים מסוג זה.

ניכר כי אזורי בטיחות של 500 מטרים בלבד, אכן אינם מספקים את המענה הנדרש לשם הגנה על אסדות קידוח מפני התקפות טרור, למשל התנגשות של סירת תופת. לשם המחשה, כלי שיט הנע במהירות של 25 קשר (כ-46 קמ"ש) יחצה אזור בטיחות של 500 מטרים בתוך ארבעים שניות. הדבר משאיר לאנשי הביטחון שעל האסדה זמן תגובה מוגבל ביותר, בלשון המעטה, לצורך הסרת האיום. מעבר לכך, אמצעי הלחימה המצויים כיום בידי ארגוני טרור, דוגמת טילים נגד טנקים,²⁴ מאפשרים פגיעה באסדה ממרחקים הגדולים מ-500 מטרים אף מבלי לחדור לאזור הבטיחות. דיני הים אינם מספקים מענה אפקטיבי להתמודדות עם איום הטרור על אסדות קידוח. על רקע זה יידונו להלן הסמכויות הנתונות בידי ישראל להגבלת השיט בקרבת האסדות, מכוח דיני ההגנה העצמית ודיני הלחימה.

הטלת מגבלות על שיט בקרבת אסדות מכוח דיני ההגנה העצמית ודיני הלחימה כאמור, כאשר מזוהה כלי שיט המתקרב לאסדת קידוח, וקיים מידע ודאי על כוונת מפעיליו לתקוף את האסדה בטווח הזמן הקרוב, ניתן לעשות שימוש מידתי בכוח לצורך הסרת האיום. אולם במציאות, לא תמיד יהיה בידי כוחות הביטחון מידע מוקדם על כוונותיו העוינות של כלי שיט. לפיכך, לצורך מניעת התקפות כאמור, קיימת חשיבות רבה לזיהוי מוקדם ככל הניתן של האיום.

כפי שיובהר להלן, דיני ההגנה העצמית ודיני הלחימה עשויים לאפשר הטלת מגבלות על השיט אף בטווח שמעבר ל-500 מטרים מהאסדות, לשם הגדלת זמן התגובה ושיפור היכולת לסכל איומים עליהן. עם זאת, ניתן לנקוט צעדים מסוג זה רק לפרקי זמן קצרים ורק בהתקיים נסיבות קיצוניות יחסית של לחימה או איום שצפוי להתממש בקרוב. בהפעלת סמכויות כאלו יש להימנע מפעילות במים הטריטוריאליים של מדינות שאינן צד ללחימה ולצמצם ככל הניתן את ההשפעה של הפעילות על חופש השיט של כלי שיט זרים. כמו כן, יש להביא בחשבון את האפשרות, שאף אם הפעלת סמכויות כאמור נעשית על פי הכללים, היא עלולה לעורר ביקורת בינלאומית על פגיעה בחופש השיט.

התרעה על פגיעה צפויה באסדות

כאמור, דיני ההגנה העצמית מקנים סמכות להטלת מגבלות זמניות על השיט מעבר לטווח 500 המטרים, וזאת בתרחיש של התרעה על פגיעה צפויה באסדות בטווח הזמן הקרוב. המטרה היא לאפשר זיהוי של כלי השיט העוין בשלב מוקדם יחסית, באופן שיאפשר לסכל את ההתקפה.²⁵ המגבלות יכולות להתבטא באיסור כולל על השיט בטווח של מילין ספורים מהאסדות, בהתניית הכניסה לאזור זה בבידוק וכי"ב. בכל מקרה, השימוש בסמכות זו חייב לעמוד בתנאים החלים על נקיטת פעולה בהגנה עצמית.

התנאי הראשון הוא שהאיום כלפיו ניתן לנקוט את הצעד צפוי להתממש בטווח הזמן הקרוב. לפיכך, המגבלות שניתן להטיל יהיו זמניות בלבד; התנאי השני הוא שהמגבלות המוטלות על השיט בקרבת האסדות והאמצעים לאכיפתן יעמדו בעקרון הצורך. כך, למשל, ככל שניתן להסתפק בהתניית הכניסה לתא השטח הרלוונטי בבידוק במקום במניעה כוללת של הכניסה, יש להעדיף את האפשרות הראשונה. מעבר לכך, טרם שימוש בכוח כלפי כלי שיט חשוד שמפר את המגבלות, על המדינה לנקוט צעדים לא כוחניים, כגון אזהרה אפקטיבית וירי באוויר; התנאי השלישי הוא שהצעדים הננקטים יעמדו ביחס סביר לאיום שאותו הם נועדו להסיר. כך, על המדינה לצמצם את השטח שבו מוטלות המגבלות למינימום ההכרחי. כמו כן, כוח המופעל כלפי כלי שיט קונקרטי לצורך אכיפת המגבלות נדרש להיות מדורג וסביר ביחס לאיום הנשקף מאותו כלי שיט באותה העת. לבסוף, ראוי להודיע מראש על הטלת מגבלות מסוג זה לכל הגורמים העלולים להיות מושפעים מהן, ובכלל זה מדינות האזור, רשויות נמל וכלי שיט הנעים במרחב.²⁶

דרך נוספת להתמודדות עם התרעה כללית על פגיעה צפויה באסדות היא באמצעות הסמכות לערוך "ביקור וחיפוש" (visit and search) על כלי שיט חשוד – סמכות שמקורה בדיני הלחימה. סמכות זו ניתן להפעיל כלפי כלי שיט שקיים יסוד סביר לחשוד כי הוא מופעל על ידי ארגון טרור שעומו ישראל מצויה בעימות מזוין (למשל, חמאס או חזבאללה). בעת שמזוהה כלי שיט כזה, ניתן לעצור אותו לצורך עריכת חיפוש על סיפון. סמכות זו ניתנת להפעלה במרחק רב מהאסדות, ובלבד שהדבר נעשה מחוץ למים הטריטוריאליים של מדינות שאינן צד להחימה.²⁷ אם כלי השיט החשוד מתנגד לעצור או לאפשר את עריכת הבידוק, ניתן לעשות שימוש מידתי בכוח כדי לכפות זאת עליו.

ככל שהצעדים שתנקוט המדינה יהיו מוגבלים יותר בזמן ובמרחב, וככל שהאיום שכלפיו הם מכוונים קרוב ומבוסס יותר, כך ישתפרו סיכויי המדינה להוכיח כי הטלת המגבלות והשימוש בכוח לאכיפתן נעשו כדין. בהקשר זה, יש להביא בחשבון כי עלול להתעורר קושי ממשי להצדיק שימוש בכוח כלפי כלי שיט שהפר את המגבלות, אולם בדיעבד התברר כי לא היה מעורב בטרור. במצב כזה, המדינה תצטרך להוכיח לקהילה

הבינלאומית שהיא אכן ניצבה בפני איום ממשי וקרוב וכי האמצעים שנקטה עמדו בתנאי הצורך והמידתיות. הוכחת טענה כזו עלולה להיות מורכבת, בשים לב לקושי שבחשיפת המידע המודיעיני שעליו מתבססות התרעות מסוג זה.

הגבלת השיט באזורים בהם מתנהלת פעילות מבצעית ימית דיני הלחימה עשויים להקנות למדינה סמכויות נוספות להטלת מגבלות על השיט בקרבת אסדות הקידוח. אפשרות אחת להכריז על "אזור החרגה" (exclusion zone) – אזור בים שבו צד לעימות מזוין מוסמך למנוע כניסה של כלי שיט בשל צורך צבאי. שאלת הסמכות להכריז על אזורי החרגה שנויה במחלוקת בין מלומדים של המשפט הבינלאומי.²⁸

יחד עם זאת, מדריך סאן רמו מכיר בחוקיותו של צעד זה "כאמצעי יוצא דופן".²⁹ על פי המדריך, צד לעימות מזוין המכריז על אזור החרגה, מוסמך לנקוט פעולות אכיפה כלפי כלי שיט המפרים את המגבלות על השיט באזור.³⁰ דוגמה בולטת לשימוש בסמכות זו היא ההכרזה של בריטניה על אזור החרגה ברוחב של מאתיים מילין ימיים מסיב לאיי פוקלנד, במהלך העימות שהתנהל באזור בינה לבין ארגנטינה בשנת 1982. תגובת הקהילה הבינלאומית לצעד זה הייתה פושרת למדי.³¹

ההכרזה על אזור החרגה כפופה למספר תנאים. ראשית, גודלו של האזור, מיקומו, משך הטלת המגבלות ואמצעי האכיפה הננקטים צריכים לעמוד ביחס סביר לצורך הצבאי שלשמו הוכרז האזור. אמנם ניתן לעשות שימוש מידתי בכוח כדי לאכוף את המגבלות, אך עצם הכניסה לאזור אינה מהווה בסיס לתקיפת כלי שיט; שנית, יש למסור למדינות שאינן צד לחימה הודעה על המועדים להפעלת אזור ההחרגה, מיקומו, היקפו והאמצעים שנקטים לאכיפתו; שלישית, אין למנוע גישה בטוחה וחופשית לנמלים של מדינות אלו. כמו כן, יש לגלות "התחשבות נאותה" בזכויות של אותן מדינות בים, בדגש על חופש השיט.

על רקע המחלוקת בנוגע לחוקיותם של "אזורי החרגה" בדין הבינלאומי, נראה כי רק נסיבות של לחימה פעילה ומשמעותית עשויות להצדיק הפעלת סמכות זו. בנוסף, מדינה רשאית להטיל מגבלות על השיט באזור שבו מתבצעת פעילות מבצעית ימית, קרי, אזור שבו מתבצעות פעולות לחימה או שבו הכוחות הלוחמים פועלים דה פקטו.³² אם כלי שיט מפר מגבלות אלו, ניתן לעשות שימוש מידתי בכוח לצורך השתלטות עליו, וזאת בתנאי שהמגבלות לא נקבעו באופן שרירותי. כך, לדוגמה, ככל שצה"ל יידרש לקיים פעילות לחימה בקרבת האסדות, ניתן יהיה להטיל מגבלות על השיט בסביבתן. בהקשר זה ניתן להעלות טיעון, לפיו פעילות מבצעית שנועדה להגן על אסדות הקידוח מפני התקפה, בעיצומה של לחימה, תצדיק כשלעצמה הטלת מגבלות על השיט מכוח סמכות זו.³³

הטלת מגבלות מכוח דיני הלחימה ודיני ההגנה העצמית – "השורה התחתונה" דיני הלחימה ודיני ההגנה העצמית עשויים אמנם לספק כלים משפטיים נוספים להגנה על אסדות קידוח מפני התקפות טרור, אולם מדובר בכלים מוגבלים המתאימים בעיקר להתמודדות עם תרחישים שבהם קיימת התרעה מפני התקפה או כאשר מתנהלת לחימה בפועל, המשפיעה על הסביבה הקרובה של האסדות. מקורות סמכות אלה לא מספקים פתרון ממשי למשימה השגרתית של אבטחת האסדות כאשר אין התרעה או פעילות לחימה במרחב.

פתרונות אפשריים

אתגר ההגנה על אסדות קידוח מפני התקפות טרור אינו אתגר של ישראל לבדה. מענה משפטי שלם לאיום על האסדות יחייב שיתוף פעולה בינלאומי לתיקון אמנת הים באופן שיאפשר קביעת אזורי בטיחות רחבים מ-500 מטרים או, לכל הפחות, גיבוש המלצות של ארגון הימאות העולמי בנושא (בהתאם לסמכות המוקנית לו באמנת הים), שיתירו את הגדלת אזורי הבטיחות. מאחר שפתרון כזה לא צפוי להתממש בטווח הזמן הנראה לעין, מדינות כמו ישראל יידרשו למצוא פתרונות מעשיים להגנה על האסדות, בהתחשב ביכולתן המוגבלת להפריע לשיט באזורים שמעבר לטווח של 500 מטרים מהאסדות.

מעבר לאמצעים טכנולוגיים לזיהוי מוקדם של איומים, ניתן לנקוט טכניקות "רכות" להערכת הסיכון הפוטנציאלי הנשקף מכלי שיט הנעים בקרבת האסדות. דוגמה לטכניקה כזו היא תשאול של כלי שיט המתקרבים למרחק מסוים מהאסדות.³⁴ במסגרת תשאול כזה, שיכול להתבצע מכלי שיט, מכלי טיס או מהאסדה עצמה, ניתן לבקש מכלי השיט לספק, באמצעות מערכות הקשר, מידע שיאפשר לקבוע את רמת האיום הפוטנציאלי הנשקף ממנו. מידע זה יכול לכלול, לדוגמה, את נמלי המוצא והיעד של כלי השיט, נמלים אחרונים בהם ביקר, מסלול השיט המתוכנן, זהות אנשי הצוות וכיו"ב.³⁵ את המידע שנמסר במסגרת התשאול ניתן יהיה לאמת עם מידע הזמין למדינה ממקורות אחרים, כגון מידע ממערכות ממוכנות המותקנות על כלי שיט (דוגמת AIS ו-LRIT).³⁶ כמו כן, ניתן לפעול לאימות המידע באמצעות פנייה למדינת הדגל של כלי השיט או למדינות הנמל והיעד, ככל שהזמן מאפשר זאת. בהתבסס על המידע שיתקבל מכלי השיט, או על נכונותו לשתף פעולה עם התשאול, ניתן יהיה לקבוע את רמת האיום הפוטנציאלי הנשקף ממנו ולהחליט האם פעילותו מחייבת תשומת לב מיוחדת (מעקב, הגברת הדריכות באסדה וכדומה).

בדומה לכך, ניתן לקבוע "אזורי אזהרה" בני מספר מילין ימיים סביב האסדות ולהמליץ לכלי שיט להימנע מלהיכנס אליהם, באמצעות הודעה לרשויות נמל ולכלי שיט הנעים באזור.³⁷ כלי שיט שייכנס בכל זאת לאזור האזהרה יתושאל, בדומה למתווה

המוצק לעיל. סירובו של כלי שיט להישמע להמלצה, או חוסר נכונותו לשתף פעולה עם התשאול, לא יוכלו כשלעצמם להוות עילה להגבלת חופש השיט שלו, אולם, בהנחה שלמפעילי כלי השיט האזרחיים לא יהיה לרוב אינטרס להימנע משיתוף פעולה עם התשאול, שיטה זו עשויה להקל על המדינה לזהות איומים פוטנציאליים מספיק זמן מראש.

השימוש בשיטות של תשאול והגדרת "אזורי אזהרה" יכול לתרום ליכולת לזהות איומים במרחב האסדות. למרות זאת, ללא שיתוף פעולה בין מדינות בנושא, יעילותן של שיטות אלה עלולה להישחק לאורך זמן. מנגנון לשיתוף פעולה בינלאומי יוכל לשפר את האפקטיביות של אמצעים אלה. מנגנון כזה יכול, לדוגמה, להיות בדמות אמנה בינלאומית, אשר תחייב כלי שיט למסור מידע למדינה החופית בעת מעבר בקרבת אסדות הקידוח שלה. במסגרת אמנה כזו, ניתן יהיה לקבוע נהלים לשיתוף פעולה מהיר בין המדינה החופית למדינת הדגל, לצורך התמודדות עם כלי שיט המסרב למסור מידע (למשל, באמצעות קבלת אישור של מדינת הדגל לעצירת כלי השיט ולבידוקו). קידום מנגנונים מסוג זה עשוי להיות משימה מורכבת, אולם ניתן להעריך כי הדבר יהיה מורכב פחות מהשגת הסכמה בינלאומית על הגדלת אזורי הבטיחות סביב אסדות הקידוח.

סיכום

ההגנה על אסדות הקידוח הימיות מציבה אתגר משמעותי בפני מדינת ישראל. אופן ההתמודדות עם אתגר זה מושפעת, במידה רבה, מהיבטי הדין הבינלאומי הנוגעים להטלת מגבלות על השיט באזורי הכלכלי הבלעדי, שבו ממוקמות האסדות. מאמר זה ניתח היבטים אלה, תוך שהוא מבחין בין התמודדות עם איום ודאי הנשקף מכלי שיט קונקרטי לבין המשימה השגרתית והמורכבת יותר של התמודדות עם איומים כלליים על האסדות.

כאשר קיים בידי מדינה מידע מבוסס על כוונתו של כלי שיט לתקוף אסדת קידוח, נתונה לה סמכות רחבה יחסית לפעול להסרת האיום מכוח דיני ההגנה העצמית או דיני הלחימה. לעומת זאת, ההתמודדות עם איומים כלליים, שאינם מבוססים על מידע מודיעיני קונקרטי, יוצרת אתגר משמעותי הרבה יותר. דיני הים אמנם מקנים למדינה סמכות להכריז על אזורי בטיחות מסביב לאסדות ולהגביל כניסה של כלי שיט אליהם, אולם הרוחב המרבי של אזורים אלה מוגבל ל-500 מטרים מהאסדה – מרחב שאינו מותיר בידי כוחות הביטחון זמן תגובה מספק לצורך הסרת איומים.

דיני ההגנה העצמית ודיני הלחימה עשויים לאפשר הטלת מגבלות על השיט אף מעבר לטווח של 500 מטרים, לשם הגדלת זמן התגובה ושיפור היכולת לסכל איומים על האסדות. אולם, הכלים שמספקים דינים אלה מוגבלים ומתאימים בעיקר

להתמודדות עם תרחישים שבהם קיימת התרעה מפני התקפה או כאשר מתנהלת לחימה בפועל, המשפיעה על הסביבה הקרובה של האסדות. מקורות סמכות אלה לא מספקים פתרון ממשי למשימה השגרתית של אבטחת האסדות, כאשר אין התרעה או פעילות לחימה במרחב.

אתגר ההגנה על אסדות קידוח מפני התקפות טרור אינו אתגר של ישראל לבדה. מענה משפטי שלם לאיום זה יחייב שיתוף פעולה בינלאומי לתיקון אמנת היס, באופן שיאפשר קביעת אזורי בטיחות רחבים מ-500 מטרים או, לכל הפחות, גיבוש המלצות של ארגון הימאות העולמי לקביעת אזורי בטיחות רחבים יותר. מאחר שפתרון כזה לא צפוי להתממש בטווח הזמן הנראה לעין, מדינות כמו ישראל יידרשו למצוא פתרונות מעשיים להגנה על האסדות, בהתחשב ביכולתן המוגבלת להפריע לשיט באזורים שמעבר לטווח 500 המטרים.

דווקא השימוש בשיטות הגנה "רכות", דוגמת תשאול כלי שיט במרחב האסדות והגדרת "אזורי אזהרה", עשוי לתרום ליכולת לזהות איומים במרחב זה. יחד עם זאת, ללא שיתוף פעולה בין מדינות, יעילותם של אמצעים אלה עלולה להישחק לאורך זמן. מנגנון לשיתוף פעולה בינלאומי בתחום זה יוכל לשמור על האפקטיביות של אמצעים אלה. אמנם, קידום מנגנונים מסוג זה עלול להיות משימה מורכבת, אולם ניתן להעריך כי הדבר יהיה מורכב פחות מהשגת הסכמה בינלאומית על הגדלת אזורי הבטיחות סביב אסדות הקידוח.

הערות

- 1 עמירם ברקת "מסתמן: המדינה תפצה אסדות קידוח שייפגעו מפעולות איבה" **גלובס**, 25 בפברואר 2013, <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000825022>.
- 2 תא"ל (מיל) נועם פייג "תגליות הגז הטבעי - השלכות אסטרטגיות", הרצאה בכנס המכון למחקרי ביטחון לאומי 23 בנובמבר 2010. סיכום הכנס מופיע באתר המכון: <http://heb.inss.org.il/index.aspx?id=4351&&eventid=2757>; גילי כהן, איתי טרילניק "חיל היס דורש 3 מיליארד שקל כדי להגן על אסדות הגז בים התיכון" **הארץ**, 9 ביולי 2012.
- 3 תא"ל (מיל) נועם פייג, ה"ש 2 לעיל.
- 4 מקובל לחלק את כללי הדין הבין-לאומי לכללים הסכמיים ולכללים מנהגיים: כלל הסכמי הוא כלל המחייב מדינה מסוימת מבחינה משפטית, מכוח היותה של אותה מדינה צד להסכם בין-לאומי שבו מעוגן אותו כלל. כלל מנהגי הינו כלל המחייב את כל המדינות. בהתאם לכך, מדינה מחויבת לקיים כלל מנהגי אף אם כלל כזה אינו מעוגן באף אחד מההסכמים שעליהם חתומה המדינה.
- 5 נכון ליום כתיבת מאמר זה, חברות באמנת היס 166 מדינות. בין המדינות שאינן צד לאמנה ניתן למנות את ארצות הברית, טורקיה, איראן, סוריה, תאילנד וקוריאה הצפונית. מבין שכנותיה של ישראל חברות באמנה קפריסין, לבנון, מצרים, ירדן וערב הסעודית.
- 6 סעיפים 17-19 לאמנת היס.
- 7 List of Geographical Coordinates for the Delimitation of the Northern Limit of the Territorial Sea and Exclusive Economic Zone of the State of Israel, July 12, 2011,

http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/isr_eez_northernlimit2011.pdf; Agreement between the Government of the State of Israel and the Government of the Republic of Cyprus on the Delimitation of the Exclusive Economic Zone, signed in Nicosia on December 17, 2010 http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/cyp_isr_eez_2010.pdf.

יצוין, כי בעקבות הפקדת המסמכים הנ"ל פנתה ממשלת לבנון למוזכ"ל האו"ם בטענה כי קו הגבול שהגישה ישראל חורג לאזור הכלכלי הבלעדי של לבנון ומספח, שלא כדין, כ-860 אלף קמ"ר: מכתבו של שר החוץ הלבנוני מיום 3 בספטמבר 2011, http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/communications/lbn_re_isr_listofcoordinates_e.pdf.

8 מדף היבשת הינו מונח גיאולוגי, המתאר את קרקעית הים במדרון המתון המתחיל בקו החוף ומסתיים בנקודה בה חל שינוי חד בזווית המדרון.

9 יש להבחין בין מידתיות לפי דיני ההגנה העצמית, שעניינה איוון בין חומרת האיום למידת הכוח הנחוץ לסיכולו, ובין מידתיות לפי דיני הלחימה, שעניינה איוון בין הצורך הצבאי בהתקפה מסוימת ובין הנזק האגבי הצפוי ממנה לאזרחים או אובייקטים אזרחיים. המונח "מידתיות", שבו נעשה שימוש במאמר זה, מתייחס לסוג הראשון.

10 לעניין זה יצוין כי על פי מדרוך דיני הלחימה של חיל הים האמריקאי, "Imminent does not necessarily mean immediate or instantaneous": U.S. DEPARTMENT OF THE NAVY, THE COMMANDER'S HANDBOOK ON THE LAW OF NAVAL OPERATIONS, (2007): section 4-5, (להלן – מדרוך חיל הים האמריקאי).

11 LOUISE DOSWALD-BECK (ED.), SAN REMO MANUAL ON INTERNATIONAL LAW APPLICABLE TO ARMED CONFLICTS AT SEA, 73 (1995).

המדרוך נכתב על ידי קבוצה בינלאומית של מומחים ימיים בין השנים 1988–1994. יוער כי אף שהמדרוך משקף ברובו את הדין הבינלאומי המנהגי בתחום דיני הלחימה בים, חלק מהכללים המופיעים בו הוא בגדר "דין רצוי", אשר אינו מחייב מדינות מבחינה משפטית.

12 Assaf Harel, *Preventing Terrorist Attacks on Offshore Platforms: Do States Have Sufficient Legal Tools?*, 4 HARVARD NATIONAL SECURITY JOURNAL 131, 164-65 (2012).

13 קביעה זו אושרה בשורה של פסקי דין של בית המשפט העליון. ראו לדוגמה בג"ץ 769/02 **הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל**.

14 כך, למשל, דיני הלחימה בים הם המקור הנורמטיבי המסדיר את הסגר הימי שישראל מטילה על רצועת עזה. ראו דוח הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (וועדת טירקל), חלק א' (2011), עמ' 42–45. הסמכות להפעיל סמכויות מכוח דיני הלחימה בים אושרה אף במסגרת מסקנות הוועדה שמינה מוזכ"ל האו"ם לבחינת ההשתלטות על המשט הטורקי מיום 31 במאי 2010 (וועדת פאלמר): REPORT OF THE SECRETARY-GENERAL'S PANEL OF INQUIRY ON THE 31 MAY 2010 FLOTILLA INCIDENT (September 2011): 41-42.

15 זאת, בין היתר, בשים לב לכך שמלחמת לבנון השנייה לא הסתיימה בשביתת נשק בין הצדדים ולאור העובדה שחזבאללה מוסיף להוציא לפועל התקפות טרור נגד ישראל (לדוגמה, הפיגוע שכוון נגד תיירים ישראליים בבורגס שבבולגריה ב-18 ביולי 2012, שלפי החדש בוצע על ידי חזבאללה).

16 נמל של מדינה הינו אזור הנתון לריבונותה המלאה. בהתאם לכך, כלי שיט העוגן בנמל של מדינה כפוף ככלל לחוקי אותה מדינה (למעט כלי שיט ממשלתיים, הנהנים מחסינות בהיבטים מסוימים). ככל שהדין המקומי מתיר זאת, מדינת הנמל תוכל למנוע יציאתו לים של כלי שיט המעורב בפעילות טרור.

17 על פי דיני הלחימה, "מטרה צבאית" היא מטרה אשר בשל טבעה, מיקומה, מטרותיה או השימוש שנעשה בה, מקנה תרומה אפקטיבית לפעילות הצבאית של האויב אשר השמדתה או נטרולה,

- בנסיבות העניין, מקנים יתרון צבאי לצד התוקף. ראו סעיף 52(2) לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977.
- 18 Convention on the Continental Shelf, April 29, 1958.
באמנה זו עוגנו לראשונה זכויותיהן של מדינות לניצול משאבי הטבע התת-קרקעיים שבמדף היבשת. הוראותיה של האמנה נכללו בפרק באמנת הים משנת 1982.
- 19 יצוין כי בתחום דיני הים קיים קונפליקט בן עשרות שנים בין מדינות הפועלות להחלת זכויות ריבוניות באזור הכלכלי הבלעדי מעבר לתחומים הכלכליים (דוגמת סין, פרו ואקוודור) לבין מדינות המתנגדות למהלכים אלה (בראשן ארצות הברית) בשם השמירה על חופש השיט. ראו: J. ASHLEY ROACH & ROBERT W. SMITH, UNITED STATES RESPONSES TO EXCESSIVE MARITIME CLAIMS, 166-171 (2nd ed. 1996).
- 20 International Maritime Organization (IMO) הינה סוכנות של האו"ם שתפקידה העיקריים הם לפתח תקינה בינלאומית בתחומי הספנות הבינלאומית, בטיחות ימית, מניעת זיהום סביבתי בים וביטחון ימי. הארגון מקדם תחומים אלה באמצעות כינוס ועידות בין-לאומיות ובאמצעות דיונים בוועדות הפועלות במסגרתו.
- 21 סעיף 60(5) לאמנת הים.
- 22 Proposal for the Establishment of an Area to be avoided and Modifications to the Breadth of the Safety Zones around Oil Rigs Located off the Brazilian Coast – Campos Basin, at 9, IMO Doc. NAV 53/3, February 26, 2007.
- 23 IMO Mar. Safety Comm., Subcomm. on Safety of Navigation, Rep. on its 56th Sess., para. 4.6, IMO Doc. NAV 56/20 August 31, 2010.
- 24 לדוגמה, בעבר פורסם כי טילים נגד טנקים מסוג "קורנט", שלפי מדריך Jane's הינם בעלי טווח של כחמישה ק"מ, מצויים בידי חמאס וחזבאללה: רוני סופר, "הרמטכ"ל: לראשונה חדר לטנק בעזה טיל 'קורנט'", **Ynet**, 21 בדצמבר 2010, <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4002468,00>. כמו כן, פורסם כי בידי שני ארגוני הטרור מצויים, בנוסף, טילים נגד טנקים מסוג RPG-29, שלפי מדריך Jane's הינם בעלי טווח של כ-500 מטרים: רועי נחמיאס, "חמאס שווה בכוחו לחזבאללה שלפני המלחמה", **Ynet**, 13 בדצמבר 2009, <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3827244,00.html>; JANE'S INFANTRY WEAPONS, 27th edition, 2001-2002, pp. 405-406, 410.
- 25 גישה זו נוקט, למשל, חיל הים האמריקאי. ראו: U.S. NAVAL WAR COLLEGE, MARITIME OPERATIONAL ZONES sections 1-5, 1-6 (2006).
- 26 הודעה זו יכולה, לדוגמה, להינתן באמצעות מנגנון ה"הודעות לימאים" (Notice to Mariners) – מנגנון המשמש להפצת הודעות לכל כלי שיט הנע במרחב מסוים, לנמלים ולציבור הרחב.
- 27 מדריך סאן רמו, סעיף 146(c).
- 28 Christopher Michaelsen, *Maritime Exclusion Zones in Times of Armed Conflict at Sea: Legal Controversies Still Unresolved*, 8(2) JOURNAL OF CONFLICT & SECURITY LAW 363 (2003).
- 29 מדריך סאן רמו, 181-182.
- 30 שם.
- 31 גינויים בעניין נשמעו בעיקר מצד ארגנטינה וברית המועצות: Michaelsen, ה"ש 28 לעיל, 372-374.
- 32 מדריך סאן רמו, פסקה 180.
- 33 כוחות הקואליציה, בהובלת ארצות הברית, הטילו בשנת 2004 מגבלות על השיט ברדיוס של עד שלושה ק"מ מסביב לשני מסופי נפט הסמוכים לחופי עיראק, בעקבות מתקפת טרור שכוונה לעבר המסופים. ראו מדריך חיל הים האמריקאי, לעיל ה"ש 10, עמ' C-1-C-2.
- 34 דיני הים מתירים לאוניית מלחמה או לכלי טיס צבאי לבקש פרטי זיהוי מכלי שיט שנע באזור כלכלי בלעדי. כך, למשל, על פי מדריך חיל הים האמריקאי, אוניית מלחמה או כלי טיס צבאי

- מוסמכים לגשת (approach) לכלי שיט במים בינלאומיים כדי לוודא את לאומיותו (מדריך חיל הים האמריקאי, עמ' 3-4).
- 35 אוסטרליה נקטה שיטה כזו של תשאול כלי שיט באזור הכלכלי הבלעדי שלה במסגרת תוכנית שהחלה להפעיל בשנת 2004 לצורך הגנה על אסדות הקידוח שלה ועל נמליה מפני איום של התקפות טרור. ראו: Natalie Klein, *The Right of Visit and the 2005 Protocol on the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation*, 35(2) DENVER JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW & POLICY 287, 314 (2007).
- 36 מערכת Automatic Identification System (AIS) הינה מערכת מבוססת VHF, אשר מספקת מידע על מיקומם של כלי שיט. מערכת (Long Range Identification and LRIT Tracking) מספקת למדינות מידע על זהותם, מיקומם ומסלול השיט של כלי שיט הנמצאים במרחק של אלף מילין ימיים מחופיהן. תקנות של ארגון הימאות העולמי קובעות חובה להתקין מערכות מסוגים אלה בספינות מקטגוריות שונות, בעיקר בספינות נוסעים ובכלי שיט גדולים.
- 37 בעקבות מתקפת הטרור על מפקדת הנחתים האמריקאיים בביירות בשנת 1983, הכריז חיל הים האמריקאי על אזורי בטיחות סביב כלי שיט שלו הנעים באזור המזרח התיכון. באזהרות שפרסם, התבקשו כלי שיט וכלי טיס להזהרות ולמסור מידע על כוונותיהם, טרם התקרבות לכוחות האמריקאיים. הודעת חיל הים האמריקאי כללה המלצה לכלי שיט וכלי טיס לשמור על מרחק של חמישה מילין ימיים מספינות הצי האמריקאי, וקבעה כי כלי שיט שלא ישמור על מרחק כזה עלול להיתפס בטעות כאיום ולהביא לנקיטת צעדי הגנה נגדו. חיל הים האמריקאי עשה שימוש באזורי אזהרה במספר הזדמנויות נוספות: U.S. Naval War College, ה"ש 25 לעיל, סעיפים 2-4, 2-3.

דוקטרינת סודות המדינה - מדוקטרינה ראייתית לחסינות הממשל האמריקאי מפני ביקורת שיפוטית

גלית רג'ואן

בשנים האחרונות נחשפו מספר תוכניות שנויות במחלוקת של הממשל האמריקאי במסגרת מאמציו להילחם בטרור בעקבות אירועי 11 בספטמבר 2001. בין אלו נמנית תוכנית שכללה העברת עצורים שנתפסו על ידי כוחות אמריקאיים למדינות שלישיות לצרכי חקירה, שם היו נתונים לשיטות חקירה אכזריות ופוגעניות.¹ ניסיונות לתקוף את חוקיותם של צעדיו אלה של הממשל בפני ערכאות משפטיות נתקלו במספר חסמים, אשר מנעו בפועל המשך התדיינות ובירור משפטי. אחד מהחסמים הבולטים הוא דוקטרינת סודות המדינה (State Secret Privileges), המוכרת במערכת המשפט האמריקאית.

דוקטרינת סודות המדינה נועדה במקור לאפשר לממשל האמריקאי להימנע מחשיפת ראיות מסוימות במהלך הליכים משפטיים אזרחיים, כאשר חשיפתן עלולה לפגוע בביטחון המדינה. אולם כבר בעת התווייתה של דוקטרינה זו על ידי בית המשפט העליון של ארצות הברית בשנות החמישים של המאה הקודמת ניתנה עדיפות כמעט מוחלטת לאינטרס של המדינה. נוסף על כך, בשנים האחרונות מפרשים בתי המשפט הפדראליים את הדוקטרינה באופן רחב, כך שהמדינה אינה נדרשת לנהל לאורה דיון פרטני ביחס לראיה כזו או אחרת. תחת זאת, בתי המשפט נענו במספר מקרים לבקשת המדינה לדחות תביעות על הסף מבלי שהתנהל במסגרתן דיון מהותי כלשהו, וזאת בשל הסכנה כי אם יאפשר בית המשפט את ניהול ההליכים, יחשפנה ראיות חסויות.

גלית רג'ואן היא דוקטור למשפטים, פרקליטה במחלקה לתפקידים מיוחדים (בין-לאומי) במשרד המשפטים. הדברים האמורים בסקירה זו משקפים את עמדותיה האישיות של המחברת בלבד. סקירה זו מבוססת על מאמר קודם בנושא: Galit Raguean, *Masquerading Justiciability: The Misapplication of State Secrets Privilege in Mohamed v. Jeppesen – Reflections from a Comparative Perspective*, 40 GEORGIA JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 423 (2012).

יישומה של הדוקטרינה בצורה כה רחבה מעורר שאלות כבדות משקל הנוגעות לעקרונות יסוד של שיטת המשפט האמריקאית. חסם זה מפני בירורן של מחלוקות משפטיות, שהינו לכאורה פרוצדוראלי באופיו, מעניק בפועל לממשל חסינות מפני ביקורת שיפוטית על מדיניותו בנושאי ביטחון. כתוצאה מכך, נפגעים לא רק האינטרס של התובע האינדיבידואלי, אלא גם היכולת לברר בפני הערכאות האם פעילותו של הממשל עולה בקנה אחד עם מחויבויותיו המשפטיות.

מאמר זה יטען כי יש מקום להחלה מצומצמת יותר של דוקטרינת סודות המדינה, באופן שיאפשר לאזנה אל מול אינטרסים אחרים, ביניהם צדק ובירור האמת. הניסיון של ישראל – מדינה המתמודדת גם היא עם אתגרים לא פשוטים בזירה המשפטית בהקשרי ביטחון – עשוי לסייע בגיבוש מנגנון מאוזן יותר בארצות הברית לשמירה על סודות מדינה.

דוקטרינת סודות המדינה

דוקטרינת סודות המדינה הינה דוקטרינה ראייתית יצירת פסיקה (כלומר, דוקטרינה המתייחסת למעמדן של ראיות במשפט, שנוצרה בפסיקה של בתי המשפט ולא בחקיקה). לרוב מיוחסת הדוקטרינה לפסק הדין של בית המשפט העליון של ארצות הברית במקרה Reynolds משנת 1953.² באותו מקרה תבעו אלמנותיהם של שלושה אזרחים את המדינה בגין מותם של בני זוגן בהתרסקות של מטוס צבאי. במהלך הליך גילוי המסמכים, סירב חיל האוויר לחשוף חומרים שונים שנגעו לחקירת האירוע, בטענה כי הדבר נדרש כדי להגן על הביטחון הלאומי ועל סודות צבאיים. כאשר העניין הגיע לבית המשפט העליון, קבע זה כי יש להכיר בטענת המדינה ולאפשר אי-גילוי של מידע מסוים כאשר הוא עלול לפגוע בביטחון המדינה.³ בפסק דין ריינולדס נקבע, כי בבואו לבחון את טענת המדינה לחיסיון, על בית המשפט לשקול את הצורך של התובע בקבלת המידע. ככל שצורך זה משמעותי יותר, על בית המשפט לבחון יותר לעומק את הטענה לחיסיון. עם זאת, כאשר בית המשפט מקבל את טענת המדינה, החיסיון הינו מוחלט.⁴

דוקטרינת סודות המדינה מוחלת בהליכים אזרחיים, כלומר הן בתביעות נגד המדינה בהליכים שאינם פליליים (לרבות בנושאים חוקתיים ומנהליים) והן בין שני צדדים פרטיים, כאשר המדינה מוצאת לנכון להתערב ולהעלות את טענת סודות המדינה.⁵ ההלכה המחייבת של בית המשפט העליון של ארצות הברית מכירה, אפוא, באפשרות שהמדינה תהיה פטורה מלחשוף מידע מסוים כאשר חשיפתו עלולה לפגוע בביטחון המדינה. במקרה ריינולדס נמנעה בפועל חשיפתם של חומרים מסוימים – דו"ח הבדיקה של אירוע ההתרסקות וכן תצהירים של חברי הצוות ששרדו את האירוע. לעומת זאת, בהליכים משפטיים שהתקיימו בשנים האחרונות בארצות הברית, ביקשה

המדינה להביא לדחייה על הסף של תביעות שהוגשו – חלקן אפילו נגד גורמים פרטיים ולא נגד המדינה – בטענה כי ניהול ההליך בכללותו אינו אפשרי בשל החשש כי ייחשף מידע רגיש. נכונותם של בתי המשפט הפדראליים לקבל טענה זו (כפי שקרה במקרה Jepessen שיידון להלן) מהווה הרחבה בלתי ראויה של הדוקטרינה, באופן המגן בפועל על המדינה מפני ביקורת שיפוטית ומטיל מחיר כבד על מי שנפגעו לכאורה על ידה.

מוחמד נגד ג'פסן

בשנת 2006 חשף הנשיא בוש כי עצורים שנעצרו על ידי ארצות הברית הועברו למדינות שלישיות לצרכי חקירה,⁶ במסגרת תוכנית המכונה Extraordinary Rendition. אם עצורים אלה היו מוחזקים במתקני כליאה רשמיים של ארצות הברית, כגון מתקן המעצר במפרץ גואנטנמו בקובה, או במתקנים בשטחה של ארצות הברית, הם היו זכאים להגנות משפטיות שונות, לפיקוח של גורמים מסוימים וכן לגישה לערכאות הפדראליות. לעומת זאת, ההחזקה במעצר חשאי במדינות כמו מרוקו, אפגניסטן ומצרים אפשרה ככל הנראה שימוש בתנאי מעצר ובאמצעי חקירה שאינם עומדים בסטנדרטים בינלאומיים או בסטנדרטים האמריקאיים.⁷

התובעים במקרה ג'פסן⁸ – אזרחי מדינות שונות – נעצרו במקומות שונים בעולם. לטענתם, הם הועברו למתקני חקירה מחוץ לשטחה של ארצות הברית, בהם היו נתונים למעצר בתנאים קשים, ספגו מכות ואיומים על חייהם והיו נתונים לשיטות חקירה שונות שהגיעו לכדי התעללות פיזית ונפשית ואף עינויים.⁹ התובעים הסיקו, על סמך מידע שפורסם בגלוי, כי היו נתונים לתוכנית החקירות החוץ-טריטוריאלית של הממשל. הם הגישו את תביעתם נגד חברת Jepessen, חברת בת של חברת התעופה Boeing, אשר על פי הנטען בכתב התביעה, ביצעה את הטיסות שבאמצעותן הועברו התובעים לאותן מדינות שלישיות. התובעים טענו כי הנתבעת ידעה, או שהייתה צריכה לדעת, כי יהיו נתונים לעינויים, ולפיכך היא נושאת באחריות כלפיהם. לשם ביסוס תביעתם הם הגישו מאות מסמכים שפורסמו ברבים, ביניהם ממצאי בדיקה של מועצת אירופה והפרלמנט האירופי, כמו גם של ממשלות וסוכנויות זרות, מהם ניתן היה ללמוד על היבטים שונים של התוכנית.

לאחר מספר גלגולים בערכאות,¹⁰ הגיע התיק לדיון בפני ערכאת הערעור בהרכב מורחב. דעת הרוב של חמישה שופטים, אליהם הצטרפה שופטת אחת בדעת יחיד, קבעה כי על אף שקיומה של התוכנית עצמה אינו סוד מדינה, הלכת ריינולדס מחייבת דחייה על הסף של התביעה, משום שאין אפשרות מעשית לנהל את ההליך ולבחון את חבותה של חברת ג'פסן מבלי ליצור סיכון בלתי מוצדק כי ייחשפו סודות מדינה. ההחלטה לדחות את התביעה על הסף ניתנה על אף שדעת הרוב הניחה לצורך העניין כי הן התביעה והן ההגנה אינן זקוקות לראיות חסויות לצורך הוכחת טענותיהן.¹¹

אם בית המשפט היה קובע כי הנתבעת אינה יכולה להציג את הגנתה באופן ראוי מבלי להזדקק לראיות חסויות, דחיית התביעה על הסף הייתה מובנת. כללי הצדק מחייבים שתינתן לאדם האפשרות להגן על עצמו מפני הליכים משפטיים ולעשות שימוש בראיות מזכות. אלא שדעת הרוב הייתה מוכנה להכיר בכך שעל פני הדברים הצדדים להליך אינם זקוקים למידע חסוי לצורך ביסוס טענותיהם, אך כי עצם קיומו של חשש מזליגת מידע רגיש במהלך ניהול המשפט מצדיק כשלעצמו, על פי דעת הרוב, את דחיית התיק על הסף.

דעת המיעוט של חמישה שופטים נוספים סברה כי אין מקום לאפשר למדינה להעלות את טענת סודות המדינה בראשית ההליך כעילה לדחייה על הסף, שכן הדוקטרינה הינה ראיתית במהותה ונועדה לאפשר אי-גילוי של ראיה מסוימת. על כן, אין זה ראוי כי הדוקטרינה תפטור את המדינה (או צד ג' כלשהו) מלהציג את הגנתו כלל, שכן בכך היא הופכת לדוקטרינה של חסינות. שופטי דעת המיעוט אף נברו במסמכים הרבים שהגישו התובעים והצביעו על מסמכים בלתי מסווגים שיכולים היו לכאורה לתמוך בטענות התובעים. בכך ניסו השופטים להראות כי אין מקום לדחות את התביעה בשלב מקדמי, מבלי לאפשר לתובעים לבסס את טענותיהם על מידע בלתי מסווג. זאת, בייחוד נוכח ההשלכות החמורות עבור התובעים של מניעת גישה לערכאות בעניין זה.¹²

מדוקטרינה ראיתית לחסינות השלטון מפני ביקורת שיפוטית

מן הדברים שהוצגו לעיל עולה, כי כל שופטי ההרכב במקרה ג'פסן הסכימו שהתיק מערב סודות מדינה שלא ניתן יהיה לחשוף במהלך ניהול ההליך, כאשר המחלוקת העיקרית בין דעת הרוב לדעת המיעוט הייתה באשר לעיתוי של העלאת הטענה. בעוד שדעת הרוב סברה כי ניתן להעלות את טענת סודות המדינה בראשית ההליך כעילה לדחייה, מבלי צורך להתגונן מפני התביעה, דעת המיעוט סברה כי תחילה על הנתבע להציג את הגנתו, ואת טענת סודות המדינה יש להעלות רק ביחס לראיות מסוימות, שלדידה של המדינה אין אפשרות לחשוף. השאלה הנשאלת היא מדוע הלכת ג'פסן מטרידה כל כך?

לכאורה, ניתן לטעון כי גישתם של שופטי הרוב הינה דווקא היעילה יותר: אם התובעים צפויים ממילא להיתקל בחומה בצורה אותה לא יצלחו בשלב מתקדם יותר של ההליך, כאשר יזדקקו לראיות חסויות, מדוע לבזבז זמן ומשאבים בניהול ההליכים? האם לא עדיף לדחות את ההליך על הסף מיד בראשיתו? התשובה לכך היא שלילית, וזאת ממספר טעמים.

ראשית, אין הכרח כי התובעים יהיו זקוקים למידע מסווג לצורך הוכחת טענותיהם (ובהתאמה, אין הכרח כי הנתבעים יזדקקו למידע מסווג לצורך הגנתם). בהחלט ייתכן

כי ניתן היה לנהל את התיק ללא שימוש בראיות חסויות – וזו אף הייתה נקודת המוצא של דעת הרוב. ההחלטה לדחות את התביעה על הסף בכל זאת נועדה למנוע אפשרות של זליגת מידע מסווג במהלך ניהול ההליכים המשפטיים, אשר כידוע, עשויים להיות סבוכים ועתירי מידע. זוהי גישה שמרנית, אשר במידה רבה מטילה ספק ביכולתה של המדינה וביכולתן של הערכאות השיפוטיות להתנהל בצורה אחראית ומקצועית בכל הנוגע לשמירה על מידע רגיש. כתוצאה ממנה, נפגעת פגיעה אנושה זכותם של התובעים לברר את עניינם בפני ערכאה שיפוטית. התובעים לבדם ולא המדינה נאלצים לשלם את המחיר בגין שמירה על סודות המדינה.

שנית, ומעבר לפגיעה באינטרס של התובע האינדיבידואלי, לגביה ניתן אולי להעלות טענה כי היא מוצדקת במאזן האינטרסים אל מול פגיעה באינטרס של המדינה לשמור על סודותיה, נפגעת למעשה גם היכולת של הזרוע השיפוטית לבחון את חוקיות מעשיו של הממשל. לחשיפת פרטים על תוכנית החקירות של ממשל בוש מחוץ לגבולותיה של ארצות הברית עשויות להיות השלכות פוליטיות ומדיניות. אולם בד בבד, בבסיסה של תוכנית זו שוכנות שאלות משפטיות: האם ארצות הברית הייתה רשאית להעביר אנשים המוחזקים על ידה למדינות שלישיות לצרכי חקירה ובאילו תנאים? האם שיטות החקירה להן היו נתונים עצורים מגיעות לכדי יחס בלתי ראוי ואף עינויים? ככל שהתשובה לכך חיובית, האם הייתה מוטלת על ארצות הברית חובה אקטיבית לוודא כי אמצעים אלה לא יופעלו בטרם העבירה את העצורים למדינות שלישיות? וכיוצא באלו שאלות. ככל שהממשל נוקט מדיניות שאינה עולה בקנה אחד עם מחויבויותיה המשפטיות של המדינה וגורמת לפגיעה חמורה בזכויותיהם הבסיסיות ובחירותם של אנשים, ישנה חשיבות להפסקתה של פעילות זו ולאמירה השיפוטית כי היא אינה יכולה להימשך בחברה דמוקרטית.¹³

יתרונות נוספים גלומים בהמשך קיומם של ההליכים משפטיים, כל עוד הדבר מתאפשר, במקום החלה רחבה יתר על המידה ומגושמת של דוקטרינת סודות המדינה. מטבע הדברים, קיומם של ההליכים משפטיים מוציא לאור מידע חשוב נוסף על פעילותה של המדינה. הדבר תורם לקיומו של שיח ציבורי ער ולבחניה מחדש של מדיניות, אף על ידי גורמים מדינתיים, ואלה עשויים להביא לשיפורים ולרפורמות. כמו כן, הימשכותם של ההליכים עשויה ליצור הזדמנויות לפשרה בין הצדדים.

מלבד היתרונות המנויים לעיל, קיים גם חיסרון בולט לגישה המאפשרת דחייה על הסף של הליך משפטי על בסיס טענה כללית לפיה לא ניתן לקיים את הדיון מבלי לסכן סודות מדינה. גישה שיפוטית זו אינה טומנת בחובה כל סיכון עבור המדינה, שכן אין מחיר להעלאת הטענה כטענת סף, ולמדינה נשמרת ממילא הזכות להעלות טענה זו בהמשך ההליך ביחס לראיות מסוימות. על כן, זוהי גישה שאינה מתמרצת את המדינה לעשות שימוש מועט ככל האפשר בדוקטרינה, אלא להיפך.

למרות השיקולים המצדיקים נקיטת גישה מצמצמת יותר ביחס לדוקטרינת סודות המדינה – גישה המאפשרת להעלות טענה זו רק ביחס לראיות מסוימות ולא כטענת סף ביחס להליך משפטי בכללותו – יש להכיר בכך שעדיין ייתכנו מקרים רבים בהם המשך ניהול ההליך לא יצלח בשל אי-היכולת לחשוף מידע הכולל סודות מדינה או נוגע להם; זאת, בין היתר, כפועל יוצא מהלכת ריינולדס שתוארה לעיל, הקובעת כי כאשר בית המשפט השתכנע שראיות מסוימות אכן מהוות סודות מדינה, יש להעניק להן הגנה מוחלטת, אף אם הן נדרשות על ידי אחד הצדדים. לפיכך, אין די באימוץ גישה נוקשה יותר כלפי עמדת המדינה ביחס לדוקטרינת סודות המדינה, אף על פי שאימוץ גישה כזו רצוי בהחלט נוכח הדברים האמורים לעיל; בנוסף, נדרשת בחינה מחדש של הלכת ריינולדס עצמה ובדיקה מחדש של האזיון שבתי המשפט בארצות הברית נדרשים לעשות בין ההגנה על סודות המדינה ובין אינטרסים חשובים אחרים.

מודל חלופי לדוקטרינת סודות המדינה – מבט על הניסיון הישראלי

הלכת ג'פסן מאלצת למעשה את התובע להתמודד לבדו עם המחיר של שמירה על הביטחון הלאומי, בהעדיפה לחסום את האפשרות לנהל הליך משפטי על פני הסיכון התיאורטי כי במהלך המשפט ייחשף מידע רגיש. אולם קושי נוסף שקיים ביישומה של דוקטרינת סודות המדינה בארצות הברית נעוץ בהלכת ריינולדס, שהוזכרה לעיל, אשר קבעה, כי אם בית המשפט השתכנע שמידע מסוים אכן מהווה סוד מדינה, ההגנה שניתנת למידע זה הינה מוחלטת ולבית המשפט אין שיקול דעת האם לאפשר את חשיפתו. שיקול הדעת של בית המשפט מוגבל, אם כך, אך ורק לקביעה האם חומרים מסוימים אכן צריכים ליהנות מהגנה של סודות מדינה. משהשתכנע בית המשפט כי הדוקטרינה חלה – נסתם הגולל על חשיפת המידע. המשמעות היא שבית המשפט העליון של ארצות הברית מעניק יתרון מובהק לאינטרסים של המדינה.

מודל זה של "הכל או לא כלום", המקנה הגנה מוחלטת לאינטרס של המדינה באי-חשיפת המידע, אינו המודל היחיד האפשרי, ואף אינו המודל היחיד הקיים. בישראל נקבע בחקיקה מודל אחר, המאפשר איזון בין האינטרס של המדינה לבין שיקולי צדק: המסגרת המשפטית המאפשרת שמירה על סודות מדינה מצויה בסעיפים 44-46 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, המסדירים את הטיפול בראיות חסויות.¹⁴ סעיף 44 לפקודת הראיות קובע כי ראש הממשלה ושר הביטחון, או שר החוץ בהתאמה, רשאים להוציא תעודת חיסיון ביחס לראיה שחשיפתה עלולה לפגוע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה. במקרה כזה, לא ניתן לעשות שימוש בראיה. סעיף 45 לפקודה קובע הסדר דומה ביחס לראיה שאחד משרי הממשלה קבע לגביה כי חשיפתה עלולה לפגוע באינטרס ציבורי חשוב. עם זאת, סעיפים אלה גם קובעים כי בית המשפט רשאי להורות על גילוייה של ראיה חסויה, אם השתכנע כי "הצורך

לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה".¹⁵ כדי להבטיח שבמהלך הדיון בבקשה לגילוי הראיה לא ייחשף מידע רגיש, קובע סעיף 46 לפקודת הראיות כי הדיון בעתירה לגילוי ראיה יתקיים בדלתיים סגורות וכי בית המשפט רשאי לקבל הסברים מהמדינה במעמד צד אחד. סעיפים אלה של פקודת הראיות חלים הן בהליכים אזרחיים והן בהליכים פליליים. גם בישראל, בדומה לארצות הברית, גורם פרטי רשאי לפנות למדינה בבקשה לחסות ראיות במסגרת הליך המתקיים בין שני צדדים פרטיים.¹⁶

פקודת הראיות קובעת, אפוא, מנגנון המאפשר לבתי המשפט לאזן בין הצורך למנוע חשיפה של מידע העלול לפגוע באינטרסים של מדינת ישראל ובין הצורך של תובע או נתבע – ואף נאשם במקרה של הליך פלילי – במידע כדי לבסס את טיעונו. כיצד יכול בית המשפט לחייב את חשיפתה של ראיה גם כשהיה בה כדי לפגוע באינטרס חיוני של המדינה? האם אין בכך כדי להוות סכנה בלתי סבירה לביטחון המדינה, ליחסי החוץ שלה ולאינטרסים אחרים? לתהיות אלו ניתן להשיב בכמה אופנים.

ראשית, בתי המשפט נדרשים, כעניין שבשגרה, לאזן בין אינטרסים של המדינה, לרבות אינטרסים הנוגעים לביטחון הלאומי, ובין אינטרסים אחרים, ביניהם: הזכות לחירות, הזכות לפרטיות, חופש הביטוי וכיוצא באלה.¹⁷ הדבר אינו ייחודי לבתי המשפט בישראל. גם בתי המשפט האמריקאיים, הנוקטים באופן כללי גישה שמרנית יותר כאשר מדובר בהפעלת ביקורת שיפוטית ביחס לנושאים הנתפסים כבעלי נגיעה פוליטית,¹⁸ נדרשים לא אחת לאזן בין צרכי הביטחון של המדינה לבין זכויות אחרות של הפרט.¹⁹ לפיכך, אין הצדקה לכך שדווקא בתחום הראיתי תינתן עדיפות מוחלטת לאינטרס של המדינה על פני אינטרסים אחרים.

שנית, בתי המשפט בישראל עושים שימוש בכלים שונים כדי לצמצם את הפגיעה האפשרית באינטרסים של המדינה, כאשר נעשה שימוש בחומרים רגישים. כך, למשל, לעיתים מוצג מידע רגיש לבית המשפט במעמד צד אחד בהסכמת הצד שכנגד.²⁰ אמנם, נגרמת בכך פגיעה בצד שאינו יכול להתרשם באופן בלתי אמצעי מהראיות, אולם כאשר צד זה סבור כי יש בכוחן לסייע לו, סביר להניח שיעדיף כי בית המשפט יוכל להתרשם מהן גם במעמד צד אחד על פני אי־חשיפתן כלל. דוגמאות נוספות לאמצעים שנועדו למנוע זליגה של מידע רגיש הן: החזקתן של הראיות בסביבה מאובטחת בבית המשפט;²¹ העברת פסק הדין לעיון המדינה טרם פרסומו;²² שחרור של פרפרזה או הסכמת המדינה כי רק תובעים ובאי כוחם, בעלי סיווג ביטחוני, יוכלו לראות את המידע;²³ וכיוצא באלה. כאמור לעיל, הסדרים מיוחדים ביחס לשימוש במידע רגיש בהליכים פליליים פדראליים קיימים גם בארצות הברית.²⁴

שלישית, לרשות המדינה עומדת תמיד האפשרות למנוע את הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מחשיפת המידע. כשמדובר בהליך אזרחי, משמעות הדבר הינה הגעה לפשרה,

בין אם באמצעות פיצויים ובין אם באמצעות הפסקת הפעילות הפוגענית של המדינה.²⁵ צעדים כגון אלה מהווים למעשה הפנמה על ידי המדינה, ולא (רק) על ידי הפרט, של חוסר היכולת לחשוף סודות מדינה. כמו כן, יש לזכור כי המדינה נדרשת לנקוט צעדים מסוג זה רק כאשר בית המשפט מוצא כי שיקולי צדק מחייבים לגלות ראייה חסויה. לבית המשפט עדיין נתון שיקול הדעת לקבוע כי למרות חיוניותה, ראייה מסוימת תישאר חסויה גם כאשר החלטה זו לא תאפשר את המשך ניהול ההליכים.

קשה לומר שההסדר הישראלי ויישומו על ידי בתי המשפט פוגעים פגיעה אנושה בביטחון הלאומי של מדינת ישראל. כל שאלה עושים הוא לאפשר איזון בין האינטרסים של המדינה ובין שיקולי צדק, באופן שאינו בא לידי ביטוי בפרקטיקה האמריקאית בשנים האחרונות. תימוכין נוספים לכך ניתן למצוא בעובדה, כי מאז חקיקתם של סעיפים 44-46 לפקודת הראיות לא שונה ההסדר החקיקתי הישראלי.

מה צופן העתיד?

מאז כניסתו של ממשל הנשיא ברק אובמה לבית הלבן בשנת 2009, ובניגוד לציפיות מסוימות,²⁶ הוא ממשיך לעשות שימוש נרחב ואגרסיבי יחסית בדוקטרינת סודות המדינה:²⁷ המדינה ממשיכה לטעון כי על בסיס דוקטרינה זאת יש לדחות על הסף ניסיונות לתקוף את מדיניות הממשל בנושאים הקשורים לביטחון לאומי.²⁸ בשנת 2009 אמנם הוציא שר המשפטים האמריקאי הנחיות שנועדו לוודא כי נעשה שימוש מדוד ומושכל בדוקטרינה,²⁹ אך גם הנחיות אלו ואופן יישומן לא הפיגו את חששות המבקרים.³⁰

יש מקום להזכיר בהקשר זה את היוזמה שהועלתה לראשונה בשנת 2008 בקונגרס האמריקאי, וממשיכה לעמוד על סדר היום – להסדיר בחקיקה את השימוש בדוקטרינת סודות המדינה.³¹ הצעת החוק מבקשת להתמודד עם מרבית הקשיים המתעוררים מאופן הפעלת הדוקטרינה כיום, על ידי הסדרת מנגנון "בטוח, הוגן ואחראי" שלה.³² אולם מאז שהועלתה היא לא צלחה את ועדות הקונגרס, ועל כך יש להצר.

דוקטרינת סודות המדינה, יחד עם מספר חסמים פרוצדוראליים נוספים שפותחו על ידי בתי המשפט ואינם מעוגנים בחקיקה, מונעים לפי שעה את האפשרות להתדיין ולברר שאלות משפטיות מהותיות הנוגעות לסוגיות של הביטחון הלאומי של ארצות הברית.³³ לעיתים קרובות מדובר בסוגיות בעלות השפעה משמעותית על זכויות היסוד של אזרחי ארצות הברית ושל מי שנתונים תחת שליטתה.

ארצות הברית אינה המדינה היחידה המתמודדת עם אתגרים בהקשר של שמירה על מידע רגיש אגב ניהול הליכים משפטיים.³⁴ בישראל קיים, כאמור, מנגנון המוסדר בחקיקה, אשר בתי המשפט נדרשים אליו באופן תדיר. שיטות המשפט בישראל ובארצות הברית אמנם אינן זהות, ואין בהכרח לקלוט את ההסדר הישראלי כפי

שהוא גם בארצות הברית; עם זאת, ההתמודדות הישראלית מלמדת, כי גם כאשר המדינה ניצבת בפני אתגרים ביטחוניים, ניתן לטפל בראיות חסויות באופן שונה מאשר בארצות הברית. על כן, ניסיונה של ישראל עשוי לסייע בגיבוש מנגנון מאוזן יותר להפעלת דוקטרינת סודות המדינה בארצות הברית.

הערות

1 סוגיה נוספת הינה תוכניתו של ממשל בוש, אשר אפשרה האזנות סתר בהיקף נרחב ללא קבלת צו שיפוטי כנדרש על פי חוק, אלא באישורו של הנשיא בלבד. ראו: James Risen & Eric Lichtblau, *Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts*, THE NEW YORK TIMES, December 16th, 2005, <http://www.nytimes.com/2005/12/16/politics/16program.html?pagewanted=all>; ביוני 2013 נחשף פרויקט איסוף מידע מקיף של ממשל אובמה על שיחות שבוצעו בתוך ארצות הברית:

Glenn Greenwald, *NSA Collecting Phone Records of Millions of Verizon Customers Daily*, THE GUARDIAN, June 6th, 2013, <http://www.guardian.co.uk/world/2013/jun/06/nsa-phone-records-verizon-court-order>; Barton Gellman & Laura Poitras, *British Intelligence Mining Data from Nine U.S. Internet Companies in Broad Secret Program*, THE WASHINGTON POST, June 7th, 2013, http://www.washingtonpost.com/investigations/us-intelligence-mining-data-from-nine-us-internet-companies-in-broad-secret-program/2013/06/06/3a0c0da8-cebf-11e2-8845-d970ccb04497_story.html.

הגילוי עורר סערה ציבורית גדולה ודין ענף בתקשורת ובקרב פרשנים.

2 United States v. Reynolds, 345, U.S. 1 (1953).

3 יצוין, כי יש הסוברים שמקורה של הדוקטרינה מצוי בפסק דין ותיק יותר, והוא Totten v. United States, 92 U.S. 105 (1875). משפט Totten עסק בתביעת פיצויים בגין שירותי ריגול שניתנו לכאורה לממשלו של הנשיא לינקולן. בית המשפט העליון קבע כי לא ניתן לקדם תביעה שמקורה בהסכם מסווג שנועד להעניק שירותים סודיים לממשל. בתי המשפט מציגים לעיתים שני פסקי דין אלה כשני ראשים של אותה הדוקטרינה. ראו: Mohamed v. Jeppesen, Dataplan, Inc., 614 F.3d 1070, 1077 (9th Cir. 2010) (en banc). אחרים סבורים כי פסק דין ריינולדס הוא מקור יחיד לדוקטרינת סודות המדינה, בעוד שמקרה Totten נתפס כמתייחס אך ורק למקרים ייחודיים, בהם הבסיס לתביעה הינו הסכמה סודית עם הממשל. ראו, למשל: Christina E. Wells, *State Secrets and Executive Accountability*, 26 CONSTITUTIONAL COMMENTARY 625, 639 (2010); Sudha Setty, *Litigating Secrets: Comparative Perspectives on the State Secrets Privilege*, 75 BROOKLYN LAW REVIEW 201, 233 (2009); Carrie Newton Lyons, *The State Secrets Privilege: Expanding Its Scope Through Government Misuse*, 11 LEWIS & CLARK LAW REVIEW 99, 120-121 (2007). הבחנה זו אינה מהותית לענייננו, שכן כך או כך, אין חולק כי פסק דין ריינולדס הינו מקור משפטי מחייב ומנחה לדוקטרינת סודות המדינה.

4 מקרה ריינולדס, עמ' 11.

5 לעניין הליכים פלייליים, קיים דבר חקיקה ייעודי המסדיר את אופן הטיפול בראיות רגישות. ראו: Classified Information Procedures Act (CIPA), 19 U.S.C. app. 3 §§ 1-16 (1980). CIPA יוצרת הליכים פרוצדוראליים לצורך גילוי של מידע מסווג הקשור לביטחון הלאומי ושימוש בו בהליכים פלייליים בפני בתי המשפט הפדראליים. אלה כוללים: צווי הגנה, כללים מיוחדים לעניין גילוי מסמכים, קיומם של דיונים במעמד צד אחד ועוד.

- 6 Lucien J. Dhooge, *The State Secrets Privilege and Corporate Complicity in Extraordinary Rendition*, GEORGIA JOURNAL OF INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW: 469, 474 (2009) המושג extraordinary rendition היה קיים גם לפני עידן ממשל בוש ועסק בהעברה של חשודים למדינות שלישיות לצורך מעצר או העמדה לדין, אך לאחר 11 בספטמבר 2001 שינה ממשל בוש באופן מהותי את מאפייניו ותכליתו של התוכנית: שם, עמ' 472. מהלך נוסף, דומה במהותו, היה העברת עצורים למתקני חקירה סודיים, המכונים "Black Sites" של סוכנות הביון המרכזית (CIA) מחוץ לשטחה של ארצות הברית. ראו: AMRIT SINGH, GLOBALIZING TORTURE: CIA SECRET DETENTION AND EXTRAORDINARY RENDITION, (David Berry ed., February 2013) <http://media.tcm.ie/media/documents/o/openSocietyJusticeInitiativeGlobalizingTortureReport.pdf>. רבים מהכותבים בנושא זה אינם שומרים על ההבחנה בין שתי התוכניות.
- 7 בשולי הדברים יצוין, כי חוות דעת משפטית שגובשה על ידי הלשכה המשפטית של הבית הלבן בנושא העברתם של "מחבלים" למדינה שלישית לצרכי חקירה, קבעה מטעמים שונים כי אין מניעה לעשות זאת. הרציונל המשפטי שבבסיס חוות הדעת טרם נבחן על ידי בתי המשפט, שכן עצם החוקיות של תוכנית החקירות החוץ-טריטוריאלית טרם נבחנה על ידי ערכאה שיפוטית כלשהי בארצות הברית. ראו: Memorandum from Jay S. Bybee, Office of Legal Counsel, for William J. Haynes II, General Counsel, Department of Defense, Re: "The President's Power as Commander in Chief to Transfer Captured Terrorists to the Control and Custody of Foreign Nations" (March 13, 2002), <http://www.justice.gov/opa/documents/memorandum-president-power03132002.pdf>.
- 8 Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc., 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010) (en banc) פסק הדין הינו מהבולטים שניתנו בשנים האחרונות בהקשרה של דוקטרינת סודות המדינה. אף על פי שמדובר בפסק דין של ערכאת ערעור פדראלית ולא של בית המשפט העליון, זהו פסק דין מרכזי וחשוב: הוא ניתן על ידי ערכאת הערעורים של המחוז התשיעי (9th Circuit), הנחשבת למרכזית מבין ערכאות הערעור, בין היתר בשל היותה בעלת סמכות מקומית החולשת גם על קליפורניה. בנוסף, ההחלטה ניתנה בהרכב מורחב של בית המשפט במסגרת דיון נוסף. בעקבות מתן פסק הדין הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, אשר נדחתה. לפיכך, פסק הדין מהווה בשלב זה מקור מנחה מרכזי ביחס ליישום הדוקטרינה. ממילא גם ערכאות ערעור נוספות מצאו לנכון ליישם את דוקטרינת סודות המדינה באופן דומה בתיקים הנוגעים לביטחון לאומי. ראו למשל: El-Masri v. United States, 479 F.3d 296 (4th Cir. 2007). מקרה ג'פסון, עמ' 1074-1075.
- 9 Mohamed v. Jeppesen Dataplan Inc., 539 F. Supp. 2d 1128 (N.D. Cal 2008); Mohamed v. Jeppesen Dataplan Inc., 563 F.3d 992 (9th Cir. 2009).
- 10 שם, עמ' 1099; 1087.
- 11 שם, עמ' 1101; 1098.
- 12 יצוין, כי ישנן דרכים נוספות לבדוק את חוקיות מעשיו של הממשל מלבד בירור בפני בתי המשפט. כך, למשל, הקונגרס האמריקאי יכול ליזום חקירה בנושא או ליצור באמצעות חקיקה מנגנון שיעניק פיצוי למי שנפגעו מפעילות הממשל. ראו בהקשר זה: מקרה ג'פסון, עמ' 1091. ניתן אף לנסות ולהסתייע במנגנונים בינלאומיים, אם כי האפקטיביות שלהם בהקשר של ארצות הברית עלולה להיות מוגבלת.
- 13 **דיני מדינת ישראל**, נוסח חדש 18, עמ' 421.
- 14 סעיפים 44, 45 לפקודת הראיות.
- 15 יעקב קדמי "על הראיות" חלק 2, 874 (2003).
- 16 ראו למשל: בג"ץ 2056/04 **בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל** (30 ביוני 2004), שם נקבע כי על המדינה לבחון מחדש את תוואי גדר הביטחון, למרות שהיא משרתת את צרכי הביטחון,

וזאת נוכח הפגיעה הקשה שהיא גורמת לתושבי האזור הפלסטינים; בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון** (5 בפברואר 2003), שם נקבע כי הארכה בצו של תקופות המעצר, ללא הבאה בפני שופט של עצורים פלסטיניים בתקופת לחימה אינטנסיבית, אינה עומדת בסטנדרטים המשפטיים המחייבים, ולפיכך בטלה; בג"ץ 680/88 **שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי**, פ"ד מב(4) 617, שם נקבע כי החלטת הצנזור הצבאי הראשי למנוע פרסום של כתבה על ראש המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים אינה סבירה.

18 בארצות הברית רווחת דוקטרינת השאלה הפוליטית, שעוגנה בפסק דין Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962). מכוחה נמנעים בתי המשפט מלדון בתיקים בהם מתעוררת שאלה פוליטית, כאשר אין בנמצא סטנדרטים שיפטיים להכרעה בסוגיה או כאשר לא ניתן להכריע בשאלות שמעורר המקרה מבלי להידרש להכרעת מדיניות או כאשר פסיקה בנושא תהווה ביטוי של חוסר כבוד כלפי רשות אחרת: שם, עמ' 217. ראו גם:

El-Shifa Pharm. Indus. Co. v. U.S., 607 F.3d 836 (D.C. Cir. 2010); Schneider v. Kissinger, 412 F. 3d 190 (D.C. Cir. 2005); Al-Aulaqi v. Obama, 727 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2010). תחולתה של דוקטרינה זאת בישראל, המוצאת את ביטוייה בשאלת השפיטות, מצומצמת הרבה יותר. ראו: Aharon Barak, *Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 116 HARVARD LAW REVIEW 16, 98-106 (2002).

19 ראו, למשל: Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 529-533 (2004), שם נקבע כי המנגנון להחזקתם במעצר של מי שהוגדרו על ידי הממשל האמריקאי כ"לוחמים בלתי חוקיים" אינו מקיים את דרישות ההליך הנאות וכי אדם המוחזק במעצר בנסיבות אלו רשאי לקבל מידע על הבסיס העובדתי להחזקתו ואפשרות לסתור את עמדת המדינה. בית המשפט העליון של ארצות הברית קבע בפסק הדין כי הסכנה שבנסיבות הקיימות אדם יוחזק במעצר ללא הצדקה הינה גבוהה באופן בלתי סביר, וכי הסבירות שההליך אותו דורש בית המשפט ליישם יהיה בעל ההשלכות החמורות מפניהן מזהירה המדינה הינה נמוכה: שם, עמ' 532-534.

20 ראו, למשל: בש"א 6763/06 **חיאט נ' רשות שדות התעופה** (28 בנובמבר 2006).

21 שם.

22 שם.

23 ראו, למשל: רע"א 7114/05 **מ"י נ' חיזי** (11 בדצמבר 2007).

24 ראו: Classified Information Procedures Act (CIPA) לעיל ה"ש 5.

25 כשמדובר בראיה הנדרשת להגנתו של אדם בהליך פלילי, משמעות הדבר עשויה להיות בנסיבות מסוימות חזרה מכתב אישום. ראו, למשל: ע"א 2489/09 **בראודה נ' מ"י** (7 ביוני 2009). אף שמדובר בצעד קיצוני יחסית, הדבר נועד לשרת תכלית ראויה לא פחות מאשר אכיפת הדין, והיא – הבטחת ההליך הנאות וזכויות הנאשם, ובפרט היכולת להוכיח את חפותו. במקומות מסוימים הועלתה טענה כי אם בתי המשפט בארצות הברית יפסקו נגד המדינה כשזו תסרב לחשוף ראיה חסויה, הדבר יהווה תמריץ לגורמים פרטיים לנהל הליכים משפטיים נגד המדינה ללא עילה מוצדקת ולנצל לרעה את המגבלה של המדינה לחשוף ראיות רלוונטיות לביסוס הגנתה. ראו, למשל: Robert M. Chesney, *State Secrets and the Limits of National Security Litigation* 75 (2007) 1249, 1313. GEORGE WASHINGTON LAW REVIEW. בפועל, נוכח החסמים הפרוצדוראליים הנוספים העומדים בפני תובעים פוטנציאליים, כמו למשל זכות העמידה, וכן העלויות הגבוהות של ניהול הליכים משפטיים, ספק אם מסלול כזה יהפוך להיות אטרקטיבי לתובעים פוטנציאליים רבים. יתרה מכך, ניתן ליצור מנגנונים שימזערו סכנה זו, כמו למשל מנגנון שיאפשר לבתי המשפט לעיין בראיות חסויות במעמד צד אחד, בהסכמת הצדדים, כך שהם יוכלו להתרשם האם ראיות אלו מבססות את טענות התובע אם לאו.

26 ראו, למשל: CENTER FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS, 100 DAYS: END THE ABUSE OF STATE SECRETS PRIVILEGE <http://ccrjustice.org/learn-more/faqs/100-days%3A-end-abuse-state-secrets-privilege>.

- 27 Setty, ה"ש 3 לעיל, עמ' 257-258.
- 28 ראו, למשל: Yassir Fazaga, et al. v. Federal Bureau of Investigation, 884 F. Supp. 2d 1022 (C.D. Cal. 2012), שם נדחתה על הסף תביעה התוקפת איסוף מידע על תושבים מוסלמים על רקע השתייכותם הדתית בלבד, באמצעות סוכנים סמויים של הממשל.
- 29 Memorandum from Eric Holder, Attorney Gen., U.S., to Heads of Exec. Dep'ts & Agencies, U.S. (Sep. 23, 2009), <http://legaltimes.typepad.com/files/ag-memo-re-state-secrets-dated-09-22-09.pdf>.
- 30 Sudha Setty, *Formalism and State Secrets*, in *SECRECY, NATIONAL SECURITY AND THE VINDICATION OF CONSTITUTIONAL LAW* (David Cole et al. eds., 2013) (*forthcoming*); Wells ה"ש 3 לעיל, עמ' 644-645.
- 31 State Secrets Protection Act, S. 2533, 110th Cong. (2008).
- 32 שם. הצעת החוק מאפשרת, למשל, לבתי המשפט לעשות שימוש באמצעים שונים כדי לשמור על מידע רגיש וקובעת כיצד יבחן בית המשפט את טענת המדינה לסודות מדינה, את נטל ההוכחה המוטל על המדינה ועוד. באשר למועד העלאת הטענה, הצעת החוק קובעת כי טענה לסודות מדינה תידון על ידי בית המשפט רק לאחר שהושלמו הליכי גילוי כל הראיות שאינן רגישות וניתנה הזדמנות לטעון את טענות הצדדים. ככלל, לא ניתן יהיה להעלות את טענת דוקטרינת סודות המדינה בראשית ההליך, כפי שנעשה במקרה Jepessen. עוד נקבע בהצעת החוק כי גם לאחר שבית המשפט השתכנע כי ראיות מסוימות הינן חסויות ולא ניתנות לגילוי, הוא עדיין יהיה רשאי לשקול שיקולים של צדק.
- 33 ראו, למשל: Al-Aulaqi v. Obama, 727 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2010), שם נדחתה על הסף תביעתו של אב למנוע סיכול ממוקד נגד בנו, לאחר שבית המשפט קבע כי האב לא הוכיח את זכות העמידה, או במילים אחרות, לא הצליח להוכיח כי הוא בעל עניין מבחינה משפטית, באופן שמאפשר לו להגיש את התביעה. הסיכול בוצע מספר חודשים לאחר מכן. ראו גם: Clapper v. Amnesty International U.S.A., 133 S. Ct. 1138 (2013), שם דחה בית המשפט העליון ניסיון לתקוף את חוקיות תוכנית האזנות הסתר של הממשל, גם זאת בשל היעדר זכות העמידה של הארגון התובע, משום שלא הצליח להראות כי היה נתון להאזנות בידי הממשל. בשני התיקים העלה הממשל גם טענות של סודות מדינה, בגינן הוא סירב לחשוף פרטים רלוונטיים לתביעות.
- 34 Benjamin Wittes, *Hugo Rosemont on Secret Evidence and Civil Justice in Britain*, *LAWFARE BLOG*, April 5th, 2012, <http://www.lawfareblog.com/2012/04/hugo-rosemont-on-secret-evidence-and-civil-justice-in-britain/>.