

צדק במלחמות-עצמאות אסימטריות

יצחק בנבגי*

מאמר זה בוחן את מעמדו המוסרי של האיסור החל על פגיעה מכוונת באזרחים במלחמה (להלן: "חסינות אזרחית"). החלק הראשון מציג את הפרשנות המקובלת לכלל זה ואת הקשיים החמורים המאיימים עליה, ואילו החלק השני מגן על פרשנות הסכמית לכלל, שלפיה אזרחים חסינים מפני פגיעה במלחמה מפני שזהו כלל יעיל והוגן שמדינות קיבלו על עצמן. בחלקו השלישי המאמר טוען כי לפי הפרשנות ההסכמית, לוחמים במלחמות-עצמאות אסימטריות אינם כפופים לכלל "החסינות האזרחית", מפני שהוא מקפח אותם באופן שיטתי. חלק זה מציע כלל חלופי שיש לו תוקף הסכמי – "חזקת החפות הכללית" – שלפיו בתנאים מסוימים מותר ללוחמי-חופש לפגוע בחברה האזרחית, אך עליהם לעשות כל שביכולתם על-מנת להימנע מפגיעה באזרחים עצמם.

מבוא. הערות מקדמיות – "צדק של מלחמה", "צדק בלחימה" ו"חסינות של אזרחים".
א. חסינות של אזרחים במלחמה סימטרית: 1. הפרשנות הסטנדרטית לפסול המוסרי בהרג מכוון של אזרחים במלחמות; 2. הפרשנות הסטנדרטית ודוקטרינת התוצאה הכפולה; 3. כשלונה של הפרשנות הסטנדרטית. ב. פרשנות הסכמית ל"חסינות אזרחית": 1. "חסינות אזרחית" כמוסכמה; 2. הפסול המוסרי בהפרה של מוסכמה מיטבית (אופטימלית). ג. הגינות של כללים, חסינות של אזרחים ומלחמות-עצמאות אסימטריות: 1. הערות

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים והמחלקה לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן. חלקים ממאמר זה הוצגו ב-Middle East Legal Studies Seminar, Yale University, כנס Rights and Reciprocity שהתקיים במרכז למשפט ועסקים, מכילת רמת-גן, וביום-העיון "שבי ופדיון שבוים בין ישראל לארגוני טרור – משפט, פסיכולוגיה ופוליטיקה", מכון לידי דייויס, האוניברסיטה העברית בירושלים. ברצוני להודות למארגני הכנסים הללו ולמשתתפיהם, ובעיקר לאריה אדרעי, לפיקי איש שלום, לליאורה בילסקי, לאייל בנבנישתי, לאלון הראל, למשה כהן-אליה, לקנת מן, לגילה סטופלר, לעידו פורת, ליובל שני, ל-Paul Kahn, ל-Tommie Shelby, ל-Eric Posner, ל-Owen Fiss, ל-Corey Brettschneider, ל-Matthew Goldin, ל-Saad Ibrahim ו-Naz Modirzadeh. תודות לקובי נוסים, לצילי דגן, לדני סטטמן ולמייקל וולצר על הערות כתובות ומחכימות. תודה מיוחדת אני חב לעמיחי כהן, ל-Asli Bali, ל-Seth Lazar ול-Michael Brin על קריאה זהירה והערות מפורטות.

מקדמיות על-אודות הוגנות של כללים; 2. הפרשנות ההסכמית ל"חסינות אזרחית" ומלחמות-עצמאות אסימטריות; 3. צדק במלחמה אסימטרית: "חזקת החפות הכללית"; 4. צדק בלחימה אסימטרית כהיבט של הסדר יעיל והוגן. ד. סיכום.

מבוא

עקרון החסינות האזרחית (או בקיצור – "חסינות אזרחית") הוא הכלל הבסיסי של הקוד המכונה "צדק בלחימה" (*jus in bello*). קוד זה, המורה לחיילים מה מותר ומה אסור לעשות במלחמה, אוסר פגיעה מכוונת באזרחים ובחברה האזרחית בעת מלחמה, גם בנסיבות שבהן פגיעה ישירה עשויה להניב יתרון צבאי משמעותי. במלחמות-עצמאות אסימטריות מעמדו של עיקרון זה בעייתי במיוחד: מלחמות כאלה מתנהלות בין צדדים שפערי הכוחות הצבאיים ביניהם גדולים ומובהקים, כך שאין לצד החלש כל סיכוי להכריע את כוחו הצבאי של הצד החזק. מצב זה מעלה את השאלה שמאמר זה מבקש להשיב עליה: מדוע פגיעה מכוונת באזרחים פסולה מבחינה מוסרית גם במקרים שבהם היא האמצעי היחיד העשוי להוביל לניצחון צודק של הצד החלש במלחמת-עצמאות אסימטרית? שאלה זו מתחדדת לנוכח ההבחנה המקובלת בין פגיעה אגבית ובלתי-מכוונת באזרחים – פגיעה שהחוק הבינ-לאומי מתיר בנסיבות מסוימות – לבין פגיעה ישירה ומכוונת בהם. במה פגיעה מכוונת במטרות אזרחיות במלחמת-עצמאות אסימטרית שבה פגיעה באזרחים הכרחית כדי להשיג מטרה צודקת שונה מפגיעה אגבית ובלתי-מכוונת באזרחים במלחמות רגילות שמטרתן הגנה על ריבונותן של מדינות?¹

כדי להתמודד עם שאלה זו, אתחיל בניתוח מעמדו המוסרי של הכלל המחסן אזרחים מפני פגיעה מכוונת בהם במלחמות רגילות (סימטריות). בפרט, אציג שתי תשובות מקובלות לשאלה מדוע במלחמות בין צבאות סדירים הרג מכוון של אזרחים אסור, בעוד הרג אגבי של אזרחים (כמו-גם הרג ישיר ומכוון של חיילים) מותר.

הפרשנות הראשונה (הסטנדרטית) ל"חסינות אזרחית" ניתנת במונחים של אשמה מוסרית ואחריות אישית. הרג מכוון של אזרחים פסול משום שאזרחים, באשר הם אזרחים, אינם נושאים באחריות לפשע התוקפנות ולעוולות שמלחמה נפשעת גורמת. פגיעה מכוונת בבני-אדם שלא עשו דבר שמכוחו אובדת הזכות לחיים אסורה גם בנסיבות שבהן היא הכרחית לשם השגת מטרתה הצודקת של המלחמה (דהיינו: הגנה עצמית, שחרור לאומי וכולי). כלומר, היא אסורה גם בתנאים שבהם מותר וראוי לצאת למלחמה, וגם אם בנסיבות אלה הרג של אזרחים הכרחי לשם השגת ניצחון צודק. המטרה, לפי הפרשנות הסטנדרטית, אינה מקדשת את האמצעים.

1 כפי שיתברר להלן כאשר תוצג הפרשנות ההסכמית לדיני המלחמה, מלחמות-עצמאות מהוות קושי מיוחד.

לפי תשובה אחרת, שתכונה להלן "הפרשנות ההסכמית", האיסור החל על הרג אזרחים במלחמות נגזר מהיות איסור זה היבט של הסדר בעל תוקף מוסרי בין מדינות. תוקפו המוסרי של הסדר זה נגזר מייעילותו, מהגינותו ומרמת ההיענות הגבוהה לו. פרשנויות אלה נבדלות ביחס לבסיס צידוקו של איסור הפגיעה באזרחים. הראשונה גוזרת את תוקפה המוסרי של "החסינות האזרחית" מנורמות הנסמכות על אחריותם המוסרית של פרטים. לפי הפרשנות הסטנדרטית, אזרחים אינם עושים דבר שמכוחו הם מאבדים את זכותם לחיים, ולכן אסור לפגוע בהם בכוונה בשום תנאי כמעט. הגיונה של הפרשנות השנייה – ההסכמית – הפוך כמעט. לפי פרשנות זו, יעילותו של הסדר המחסן אזרחים נובעת דווקא מהתעלמותו מעובדות בדבר אחריות אישית ואשמה מוסרית. "צדק בלחימה" מייחס לכל החיילים כולם זכויות וחובות שוות, ללא כל זיקה לצדקתה ולחוקיותה של המלחמה שהם שותפים לה או לאחריותם לעוול שהם גורמים. "חסינות אזרחית" היא היבט אחר, משלים, של הסדר "שוויוני" זה: אזרחים נהנים מחסינות מפני התקפה ישירה באופן כללי, גורף, בלא כל קשר למידת תמיכתם במלחמה ולמידת אחריותם לפריצתה ולניהולה. לפי גישה זו, "צדק בלחימה" מעניק זכויות ומטיל חובות על-סמך השתייכות קולקטיבית (לצבא או לחברה האזרחית). לכן הרג מכוון של אזרחים בזמן מלחמה פסול מבחינה מוסרית רק מפני שהוא כרוך בהפרה של מוסכמה (קונוונציה) בעלת תוקף מוסרי מחייב. בפרט, הוא פסול אף אם הוא פוגע באזרחים שאחראים לעוול שהצד הצודק לוחם נגדו.

לאחר שאציג בקצרה את הקשיים הידועים שהפרשנות הסטנדרטית ל"חסינות אזרחית" נתקלת בהם, ואשכלל את הפרשנות ההסכמית לכלל זה, אעבור בחלקו השלישי של המאמר לדיון במלחמות-עצמאות אסימטריות. בחלק זה אציע מענה לקושי הבא: במלחמות אלה כלל "החסינות האזרחית" אינו כלל הוגן, משום שהוא מקפח את הצד החלש באופן שיטתי. מחד גיסא, הוא מתיר לצבא הכובש לפגוע במטרות צבאיות ותוך כדי כך להסב נזק בלתי-מכוון לאזרחים ולתשתיות אזרחיות. מאידך גיסא, הוא כופה על הצד החלש סבילות מוחלטת כמעט במצבים שבהם הוא חלש עד כדי כך שאין לו סיכוי לפגוע פגיעה של ממש במטרות צבאיות. עקרון "החסינות האזרחית" ההסכמי קורס במצבים כאלה: ההבחנה בין חיילים לבין אזרחים ובין מטרות צבאיות לבין מטרות אזרחיות אינה רלוונטית במלחמות שבהן ההסדר מקפח את הצד החלש. מכאן שאיסור הפגיעה המכוונת באזרחים אינו חל או חסר תוקף מוסרי בהקשרן של מלחמות אסימטריות כאלה.²

2 ניתן לשאול במה חוסר ההגינות שמגולם בעקרון "החסינות האזרחית" שונה מן הסייגים המקובלים להגנה עצמית הפועלים נגד הקורבן. תנאי הפרופורציונליות הוא דוגמה מובהקת לכך: נניח שכדי למנוע נזק קטן, אין לקורבן בררה אלא להסב לתוקפן זדוני נזק לא-פרופורציוני. במקרה כזה הקורבן צריך להישאר סביל. התשובה היא שאתיקה של הגנה עצמית אינה הסכם, אלא מערך של נורמות מוסריות קדם-הסכמיות. בנסיבות מסוימות הנורמות האלה עלולות לצוות על הקורבן להישאר סביל כדי לא לפגוע פגיעה מופרזת בתוקפן זדוני.

אכן, לפי הניתוח שאציע כמענה לקושי זה, לוחמי-חופש רשאים, בתנאים מסוימים, לשבש את אורח החיים במדינה הכובשת על-מנת לערער את התמיכה בכיבוש, באמצעות פגיעה מכוונת בחברה האזרחית ובמרחב הציבורי שבו מתנהלים חייה. בתנאים קיצוניים הם רשאים לפוצץ מוסדות ממשלתיים, להרוס גשרים ולפגוע ברחובות ראשיים. זו כמובן הפרה של כלל "החסינות האזרחית", אך היא מותרת מפני שכלל זה חסר תוקף מוסרי בנסיבות של אי-שוויון קיצוני ביחסי הכוחות. עם זאת, ניתוח זהיר של כללי ה"צדק בלחימה" חושף כלל יסודי יותר – שיכונה להלן "חזקת החפות הכללית" – אשר לו כפופים גם לוחמי-חופש במלחמות-עצמאות אסימטריות: יש להתייחס לאזרחים ולחיילים בסכסוכים צבאיים כאילו הם חפים מאחריות לעוול שהם גורמים. אני מקווה להראות שכלל זה עומד גם ביסוד הקוד שאכנה "צדק במלחמות אסימטריות", ושהוא תקף במלחמות-עצמאות המקיימות את תנאי האסימטריה, מפני שגם במלחמות אלה הוא יעיל והוגן, דהיינו, הוא מועיל לצד החלש ואינו מקפח אותו באופן שיטתי. לכן גם בתנאים שבהם מותר לצד החלש לפגוע בחברה האזרחית עומדת לאזרחי המדינה הכובשת "חזקת החפות הכללית", שמכוחה אסור ללוחמי-החופש לפגוע בהם – בחייהם, בגופם או ברכושם הפרטי – בכוונה תחילה.³ "צדק במלחמה אסימטרית" (וחזקת החפות הכללית העומדת בבסיסו) מבחין אפוא בין פגיעה בתשתיות אזרחיות השייכות לציבור לבין פגיעה מכוונת באזרחים. בפרט, מותר ללוחמי-חופש לפגוע בבניין שבו משוכן מוסד ציבורי, אבל אסור לפגוע בכוונה בעובדיו. המאמר נחלק לשלושה חלקים. החלק הראשון מציג את הפרשנות הסטנדרטית ל"חסינות אזרחית", ומציג בקצרה את הקשיים החמורים המאיימים עליה. החלק השני מציג את הפרשנות ההסכמית לכלל זה, משכלל אותה ומגן עליה באופן חלקי. החלק השלישי מסביר מדוע בחלק ממלחמות-העצמאות האסימטריות "חסינות אזרחית" מקפחת את הצד החלש, ואז פונה שוב ל"צדק בלחימה" ומחליף ממנו את "חזקת החפות הכללית". כלל זה מחייב גם לוחמי-חופש הנוטלים חלק במלחמות אסימטריות.⁴ מותר להם – ללוחמי-חופש

3 זהו, לדעתי, הבסיס המוסרי של עמדה רווחת שלפיה ההכרה בזכותו של העם הפלסטיני להגדרה עצמית, כמו-גם ההכרה בצדקתו העקרונית של המאבק הפלסטיני לעצמאות פוליטית, מתיישבות עם גינוי נחרץ של האמצעים האלימים שהפלסטינים נוקטים במאבקם בציונות ובמדינת-ישראל. ראו מאמר חשוב שמתאר את המציאות הסבוכה של הסכסוך הישראלי-פלסטיני מנקודת-מבט של תיאוריית המלחמה הצודקת: Michael Walzer, *The Four Wars*: of *Israel/Palestine*, in ARGUING ABOUT WAR 113 (2004). לניתוח דומה ראו עמוס עוז בעצם יש כאן שתי מלחמות (2002).

4 מטרת הדיון הנוכחי היא לברר את הפסול המוסרי של הפגיעה המכוונת באזרחים. זו, כידוע, ננקטת באופן שיטתי בעיקר על-ידי הצד החלש בעימות. האופן שבו הצד החזק צריך, יכול או רשאי להגיב על פגיעה באזרחים וללחום בה אינו נדון במאמר זה. שאלה זו, כמו-גם השאלה כיצד הצד החלש צריך, יכול או רשאי להגיב על הפרה נפשעת של הסדרי ה"צדק בלחימה" על-ידי הצד החזק, הן שאלות שאני מקווה לעסוק בהן במקום אחר.

במלחמת-עצמאות אסימטרית – לפגוע בחברה האזרחית, בתשתיותיה ובמבני הציבור שבה, אך אסור להם לפגוע פגיעה מכוונת באזרחים.

הערות מקדמיות – "צדק של מלחמה", "צדק בלחימה" ו"חסינות של אזרחים"

חוקי המלחמה נחלקים לשני ענפים. הענף הראשון, "צדק של מלחמה" (*jus ad bellum*), קובע באילו תנאים עשויה לעמוד למדינה הזכות החוקית לפתוח במלחמה. הענף השני, "צדק בלחימה" (*jus in bello*), מתווה את כללי המותר והאסור החלים על הכוחות הלוחמים עצמם בזמן הלחימה ובהקשרה. למרות הזיקה העמוקה בין חוק לבין מוסר בנושאים מעין אלה, חשוב להבחין בין מלחמה חוקית לבין מלחמה צודקת, כמו-גם בין זכויותיהם וחובותיהם החוקיות של חיילים במלחמה לבין זכויותיהם וחובותיהם המוסריות של חיילים אלה. מתברר, עם זאת, שלתיאוריה המוסרית המקובלת, המכונה "תורת המלחמה הצודקת", ולחוקי המלחמה כפי שהם מנוסחים בדין הבין-לאומי יש מבנה זהה: "צדק של מלחמה" קובע באילו נסיבות היציאה למלחמה מותרת מן הבחינה מוסרית; "צדק בלחימה" קובע מהן זכויותיהם וחובותיהם המוסריות של חיילים ואזרחים במשך העימות המזוין עצמו.⁵ לצורך דיון במעמד המוסרי של הכלל האוסר פגיעה מכוונת באזרחים ובמטרות אזרחיות במלחמה רגילה (סימטרית), די בהצגה כללית של עקרונות-היסוד של חוקי המלחמה ושל תורת המלחמה הצודקת. "צדק של מלחמה" קובע כי מלחמה היא חוקית (צודקת) רק אם יש לה עילה ומטרה צודקות (חוקיות), אם היא הכרחית לשם השגתה של אותה מטרה, ואם היא מידתית (פרופורציונית), קרי, אם הנזק הצפוי ממנה קטן ביחס ליתרונות שהיא צפויה להניב.

מהי עילה צודקת למלחמה? החוק הבין-לאומי מקנה למדינות חסינות מסוימת מפני התערבות בענייניהן הפנימיים, ובפרט הגנה כמעט מוחלטת מפני פגיעה אלימה בשלמותן הטריטוריאלית. סעיף 51 למגילת האומות המאוחדות קובע כי יש למדינות זכות "טבועה" (*inherent*) למנוע פגיעה כזו, גם אם הן נאלצות להשתמש בכוח. לפי פרשנות רווחת, סעיף זה מבטא הכרה בזכותם של עמים להגדרה עצמית, כלומר, הזכות להגן בכוח על המסגרת המדינית שבאמצעותה עמים מממשים את עצמאותם היא היבט של זכותם להגדרה עצמית. יתר על כן, דומה שבתנאים קיצוניים שימוש בכוח עשוי להיות אמצעי לגיטימי גם במאבק

5 להבחנה הזו יש שורשים היסטוריים בימי-הביניים. ראו: MICHAEL L. GROSS, MORAL DILEMMAS OF MODERN WAR 26–33 (2010). היא גם עומדת ביסוד תיאוריית המלחמה הצודקת של מייקל וולצר, כפי שפיתח אותה בספרו: MICHAEL WALZER, JUST AND UNJUST WARS (2nd ed. 1992). היא גם מושא ההתקפה ה"טהרנית" נגד התיאוריה של וולצר. ראו, בעיקר: Jeff McMahan, *The Ethics of Killing in War*, 114 ETHICS 693 (2004).

להשגת עצמאות מדינית.⁶ לפי פרשנות זו, החוק הבין-לאומי מבטא עמדה מוסרית פשוטה: שלילת הזכות להגדרה עצמית היא עוול אשר מצדיק לעיתים שימוש בכוח. "צדק בלחימה" נוגע בלחימה גופא: הוא מכתוב את כללי ההתנהגות במלחמה עצמה. בין היתר הוא מותח הבחנה חד-משמעית בין חיילים לבין אזרחים: פגיעה מכוונת בחיילים שיש לה ערך צבאי – מותרת; פגיעה באזרחים ובחברה האזרחית אסורה באיסור חמור, אף כאשר נצחונו של הצד הצודק תלוי בו. "צדק בלחימה" מבחין בין הרג מכוון של אזרחים לבין הרג אגבי ובלתי-מכוון שלהם: פגיעה באזרחים מותרת רק אם היא תוצאת-לוואי בלתי-מכוונת (אף אם צפויה) של מתקפה שיש לה מטרה צבאית לגיטימית. כלל זה כפוף לעקרון המידתיות (שיש לו היגיון תוצאתי ברור): מותר לפגוע באזרחים פגיעה אגבית ובלתי-מכוונת רק אם הנזק הנגרם מכך (לאזרחים) קטן ביחס לתועלת (הצבאית) הצפויה מפגיעה זו.

כותבים רבים טוענים כי הרג מכוון של אזרחים שארגוני טרור מבצעים פסול מבחינה מוסרית מנימוקים הקשורים ל"צדק של מלחמה". אכן, מטרותיהן המוצהרות של חלק מפעולות הטרור שהיינו עדים להן בשנים האחרונות הן בלתי-צודקות בעליל.⁷ טרוריסטים מבקשים נקמה ו/או להשמיד "כופרים" ו/או להחליש את המערב. זאת ועוד, גם כאשר מטרתם עצמאות פוליטית (אשר עשויה, לפי הנחותיו של מאמר זה, להיות עילה צודקת למאבק אלים), לא ברור שהקבוצה שבשמה הם לוחמים זכאית להגדרה עצמית. לבסוף, גם במקרים שבהם העילה למאבק צודקת, ייתכן שאין הכרח במלחמה לצורך השגת המטרה, משום שסיכוייו של מאבק לא-אלים רבים מסיכוייו של מאבק אלים (או שווים להם).⁸ אם

6 להצגה מוסמכת של הדין הבין-לאומי ראו: YORAM DINSTEIN, WAR, AGGRESSION AND SELF-DEFENCE (1st ed. 1988). הגישה שכיניתה בטקסט "הפרשנות הרווחת" מוצגת על-ידי מייקל וולצר כ"פרדיגמה הלגליסטית". ראו WALZER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 58–63, ובצורה מפורטת יותר במאמרו: Michael Walzer, *The Moral Standing of States: A Response to Four Critics*, 9 PHIL. & PUB. AFF. 209 (1980). ניתוח קפדני של הפרשנות של וולצר לערכים הבסיסיים של הדין הבין-לאומי הוצע לאחרונה על-ידי: Charles R. Beitz, *The Moral Standing of States Revisited*, 23 ETHICS & INT'L AFF. 325 (2009) (בייטס מבחין בין הפרשנות של וולצר – שמקנה ראשוניות לעם ולתרבות על המדינה – לבין הפרשנות של הפרדיגמה הלגליסטית, אשר אינה מבחינה כלל בין עם למדינה, אלא מגדירה עמים כקבוצות שיש להן מדינה). הזכות להגדרה עצמית היא כמובן עניין השנוי במחלוקת חריפה, ואיני נוגע בו להלן.

7 ראו, למשל: Saul Smilansky, *Terrorism, Justification and Illusion*, 114 ETHICS 790 (2004). כפי שיתברר להלן, אני מבקש לא לעסוק כאן בשאלות עובדתיות/היסטוריות.

8 חשוב להזכיר כי השאלה אם הטרור אפקטיבי שנויה במחלוקת, ורבים סבורים כי במקרים רבים הוא אכן משיג את מטרותיו. אולי בשל כך וולצר נוטה לטעון שהטרור פסול גם מפני שהוא אינו פרופורציוני: "...? It 'supreme emergency'...? Would terrorism be justified in a 'supreme emergency'...? It might be, but only if the oppression to which the terrorists claimed to be responding was genocidal in character... this kind of a threat has not been present in any of the recent cases of terrorist activity." MICHAEL WALZER ARGUING ABOUT WAR 51 (2004).

יש למלחמה מטרה צודקת אך אין היא הכרחית לשם השגתה של מטרה זו, אזי היא אסורה – הן מבחינה מוסרית והן מבחינה חוקית.

אולם מנקודת-מבטה של תורת המלחמה הצודקת, הצגת הפסול המוסרי של מתקפות על אזרחים במונחים של "צדק של המלחמה" אינה מספקת, שהרי גם מדינות יוצאות למלחמות לא-צודקות, תוך הפרה בוטה של החוק הבין-לאומי, ואף-על-פי-כן חייליהן, הנוטלים חלק במלחמות אלה, אינם נושאים באחריות אישית לעוולות הנגרמות במסגרת המלחמה. לעומת זאת, הרג מכוון של אזרחים נתפס כפשע שמי שביצע אותו נושא באחריות אישית לעוול שגרם. כלומר, היחס לחברים בארגונים שנוקטים הרג מכוון של אזרחים דומה ליחס אל חיילים שהפרו את כללי ה"צדק בלחימה", דהיינו, הם נושאים באחריות אישית לעוול שגרמו.⁹

החלק הבא יציע שתי פרשנויות שונות בתכלית לשאלה מדוע פגיעה מכוונת באזרחים במלחמות רגילות פסולה מבחינה מוסרית.

א. חסינות של אזרחים במלחמה סימטרית

1. הפרשנות הסטנדרטית לפסול המוסרי בהרג מכוון של אזרחים במלחמות

הפרשנות הסטנדרטית קוראת את איסור הפגיעה המכוונת באזרחים ובחברה האזרחית (איסור העומד ביסוד הקוד "צדק בלחימה") כנורמה לא-תוצאתנית הנגזרת מעובדות בדבר אחריות אישית ואשמה מוסרית. פגיעה מכוונת באזרחים אסורה גם אם היא נחוצה כדי להשיג מטרה צודקת ומסיבה נזק קטן יחסית. זאת, משום שמטרה צודקת אינה מקדשת את האמצעים, במיוחד אם האמצעי הוא הרג מכוון של בני-אדם שלא עשו דבר שמכוחו איבדו את זכותם לחיים. אסור לחייל להרוג אזרחים (גם אם הדבר הכרחי לשם הגנה על השלמות הטריטוריאלית של המדינה שלמענה הוא לוחם), ומאותם נימוקים בדיוק אסור ללוחמי-חופש להרוג אזרחים אפילו אם הרג זה נחוץ לשם עצמאות לאומית. למעשה, לפי הפרשנות הסטנדרטית, להיתר לפגוע בחיילים ולאיסור לפגוע באזרחים יש מקור (נורמטיבי) אחד: האתיקה של ההגנה העצמית.¹⁰

9 מהו אפוא היחס הראוי לטרוריסטים, ומהי הפרדיגמה הראויה לטיפול בהם? שאלה קשה זו מעסיקה את הספרות הפילוסופית והמשפטית בשנים האחרונות. לדיון ממצה ראו Gross, לעיל ה"ש 5, פרקים 5, 6 ו-8.

10 ראו Walzer, *Just and Unjust Wars*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 151–160. ראו גם את דיונה של תומסון: Judith Jarvis Thomson, *Self-Defense*, 20 *PHIL. & PUB. AFF.* 283, 293 (1991). ג'ף מקמהן מבקש לגזור תיאוריה של מלחמה צודקת מהאתיקה של ההגנה העצמית. ראו, למשל: Jeff McMahan, *War as Self-Defense*, 18 *ETHICS & INT'L AFF.* 75 (2004); Jeff McMahan, *Killing in War* (2009). אולם דייוויד רודין מראה כי הפרויקט של מקמהן נדון

כידוע, הריגתו של רודף – קרי, אדם המאיים על חברו בהרג – מותרת אם הריגתו הכרחית לשם הצלתו של הנרדף. הראשון מאבד את זכותו לחיים מכוח אחריותו לאיום (חסר הצדקה) שהוא מציב לחייו של האחרון. עם זאת, מכיוון ששפיכות דמים היא בבחינת ייהרג ואל יעבור, אסור לנרדף להגן על עצמו מפני רודפו באמצעות הרג של אדם שאינו מהווה איום ישיר עליו, וזאת אף במקרה שפעולה כזו היא תנאי להגנה עצמית מפני הרודף. מכאן (לפי הפרשנות הסטנדרטית) נובעת ההבחנה העקרונית, המהותית, בין מעמדם של חיילים לבין מעמדם של אזרחים במצבי לחימה: חיילים, מעצם השתייכותם לצבא הנוטל חלק במלחמה, מהווים איום על חיילי הצד שכנגד, ולכן מתירים במעשיהם את דמם שלהם; אזרחים, לעומת זאת, מעצם היותם אזרחים, אינם מהווים איום על חיילי הצד שכנגד. כשם שהאתיקה של ההגנה העצמית מתירה הרג של חיילים באשר הם חיילים, היא אוסרת הרג של אזרחים, וזאת ללא שום זיקה לצדקת המלחמה שאותם אזרחים תומכים בה או להכרחיות הפגיעה בהם לשם השגתה של מטרה צודקת.¹¹

חשבו אפוא על לוחמים הנאבקים כדי להגן על עצמם ועל מולדתם, ועל לוחמי-חופש הנאבקים למען הגדרה עצמית. הניחו שהגנה עצמית ועצמאות לאומית הן עילות שוות-ערך למלחמה. לפי הפרשנות הסטנדרטית, מותר ללוחמים כאלה להרוג חיילים (אם הרג זה נחוץ להשגת מטרה צבאית לגיטימית) משום שחיילים אחראים לאותו עוול שמותר להיאבק נגדו באמצעים אלימים. אבל אסור לחיילים בצבא סדיר, כמו-גם ללוחמי-חופש, לפגוע באופן ישיר ומכוון באזרחים ו/או בחברה האזרחית, מפני שאזרחים, באשר הם, חפים מאחריות לעוול שהמלחמה גורמת. בניסוחו של הנרי שו, חסינות של אזרחים אינה אלא –

...a reaffirmation of the morally foundational “no-harm” principle. One ought generally not to harm other persons. Non-combatant immunity says one ought, most emphatically, not to harm others who are themselves not harming anyone. This is as fundamental, and as straightforward, and as nearly non-controversial, as moral principles can get.¹²

לכישלון: DAVID RODIN, WAR AND SELF-DEFENSE (2002). כל יתר ההוגים שניתן לייחס להם גרסה כזו או אחרת של הפרשנות הסטנדרטית אינם מציגים עמדות בהירות. דוגמה טובה לניתוח שבו המתח בולט במיוחד היא עמדתו של טוני קודי: C.A.J. Coady, *Terrorism and Innocence*, 8 J. ETHICS 37, 39 (2004). השוו: C.A.J. Coady, *Terrorism, Just War and Supreme Emergency*, in TERRORISM AND JUSTICE: MORAL ARGUMENT IN A THREATENED WORLD 8 (C.A.J. Coady & Michael P. O’Keefe eds., 2002).

11 עוד בנושא זה ראו להלן בחלק השלישי.

12 מצוטט אצל: Igor Primoratz, *Civilian Immunity in War: Its Grounds, Scope, and Weight*, 21, 29 (Igor Primoratz ed., 2007).

2. הפרשנות הסטנדרטית ודוקטרינת התוצאה הכפולה

חשוב לציין כי הפרשנות הסטנדרטית אינה נסמכת על מוסריות דאונטולוגית (אנטי-תוצאתנית) מוחלטת. תיאוריות דאונטולוגיות בנות-ימינו הן מתונות בדרך-כלל, וגורסות כי במקרים חריגים המטרה עשויה להיות חשובה דייה להכשיר את האמצעים להשגתה אף אם הללו כוללים הרג של חפים מפשע. דוגמה פשוטה למתינותו של המוסר הדאונטולוגי העומד ביסוד הדין הפלילי היא הגנת הצורך: החוק מתיר לאדם להסב נזק לאדם אחר ("עובר-אורח חף מפשע") אם נזק זה הכרחי לשם מניעתו של נזק גדול יותר. הגיונו של ההיתר תוצאתני: אדם אינו נושא באחריות פלילית אם מנע נזק גדול (מעצמו או מזולתו) במחיר הסבת נזק קטן לעובר-אורח. הניסוי המחשבתי המפורסם המכונה "בעיית הקרונית" מראה כי במקרים קיצוניים אותו היגיון תוצאתני עצמו עשוי להתיר אפילו הרג חפים מפשע. הנה תיאור קצר של ניסוי מחשבתי זה: קרונית נוסעת לאורכה של מסילה, שבהמשכה עובדים חמישה בני-אדם (להלן: החמישה). על מסילה אחרת, המתפצלת מן המסילה האמורה, עובד באותה עת אדם אחד (להלן: האחד). בידיך מתג המכוון את הקרונית: אם תאפשר לקרונית להמשיך במסילה הנתונה, היא תמחץ את החמישה; אם תפנה אותה אל המסילה האחרת, היא תמחץ את האחד. האינטואיציה הרווחת בנוגע לבעיית הקרונית היא ששיקולים תוצאתניים יצדיקו הרג של האחד לשם הצלתם של החמישה.

הפרשנות הסטנדרטית מאמצת כלל דומה מנימוקים דומים: במקום שיש בו מפעל נשק, למשל, מותר להפציץ את המפעל גם אם תוצאת-לוואי צפויה של הפצצה כזו תהיה הרג של אזרחים (החיים בסביבתו). זאת, אם הפצצה זו צפויה לקדם ניצחון צבאי,¹³ והנזק האגבי (הרג האזרחים הצפוי) קטן יחסית לנזק שייגרם מהמשך קיומו של המפעל והייצור בו. ההבחנה בין הרג מכוון לבין הרג צפוי אך בלתי-מכוון עשויה להתברר דרך גרסה אחרת של בעיית הקרונית. בגרסה זו, כדי למנוע את הרג החמישה, עליך לדחוף אדם אחד כבד-גוף לעבר המסילה. הקרונית תמחץ את האחד למוות ותיעצר, וכך תימנע הפגיעה בחמישה. רבים מאמינים כי אף שמותר להרוג את האחד באמצעות הסטה של הקרונית למסילת-המשנה, אין להרוג את האחד באמצעות דחיפתו למסילה. ההבדל בין שתי הגרסות מוסבר באמצעות דוקטרינת התוצאה הכפולה: אסור להרוג בכוונה אדם אחד חף מפשע, גם אם הדבר הכרחי כדי להציל חמישה. הרג האחד מותר רק אם הוא הכרחי ואין הוא אלא תוצאת-לוואי צפויה אך בלתי-מכוונת של פעולה שמטרתה הצלת החמישה. בגרסה הראשונה, הצלת החמישה (דהיינו, הסטת הקרונית מהמסילה) קודמת בזמן להריגת האחד, כך שהריגת האחד אינה אמצעי להצלת החמישה, אלא תוצאת-לוואי שלה. ההבדל בין שתי הגרסות נגזר מכוונת הפועל: בנסיבות המתוארות בבעיית הקרונית מותר להרוג את האחד אם ורק אם

13 יש שיוסיפו – אם היא מקדמת ניצחון צודק. ראו את הדיון בטהרנות בסעיף הבא.

הריגתו אינה מכוונת. לעומת זאת, אם עליך להרוג אדם חף מפשע כדי להציל את החמישה, ההרג אסור, מפני שהוא נעשה בכוונת מכוון.¹⁴ לפי הפרשנות הסטנדרטית, ההבחנה ש"צדק בלחימה" עורך בין פגיעה מכוונת באזרחים לבין פגיעה אגבית אך בלתי-מכוונת בהם מבוססת על דוקטרינת התוצאה הכפולה. במקרים רבים מותר למפציץ טקטי לפגוע באזרחים אם מטרתו היא השמדת מפעל נשק והפגיעה באזרחים אינה מכוונת. מדוע הנזק שגורם מי שפוגע באזרחים בכוונה אינו נבחן במונחי מידתיות, בעוד פגיעתו של המפציץ נמצאת מידתית ולפיכך עשויה להיות מותרת?¹⁵ התשובה, לפי הפרשנות הסטנדרטית, היא שההרג שהמפציץ הטקטי מבצע הוא תוצאת-לוואי בלתי-מכוונת של פעולה שמטרתה לגיטימית. במקרה שבו מטרת ההפצצה היא יישוב אזרחי, לעומת זאת, הרג האזרחים מכוון ולכן אסור.

3. כשלונה של הפרשנות הסטנדרטית

מבקריה הרבים של הפרשנות הסטנדרטית ל"חסינות אזרחית" מראים כי היא נכשלת בשלוש חזיתות: הן בנוגע להיתר המוסרי לפגוע בחיילים בשעת מלחמה, הן בנוגע לאיסור המוסרי של פגיעה מכוונת וישירה באזרחים, והן בהסברת ההבחנה שבין פגיעה מכוונת באזרחים לבין פגיעה אגבית בהם.

קו הביקורת הראשון מוצע בחריפות רבה על-ידי דייוויד רודין וג'ף מקמהן. חשבו תחילה על לוחמים הנוטלים חלק במלחמת-מגן: לוחמים כאלה מממשים את זכותם להגן על עצמם, על משפחותיהם ועל מולדתם. מתקפתם מוצדקת מכל בחינה ועניין, וממילא הם חפים מכל מפשע. אמת, מעשיהם גורמים לסיכון ומהווים איום על חייהם של אחרים, אולם למעשים אלה יש הצדקה מוסרית, ולכן, לכאורה, חיילים אלה אינם מאבדים את זכותם

14 ראו: Judith Jarvis Thomson, *The Trolley Problem*, 94 YALE L.J. 1395 (1985). לפי הניתוח של פרנסיס קם (Kamm), גרסות מסוימות של הדוקטרינה אינן פונות כלל למצבו המנטלי של הפועל, אלא רק לאופן שבו הוא גורם את המוות: הדוקטרינה מתירה הרג רק אם הוא אינו חוליה בשרשרת הסיבתית המובילה לתוצאה הרצויה. ראו: Frances Kamm, *Failures of Just War Theory: Terror, Harm and Justice*, 114 ETHICS 650 (2004). איני דן בעמדה זו כאן.

15 אכן, ההיגיון התוצאתני שבבסיסה של הגנת הצורך עומד ביסוד קביעתו של שאול סמילנסקי כי טרור מוגבל שמטרתו להעיר את דעת-הקהל לגורלם העגום של עניים מהעולם השלישי עשוי להיות הכרחי כדי להשיג חלוקה הוגנת יותר של משאבים. "With millions in Africa starving, with further millions dying because they cannot afford to buy inexpensive and readily available medication, and so on, a consequentialist perspective, at least, certainly justifies great moral outrage", ראו Smilansky, לעיל ה"ש 7, בעמ' 798.

הטבעית לחיים. לפיכך לא ברור מדוע מותר לתוקפן להרוג אותם.¹⁶ זאת ועוד, גם חייל המשתייך לצבא שלוחם מלחמה נפשעת אינו נהפך באחת לאחראי לעוול הנגרם על-ידי הצבא שבמסגרתו ומטעמו הוא פועל.¹⁷ חֶשְׁבוֹ, לְמַשֵּׁל, עַל חֵייל כִּזֶּה הַפּוֹעֵל לְשֵׁם הַפְּסֻקָּת פְּעוּלוֹת הַאֵיבָה או על אחר שתפקידו להקטין את הפגיעה באזרחי האויב ככל האפשר – אלה בוודאי אינם תורמים לעוולות שצבאם מחולל. יתר על כן, רוב-רובם של החיילים הפשוטים ממילא אחראים רק במידה זעומה לעוולות שצבאם גורם. סביר להניח שאחריותו של הדרג המחליט (קרי, הפוליטיקאים) גדולה מזו של הדרג המבצע, ועל אחת כמה וכמה מזו של מי מחייליו.

זאת ועוד, הפרשנות הסטנדרטית אינה מבהירה מדוע תחול חסינות מהתקפה ישירה על אזרחים באשר הם. אזרחים יכולים להיות אחראים למלחמות לא-צודקות לא פחות – ולעיתים אף יותר – מהחיילים הנלחמים בהן. חֶשְׁבוֹ עַל פּוֹלִיטִיקָאִים שְׂמַדִּינִיּוֹת דוֹחֶפֶת לְמַלְחָמָה לֹא-צוֹדֶקֶת או גורמת להמשכה; על האזרחים התומכים בפוליטיקאים אלה ומקדמים אותם; וגם על אלה שאחראים לעוולות הכיבוש הנמשך בדרכים אחרות. אזרחים אלה אחראים לעוול שלוחמי-החופש נאבקים נגדו יותר מהחיילים שבאמצעותם מתנהלת הלחימה גופא.¹⁸ עובדות בדבר אחריות אישית אינן יכולות להסביר אפוא מדוע חל איסור גורף על פגיעה באזרחים, משום שהן אינן מבחינות בין מי ששותף לצבא הלוחם ותורם ללחימתו ולעוולותיו לבין מי שאינם עושים כן ואולי אף מתנגדים לכך באופן פעיל ועקבי.¹⁹

- 16 לטיעון זה יש כמה גרסות. המפורסמת מביניהן היא זו של McMahan, לעיל ה"ש 5. לתגובתי על טיעון זה ראו: Yitzhak Benbaji, *A Defense of the Traditional War Convention*, 118 ETHICS 464 (2008); Yitzhak Benbaji, *The War Convention and the Moral Division of Labour*, 59 PHIL. Q. 593 (2009). הטיעון במאמר זה מבוסס על תיאוריה של הגנה עצמית שפיתחתי במאמר: Yitzhak Benbaji, *Culpable Bystanders, Innocent Threats and the Ethics of Self-Defense*, 35 CAN. J. PHIL. 585 (2005). ראו תגובה דומה אצל: Patrick Emerton & Toby Handfield, *Order and Affray: Defensive Privileges in Warfare*, 37 PHIL. & PUB. AFF. 382 (2009); Seth Lazar, *The Responsibility Dilemma for Killing in War: A Review Essay*, 38 PHIL. & PUB. AFF. 180, 212 (2010).
- 17 להלן אני מציג את הביקורת של מקמהן על הניסיון של וולצר להשתמש באתיקה של ההגנה העצמית. ראו McMahan, לעיל ה"ש 5, וכן את ביקורתו על הקולקטיביזם של וולצר: Jeff McMahan, *Liability and Collective Identity: A Response to Walzer*, 34 PHILOSOPHIA 13 (2006).
- 18 המעבר (הבעייתי) מאחריות מוסרית הנגזרת ממעשיהם של יחידים לאחריות המיוחסת להם על-סמך השתייכותם לקולקטיבים מוצע בצורה הברורה ביותר על-ידי קודי: Coady, *Terrorism and Innocence*, לעיל ה"ש 10; Coady, *Emergency*, לעיל ה"ש 10.
- 19 McMahan, לעיל ה"ש 5, בעמ' 725–726.

מקמהן, ורדין ואחרים מוכנים ללכת עם ביקורת זו עד סופה. לשיטתם של כותבים אלה – אשר אכנה אותם להלן "טהרנים" – הרג שמבצעים חיילים הנוטלים חלק במלחמה נפשעת פסול באותה מידה ומאותם נימוקים כהרג של אזרחים שנעשה על-ידי ארגונים המתוארים ברגיל כארגוני טרור. כפי שנראה להלן, מקמהן מרחיק לכת וטוען כי הרג אזרחים האחראים לעוול שמוצדק לצאת נגדו במלחמה עשוי להיות מותר. מעין שלילה טהרנית של המוסר הקולקטיבי המגולם בחוקי המלחמה רווחה בחוגים המהפכניים ברוסיה של סוף המאה התשע-עשרה. פגיעה מכוונת במי שאחריותם לעוול נתון הייתה ברורה נתפסה כאמצעי כשר, בלי כל זיקה להשתייכותם המוסדית של פועלים אלה. "המדינה מפעילה כלי משחית שקוטלים אלפי בני אדם ללא הבחנה, ואילו הטרוריסט היחיד מכה רק במטרה עצמה. ההבדל המוסרי בין הפגז לבין יריית האקדח הבודדת הוא בעליל לטובת יריית האקדח.²⁰ זאת ועוד, הזיקה בין אחריות לבין אובדן חסינות מפני התקפה הייתה עקרונית וחד-משמעית אצל הטרוריסטים הרוסים, שנקטו זהירות יתרה על-מנת לא לפגוע במי שאין בהם אשם: "כאשר מתכננים את הפרטים האחרונים להתנקשות באדמירל דובאסוב מצהיר הטרוריסט וינארובסקי: אם אל דובאסוב תתלווה אשתו, לא אטיל את הפצצה."²¹

עמדתו של אסא כשר היא גרסה מעניינת של גישה זו. לטענתו של כשר, חיילים אינם מאבדים את זכותם לחיים מתוקף חיילותם בלבד: "עקרון ההבחנה... מתפרש לעתים קרובות כהבחנה בין חיי האזרחים, שהם קדושים, ובין חיי החיילים, שהם זולים, ועל כן מותר, לכאורה, ולעתים אף ראוי לסכנם. מדהים לראות באיזו קלות צצה התביעה... לסכן חיי חיילים כדי להימנע מפגיעה בשכניו של הטרוריסט, גם אם אלה סירבו שוב ושוב להתרחק ממנו. האחריות לחיי חיילים, במסגרת השמירה על כבוד האדם שלהם, מחייבת נימוקים מוסריים מכריעים, לא הכרזות גורפות בעלמא. עד היום טרם נתקלתי בנימוקים

20 א"ב יהושע גירושים מאוחרים: רומאן 188 (2010).

21 שם. כן ראו את הדיווח בהארץ (25.5.1926) על-אודות השען (האנרכיסט) שלום שוורצבארד, שארב לצורר האוקראיני פטליורה, "ובהודיעו לו שהוא נוקם את נקמת דמי הרוסים והיהודים הרבים שנטבחו באוקראינה באשמתו ירה בפיטליורה באקדחו". מאוחר יותר (ב-4 ביולי אותה שנה) דיווח העיתון כי שוורצבארד ארב לצורר כמה חודשים, "אלא שהתהלך פטליורה תמיד בחברת אשתו או נפשות אחרות, ודבר זה הניא אותו [את שוורצבארד] ממעשהו עד שפגש אותו [את פטליורה] לבדו" (מצוטט אצל ליטל לויץ "היום לפני – השען שלום שוורצבארד נוקם בצורר פטליורה" הארץ 25.5.2010 1.1203447 www.haaretz.co.il/news/world). ראו גם ציטוטים ממלחמה ושלום המובאים אצל Gross, לעיל ה"ש 5, בעמ' 26–27, ואצל McMahan, Killing in War, לעיל ה"ש 10, בפרק 2, המבטאים בוז מוחלט לחוקי המלחמה. חוסר כבוד כלפי המוסכמה המקובלת ותמיכה בהרג ("טרור") המכוון כלפי האחראים לעוול הם שני צדדים של מטבע אחת.

כאלה, והדעת נותנת שהם אינם בנמצא.²² במילים אחרות, הפרשנות הסטנדרטית להבחנה בין חיילים לבין אזרחים נכשלת משום שנורמות הנגזרות מאחריות אישית של פרטים אינן יכולות לבסס הבחנה כזו.

ביקורת אחרת נגד הפרשנות הסטנדרטית מכוונת נגד ההבחנה בין פגיעה מכוונת באזרחים לבין פגיעה צפויה אך בלתי-מכוונת בהם. כזכור, הפרשנות הסטנדרטית פונה לדוקטרינת התוצאה הכפולה כדי להסביר את ההבחנה הזו. אלא שדוקטרינת התוצאה הכפולה עצמה שנויה במחלוקת קשה. אף שאין זה המקום להעמיק בה ובביקורות הרבות שהופנו נגדה, אציג בקצרה היבט אחד של ביקורת זו.

קשה להבין מדוע יש הבדל בין הרג אגבי צפוי לבין הרג מכוון. ההלכה המשווה בין כוונה לבין צפיות (המכונה "הלכת הצפיות") רווחת מאוד בדין הפלילי. קושי נוסף המאיים על דוקטרינת התוצאה הכפולה בא לידי ביטוי בטיעון-הנגד המפורסם של הפילוסופית ג'ודית תומסון. אם פעולה מותרת, אזי היא מותרת מכוח תכונותיה, ולא מכוח מצביו המנטליים של הפועל שלה. כך, למשל, מותר לרופא מומחה לנתח חולה אם הניתוח עשוי להועיל לחולה, אם הסיכון הכרוך בו קטן יחסית, ואם החולה הסכים באופן חופשי לניתוח. נניח שכל התנאים האלה מתקיימים, אך נוסף על כך הרופא סדיסט, ומסתבר שהוא מנתח את החולה לא רק במטרה לרפאו, אלא גם כדי לגרום לו כאב וכך להסב לעצמו הנאה. האם הניתוח אסור בשל הכוונה החולנית של הרופא? תומסון משיבה בשלילה. כוונה, היא טוענת, אינה רלוונטית להיתר מוסרי (ייתכנו נימוקים אחרים להבחנה בין רופא סדיסט לבין רופא הגון. כך, רופא בעל נטיות סדיסטיות מסוכן יותר: ספק אם הוא ירצה בהצלחת הניתוח, הוא ישמח אם ההרדמה של החולה תיכשל וכולי. אך הסברים חלופיים אלה מתיישבים למעשה עם עמדתה של תומסון, שלפיה כאשר כל שאר התנאים שווים, אם פעולתו של הרופא ההגון מותרת, אזי כך גם פעולתו של הרופא הסדיסט). תומסון מציעה ראייה פשוטה לעמדתה. חשבו על טיס המתלבט בשאלה אם מותר לו להשתתף בפעולה צבאית שתגרום למותם של אזרחים. כיצד דוקטרינת התוצאה הכפולה תורה לו לפעול? התשובה, היא אומרת, מוזרה בעליל: דוקטרינת התוצאה הכפולה מצווה עליו לא להתכוון להרוג את האזרחים, ומתירה לו להרוג אותם אם הוא מצליח לעשות זאת.²³

22 אלה דברים שאומר כשר בתגובה על ביקורתו של דני סטטמן, כפי שהובאו במאמר דני סטטמן "מוסר המלחמה ו'עופרת יצוקה'" תכלת 38, 3 (2010), נגיש ב-www.tchelet.org.il/ article.php?id=477 (נצפה לאחרונה ב-9.5.2010). תגובתו של כשר מופיעה בסוף המאמר.

23 ראו Thomson, *Self-Defense*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 293-294; Thomson, *The Trolley Problem*, לעיל ה"ש 14. להצגה עברית שלמה יותר של הכשלים שהדוקטרינה לוקה בהם ראו דוד אנוך "מה ההבדל בין פעולות טרור לבין חיסולים?" בלי כוונה: פגיעה בחפים מפשע בזמן מלחמה בטרור 105 (ראם שגב, מרדכי קרמניצר, דוד אנוך ועידו פורת עורכים, 2007) (אנוך בוחר לעסוק דווקא במדיניות החיסולים הישראלית. בחירה זו תמוהה. השאלה העומדת על הפרק נוגעת בהבדל בין מלחמה צודקת, אשר כרוכה בהכרח בפגיעה אגבית בחפים מפשע, לבין פעולות טרור שמטרתן צודקת אף היא). הגרסה העדכנית ביותר של דוקטרינת התוצאה

הפרשנות הסטנדרטית של מוסכם המלחמה, ובפרט הפרשנות הסטנדרטית של "חסינות אזרחית", זוכה באהדה בקרב פילוסופים. אף-על-פי-כן, הקשיים הרבים שהפרשנות הסטנדרטית נתקלת בהם מצדיקים בחינה של גישה אחרת. החלק הבא מוקדש לעיון מדוקדק בפרשנות מתחרה ל"חסינות אזרחית".

ב. פרשנות הסכמית ל"חסינות אזרחית"

1. "חסינות אזרחית" כמוסכמה

אם ההבחנה בין אזרחים לבין חיילים אינה נגזרת מעובדות בדבר אחריותם האישית של יחידים או אשמתם, סביר שהיא אינה אלא הבחנה הסכמית. לגישה ההסכמית לעקרון החסינות האזרחית יש היסטוריה ארוכה ומקורות רבים. לטענתו של מוורודס (Mavrodes), למשל, כלל "החסינות האזרחית" משקף הסכמה מובלעת המשרתת את כל הצדדים השותפים למלחמה: מדינות שיש להן הנהגה פוליטית רציונלית מעוניינות לסיים סכסוכים במינימום אבדות, וקבלה הדדית של עקרון "החסינות האזרחית" היא דרך פשוטה במיוחד להגיע לכך.²⁴ ג'ף מקמהן מציע הסבר דומה: תכליתה של ההבחנה בין חיילים לבין אזרחים היא למזער את הפגיעה במי שלא עשה מעשה שמכוחו איבד את זכותו לחיים. לשיטתו, הסדר שזו תכליתו יקנה לאזרחים חסינות מפני התקפה ישירה, גם אם הם אחראים לעוול שהצד הצודק לוחם נגדו. הסיבה לכך פשוטה. ברוב המקרים מי שלוחם מלחמה נפשעת סבור כי הוא הצד הצודק, וממילא תופס חלק מהאזרחים של הצד שכנגד כאחראים לעוול שראוי להילחם נגדו. לכן ההיתר לפגוע באזרחים אלה יביא לידי פגיעה באזרחים שאחראים לניהולה של מדינה צודקת.²⁵

הכפולה הוצגה לאחרונה על-ידי ג'ף מקמהן, המציע טיעון שמגן על דוקטרינה זו ועל הגדרתן של פעולות הטרור באמצעות כוונת הטרוריסט: Jeff McMahan, *Intention, Permissibility*, *Terrorism and War*, 23 PHIL. PERSP. 345 (2009). מקמהן פותח מאמר זה בעדות שלפיה רוב הפילוסופים העוסקים באתיקה יישומית אינם מייחסים עוד שום חשיבות לדוקטרינת התוצאה הכפולה ולהבחנה בין תוצאה צפויה לבין תוצאה מכוונת.

24 ראו: George I. Mavrodes, *Convention and the Morality of War*, in INTERNATIONAL ETHICS 75 (Charles Beitz, Marshall Cohen, Thomas Scanlon & A. John Simmons eds., 1985). הצגה וניתוח טובים של עמדתו של מוורודס ניתן למצוא אצל: Jeremy Waldron, *Civilians, Terrorism, and Deadly Serious Conventions* (N.Y.U. Sch. Law, Pub. Law Res., Paper No. 09-09, 2009), available at ssrn.com/abstract=1346360.

25 בלשונו של McMahan, לעיל ה"ש 5, בעמ' 730: "It is in everyone interests that such conventions be recognized and obeyed... Given that general adherence to certain conventions is better for everyone, all have a moral reason to recognize and abide by these conventions. For it is rational for each side in a conflict to adhere to them only if the other side does". חשוב לציין כי מקמהן סבור שמשיקולים פרגמטיים על חוקי המלחמה

גם למסכת הטיעונים העשירה של וולצר בגנות הפגיעה המכוונת באזרחים יש היבט הסכמי ברור, אך הוא שונה מזה המוצע על-ידי מוורודס ומקמהן, ועקרוני יותר. כך, למשל, במאמר שכתב עם אבישי מרגלית נטען כי "מלחמה בין מדינות אסור שתהיה מלחמה טוטלית בין אומות ועמים, ואסור שתהיה מלחמת השמדה. עליה להיות מוגבלת לכוחות הלוחמים בלבד... האמצעי המכריע להגבלת טווח הלוחמה הוא סימון קו ברור בין לוחמים ללא-לוחמים. זאת היא ההבחנה המוסרית הרלוונטית היחידה שכל הצדדים צריכים להסכים עליה".²⁶ למיטב הבנתי, וולצר ומרגלית מציעים כאן הבחנה הסכמית משום שהאזרחים, לפי ניסוחם, רק מוחזקים כחפים מפשע, אף שייתכן שהם אינם כאלה באמת. החזקה נוצרת מקבלתם של חוקי המלחמה המצווים להתייחס לאזרחים כאילו הם חפים מפשע. תפיסה דומה מסבירה גם את מעמדם המיוחד של חיילים: "לוחמים מוחזקים כמי שמאמינים שמדינתם נלחמת מלחמה צודקת", אומרים וולצר ומרגלית.²⁷ הם מהווים אומנם איום, ולכן דמם מותר, אך הם מוחזקים בכל-זאת כמי שפועלים ללא זדון, ועל-כן יש להתייחס אליהם כאל מי שאינם אחראים לעוולות המלחמה. לשיטתו של וולצר, "חסינות אזרחית" מביאה לידי ביטוי ערך בסיסי של החוק הבין-לאומי, דהיינו, הגנה על עמים ועל תרבותם:

Whatever happens to [the] two armies, whichever one wins or loses, whatever the nature of the battles or the extent of the casualties, the "peoples" on both sides must be accommodated at the end.²⁸

להגן על חיילים מפני תביעה פלילית גם אם הם נוטלים חלק במלחמה נפשעת. הוא משווה בין חוקי המלחמה המחסנים חיילים מפני תביעה פלילית לבין חוק פלילי שנחקק על-סמך העמדה המוסרית שדינם של אנשים הוא מוות. מקמהן טוען כי חוק כזה עשוי לפטור את האנס מעונש מוות במטרה להגן על קורבנותיו. ככלות הכל, אם האנס יודע שהעונש הצפוי לו הוא מוות, יש לו מניע נוסף להשמיד את הראיות לפשע שביצע, כלומר, להרוג את קורבן האונס. באופן דומה, לחיילים הנוטלים חלק במלחמה לא-צודקת לא תהיה סיבה להיכנע אם ידעו כי במקרה של תבוסה הם יוצאו להורג או ייכלאו לתקופות ממושכות. חיילים כאלה צפויים להילחם עד טיפת דמם האחרונה.

26 אבישי מרגלית ומייקל וולצר "כך לא מנהלים מלחמה צודקת" הארץ 8.4.2009 www.haaretz.co.il/opinions/1.1254834 (נצפה לאחרונה ב-24.4.2011) (ההדגשה הוספה). כך אני קורא גם את ביקורתו של איגנטייף על דרכי הלחימה של טרוריסטים: "If we believe that their oppression is such that it justifies turning to violence as a last resort, then the ethics of their struggle passes out of human rights and into the rules of the laws of war. These rules expressly forbid the targeting of civilians... To be sure, this limits the struggles for freedom. You cannot fight dirty, you must take on military targets, not civilian ones..." Michael Ignatieff, *Human Rights, the Laws of War, and Terrorism*, 69 Soc. Res. 1137, 1153 (2002). הדגש במלחמה מלוכלכת מעיד על אינטואיציה הסכמית.

27 מרגלית וולצר, שם.

28 Michael Walzer, *Terrorism and Just War*, 34 PHILOSOPHIA 1, 7 (2006).

מלחמות שבהן החברה האזרחית נותרת מחוץ למשחק מאפשרות לה להשתקם בכוחות עצמה גם במקרה שצבאה מובס אחרי מלחמה נפשעת. ככלל, לפי הפרשנות ההסכמית, הרג של אזרחים פסול מבחינה מוסרית מפני שהוא מפר כלל מוסכם שמטרתו ראויה. תוקפה המוסרי של המוסכמה אינו נגזר אפוא מעובדות בדבר אחריותם המוסרית של יחידים, אלא (בדרך זו או אחרת) מן ההכרה בכך שמצב עניינים שבו הציות הכללי (או הכמעט-כללי) לה עדיף מבחינת הערכים הרלוונטיים – מזעור האלימות (מוורודס), מזעור הפגיעה בחפים מפשע (מקמהן), מזעור הפגיעה בחברה האזרחית וקידום הערך של הגדרה עצמית (וולצר), וכיוצא בהם – על כל מצב עניינים אפשרי אחר. במקום אחר אני מפתח גרסה חדשה של הפרשנות ההסכמית לחוקי המלחמה המתבססת על תיאוריה הקרויה "אמנתיות". אני מבקש להסביר שם מדוע לחיילים יש זכות מוסרית (ולא רק חוקית) להשתתף במלחמה לא-צודקת, אף שהשיקולים העומדים ביסודו של מוסכם המלחמה (המתיר להם לעשות זאת) הם שיקולים פרגמטיים.²⁹ בסעיף הבא אני מרחיב את המהלך האמנתי הזה. אני מבקש לטעון כי אף שהרציונל של הכלל המחסן אזרחים (שאחראים לעוללות הכיבוש) מפני פגיעה מכוונת הוא פרגמטי, החסינות המוקנית לאזרחים אלה היא מוסרית, ולא חוקית גרידא. כדי להציג את הקושי שהאמנתיות מבקשת להתמודד עימו, אסביר בסעיף הבא מדוע הפרשנות ההסכמית עשויה להיתפס כמתירה (היתר מוסרי) פגיעה באזרחים שאחראים לעוול שמלחמה לא-צודקת גורמת, וכיצד האמנתיות מקעקעת את התפיסה הזו.

2. הפסול המוסרי בהפרה של מוסכמה מיטבית (אופטימלית)

הקושי המאיים על הפרשנות ההסכמית ל"חסינות אזרחית" פשוט. אם ההבחנה בין חיילים לבין אזרחים היא אכן הסכמית גרידא, ואינה מתבססת על עובדות בדבר אשמה ואחריות אישית, אזי מדוע תהא הריגה מכוונת של אזרחים (להבדיל מהריגתם האגבית או מהריגה מכוונת של חיילים) חמורה במיוחד? בניסוחו של ג'רמי וולדרון, אם "חסינות אזרחית" היא מוסכמה, אזי הרג מכוון של אזרחים "is not exactly wrong in the way that murder is wrong, but wrong more as a technical matter"³⁰ ככלות הכל, ייתכן שפגיעה ישירה באזרחים תהיה הכרחית לשם השגתה של מטרה המצדיקה – לפי ההסדר הקיים – הן פגיעה בחיילים והן פגיעה עקיפה באזרחים. אכן, פגיעה מכוונת כזו עשויה להיות מוצדקת אף שמושאה הם אזרחים, ואף שהיא מהווה הפרה של מוסכמה מיטבית. בנסיבות יוצאות-דופן אלה, כך ניתן לטעון, ההגנה על הערך שהחוק מגלמו מחייבת הפרה של החוק.

29 ראו הפניות לעיל בה"ש 16 ולהלן בה"ש 33.

30 ראו Waldron, לעיל ה"ש 24, בעמ' 7.

מקמהן, כמדומה, מוכן לקבל מסקנה זו: לשיטתו, הפרה של "חסינות אזרחית" אינה פסולה כשלעצמה מבחינה מוסרית. המשקל שהוא מייחס לנורמות הנגזרות מעובדות בדבר אחריות מוסרית ואשמה מוביל אותו לתמיכה מסויגת בהרג אזרחים האחראים לעוול שראוי להכריז מלחמה נגדו. עמדתו נאחזת בפער שהפרשנות ההסכמית יוצרת בין החוק הרצוי והוראותיו בנסיבות נתונות, מחד גיסא, לבין החובה המוסרית המוטלת על יחיד הנקלע לנסיבות אלה, מאידך גיסא. ההסדר המיטבי נקבע על בסיס שיקולים שונים, שחלקם אינם רלוונטיים כלל להכרעתו המוסרית של היחיד בנסיבות נתונות: בעוד המחוקק צריך לשאול "מה יקרה אם כולם יפעלו לפי כלל זה?", היחיד צריך לבחון כל מקרה ומקרה לגופו. לדעתו, בנוגע למלחמה, ראוי שבחינה כזו תתמקד בעיקר בשאלות של אחריות מוסרית ואשמה – אותן שאלות בדיוק שחוקי המלחמה מתעלמים מהן. מסקנתו של מקמהן היא שמן החובה החוקית לציית ל"חסינות אזרחית" אי-אפשר לגזור חובה מוסרית למלא אחר הוראותיו של החוק בכל מקרה נתון. הפרת המוסכמה מותרת בשני תנאים: ראשית, הפגיעה באזרחים פרופורציונית למידת אחריותם לעוול שהצד הצודק נאבק נגדו; שנית, היא אינה פוגעת פגיעה ממשית ברמת ההיענות לחוק, ולכן אינה צפויה להגדיל את הפגיעה באזרחים שהם (באמת) חפים מפשע.³¹

אלא שלפי האמנתיות – התיאוריה שבבסיס הפרשנות ההסכמית שאציע כאן – מקמהן וההולכים בדרכו מחמיצים את החשיבות המוסרית של מוסכמות באופן כללי, ושל הכלל המחסן אזרחים במלחמה בפרט.³² כדי להבין את חומרתה המוסרית של הפרת מוסכמה

31 מקמהן מודע לכך שגם גורמים בארגוני טרור ידועים לשמצה, דוגמת החמאס ואלקעידה, משתמשים בטיעונים כאלה. אף-על-פי-כן, גם לדעתו, העובדה שדמוקרטיה מודרנית נתפסת כשלטון העם, ושהממשלה מייצגת את בוחריה ועושה שימוש בכספים המגיעים אליה מהציבור שאותו היא מייצגת, אכן יוצרת לכאורה קושי בהבחנה בין חיילים לבין אזרחים. ראו המובאות אצל: STEPHEN HOLMES, THE MATADOR'S CAPE: AMERICA'S RECKLESS RESPONSE TO TERROR 52 (2007). בהקשר זה מעניינת הערתו של סת לזר (Lazar, לעיל ה"ש 16, בעמ' 211): "Although [McMahan] tries to rebut bin Laden's arguments, their similarity to his own is inescapable: American noncombatants are permissible targets because they are responsible for the wars that their governments fight. They vote for those governments, pay the taxes that buy the weapons, produce, sustain and support the combatants who do the fighting. McMahan responds that bin Laden's argument is flawed... responsibility must rise to a higher level to justify liability..." "The claim about responsibility thresholds is inconsistent (שם, בעמ' 212): with McMahan's other arguments, according to which even a slight degree of moral responsibility is sufficient for liability. [Thus,] if the liability bar is raised to protect noncombatants, it will also protect many combatants"

32 גם הנרי שו דוחה את עמדתו של מקמהן על בסיס תובנה זו, אלא ששו אינו מספק לכך טעמים טובים. "But we do not have to choose, in ordinary life, between what the morally best laws permit and require and what morality permits and requires, because morality requires that, where we need laws, we formulate the best laws and then follow them"

הוגנת, עלינו לפנות למסורת של האמנה החברתית (ששניים מאבותיה המפורסמים הם תומס הובס וג'ון לוק).³³ העיקרון המנחה את האמנתיות ניתן לניסוח כך: הפרה של חוק יעיל והוגן שרמת ההיענות לו גבוהה היא הפרה של זכות מוסרית של אותם פרטים שהחוק מגן עליהם בנסיבות אלה. בפרט, אם כלל "החסינות האזרחית" הוא כלל יעיל והוגן שרמת ההיענות לו גבוהה, כִּי־אז יש לאזרחים, באשר הם אזרחים, תביעה מוסרית נגד התקפה ישירה במלחמה. המוסכמה אינה רגישה למידת אחריותם לעוול שהמלחמה גורמת, ולכן הרג מכוון של אזרחים הוא הפרה של זכותם המוסרית לחיים, גם אם הם אחראים לעוול שהמלחמה גורמת.

כדי להבין מהו "כלל יעיל והוגן שרמת ההיענות לו גבוהה", נתבונן על מקרה פשוט. חוקי התנועה הם דוגמה מובהקת להסדר שקבלתו משרתת את האינטרסים של כל הנוגעים בדבר, ואשר ההכרה בקיומו של אינטרס משותף מסבירה את ההיענות הגורפת שהקוד הזה זוכה בה. כלומר, מדובר במערך כללים "יעיל", משום שכל הפרטים באוכלוסייה נהנים מהיתרונות שהנהיגה בכבישים מקנה, וזו, בתורה, אפשרית רק משום שהיא מתנהלת לפי כללים שרוב הפרטים פועלים לפיהם.

אלא שהתיאור שלפיו חוקי התנועה משרתים את האינטרס של הפרטים באוכלוסייה מחייב הבהרה. חשבו, למשל, על הכלל המורה על נסיעה בימין הכביש. נהג משאית נוסע לו בימין הכביש, כנדרש. לפתע הוא מגלה כי אם לא יסטה מייד לצד השמאלי, הוא עתיד להתדרדר לתהום. אולם ממש לפני שהוא עושה כן, הוא מבחין ברכב הבא מולו, ומבין שאם יסטה לשמאל, הוא ימחץ את הרכב המתקרב ויגרום למותו של הנוהג בו (להלן יכונה מקרה זה "תאונה 1"). במקרה כזה הציות לחוקי התנועה פוגע באחד הצדדים הנוגעים בדבר. עם זאת, אין ב"דוגמה נגדית" זו כדי להפריך את הטענה כי ההיענות לחוקי התנועה (ובפרט

where they apply. We can take the morally best action by obeying the morally best law, where we ought to follow a law". Henry Shue, *Do We Need a "Morality of War"?* in JUST AND UNJUST WARRIORS: THE MORAL AND LEGAL STATUS OF SOLDIERS 91 (David Rodin & Henry Shue eds., 2008). הקושי ברור: שו סבור כי החוק המיטבי מצווה על פרטים המשתייכים למיעוט לאומי הסובל מכיבוש נפשע לכבד את הכלל המחסן אזרחים, אף שציות לכלל זה מנציח את אי־הצדק שממנו הם סובלים; לאמור, החובה לציית ל"חסינות של אזרחים" מוטלת על פרטים המשתייכים לקהילה לאומית אחת מפני שהוא מגן בצורה הטובה ביותר על רווחתן ועצמאותן הלאומית של קהילות אחרות. כפי שיודגש להלן, דרישה זו אינה הוגנת.

33 האמנתיות, שבאמצעותה אני טוען לטובת תוקפו המוסרי של מוסכם המלחמה המקובל, מוצגת באופן ראשוני במאמרי *The War Convention and the Moral Division of Labour*, לעיל ה"ש 16. כמו מונחים רבים בפילוסופיה, גם המונח "אמנתיות" הוא רב-משמעי. הגרסה שפיתחתי נסמכת בעיקר על העמדה היומיאנית של לואיס: DAVID LEWIS, CONVENTION: A PHILOSOPHICAL STUDY 97 (1969). לתגובה חלקית ולא-מספקת ראו McMahan, *Killing*. לעיל ה"ש 10, פרק 2. לתגובתי על תגובה זו ראו: Yitzhak Benbaji, *The Moral Power of Soldiers to Undertake the Duty of Obedience*, ETHICS (forthcoming).

לכלל המורה על נהיגה בצד ימין) משרתת את האינטרס של כל הצדדים הנוגעים בדבר. כלל עשוי להיות יעיל גם אם לאחר מעשה (ex post) מסתבר שהציות לו פוגע באחד הצדדים פגיעה אנושה. במונחים מעט טכניים יותר, כלל R יעיל אם הוא מקיים את התנאי הבא: R מהווה חלק מהסדר שהיה מתקבל על-ידי כל יחיד X באוכלוסייה נתונה אילו היה X מחוקק שבידיו הסמכות לקבלו או לדחותו לפני מעשה (ex ante) ו-X היה מעוניין אך ורק בקידום האינטרסים שלו.

עכשיו נניח שהכלל המורה על נהיגה בימין הכביש יעיל במובן שהוגדר לעיל. מכך נובע שמקרים מסוג תאונה 1 נדירים עד כדי כך שלפני מעשה היו גם נפגעים-בכוח מעדיפים מצב עניינים שבו יש מערך כללים אחיד שמסדיר את ההתנהגות בכביש באופן מסוים זה, ואשר זוכה בהיענות גבוהה, על מצב חלופי שבו אין מערך כללים כזה. אומנם חלק (קטן) מהפרטים באוכלוסייה עלולים להיפגע כתוצאה מהציות לחוקי התעבורה, שכן הם עלולים להיקלע למצבים שבהם הציות לכלל יגרום להם נזק רב יותר מהרווח המצטבר שהניב להם הציות בעבר. קבלתם של חוקי התעבורה כרוכה אם כן בהימור מסוים, אשר עלול להסתבר כמאוד לא-מוצלח לגבי חלק מהפרטים השותפים להסדר. אף-על-פי-כן, לפני מעשה ברי כי רמת היענות גבוהה לכללים אלה משרתת את האינטרס של כולם.

כאמור, לפי האמנתיות, לעובדה שהכלל המצווה לנהוג בימין הכביש זוכה ברמת היענות גבוהה יש חשיבות מוסרית מכרעת. כדי להבין מדוע, נתבונן שוב על תאונה 1. כזכור, אתה נוהג במשאית, ומתברר שאם לא תפר את החוק המצווה על נהיגה בימין הכביש, תידרדר לתהום. אולם אם תסטה לשמאל, תמחץ את הרכב שמולך ותגרום למותו של הנוהג בו. בנסיבות כאלה החוק המחייב אותך לנהוג בצד ימין מקנה לנהג שבא מולך זכות מוסרית (ולא חוקית בלבד) שתציית לו. במקום אחר אני טוען כי מקורה של הזכות המוסרית במצבים מעין אלה הוא ציפיות חברתיות מנומקות.³⁴ בפרט, הנהג שנוסע מולך יודע כי רמת היענות לחוקי התנועה גבוהה, ולפיכך הוא מצפה שגם אתה תיענה להם, אפילו בנסיבות האומללות שאליהן נקלעת. אם כן, יעילותו של החוק, וכפי שנראה להלן גם הגינותו, מולידות את התביעה המוסרית לקיימו. דומה שאם מחצת את הנהג למוות בכוונה, הפרת את זכותו לחיים.

נחשוב עתה על מקרה הפוך (להלן: תאונה 2): בעודך נוהג במשאית בנתיב הימני כחוק, אתה מבחין שהנהג המגיע מולך נוסע בנתיב שלך. כדי להימנע מפגיעה בו, אתה סוטה לנתיב השמאלי. אלא שממש לפני שאתם חולפים איש על-פני רעהו, אתה מבין שאם לא תממש את זכותך החוקית ותשוב לנהוג בנתיב הימני, תידרדר בעצמך לתהום. כדי להגן על עצמך מפני מוות בטוח אתה חוזר לנתיב הימני ומוחץ למוות את הנהג שנוסע בנתיב המיועד לך. במקרה כזה, ובניגוד למקרה הקודם, אין בהתנהגותך משום פגיעה בזכותו לחיים.

34 ראו מאמרי *The Moral Power of Soldiers to Undertake the Duty of Obedience*, שם.

שימו לב שהאינטואיציה בתאונה 2 – מקרה שבו אתה מממש את זכותך החוקית ובכך גורם בכוונה למותו של אדם – אינה מתבהרת בזיקה להבחנה שבין גרימת מוות במעשה לבין גרימת מוות במחדל, שכן יש לך הזכות (כלומר, לא מוטלת עליך החובה לא) לחזור לנתיב הימני, גם אם ברי כי במימושה של זכות זו תגרום באופן פעיל למות העברייני. ניתן אולי להסביר אינטואיציה מוסרית זו במונחים של הגנה עצמית. הנהג מספן אותך, אין לו זכות מוסרית לעשות כך, ומכאן שמותר לך להורגו. אלא שהקביעה כי אין לו הזכות המוסרית לסכן אותך קשורה באופן מושגי לזכויות שהמוסכמה המקובלת מקנה לך; היא נגזרת מכך שאין לו זכות חוקית לסכן אותך בניסיונות הללו. הנהיגה בכביש כרוכה ביצירת סיכונים שהחוק מתיר. כאשר אדם נוהג על-פי חוק, הוא אינו מאבד את זכותו לחיים אף שהוא יוצר סיכון שעלול לגרום למוות.³⁵ לסיכום, היענות גורפת לכללים יעילים והוגנים מולידה זכויות מוסריות. הפרתם של כללים אלה פוגעת בזכותם המוסרית של מי שאמורים ליהנות מהם, ומקנה לקורבנות תביעה מוסרית כנגד המפר.

האמנתיות רואה בשיפוט האינטואיטיביים על-אודות תאונה 1 ותאונה 2 תשתית פילוסופית לפרשנות ההסכמית של איסור הפגיעה המכוונת באזרחים בשעת מלחמה. כפי שנרמז לעיל, הכלל של "חסינות אזרחית" הוא מוסכמה שרירותית בשני מובנים מובחנים: ראשית, הוא אינו בהכרח ההסדר היחיד שעשוי לממש את מטרות ההסדר, כלומר, ייתכן בהחלט שמטרות אלה יושגו גם תחת הסדר אחר;³⁶ ושנית, הוא עומד בסתירה לנורמות הנגזרות מעובדות בדבר אחריות אישית ואשמה מוסרית, שכן הוא מקנה חסינות מפני התקפה מכוונת גם לאזרחים שתרומתם לאותו עוול שראוי להילחם נגדו וזה לתרומתם של

35 הנה דוגמה שאמנתיות מפרשת בדרך זו: השוו בין רופא המפר את זכותו של אדם הזקוק לסיוע רפואי בניסיונות שבהן הנורמה המקובלת מצווה עליו להגיש סיוע רפואי לבין רופא שנוהג באותו אופן בניסיונות שבהן הנורמה אינה תובעת ממנו לסייע (משום שהוא בחופשה מחוץ למולדתו, לדוגמה). במקרה השני אין כמעט משמעות מוסרית למחדלו של הרופא.

36 חשבו על מסמך "רוח צה"ל" הישן, המציע כלל שאינו מבחין בין חיילים לבין אזרחים. המסמך מורה לחייל לעשות כל שביכולתו "כדי למנוע פגיעה שלא לצורך בחיי אדם, בגופו, בכבודו וברכושו... הן בחיילים, הן באזרחים". דני סטטמן, ממתנגדיו החריפים של המסמך, מודה כי זהו נוסח תובעני ביותר בכל הנוגע בפגיעה בחיילי אויב, וכי הוא אינו מקובל בצבאות אחרים, שאינם נוטלים על עצמם מחויבות לבדוק אם כל פגיעה בחיילי אויב היא "לצורך". "אלא שדרישה חמורה זו [לא לפגוע לא לצורך בחיילים ובאזרחים] נקנית במחיר גישה מתירנית ביותר... בכל הנוגע לפגיעה באזרחים. לפי הנוסח הישן, אם יש צורך בכך, כלומר אם הדבר מקדם את מימוש מטרות הפעולה, אזי מותר לפגוע – במתכוון ובאופן ישיר! – באזרחים, בדיוק כפי שמותר לפגוע במתכוון ובאופן ישיר בחיילים. נוסח זה כופר אפוא באחת ממושכלות היסוד של מוסר הלחימה, המקובלת הן בתורת המלחמה הצודקת והן במשפט הבינלאומי: ההבחנה בין מעמדם של חיילים לזה של אזרחים." סטטמן מודה, עם זאת, שכלל המתיר לחיילים לפגוע בחיילים ובאזרחים רק במקרים של צורך הוא כלל מרסן; מלחמה שבה כל הצדדים מצייתים למסמך רוח צה"ל הישן אינה מלחמה טוטלית בשום מובן מעניין. ראו סטטמן, לעיל ה"ש 22.

חיילים, אשר דמם במלחמה מותר. אלא שאחד הגורמים הקובעים את טווח הזכויות והחובות המכוננות הלכה למעשה את זכותו של היחיד לחייו הוא הציפיות הנוצרות מכוח ההיענות הגבוהה לכללי התנהגות יעילים והוגנים. לכן מקום שיש ציפייה חברתית סבירה מבחינה מוסרית שאזרחים יהיו מחוסנים מפני פגיעה מכוונת, הפגיעה המכוונת בהם כולם, כמו גם הפגיעה המכוונת אך המובחנת רק באזרחים לעוולות המלחמה, כרוכות שתיהן בהפרה של זכות מוסרית. לעומת זאת, יש הבדל עמוק בין פגיעה באזרחים אלה לבין פגיעה בחיילים (אפילו אלה הנוטלים חלק במלחמה צודקת). מכאן חומרתה של הפגיעה המכוונת באזרחים בנסיבות שבהן כלל "החסינות האזרחית" הוא היבט של הסדר יעיל והוגן.

שימו לב שהאמנתיות אינה מבקשת לבסס איסור מוחלט של הרג מכוון של אזרחים במלחמות רגילות. בתנאים מסוימים תיתכן הצדקה (תוצאתנית כמו גם דאונטולוגית מתונה) להפרה של כללי התנהגות גם אם הם מקובלים, יעילים והוגנים. יתר על כן, האמנתיות אינה מחויבת לטענה שאין הבדל מוסרי בין פגיעה באזרחים חפים מפשע לבין אזרחים שנושאים באחריות לעוולת המלחמה; אדרבה, ייתכן שהזכות המוסרית המוקנית לאזרחים שאחראים לעוול שהצד הצודק לוחם נגדו אינה כבדת-משקל במיוחד. אם כך, יש הבדל של ממש בין פגיעה באזרח שאחראי לעוול שמצדיק יציאה למלחמה נגדו לבין פגיעה באזרח שאינו אחראי לעוול שמותר וראוי ללחום נגדו. הפרשנות ההסכמית מסבירה את מקור הזכות המוסרית המוקנית לאזרחים במלחמה, אך אין היא קובעת את משקלה. היא מסבירה מדוע הפרה של מוסכמה זו כרוכה בהפרה של זכות מוסרית המוקנית לפרטים (אף אם הם נושאים באחריות לעוול שראוי להילחם נגדו). היא מסבירה, במילים אחרות, מדוע פגיעה מכוונת באזרחים שאחראים לעוול שהצד הצודק נלחם נגדו כרוכה בהפרה של זכות מוסרית כמו פגיעה מכוונת באזרחים אשר חפים מכל אחריות לעוול זה ומכל אשמה בגינו. לכן, גם כאשר יש הצדקה תוצאתנית/דאונטולוגית מתונה להרג ישיר של אזרחים, הרג זה יהיה כרוך בהפרה של זכות מוסרית המוקנית לפרט שכלל "החסינות האזרחית" מגן עליו.

הספק העמוק המתעורר בעקבות הביקורות הידועות נגד הפרשנות הסטנדרטית ל"חסינות אזרחית" (שהוצגו בקצרה בחלק הראשון) הופך את הפרשנות ההסכמית, ואת הבסיס האמנתי המוצע לה כאן, לחלופה מפתה במיוחד. החלק הבא עוסק ביתרון חשוב נוסף של הפרשנות ההסכמית. כפי שנראה מייד, היא מאפשרת טיפול שונה ומעניין בהפרה של "חסינות אזרחית" במלחמות-עצמאות אסימטריות.

ג. הגינות של כללים, חסינות של אזרחים ומלחמות-עצמאות אסימטריות

חלק זה מניח אפוא שאמנתיות באופן כללי, ובפרט הבסיס האמנתי לפרשנות ההסכמית ל"חסינות אזרחית", נכונים. אנו מניחים, במילים אחרות, שהפרשנות ההסכמית מתארת נכון את הזיקה שבין הכלל המחסן אזרחים מפני פגיעה מכוונת, מחד גיסא, לבין זכויותיהם וחובותיהם המוסריות של יחידים שכלל זה חל עליהם, מאידך גיסא. בחלק זה נבחן את הטענה הבאה: ייתכן שההסדר המחסן אזרחים מפני פגיעה ישירה ומכוונת הוא הוגן

בהקשר של מלחמות סימטריות, אבל לפחות בחלק ממלחמות העצמאות שתורת המלחמה הצודקת אמורה להתיר, פערי הכוחות אינם מותרים שום סיכוי לצד הנאבק למען בית לאומי להשיג ניצחון צבאי.³⁷ מהפרשנות ההסכמית נובע שבמלחמות כאלה אין להסדר המבוסס על "חסינות אזרחית" תוקף מוסרי, משום שהוא מקפח באופן שיטתי את הצד החלש ו/או מנציח פערים לא-הוגנים בין הצד החזק לצד החלש.

הדיון להלן, שנועד להבין טענה זו ולהתמודד איתה, פותח בניסיון לאפייין (באופן חלקי בלבד) הֶסְדְרִים לא-הוגנים, ומבקש להסביר מה הופך אותם לכאלה. הוא נמשך בתיאורן של מלחמות-עצמאות שמקיימות את תנאי האסימטרייה, כלומר, מלחמות שבהן כלל "החסינות האזרחית" מקפח באופן שיטתי את הצד החלש ומנציח את הפערים לרעתו של צד זה. הדיון מסתיים בניסוחו של כלל הסכמי חלופי שאכנה אותו "חוקת החפזות הכללית". כפי שאראה, כלל זה נגזר ישירות מחוקי המלחמה הנוהגים, ומסדיר באופן יעיל והוגן לפחות חלק מהמלחמות שבהן קורסות ההבחנות בין חיילים לבין אזרחים ובין מטרות צבאיות לבין מטרות אזרחיות.

1. הערות מקדמיות על-אודות הוגנות של כללים

הדיון בתאונה 1 ובתאונה 2 לעיל מלמד כי במקרים יוצאי-דופן ציות להוראותיו של כלל יעיל שרמת ההיענות לו גבוהה עלול לפגוע באינטרס של אחד הצדדים. עם זאת, הדגשנו כי אין בכך כדי להעיד על אי-יעילות. יעילותו של הֶסְדֵר, כך טענו, מוגדרת ביחס ליתרונות הצפויים לצדדים מהיענות כללית לו לפני מעשה, ולא לאחר מעשה. אומנם, ייתכן מאוד שבדיעבד היו לפחות חלק מהשחקנים מוכנים לוותר על הרווח המצטבר שהפיקו מהיענות להוראותיו של הכלל הרלוונטי, ובלבד שתוקנה להם הזכות להפר את הכלל בנסיבות הטרגיות שאליהן נקלעו עכשיו. אולם אין בכך כדי לסתור את יעילותו של הכלל.

דברים דומים נכונים גם בנוגע להוגנות של כללים. בנסיבות מסוימות ההיענות לכלל נתון עלולה להוביל לקיפוחו של אחד הצדדים. במובן ברור מצאנו שכך קורה הן בתאונה 1 והן בתאונה 2, שם החוק מקפח את הנהג המפר את הכלל (קרי, מי שנוהג בנתיב השמאלי), גם אם יש לו טעמים טובים מאוד להפר את החוק. בשני המקרים הנהג מפר את החוק ללא אשם ולכן הפלייתו לרעה אינה הוגנת, משום שאי-אפשר להצדיקה באמצעות עובדות בדבר אחריות אישית ו/או אשמה (זו, כמובן, הנחה חשובה להבנת מושג ההוגנות שבו אני משתמש להלן). עם זאת, הֶסְדֵר המורה על נהיגה בימין הכביש אינו בלתי-הוגן, משום שהוא

37 בלשונו של Gross, לעיל ה"ש 5, בעמ' 199, הדרישה המופנית ללוחמי-חופש לא לפגוע במטרות אזרחיות חשופה לביקורת מיידית: "In one sense, this [the prohibition on targeting civilians] seems hopelessly naïve particularly when a group cannot take on military targets because there is none in range or they are too well protected"

מקיים שני תנאים: (א) ניתן לדעת לפני מעשה שרק בנסיבות יוצאות-דופן ציות לכללים מקפח את אחד הצדדים על לא עוול בכפו; (ב) לפני מעשה מערך הכללים המסדיר תנועה בכבישים אינו מזהה – ואינו יכול או אף אמור לזהות – את הצד המקופח. כלומר, אין בקבלתו משום קיפוח שיטתי של אחד הצדדים.

היבט חשוב נוסף של הסדרים שאתאר כהוגנים ניתן להצגה דרך התיאוריה של מוורודס. לדידו, עקרון החסינות האזרחית תקף משום שהוא משרת הסדר כללי יותר שמטרתו היא הגבלת האלימות במלחמה. אולם, כפי שמוורודס עצמו מודה, מטיעון זה נובע שהכלל הרלוונטי המיטבי הוא שסכסוכים יוכרעו באמצעות דו-קרב בין שני נציגים נבחרים – אחד מכל צד. ככלות הכול, תחת הסדר כזה הייתה תכליתו – סיום הסכסוך במינימום אבדות בנפש – ממומשת בצורה הטובה ביותר. סיפור המלחמה בין בני-ישראל לבין הפלשתים בתקופתו של המלך שאול, שלפיו הפלשתים מזמינים את בני-ישראל לבחור נציג שיילחם בג'ליט, הוא מקור הראיה להסדר שלפיו הצדדים מסכימים שהדו-קרב ביניהם יקבע את תוצאות הסכסוך ביניהם. לדידו של מוורודס, הנימוק היחיד לכך שמוסכמת דוד וג'ליט אינה מקובלת כדרך לסיים סכסוכים הוא שסביר להניח שהצדדים לא יכבדו אותה.

אלא שמוורודס מחמיץ את אחת הסיבות לכך שצדדים התרים אחר הסדר הוגן אינם צפויים לכבד הסכם כזה, והיא שמוסכמת דוד וג'ליט משוללת היגיון מוסרי משום שהיא אינה רגישה לשיקולים של צדק. מדינות הגונות (המבקשות לאכוף את האיסור החל על פשע התוקפנות) יודעות מראש כי במקרים רבים המוסכמה עלולה לחייב מדינה להיכנע גם אם יש לה עילה צודקת להמשך המלחמה וסיכוי טוב לנצח במלחמה זו. במילים אחרות, ניתן לדעת מראש שקבלת המוסכמה תשנה באופן אקראי לגמרי – וללא שום זיקה לצדקת המלחמה של מי מהצדדים – את סיכויי הניצחון שלהם. הסדרים שאתאר כהוגנים נמנעים מלקבוע כללים מסוג זה.³⁸

נשוב אפוא אל אותו ענף של תורת המלחמה הצודקת המכונה "צדק בלחמה" (*jus in bello*), ונבדוק אותו לאור המבחנים שהוצגו לעיל. "צדק בלחמה" אוסר פגיעה ישירה באזרחים אף אם הם אחראים במידה כזו או אחרת לעוול שהצד הצודק לוחם נגדו. במקביל, אותו הסדר עצמו מתיר פגיעה בחיילים הנוטלים חלק במלחמה, אף אם אין להם אחריות ישירה לעוול שהצד הצודק נלחם נגדו, ואפילו הם משתייכים לצד הצודק עצמו. ברור אפוא

38 מוורודס עצמו מציע אילון דומה: "...[a] statesman [must believe] that if... a convention were to come into force his own nation could expect to win and lose such combats in about the same proportion as it could now expect to win and lose ordinary wars. The same types of questions would be settled by such combats as would otherwise be settled by war (though perhaps more questions would be submitted to combat than would be submitted to war), and approximately the same resolutions would be arrived at" (Mavrodes, לעיל ה"ש 24, בעמ' 83. למרבה ההפתעה, הוא אינו משתמש באילון זה כדי להסביר מדוע למוסכמת דוד וג'ליט אין סיכוי להתקבל).

שְׁהֶסְדֵּר כִּזֶּה עֵלּוּל לְהִתִּיר אִי-צֶדֶק. בְּרֵם, "צֶדֶק בְּלִחִימָה" הוּא הֶסְדֵּר הוֹגֵן אִם (בְּדוּמָה לְמַעַרְךְ הַכִּלְלִים הַמְסֻדָּר אֶת הַתְּנוּעָה בְּכַבִּישִׁים) הוּא אֵינוֹ מִקְפָּח בְּאֹפֶן שִׁיטְתִי אֶת אֶחָד הַצַּדְדִּים הַלּוֹחֲמִים, אִם הֵיעֵנּוֹת גּוֹרֶפֶת לוֹ צְפוּיָה לְהִקְטִין אֶת מְמַדֵּי הַפְּגִיעָה בַּחֲפִים מִפְּשַׁע בְּמִלְחָמוֹת, וְאִם בְּנִיגוּד לְמוֹסְכֵמֶת דּוֹד וְגֻלְיָת, מְדִינּוֹת רִשְׁאִיוֹת לְהִנִּיחַ (לְפָנֵי מַעֲשֵׂה) שְׁהֶסְדֵּר זֶה אֵינוֹ מִשְׁנֵה בְּאֹפֶן אִקְרָאִי אֶת סִיכוּיֵי שֶׁל הַצַּד הַצּוֹדֵק לְנִצָּח. כְּלוֹמֵר, הֶסְדֵּר שֶׁמַּחֲסֵן אֲזֵרְחִים מִפְּנֵי פְּגִיעָה וּמוֹצִיא אֶת הַחֲבֵרָה הָאֲזֵרְחִית מִחוּץ לְמִשְׁחָק מִתְקַבֵּל עַל-סִמְךְ הַהֲנַחָה שֶׁבְּרֹב הַמְקָרִים נִיצָחוֹן בְּמִלְחָמָה טוֹטְלִית (מִלְחָמָה שֶׁבָּהּ דָּמָם שֶׁל אֲזֵרְחִים מוֹתֵר) הוּא פּוֹנֵקְצִיָּה שֶׁל כּוֹחַ צְבָאִי. הַנַּחַת הַהֶסְדֵּר הֵיא שֶׁבְּרֹב הַמְקָרִים מִי שֶׁהִפְסִיד בְּהַתְּנַגְּשׁוֹת צְבָאִית שֶׁבָּהּ אֲזֵרְחִים מוֹגְנִים מִפְּנֵי הַתְּקֵפָה מְכוּוֹנָת הֵיא מִפְּסִיד גַּם בְּמִלְחָמָה שֶׁבָּהּ אֲזֵרְחִים הִיוּ מִטְרוֹת לְגִיטִימִיוֹת. הַנַּחָה זֹאת נִרְאִית לִי סְבִירָה לְגַמְרִי. אֹמְנָם, בְּכָל רֵגַע נִתּוֹן גּוֹרְמִים נוֹסְפִים מְלַבֵּד כּוֹחוֹ שֶׁל הַצְּבָא מִשְׁפִּיעִים עַל סִיכוּיֵי הַנִּיצָחוֹן שְׁלוֹ. אֶף-עַל-פִּי-כֵן, לְפָנֵי מַעֲשֵׂה הַמַּחֲוֹקֵק רִשְׁאִי לְהִנִּיחַ שְׁכוֹחַ צְבָאִי הוּא הַגּוֹרֵם שֶׁקּוֹבַע אֶת סִיכוּיֵי הַנִּיצָחוֹן, מִשׁוֹם שֶׁכֵּךְ הֵם פְּנֵי הַדְּבָרִים בְּרֹב הַמְקָרִים (לְשֵׁם הַשׁוּאָה, סִיכוּיֵי הַנִּיצָחוֹן בְּמִשְׁחָק שֶׁחֲמַט הֵם פּוֹנֵקְצִיָּה שֶׁל גּוֹרְמִים רַבִּים וְשׁוֹנִים, אֹלָם יִתְרוֹן חוֹמְרִי – הַנְּגוֹז מִמְּסַפֵּר הַכִּלִּים שֶׁעַל הַלּוֹחַ וּמְאִיכוֹתָם – מִנְּבִא הֵיטֵב מִי יִנְצַח בְּמִשְׁחָק). הֶסְדֵּרִים שֶׁאֲתָאֵר כַּהוֹגְנִים מְקִיִּימִים תְּנָאִי נוֹסֵף הַעוֹמֵד בְּזִיקָה הַדּוֹקָה לְתַנְאִי הַקּוֹדֵם: הֵם אֵינָם מוֹכְתָבִים עַל-יְדֵי פְּעָרִים לֹא-הוֹגְנִים, וְהֵיעֵנּוֹת לָהֶם אֵינָה תוֹרֵמֶת לְהַנְצַחְתָּם שֶׁל פְּעָרִים כֹּאֲלֵה. אֹמְנָם, הַמּוֹשֵׁג "פְּעָר לֹא-הוֹגֵן" אֵינוֹ בְּרוּר לְגַמְרִי, וּבִסְפּוֹרוֹת שְׁדֵנָה בְּאִיִּדִיָּאֵל "הַצֶּדֶק כַּהוֹגְנּוֹת" שֶׁפִּיתַח גְּיוֹן רוֹלְס (justice as fairness) נְטוּשׁ וִיכוּחַ עַר בִּיחַס לְתוֹכֵנוּ וְלַהִיקְפוֹ שֶׁל מוֹשֵׁג זֶה.³⁹ אֶף-עַל-פִּי-כֵן, טַעֲנָה רוּחַת וּמְקוֹבֵלֶת בִּסְפּוֹרוֹת הֵיא שֶׁהוֹגְנּוֹת הֵיא הֵיבֵט סִיּוּדֵי שֶׁל כָּל חוּזָה שִׁישׁ לוֹ תוֹקֵף מוֹסְרִי. דֵּהֵינּוּ, קְבֵלָה שֶׁל תְּנָאִי הַחוּזָה מַחִיִּבֶת – כְּלוֹמֵר, מֵהוּוֵה וִיתוֹר הַדְּדִי עַל זְכוּיּוֹת מוֹסְרִיוֹת – רַק אִם תְּנָאִי הַפְּתִיחָה שֶׁמִּתּוֹכָם צְמַחָה הַהֲתַקְשְׁרוֹת הַחוּזִית בֵּין הַצַּדְדִּים הֵם הוֹגְנִים. בְּהַתְּקִיִּים תְּנָאִי פְּתִיחָה הוֹגְנִים, הַתְּקִשְׁרוֹת חוּזִית מַחִיִּבֶת מְכוּחוֹ שֶׁל הַצֶּדֶק הַפְּרוּצְדוֹרְלִי שֶׁל הַהֲלִיךְ שֶׁהוֹבִיל אֵלֶיהָ. בְּמִלִּים אַחֲרוֹת, אִם תְּנָאִי הַפְּתִיחָה הוֹגְנִים, הַהֲתַקְשְׁרוֹת הַחוּזִית מַחִיִּבֶת אִם הַהֶסְכֵּם הַתְּקַבֵּל מִרְצוֹנָם הַחוֹפְשִׁי שֶׁל הַצַּדְדִּים וּמִתּוֹךְ מוֹדַעוֹת מְלֵאָה שֶׁלָּהֶם לְעוֹבְדוֹת הַרְלוּוֹנְטִיוֹת. עִם זֹאת, גַּם תוֹקֵפוֹ הַמוֹסְרִי שֶׁל חוּזָה כִּזֶּה עֵלּוּל לְהִשְׁחָק הֵיכֵן שִׁיחֲסִי הַכּוֹחַ בֵּין הַצַּדְדִּים הַשְּׁתָּנוּ בְּאֹפֶן קִיצוּנִי:

39 ראו: JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971). לדיון הער סביב שאלת הפערים הלא-הוגנים ראו, למשל: John Rawls, *Social Unity and Primary Goods*, in UTILITARIANISM AND BEYOND 159 (Amartya Sen & Bernard Williams eds., 1982); Ronald Dworkin, *What is Equality, Part I: Equality of Welfare*, 10 PHIL. & PUB. AFF. 185 (1981); G.A. Cohen, *On the Currency of Egalitarian Justice*, 99 ETHICS 906 (1989); Richard J. Arneson, *Equality and Equal Opportunity for Welfare*, 56 PHIL. STUD. 77 (1989).

...in the absence of regulatory institutions of the right kind, the conditions for free and fair agreements will be eroded over time through the uncoordinated interaction of agents.⁴⁰

הסכם המסדיר שימוש בכוח בחברה הבין-לאומית הוא דוגמה טובה להתקשרות חוזית שמעמדה המוסרי תלוי-הקשר. במצב שבו אי-השוויון במשאבים ובכוח הצבאי בין מדינות אינו עמוק במיוחד, ההסדר הקיים – שאוסר תוקפנות ומתיר רק מלחמות-מגן ("צדק של המלחמה"), מחד גיסא, ואשר מחסן אזרחים מפני פגיעה ישירה במלחמה ("צדק בלחימה"), מאידך גיסא – אכן משמר סטטוס-קוו הוגן. לעומת זאת, במצב שבו יחסי הכוחות בין מדינות הם בלתי-שוויוניים בעליל, הסדר זה עלול לתפקד כמעין הסכם שבמשתמע בין אדונים לעבדים. האדונים מתחייבים לא להפעיל אלימות או כפייה, ובתמורה העבדים מתחייבים למלא אחר רצונותיהם של האדונים ולציית לדרישותיהם.⁴¹ הנמשל פשוט: במצב של פערי כוחות קיצוניים בין מדינות אינטרסנטיות ותאבות כוח, "צדק של המלחמה" יאפשר למדינות חזקות לבזוז משאבי-טבע, לנצל עובדים מהעולם השלישי, לשחד שליטים מושחתים של מדינות נחשלות ומוכות-עוני, ולגרום למהפכות במדינות שמשטרן בלתי-יציב, מבלי שיראה פעולה מפעולות אלה כעוול המצדיק יציאה למלחמה.⁴² "צדק בלחימה" עלול להוות היבט אחר של הסדר דכאני זה. הוא מאפשר למדינות חזקות להגן על עצמן מפני תגובה צבאית על נזק שהן מסיבות למדינות החלשות, מבלי לסכן את אזרחיהן. נוסף על כך, הוא מאפשר למדינות חזקות לאיים בהתערבות בכוח בענייניהן הפנימיים של מדינות חלשות, שוב מבלי לסכן את אזרחיהן. כלומר, הוא קובע תג מחיר נמוך לשימוש בכוח, וממילא גם לאיום בשימוש בכוח, ובכך מקבע ומעמיק פערים לא-הוגנים בין מדינות חזקות לחלשות.

חשוב להבחין בין יעילות לבין הוגנות: גם אם פערי הכוחות בין מדינות תאבות כוח הם קיצוניים, ייתכן שההסדר בין האדונים לעבדים הוא הסדר יעיל. שני הצדדים צפויים להרוויח ממנו, משום ששניהם ישלמו מחיר כבד אם וכאשר ידרש שימוש בכוח לשם שימורם של פערי הכוחות. אף-על-פי-כן, הסדר שאוסר תוקפנות, שמתיר אך ורק מלחמות-מגן ואשר מחסן אזרחים מפני פגיעה ישירה במלחמה אינו הוגן אם הוא מקבע פערים לא-

40 ראו: Miriam Ronzoni, *The Global Order: A Case of Background Injustice?* 37 PHIL. & PUB. AFF. 229, 238 (2009).

41 הדוגמה מופיעה אצל: DAVID GAUTHIER, *MORALS BY AGREEMENT* ch. 7 (1987).

42 ראו: THOMAS W. POGGE, *REALIZING RAWLS* pt. 3 (1989), הטוען כי החוק הבין-לאומי מאפשר למעצמה "[to] force weak states to change their government... to 'request' or 'accept its military bases and advisers... to open their doors for its exports...' שם, בעמ' 226.

הוגנים בין הצדדים. הסדר כזה עלול להקל את ניצולם המתמשך של אזרחים במדינות חלשות לטובת השמירה על רמת חייהם הגבוהה של אזרחים במדינות חזקות.⁴³ הפרשנות ההסכמית (הנסמכת על האמנתיות) קובעת כי הסדר אשר מושג בזכות כוח, ולא מכוח זכות, נעדר בסיס או תוקף מוסרי. ממילא, אם וכאשר נוצרים תנאים שבהם אפשר להקל באמצעים אלימים את הלחץ המופעל על העבדים, והנזק שהאלימות גורמת לחפים מפשע קטן יחסית, אין בהפרת החוק משום הפרת זכות מוסרית של האדונים שעליהם החוק מגונן. אמת, ההסדר הנוהג אוסר מרד של העבדים, וממילא יוצר ציפיות שהוא לא יופר, אך מאחר שציפיות אלה אינן סבירות מבחינה מוסרית, ההסדר אינו מקנה לאדונים זכות מוסרית כנגד הפרה כזו.⁴⁴

ייתכן שההסכם המסדיר יחסים בין-לאומיים בין מדינות הוגן, וייתכן שלא.⁴⁵ איני עוסק בשאלה זו. להלן אני מבקש לבדוק כיצד הפרשנות ההסכמית ניגשת לנסיבות שבהן "צדק של המלחמה" מתיר מלחמת-עצמאות (משום שאין דרך לא-אלימה להשיג עצמאות לאומית) אך "צדק בלחימה" – הבנוי על הכלל שכינינו "חסינות אזרחית" – מקפח באופן שיטתי את הצד החלש, ומקבע את הפערים בין הצדדים.

2. הפרשנות ההסכמית ל"חסינות אזרחית" ומלחמות-עצמאות אסימטריות

יחסה של הקהילה הבין-לאומית לפגיעה ישירה באזרחים במלחמות-עצמאות אסימטריות אינו חד-משמעי. פרוטוקול I של אמנת ג'נבה (1977) מגנה "אלימות שמטרתה העיקרית היא זריעת בהלה בקרב אוכלוסייה אזרחית". הפרוטוקול אכן מבהיר כי אזרחים חסונים

43 כך מתאר מרשל כהן את העמדה הריאליסטית: "[I]nternational politics is... an autonomous realm of power in which the actions of nations are neither motivated by ethical considerations nor subject to ethical judgment". Marshal Cohen, *Moral Skepticism and International Relations*, in INTERNATIONAL ETHICS 3, 13 (Charles Beitz, Marshall Cohen, Thomas Scanlon & A. John Simmons eds., 1985).

44 חשוב לציין כי לפי ההשקפה הרווחת, עקרונות הדין הבין-לאומי מתייחסים למדינות באופן שוויוני, ולפי חלק מהכותבים, הדבר מסביר את העובדה ש- "almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time". ראו: LOUIS HENKIN, *HOW NATIONS BEHAVE* 47 (2nd ed. 1979). ההסבר של פרנק לתופעה שהנקין מצביע עליה פונה באופן ישיר להגיונותו של החוק: "States perceive the rule and its institutional penumbra to have a high degree of legitimacy". THOMAS M. FRANCK, *FAIRNESS IN INTERNATIONAL LAW AND INSTITUTIONS* 7 (1995). ראו את הדין אצל: Harold Hongju Koh, *Why Do Nations Obey International Law?* 106 YALE L.J. 2599, 2628 (1997).

45 ולכן ייתכן שגם מלחמות בין מדינות חזקות מאוד לבין מדינות חלשות מאוד (ולא רק בין מדינות לבין לוחמי-חופש) הן אסימטריות, כלומר, ייתכנו בהחלט מקרים שבהם מדינה חלשה יכולה להגן על עצמה רק באמצעות הרג אזרחים של המדינה החזקה.

מפני פגיעה ישירה. אבל הוא גם מגן על הנוקטים טקטיקות כאלה שיש בהן משום הפרה של "חסינות אזרחית". בפרט, הוא מקנה ללוחמי-חופש מעמד של שבוי-מלחמה וכן חסינות מפני תביעה פלילית.⁴⁶ לפי הקריאה המקובלת, המסר של הפרוטוקול ברור: פגיעה ישירה בחברה האזרחית היא פעולה מלחמתית קבילה אם זו הדרך היחידה של הצד החלש להילחם בכיבוש קולוניאלי, בגזענות ובנוכחות זרה.⁴⁷

ההתלבטות והמתח שמאפיינים את יחסה של הקהילה הבינ-לאומית לפגיעה ישירה באזרחים ובחברה האזרחית בהקשרים אלה קשורים לערכיו של החוק הבינ-לאומי. תיאוריית המלחמה הצודקת, על שני ענפיה, מכירה בזכותן של מדינות להגן על ריבונותן. לכן עליה להכיר גם בזכותן של קהילות להיאבק על עצמאותן המדינית, שכן הסכם שמסדיר שימוש בכוח בקהילה שחבריה מבקשים להגן על הערך של הגדרה עצמית אמור לאפשר לעמים לממש את זכותם לעצמאות מדינית, אם על-ידי מלחמות-מגן (במקרה שבו עצמאותה של מדינה לגיטימית נמצאת תחת איום) ואם באמצעות מלחמות-עצמאות (כאשר מדובר בעמים שאין להם מדינות).

אלא שלהבחנה בין מלחמות-מגן לבין מלחמות-עצמאות יש חשיבות מכרעת מנקודת-המבט של הֶסדר המבקש להגן על ערך ההגדרה העצמית. זאת, מכיוון שגם אם מלחמות סימטריות בין מדינות מוסדרות באופן יעיל והוגן על-ידי "חסינות אזרחית", קל לתאר תנאים שבהם קהילות הנאבקות על עצמאותן המדינית מופלות לרעה באופן שיטתי על-ידי הֶסדר הכולל סעיף כזה. כדי להבין מדוע סעיף זה מפלה קהילות הנאבקות על עצמאותן, נתבונן שוב על כלל "החסינות האזרחית". בחלקו הגלוי הוא דורש מהצדדים להימנע מפגיעה מכוונת באזרחים ובחברה האזרחית. אלא שלכלל זה יש היבטים נוספים, גלויים פחות. ראשית, הוא מחייב חיילים ללבוש מדים ולשאת את נשקם בגלוי, כדי לאפשר הבחנה ברורה בינם לבין אזרחים. נוסף על כך, נגזרת ממנו החובה לא להשתמש באזרחים כלוחמים

46 גרוס מציג את המתח שבפרוטוקול I של אמנת ג'נבה בפרק 8 לספרו, המתחיל במימרה המפורסמת של אהוד ברק לגדעון לוי ("אילו הייתי פלסטיני בגיל המתאים, הייתי נכנס בשלב מסוים לאחד מארגוני הטרור"). ראו Gross, לעיל ה"ש 5, בעמ' 178: "Protocol I, argued Abraham Soefer, legal advisor to the State Department in the Reagan Administration, created two classes of combatants: 'those fighting [against colonial domination and alien occupation and racist regimes who] obtain prisoner-of-war status if captured, and immunity from prosecution from belligerent acts' and 'those fighting for less favored political causes... [who] would not receive POW status or immunity of prosecution from warlike acts' (הדילוגים וההשלמות במקור).

47 דומה שגרוס אומר את הדברים הללו במפורש: "It is no wonder then that Finnish jurist, Jan Klabbbers, candidly declares, 'the criminalization of terrorism has not been (and cannot be) complete; in the corners of the minds of the members of the Security Council... there is still a tiny voice whispering that not all violence is by definition criminal because, after all, violence can be used for the noblest of purposes'" (הדילוג במקור).

מבלי לחיילם קודם לכן, שהרי אלמלא כן עצם ההבחנה בין חיילים לאזרחים מתערערת. לבסוף, הפרשנות ההסכמית מייחסת חשיבות עקרונית להבחנה בין פגיעה ישירה ומכוונת באזרחים לבין פגיעה עקיפה צפויה אך בלתי־מכוונת בהם. כאמור לעיל, "חסינות אזרחית" מתירה פגיעה עקיפה צפויה ובלתי־מכוונת באזרחים ובמטרות אזרחיות, אם זו נחוצה לשם השגת מטרה צבאית לגיטימית בעלת חשיבות מספקת. להיתר זה יש חשיבות מכרעת משום שכלי הנשק במלחמה המודרנית הם רבי עוצמה, וכלל שיחסן את החברה האזרחית גם מפני פגיעה עקיפה צפויה אך בלתי־מכוונת ימנע מהצבא את האפשרות להשתמש בכלי הנשק הללו, ובכך יפגע פגיעה של ממש ביכולתו לתקוף מטרות צבאיות ולהשיג ניצחון צודק. הטענה כי ההבחנה בין אזרחים לבין חיילים במלחמה מקפחת עמים הנאבקים על עצמאותם הלאומית מתייחסת לשלושת המרכיבים של "חסינות אזרחית". ראשית, קל לדמיין מצבים שבהם החובה של לוחמים ללבוש מדים – אשר מאפשרת לכאורה שמירה על ההבחנה בין חיילים לבין אזרחים – מקשה מאוד את הסוואתם היעילה של לוחמי־חופש (המצייתים להוראותיו של כלל זה). במקרים אלה הכלל של "חסינות אזרחית" מגביל מאוד את חופש התנועה והפעולה של הצד המצוי בנחיתות צבאית: בצייתם לו, הם נהפכים למטרות קלות, ולמעשה סוללים את הדרך לתבוסתם שלהם. שנית, קָשבו על ההיתר לפגוע באזרחים באופן עקיף, אשר מאזן לכאורה את ההגבלות הנגזרות מן האיסור לפגוע בהם באופן ישיר. שוב, קל לדמיין מצבים שבהם מבחינתו של הצד החלש אין להיתר זה שום משמעות מעשית, משום שאין לו היכולות והאמצעים המאפשרים פגיעה במטרות צבאיות. שלישיית, קָשבו על מצבים שבהם אין לצד החלש כל סיכוי לפגוע במטרות צבאיות אך יש לו סיכוי כלשהו לפגוע במטרות אזרחיות. קבלת הכלל המחסן אזרחים מפני פגיעה ישירה מחסלת גם סיכוי קטן זה. אומנם, הסיכויים שהצד החלש ינצח מדינה ריבונית בעלת צבא סדיר קטנים תחת כל משטר המסדיר את הלחימה. אך מקום שהפגיעה באזרחים אסורה, סיכויי הצד החלש אפסיים, ואילו מקום שהאיסור אינו חל או אינו חד־משמעי, סיכויי גדולים בהרבה (גם אם הם עדיין קטנים מאוד). קָשבו, למשל, על מצב עניינים שבו אזרחיה של מדינה כובשת נהנים משגשוג כלכלי, והניחו שתחושת ביטחון ויציבות היא מתנאי־היסוד של שגשוג זה. הסדרי לוחמה המאפשרים פגיעה בתחושה זו יכולים להחליש מאוד את הצד החזק במאבק, ומנייה וביה להגדיל את סיכויו של הצד החלש לנצח או לכפות פשרה ושינוי. במצבים כאלה איסור הפגיעה באזרחים מאַפֵּס למעשה את סיכויי הצד החלש לנצח היכן שיחסי הכוחות נוטים באופן חד־משמעי לטובתו של החזק. להלן אתייחס למלחמות־עצמאות המקיימות את שלושת התנאים הללו כמלחמות המקיימות את תנאי האסימטרייה.

חשוב לציין כי ייתכן שהכלל המחסן את האזרחים ואת החברה האזרחית מפני פגיעה ישירה ומכוונת עשוי להיות יעיל אם יחול גם במלחמות אסימטריות, אף־על־פי שהוא אינו הוגן. הוא יהיה יעיל, למשל, אם כלל חלופי יתיר את רסנו של הצבא הכובש, וכך יקל את פגיעתו באוכלוסייה הנכבשת ויעמיק את שליטתו בחברה וביחידים כאחד. אלא שיעילות אין בה כדי לפצות או לחפות על העדר הוגנות: כלל לא־הוגן – קרי, כלל המקפח באופן שיטתי את אחד הצדדים או שקבלתו על־ידי הצדדים משמרת פערי כוחות לא־הוגנים

ביניהם – אינו מקנה לפרטים שהוא מגן עליהם תביעה (claim) מוסרית כנגד הפרתו. זאת, גם אם הכלל יעיל, ואף אם ההיענות הגבוהה שהוא זוכה בה בהווה גורמת לציפיות חברתיות שהוא יישמר בעתיד. נוסף על כך, חשוב להעיר שקל לדמיין מצבים שבהם גם יעילותו של כלל "החסינות האזרחית" מוטלת בספק. במצבים אלה הצד החלש בסכסוך יעדיף משטר המתיר פגיעה ישירה באזרחים, משום שהיתר זה אינו תורם מאומה לצד החזק ולכן אינו פוגע בפגיעה נוספת בצד החלש. במצבים כאלה הפגיעה באזרחים והנוק לתשתית האזרחית שהצד החזק יכול להסב אגב פגיעה במטרות צבאיות כבר מביא לידי הרתעה מרבית, ולפיכך, מבחינתו של הצד החזק, פגיעה ישירה במטרות אזרחיות אינה מצדיקה את ההשקעה. לכן לצד החלש אין שום סיבה לקבל על עצמו הסדר שאוסר פגיעה ישירה באזרחים, שהרי הצד החזק יימנע מפגיעה כזו ממילא.

מאמר זה אינו עוסק במחקר אמפירי/היסטורי של מלחמות-עצמאות, ולכן איני מתכוון להביא ראיות לך שמלחמות-עצמאות מקיימות את תנאי האסימטרייה, ושכלל "החסינות האזרחית" הוא כלל לא-יעיל או לא-הוגן (באשר הוא מקפח את הצד החלש או מנציח פערים לא-הוגנים). עם זאת, תיאוריו המדויקים והעשירים של מיכאל גרוס, בספרו החשוב MORAL DILEMMAS OF MODERN WAR,⁴⁸ מוכיחים כי מלחמות רבות בהווה ובעבר הקרוב מקיימות את תנאי האסימטרייה. יתר על כן, הם מלמדים כי כלל "החסינות האזרחית" אינו מסדיר באופן יעיל והוגן מלחמות אסימטריות המתחוללות עתה ברחבי העולם.

לכן השאלה הנדונה בחלק זה נראית לי בעלת חשיבות מכרעת: נניח שהפרשנות ההסכמית שהוצגה לעיל הולמת, כלומר, שאיסור הפגיעה הישירה באזרחים הוא הסכמי, ושלחבונה בין הרג מכוון של אזרחים לבין הרג אגבי שלהם יש רציונל הסכמי. תחת הגישה האמנתית למעמדן המוסרי של מוסכמות, כלל "החסינות האזרחית" מחייב מבחינה מוסרית רק אם הוא יעיל והוגן. כעת נניח (בעקבות גרוס) כי מלחמות-עצמאות שבהן כלל "החסינות האזרחית" מקפח את הצד החלש אינן יוצאות-דופן. אם כך, תיאוריית המלחמה הצודקת – שלפיה בנסיבות קיצוניות מותר למדינות להגן בכוח על ריבונותן, ולעמים מותר להיאבק בכוח על מימוש זכותם להגדרה עצמית – צריכה לכלול הסדר המכתיב כללי התנהגות ייחודיים למלחמות-עצמאות. כלומר, אם מפרשים אותו נכון, הקוד המוסרי שכונה "צדק בלחימה" מכיל קוד שניתן לכנותו "צדק בלחימה אסימטרית". קוד זה אמור להציע מענה לשאלה הבאה: לאילו כללים כפופים לוחמי-חופש במלחמות-עצמאות המקיימות את תנאי האסימטרייה?⁴⁹

48 לעיל ה"ש 5.

49 הצדדים לאמנה המתוארת כאן אינם מדינות, כי אם עמים המבקשים לממש את זכותם להגדרה עצמית. לדיון מפורט יותר ראו מאמרי: Yitzhak Benbaji, *Justice in Asymmetric Wars*, L. & ETHICS HUM. RTS. (forthcoming 2012).

3. צדק במלחמה אסימטרית: "חזקת החפות הכללית"

גרוס מציע תשובה פשוטה אך מוטעית. גם במאבקים אסימטריים יש להבדיל בין לחימה הוגנת לבין לחימה מושחתת. להבחנה המוכרת בין חיילים לבין אזרחים יש תפקיד חשוב גם בהקשר זה: "טרוריסטים חייבים להימנע מלתקוף אזרחים", קובע גרוס, אך ממחר לסייג באומרו כי "רבים מן המעין-לוחמים שזכו קודם לכן [במלחמות סימטריות] בחסינות של לא-לוחמים אינם משתייכים לקטגוריה זו [של אזרחים הנהנים מחסינות במלחמה אסימטרית]".⁵⁰ לשיטתו, במלחמות אסימטריות חסינות מוסרית מפני התקפה ישירה נגזרת מעובדות בדבר אחריות אישית ואשמה מוסרית. מכאן שקבוצת האנשים הנהנים ממנה קטנה יחסית לקבוצה המקובלת במלחמות סימטריות. לפי עמדה זו, הטרור מגונה משום שפעולות של טרוריסטים, כמו גם הצהרותיהם הגלויות, מבטאות חוסר כבוד לנורמות קדם-הסכמיות הנגזרות מעובדות בדבר אחריות אישית של פרטים. בפרט, לעיתים קרובות טרוריסטים מייחסים לכל אזרחי המדינה שבה הם נלחמים אחריות למעשי ממשלתם, ומציגים את פעולותיהם-שלהם כמעשי נקם.

קל להבין מדוע גרוס פונה למוסר קדם-הסכמי ומציע הסבר העושה שימוש בנורמות הנגזרות מעובדות בדבר אחריות אישית. לכאורה, בהעדר כללי התנהגות מוסכמים, עלינו לפנות לעקרונות מוסריים שאינם תלויי-הסכמה, ומכאן שיש לפנות לנורמות קדם-הסכמיות. אולם למרות היותה טבעית ומובנת, פנייתו של גרוס למוסר קדם-הסכמי נראית לי מוטעית. כפי שהודגש לעיל, אין מנוס מפגיעה אגבית בחפים מפשע במלחמות מודרניות. בהתירה מלחמות צודקות, תורת המלחמה הצודקת מתחייבת לכך שמותר ללחום מלחמות שיש להן עילה צודקת, גם אם הן כרוכות בפגיעה בלתי-מכוונת באזרחים חפים מפשע. אלא שכפי שראינו לעיל, לדעת רבים ההבדל בין פגיעה מכוונת בחפים מפשע לבין פגיעה צפויה אך בלתי-מכוונת בהם נראה זניח ולא-מובן מנקודת-מבט קדם-הסכמית. לכן קשה להבין כיצד ייתכן שנורמות מוסריות קדם-הסכמיות מתירות מלחמת-מגן שבה פגיעה בלתי-מכוונת ומידתית בחפים מפשע מותרת, אך אוסרות מלחמות-שחרור אסימטריות שבהן הצד החלש פוגע בפגיעה מכוונת באזרחים חפים מפשע כדי לקדם מטרות לגיטימיות. יתר על כן, חזרה למוסר קדם-הסכמי תוביל לערעור ההבחנה בין "צדק של המלחמה" לבין "צדק בלחימה". למעשה, לפי גרוס, במלחמות-עצמאות אסימטריות מותר ללוחמים להפר את כלל החסינות האזרחית רק אם הם מנהלים מאבק צודק. אבל לערעור ההבחנה הזו יש השלכות מטריות:

50 ראו Gross, לעיל ה"ש 5, בעמ' 200: "terrorists must avoid attacking civilians understanding, however, that this category excludes a great many quasi-combatants who previously enjoyed the protection of noncombatant immunity. Terrorism is only defensible when it is discriminating"

מכיוון שהצד החזק ייטה לחשוב שמלחמת-העצמאות המנוהלת נגדו אינה צודקת, הוא רשאי להתייחס אל הלוחמים כאל פושעים/טרוריסטים לכל דבר ועניין.⁵¹ אני סבור שאין שום סיבה לנטוש את הפרשנות ההסכמית לפסול המוסרי בהרג מכיוון של אזרחים במלחמות-עצמאות שמקיימות את תנאי האסימטרייה. הקוד שאכנה "צדק במלחמה אסימטרית" – קוד הנגזר מעקרונות-היסוד של ההסדר הקיים – יהווה מוסכמה בעלת תוקף מוסרי הסכמי. להלן אתאר קוד זה, ואראה כי הוא יעיל והוגן. כפי שכבר נאמר כאן, תיאוריית המלחמה הצודקת הקלסית, כמו-גם החוק הבין-לאומי, מתירים מלחמה הכרחית שיש לה עילה צודקת, מחד גיסא, אך דורשים דבקות בכללי לחימה המיועדים להביא לידי מזעור הפגיעה בחפים מפשע במלחמה כזו, מאידך גיסא. במלחמה סימטרית, מטרות אלה של הלחימה מושגות באמצעות שני כללים: האחד מתיר פגיעה ישירה ומכוונת בלוחמים אם פגיעה זו מקדמת ניצחון צבאי; והאחר אוסר פגיעה כזו בכל מי שאינו לוחם – קרי, אזרחים (וגם פצועים ושבויי-מלחמה). כאמור, הֶסְדֵר זה מניח כי לפני מעשה סיכויי הניצחון של הצד הצודק אינם נפגעים בשל העובדה שהוא מקבל הֶסְדֵר המחייב שמירה על ההבחנה בין חיילים לבין אזרחים (אם גם הצד האחר מכבד את ההסדר הזה). על בסיס הנחה זו, "צדק בלחימה" מצווה לשמור על ההבחנה האמורה ולהתייחס לאזרחים כאילו הם אינם מהווים איום או אחראים לו – כאילו הם "חפים מפשע" – בלא קשר למידת אחריותם למלחמה.

חזקת החפות העומדת ביסודו של הֶסְדֵר זה חלה גם על חיילים. אף שהוא מתיר את דמם, "צדק בלחימה" אינו מייחס לחיילים זדון, אשמה או אחריות לעוול שהם גורמים; במובן ברור גם הם, מבחינתו, חפים מאחריות לפשע-המלחמה שהצבא שהם משתייכים אליו מבצע בשליחות הממשלה. הראיות לכך רבות. ראשית, "צדק בלחימה" אוסר התייחסות לחיילים כאל פושעים (אלא אם כן הם פשעו פשעי-מלחמה). יתר על כן, אסור לפגוע בחיילים אם אפשר לנצח במלחמה מבלי לפגוע בהם. בפרט, אסור לפגוע בחיילים כדי להחליש צבא שעתיד להיכנע גם ללא פגיעה זו. ודוק: פגיעה בחיילים שזו תכליתה אסורה גם אם ידוע בוודאות שהיא תרתיע את המדינה שפתחה במלחמה הנפשעת מפני תוקפנות עתידית. איסור זה חל גם אם רוב החיילים תמכו בלב שלם במלחמה הנפשעת שהם עומדים להפסיד בה. פגיעה שתכליתה הרתעה, החלשה או גמול אסורה אם היא אינה תורמת תרומה מהותית לניצחון. איסור זה מבטא את יחסה של תורת המלחמה הצודקת

51 הקושי בהחלת מוסר קדם-הסכמי שאינו מכיר בהבחנה בין "צדק של המלחמה" לבין "צדק בלחימה" בא לידי ביטוי ברור בסוגיות הקשורות לסכסוך הישראלי-פלסטיני. האם המאבק הפלסטיני בישראל מוצדק? ישראלים רבים מאמינים כי המאבק של הפלסטינים לסיום הכיבוש של מלחמת ששת-הימים מוצדק, אך מאבקם להחזרת פליטי מלחמת-העצמאות חסר הצדקה. נניח לרגע שטענה זו נכונה. האם האמצעים המותרים ללוחמי-חופש מותרים גם במאבק הפלסטיני?

לחייילים: הם מוחזקים כמי שמהווים איום (ועל-כן, אם הדבר הכרחי, מותר לפגוע בהם פגיעה קטלנית) אך בה-בעת גם כמי שאינם אחראים מבחינה מוסרית לאיום שהם מהווים. אני מבקש לטעון שחזקת החפות תקפה גם במלחמות-עצמאות שבהן הכלל של "חסינות אזרחית" חסר תוקף מוסרי וחוקי. אטען כי "צדק במלחמה אסימטרית" מגלם את חזקת החפות הכללית בדרך אחרת.

הנחנה שיש נסיבות שבהן אין למאבק לא-אלים בכיבוש (ולמאבק אלים בצבא שמנהל את הכיבוש) סיכוי להצלחה, בעוד הרג של אזרחים במלחמה כזו עשוי לקדם באופן משמעותי מטרה לגיטימית, כגון מימוש הזכות להגדרה עצמית. אולם טרם הבהרנו כיצד ומדוע פגיעה באזרחים וגרימת נזק לחברה האזרחית עשויות לקדם מטרות לגיטימיות כאלה. התשובה, לדעת פרשנים רבים, פשוטה: "טקטיקות אנטי-אזרחיות" – דהיינו, פגיעה מכוונת באזרחים ובתשתיות אזרחיות – מצליחות מדי פעם כי הן עשויות להשפיע באופן דרמטי על דעת-הקהל: "a key distinguishing feature of asymmetry is that... the target becomes the mind of the opponent, in particular the will of the antagonist"⁵². הרג של אזרחים במלחמות אסימטריות הוא בדרך-כלל היבט של לוחמה פסיכולוגית, שמטרתה זריעת פחד ודמורליזציה, אשר עשויים להביא לידי שינוי עמוק בדעת-הקהל. הפיגועים שביצע ה-IRA בשנות התשעים, והפיגוע במדריד בשנת 2004, הם שתי דוגמאות מובהקות למאבקים שהניבו הצלחה מסוימת בזכות הזעזוע הציבורי שגרמו. בפרט, הפיגוע בשנת 2004 הוביל (כנראה) לשינוי מיידי בדעת-הקהל הספרדית: אזרחי ספרד הצביעו בהמוניהם בעבור מפלגת האופוזיציה, אשר התנגדה נחרצות למדיניותו של ג'ורג' בוש במפרץ הפרסי, בניגוד לממשלה הספרדית באותם ימים.

להלן נתמקד במלחמות-עצמאות אסימטריות שבהן פגיעה מכוונת באזרחים עשויה להניא את המדינה הכובשת מלהמשיך לשלוט בעם שנאבק על זכותו להגדרה עצמית. מוסכם מלחמה הוגן ועקבי המתיר פגיעה אגבית באזרחים אינו יכול לאסור לגמרי "טקטיקות אנטי-אזרחיות" שתכליתן עצמאות לאומית, במיוחד אם מניחים – כפי שאנו מניחים במאמר זה – שההבדל בין הרג אגבי של אזרחים לבין הרג ישיר שלהם הינו חסר משמעות מוסרית קדם-הסכמית. שאלתנו היא, אפוא, מהם האמצעים שהסדר המבקש לאפשר ניצחון במלחמות-עצמאות צודקות יעמיד לרשותם של לוחמים במלחמות אלה. התשובה שאציע נסמכת על שתי הבחנות עדינות: האחת, הבחנה בין החברה האזרחית לבין הפרטים המרכיבים אותה; והאחרת, הבחנה בין פגיעה בחברה האזרחית – אשר תיתרגם בהכרח לפגיעה עקיפה באזרחים המשתייכים לחברה זו – לבין פגיעה ישירה ומכוונת בהם. חברה אינה אוסף מקרי של פרטים, אלא ישות מובנית שיש בה, בין היתר, מרחב ציבורי (פרהסיה) שבו מתנהלים חייה האזרחיים. מרחב ציבורי כזה מכוון על-ידי

52 מצוטט אצל: Seth Lazar, *Asymmetric Warfare and Noncombatant Immunity* (unpublished).

מוסדות שהתפתחו בחברה לאורך הדורות, ועל-ידי היחסים המורכבים בינם לבין עצמם ובינם לבין האזרחים החיים בה. מערכת היחסים המוסדית המכוננת את המרחב הציבורי מוסדרת על-ידי החוק הפוזיטיבי ועל-ידי נורמות חברתיות לא-פורמליות.

ההבחנה בין אזרחים לבין החברה האזרחית שבה הם חיים מגלה היבט נוסף של הכלל האוסר פגיעה ישירה באזרחים: "צדק בלחימה" אינו מבקש רק למנוע נזק ישיר לאזרחים (שחלקם, כאמור, נושאים באחריות ישירה לעוולת המלחמה), אלא גם להגן על החברה האזרחית ועל הפרהסיה שבה מתנהלים חייה. ניתן אפוא להפר את הכלל של "חסינות אזרחית" בשתי דרכים שונות: באמצעות פגיעה מכוונת באזרחים או באמצעות פגיעה מכוונת במרחב הציבורי שבו מתנהלים החיים החברתיים. לשון אחר, ניתן לפגוע במוסדות חברתיים – משרדי ממשלה, תקשורת אלקטרונית, בתי-ספר ואוניברסיטאות, בורסה, עורקי תחבורה, תחבורה ציבורית ועוד – מבלי לפגוע בכוונה ובאופן ישיר באזרח זה או אחר. מובן שכל פגיעה בקהילה אינה אלא נזק לפרטים החברים בה, אולם אין בה משום פגיעה מכוונת באדם זה או אחר. מושא הפגיעה הוא החברה עצמה, ורק באופן עקיף – הפרטים המשתייכים אליה.

מלחמות-עצמאות המוסדרות על-ידי הקוד שאני מפתח בסעיף זה – "צדק בלחימה אסימטרית" – מקיימות תנאי שניתן לנסחו מחדש במונחה של ההבחנה שזה עתה הצגנו. לפני מעשה סביר להניח שפגיעה בחברה האזרחית עשויה לכרסם בתמיכתה בהמשך הכיבוש. הידיעה שידם הארוכה של לוחמי-החופש עלולה לפגוע במרחב הציבורי שבו מתנהלים החיים האזרחיים במדינה הכובשת עשויה לפגוע פגיעה של ממש בשלטון, על זרועותיו השונות, וכן בכלכלה ובשירותי הרווחה. להלן אתייחס לתנאי זה כאל חלק מתנאי האסימטרייה שמלחמות-עצמאות עשויות לקיים.

הבחנות אלה מאפשרות ניסוח מדויק (יחסית) של הקוד שאכנה "צדק בלחימה אסימטרית". קוד זה, אני מציע, בנוי על כלל שייקרא להלן "חזקת החפות הכללית": בנסיבות שבהן ל"חסינות אזרחית" אין תוקף, מותר ללוחמי-החופש לפגוע פגיעה ישירה בחברה האזרחית, אך הם חייבים להימנע ככל האפשר מפגיעה ישירה בבניה ובבנותיה של חברה זו. אומנם, הקביעה שלפיה החברה האזרחית היא "מחוץ למשחק" אינה מרכיב של ההסדר המוצע כאן לגבי לוחמי-החופש; אדרבה, מטרתם הלגיטימית של לוחמי-החופש היא פגיעה בחברה האזרחית. ברם, אסור לקדם מטרה זו באמצעות פגיעה ישירה ומכוונת באזרחים. האלימות צריכה להיות מכוונת נגד מוסדות ממשלה, מרכזים עסקיים, רחובות ראשיים ועורקי חיים. כלומר, בעוד החברה ומוסדותיה הן מטרה לגיטימית, היחידים המרכיבים אותה אינם כאלה. הכלל של "חזקת החפות הכללית" תובע מלוחמי-החופש לעשות מאמץ מודע, ובכלל זה אף ליטול סיכון ממשי על עצמם, על-מנת לא לפגוע בחייהם או ברכושם (הפרטי) של אזרחים. לכן, בהתקיים תנאי האסימטרייה, הצד החלש אינו כפוף ל"חסינות אזרחית", כלומר, הוא אינו כפוף לחובת ההבחנה בין מטרה צבאית (לגיטימית) לבין מטרה אזרחית (אשר במלחמה סימטרית נחשבת לא-לגיטימית). אולם הוא כפוף לכלל יסודי יותר התובע ממנו להכיר ב"חזקת החפות הכללית" ולכבדה.

4. צדק בלחימה אסימטרית כהיבט של הסדר יעיל והוגן

לפי הפרשנות ההסכמית ל"צדק בלחימה", לאיסור זה של פגיעה מכוונת באזרחים יש תוקף מוסרי רק אם הוא מועיל לשני הצדדים ואינו מקפח אחד מהם. מעצם ההגדרה, הכלל של "חזקת החפות הכללית" יעיל רק אם סיכוייו של הצד החלש (הנאבק למען עצמאות לאומית) להשיג את מטרותיו הצודקות אינם קטנים בשל העובדה שהוא מציית להוראותיו של כלל זה. לכן, בשלב זה של הדיון עלינו לשאול באילו תנאים היענות להסדר שביסודו עומדת חזקת החפות הכללית אינה פוגעת בסיכוייו של הצד החלש לממש את מטרותו העיקרית (דהיינו, זריעת בהלה שתוביל לשינוי המיוחל בדעת-הקהל).

אני סבור שברוב המקרים לוחמה מתוך כבוד ל"חזקת החפות הכללית" אינה מקפחת את הצד החלש הנאבק על עצמאותו, ואף מועילה לו. איני מטיל ספק בכך שהבהלה הנגרמת מפיצוץ של מבנה שבו שוכן מוסד חשוב, דוגמת בית-ספר, אינה דומה לזו הנגרמת על-ידי הרג הילדים הלומדים שם. עם זאת, קל לדמיין מצבים שבהם לוחמי-חופש, המסוגלים לתקוף אזרחים ומבנים ציבוריים כאחד, יכולים לבחור לפגוע דווקא במבני ציבור, ולהתריע על כך לפני התקיפה. אורז מטרות התקיפה – פחד ובהלה שיערערו את תחושת הביטחון האישית, ובכך יפגעו בחיים האזרחיים התקינים בחברה – היא בת-השגה גם בלי פגיעה ישירה ומכוונת באזרחים או בחיילים.

נוסף על כך, קל לדמיין נסיבות שבהן שמירה על חזקת החפות הכללית מועילה לצד החלש. מוסר הלחימה הגבוה של לוחמי-חופש, ודעת-הקהל העולמית האוהדת שנוצרת בזכותו, עשויים להניב לחץ כבד על דעת-הקהל ועל הממשלה של החברה הכובשת, שיחל תהליך (ארוך) שסופו סיום הכיבוש. לעומת זאת, פגיעה מכוונת וחסרת הבחנה באזרחים מעוררת תיעוב, הנוטה להקשיח הן את האמצעים הננקטים לשם סיכולה והן את דעת-הקהל בחברה הנפגעת. זאת ועוד, הסיכויים שהצד החזק ירסן את עצמו גדלים היכן שהצד החלש מכבד את חזקת החפות הכללית. בתנאים אלה פגיעה מכוונת באזרחים אינה תורמת תרומה ממשית להשגת המטרה הצודקת, בעוד היענות ל"חזקת החפות הכללית" לא רק שאינה מקפחת את הצד החלש, אלא גם מועילה לו.

ניתן לבקר את הפרשנות ההסכמית על כך שההנחות העומדות ביסודה הן קונטינגנטיות לגמרי. נתבונן על המאבק הפלסטיני במדינת-ישראל. ייתכן בהחלט שאין ללוחמים הפלסטינים אפשרות לפגוע בתשתיות אזרחיות משום שהגדר חוסמת את גישתם אליהן והנשק שבידיהם אינו מדויק מספיק. הביקורת היא שלפי הגיונה של הפרשנות ההסכמית, במצב דברים כזה פגיעה מכוונת באזרחים מותרת, שכן הפרשנות ההסכמית אינה מיחסת חשיבות קדם-הסכמית להבחנה בין פגיעה מכוונת באזרחים לבין פגיעה אגבית בהם. אלא שביקורת זו אינה מתמודדת עם ההנחות האמפיריות שבבסיסה של הפרשנות ההסכמית. הנחה אמפירית ראשונה היא שברוב המקרים, במקום לפגוע באזרחים, לוחמי-חופש יכולים לפגוע בתשתיות אזרחיות, משום שהם יכולים להתריע על הפגיעה העומד להתרחש; במקרים שבהם פגיעה בתשתיות אזרחיות אינה אפשרית כמעט, גם פגיעה מכוונת באזרחים אינה אפשרית כמעט. הנחה שנייה היא שאם מטרתם של הלוחמים ראויה (דהיינו, עצמאות

לאומית, ולא הרג לשמו, למשל), אזי סביר להניח שבטווח הארוך פגיעה מכוונת באזרחים היא אפקטיבית פחות מפגיעה בתשתיות אזרחיות. למרות הקונטינגנטיות שלהן, הנחות אלה עשויות להיות אמיתיות גם כאשר הצד החלש מצוי בנחיתות צבאית קשה במיוחד.

הפרשנות ההסכמית מציגה את הקוד שכינינו "צדק בלחימה אסימטרית" כהרחבה של "צדק בלחימה" לנסיבות שבהן "חסינות אזרחית" קורסת בעוד הקוד המתיר פגיעה בחברה האזרחית תוך שמירה על "חזקת החפות הכללית" הוא הקוד יעיל והוגן. בנסיבות אלה, חזקת החפות הכללית נשמרת בזכות ההבחנה בין החברה האזרחית – שאליה הקוד מתיר להתייחס כאילו היא נושאת באחריות לעוולת הכיבוש – לבין בניה ובנותיה של חברה זו. "צדק בלחימה אסימטרית" מורה להתייחס אליהם כאל מי שאינם נושאים ולו באחריות מינימלית לעוולות המלחמה והכיבוש.⁵³

הפרשנות ההסכמית מציעה הסבר הולם לחומרה המוסרית המיוחסת בדרך-כלל לפגיעה מכוונת באזרחים: "צדק בלחימה" בכלל, ו"צדק בלחימה אסימטרית" בפרט, הם הקודים המקובלים בקהילה הבין-לאומית. כאמור, אם הקוד מקובל מגן על חייו של אדם מסוים, והקוד זה הוא יעיל והוגן, כי-אז הפרה שלו היא הפרה של זכותו המוסרית של אדם זה לחיים. לשון אחר, גם במלחמת-עצמאות צודקת המקיימת את תנאי האסימטריה, ההסדר המקובל מקנה לאזרחים של המדינה הכובשת זכות מוסרית כנגד התקפה ישירה ומכוונת. לכן, אם לוחמי-חופש הורגים אזרחים בכוונה תחילה, הם מפרים זכות מוסרית של קורבנותיהם, וזאת בין אם הקורבנות נושאים באחריות אישית לעוול שנגדו הם נלחמים ובין אם לאו. אומנם, חזקת החפות שהאזרחים נהנים ממנה אינה חלוטה, ובמצבים קיצוניים ייתכן שהיא מובסת. אף-על-פי-כן, הפרשנות ההסכמית מראה כי חזקת החפות מעניקה לאזרחים זכות מוסרית (ולא חוקית גרידא), שהפרתה כרוכה במחיר מוסרי כבד.

הניתוח שהוצע לעיל עשוי להסביר מדוע תורת המלחמה הצודקת, וכמוה גם החוק הבין-לאומי, נוטים לגנות הרג מכוון של אזרחים בכל תנאי ובכל סוג של מלחמה. במלחמות סימטריות הרג כזה הוא הפרה של "חסינות אזרחית", שהוא כלל הסכמי המהווה היבט של הקוד הוגן ויעיל שרמת ההיענות לו גבוהה. תורת המלחמה הצודקת מניחה שבמלחמות-עצמאות אסימטריות לוחמים הנאבקים למען עצמאות לאומית יכולים לפגוע בחברה האזרחית מבלי לפגוע באופן מכוון בבניה ובבנותיה, ושברוב המקרים הימנעות מפגיעה מכוונת באזרחים אינה פוגעת באופן ממשי בסיכויי הניצחון. אמיתותן של הנחות אלה היא עניין למחקר אמפירי והיסטורי. עם זאת, הן נראות סבירות על פניהן. אני משער אפוא

53 האם "צדק במלחמה אסימטרית" מתיר פגיעה מכוונת בחיילים שאינם מהווים איום מיידי? נדמה לי שהתשובה חיובית. ראשית, חיילים נוטלים על עצמם סיכון שיתקפו אותם במלחמות, ולכן פגיעה בהם חמורה פחות מבחינה מוסרית, בעיקר משום שהיא אינה מבטאת שיפוט על-אודות אחריותו האישית של החייל לעוול שהלוחמים נאבקים נגדו. נוסף על כך, פגיעה בחיילים היא גם פגיעה בתשתיתה של החברה האזרחית.

שהגינאי המוסרי של הרג ישיר של אזרחים, ובמיוחד ההבחנה המוסרית בין הרג ישיר ומכוון לבין הרג עקיף וצפוי, נסמכים על הסדר המניח (במובלע) את ההנחות העובדתיות הללו. חשוב להדגיש כי ההיתר הניתן לצד החלש במלחמתו בצד החזק אינו ניתן לו מכוח היות הצד החלש צודק. ההיתרים המוקנים לצד החלש עומדים לו גם אם הוא מנהל מלחמה לא-צודקת. הקוד המכונה כאן "צדק במלחמה אסימטרית" הוא היבט של מוסכם המלחמה הנוהג, המפריד באופן קטגורי בין "צדק של המלחמה" לבין "צדק בלחימה": זכויותיהם וחובותיהם של לוחמים אינם תלויים בצדקת המלחמה שהם נוטלים בה חלק. כלומר, ההיתרים המיוחדים הניתנים ללוחמי-חופש נגזרים מחולשת הצד שלוחם מלחמת-עצמאות אסימטרית, משום ש"חסינות אזרחית" מפלה לוחמי-חופש באופן שיטתי. חולשתם של לוחמי-חופש עשויה להסביר פטור נוסף שראוי שהחוק הבין-לאומי יקנה להם: סביר שלוחמי גרילה יהיו פטורים מלזהות את עצמם ככאלה, גם אם הם מספנים בכך את אזרחי הצד שלהם. זו כמובן סוגיה סבוכה שאשאייר את הטיפול בה להזדמנות אחרת.

הניתוח שהצעת לעיל משאיר מגוון של שאלות חשובות פתוחות. ברצוני להזכיר כאן שתיים מהן. האחת היא מהם הכלים העומדים לרשותו של הצד החזק במלחמתו בצד החלש. תשובה לשאלה זו היא עניין למאמר אחר. כאן חשוב להעיר כי ייתכן שקוד המתיר לצד החלש לפגוע בחברה האזרחית לא יתיר בהכרח לצד החזק לנקוט מדיניות דומה. זאת, מכיוון שההיתר המוקנה לצד החלש נועד לאפשר לו להשפיע על דעת-הקהל העולמית והמקומית, בעוד הצד החזק עלול לנצל היתר זה כדי לקעקע את אושיות החברה האזרחית של הצד החלש. לא במפתיע, אסימטריה ביחסי הכוחות עשויה להצדיק קוד אסימטרי. שאלה שנייה נוגעת באילוץ ההכרח והמידתיות וביחסם להיתר המיוחד ש"צדק במלחמה אסימטרית" מקנה ל(מי שמאמינים שהם) לוחמי-חופש. כפי שכבר צוין, פגיעה מכוונת בחברה האזרחית של המדינה החזקה צפויה לפגוע פגיעה עקיפה באזרחיה. עקרון ההכרח (או הכוח המינימלי) מצווה על לוחמי-חופש למזער נזקים אלה עד כמה שניתן. נניח שהנזק העקיף לאזרחים (במונחים של פגיעה בחיי אדם ופגיעה וברכוש) שייגרם כתוצאה מפיצוץ ברחוב ראשי קטן מהנזק שייגרם להם כתוצאה מפגיעה בתחנות-כוח. נניח גם שהשפעתן של שתי הפגיעות הללו על דעת-הקהל דומה. תחת הנחות אלה אילוץ ההכרח מצווה על בחירה באפשרות הראשונה. יתר על כן, ייתכן שהתועלת שעתידה לצמוח לצד החלש תהיה לא-מידתית: פגיעה קשה בתשתיות אזרחיות עשויה לגרום לאובדן חיי אדם רבים, והשאלה היא אם מטרת הפגיעה – שינוי בדעת-הקהל במדינה הכובשת ובעולם – מצדיקה פגיעה כזו. אני מקווה לדרון בסוגיות אלה במקומות אחרים.

ד. סיכום

מאמר זה עסק בבירור הפסול המוסרי שבפגיעה באזרחים במלחמות בכלל ובמלחמות-עצמאות המקיימות את תנאי האסימטריה בפרט. תחילה הראה המאמר כי בפרשנות הסטנדרטית אין כדי לבסס הבחנה מוסרית בין פעולות מלחמתיות הכרוכות בהרג בלתי-מכוון של אזרחים, אשר נחשבות מותרות, לבין התקפות מכוונות נגד מטרות אזרחיות.

בהמשך לכך פיתח המאמר פרשנות הסכמית ל"חסינות אזרחית", שלפיה כלל זה הוא היבט של הסדר יעיל והוגן שזוכה ברמת היענות גבוהה, וככזה יש לו תוקף מוסרי אף שהוא אינו מגלה רגישות לעובדות בדבר אחריות מוסרית של פרטים. לפי הפרשנות ההסכמית, אם כן, הפרתו של כלל זה במלחמה סימטרית היא הפרה של זכות מוסרית. בשלב הבא הראה המאמר כי במלחמות-עצמאות המקיימות את תנאי האסימטריה, ציות להוראותיו של כלל "החסינות האזרחית" מאפס למעשה את סיכוייו של הצד החלש לממש את מטרת לחימתו. לפיכך בתנאים אלה מדובר בכלל שמפלה בין הצדדים למלחמה, וככזה הוא אינו הוגן ואינו תקף. לבסוף, המאמר מצביע על כך שעקרון-העל ההסכמי העומד ביסודם של חוקי המלחמה הנוהגים הוא "חזקת החפות הכללית", ושבמלחמות-עצמאות אסימטריות עיקרון זה מתממש דרך הכלל המתיר לפגוע בחברה האזרחית אך אוסר פגיעה ישירה ומכוונת באזרחים.