

מצפון תיפתח הרעה?

אתגרים בדיני השימוש בכוח של המשפט הבינלאומי

כעשור ומחצה חלפו מאז מלחמת לבנון השנייה זרעה מוות והרס בישראל ובלבנון. אף שמאז לרוב השקט נשמר, המצב בגבולה הצפונית של ישראל נותר בלתי יציב. על רקע זה המחקר המובא לפניכם מתאר את אתגרי המשפט הבינלאומי שישראל עלולה להתמודד איתם בתרחישים של עימות עתידי בצפון, וכיצד ניתן להיערך להם מראש.

לירון אי ליבמן

מחקר
מדיניות
184





המכון הישראלי
לדמוקרטיה

מצפון תיפתח הרעה?

אתגרים בדיני השימוש בנכח
של המשפט הבינלאומי

לירון אי ליבמן

מחקר מדיניות 184

מרץ 2023

Danger from the North:
Challenges Regarding the Use of Force in International Law

Liron A. Libman

עריכת הטקסט: מאירה טורצקי
עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו Alfabees
ביצוע גרפי: אירית נחום
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב: 0-418-519-965-978

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), 2023
נדפס בישראל, תשפ"ג/2023

המכון הישראלי לדמוקרטיה

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602

טל': 02-5300888

אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: www.idi.org.il/books

דוא"ל: orders@idi.org.il

טל': 02-5300800

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי א־מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

תוכן העניינים

7	תקציר
15	מבוא
22	פרק 1. הכללים
	1.1 ההבחנה בין האיסור על שימוש בכוח צבאי להסדרת אופן השימוש בכוח צבאי
22	
24	1.2 האיסור על השימוש בכוח
32	1.3 החריגים לאיסור על השימוש בכוח
50	1.4 פשע התוקפנות
54	1.5 אזור הלחימה וכללי הניטרליות
56	1.6 סיומו של סכסוך מזוין
	1.7 ייחוס תקיפה של ארגון טרור או ארגון חמוש אחר למדינה שמשטחה היא בוצעה
59	
	1.8 הפעלת כוח להגנה עצמית כנגד ארגון חמוש לא מדינתי בשטחה של המדינה שממנה הוא תקף, במצב שבו המדינה עצמה אינה אחראית לתקיפה
64	
70	1.9 סיכום
	פרק 2. התגובות למלחמת לבנון השנייה, ומה אפשר ללמוד מהן על חוקיות השימוש בכוח במערכה עתידית
71	
72	2.1 תגובות מדינות וארגונים בינלאומיים ודיני השימוש בכוח
76	2.2 דיונים בחוקיות השימוש של ישראל בכוח בספרות המשפטית
86	2.3 סיכום
	פרק 3. ניתוח תרחישים בזירה הצפונית
88	
88	3.1 מה נשתנה? החלטת מועצת הביטחון של האו"ם 1701
90	3.2 התרחישים
	פרק 4. סיכום
140	
140	מסקנות
142	המלצות
iii	Abstract

ת ק צ י ר

כעשור ומחצה חלפו מאז מלחמת לבנון השנייה, שבה התעמתה מדינת ישראל עם חזבאללה בלבנון. במשך 33 ימים נורו על צפונה של ישראל כמעט 4,000 רקטות, ובצד הישראלי נהרגו 163 בני אדם, בהם 119 חיילים. נזק רב נגרם לרכוש, והפעילות השגרתית בצפון – ובכלל זה הפעילות הכלכלית – נפגעה. רבים מאזרחי הצפון התפנו מבתיהם ועברו לאזורים בטוחים יותר.

מאז הסתיימה המלחמה נשמר בדרך כלל השקט, אך מפעם לפעם אירעו תקריות חמורות של חילופי אש בסמוך לגבול. החלטת מועצת הביטחון 1701, שהייתה הבסיס לסיום המלחמה, יושמה באופן חלקי בלבד. חזבאללה לא פורק מנשקו ולפי דיווחי מודיעין הוא אף התעצם בכמות הרקטות שברשותו, בטווח שלהן, ומה שאולי מדאיג אף יותר מבחינת ישראל – גם בדיוק שלהן.

עוד שינוי חשוב שאירע מאז הסתיימה מלחמת לבנון השנייה הוא פרוץ מלחמת האזרחים בסוריה. בעקבות המלחמה בסוריה התרחבה בה דריסת הרגל של בעלי הברית של אסד – רוסיה, איראן וחזבאללה. אף אם תסתיים מלחמת האזרחים בסוריה בעתיד הקרוב, אין פירוש הדבר שהמצב בסוריה יחזור לקדמותו: המשטר בסוריה הוחלש ושליטתו באזורים מסוימים תמשיך להיות מוגבלת, שיקומו של ההרס יארך שנים רבות, ואפשר שבשטח סוריה ימשיכו לשהות כוחות זרים, מדינתיים ואחרים. כל המאפיינים הללו עלולים להשפיע על ישראל בעימות עתידי בחזית הצפונית.

לפיכך המצב בגבולה הצפוני של ישראל אינו יציב. הסלמה של אירוע מקומי או החלטה מכוונת של חזבאללה או פטרוניו האיראנים עלולות להידרדר לעימות נרחב.

על רקע זה מתוארים במחקר זה אתגרי המשפט הבינלאומי שישראל עלולה לעמוד לפניהם בתרחישים שונים של עימות עתידי בצפון ומוצעות דרכים שונות שבהן אפשר להיערך מראש לאתגרים אלו.

עימות אפשרי עם חזבאללה בצפון שונה מעימות עם חמאס או עם ארגוני הטרור הפלסטיניים האחרים בעזה בעיקר בשל המעורבות העמוקה של מדינות זרות: חמאס פועל בשטח רצועת עזה, ששאלת הריבונות בו אינה ברורה, ואף שנויה במחלוקת; חזבאללה, לעומת זאת, פועל בשטחה של לבנון ובשטחה של סוריה, שתי מדינות ותיקות ומוכרות שחברות באו"ם. באילו נסיבות יישאו לבנון וסוריה באחריות למעשיו של חזבאללה? מה המשמעות המעשית של אחריות זו? אלו הן, בין השאר, השאלות שבהן עוסק המחקר. זאת ועוד: מעורבות איראן בסיוע לחזבאללה עמוקה הרבה יותר ממעורבותה בסיוע לחמאס ולג'יהאד האסלאמי בעזה והיא כרוכה גם בנוכחות פיזית וגלויה של כוחות צבאיים של איראן בסוריה, אך לא בעזה. לבסוף, בשטח לבנון פועל כוח שמירת שלום של האו"ם (יוניפי"ל), שהוא "שחקן" נוסף שיש להתחשב בקיומו במקרה של עימות עתידי.

מחקר זה מתמקד בדיני השימוש בכוח (*jus ad bellum*). שלא כמו דיני הלחימה (*jus in bello*), הדיון הציבורי בישראל לא ייחד להם עד כה תשומת לב רבה. דינים אלו מסדירים את האיסור על השימוש בכוח בין מדינות ואת חריגיו, ובראשם הזכות להגנה עצמית. דיני הלחימה פועלים במישור הטקטי ומסדירים את ניהול הלחימה – אילו מטרות מותר לתקוף ובאילו אמצעי לחימה ושיטות לחימה מותר להשתמש; דיני השימוש בכוח, לעומת זאת, פועלים במישור האסטרטגי וקובעים מתי מותר למדינה להפעיל כוח כלפי מדינה אחרת או בשטחה של מדינה אחרת – ולאילו תכליות.

דיני השימוש בכוח של המשפט הבינלאומי הם חלק מן ה"טופוגרפיה" של המלחמה. מדינאי החפץ להשיג את מטרותיו בעימות צבאי כדאי שיכיר היטב את כל הצדדים של השטח שבו נערכת ההתמודדות ויתכונן מראש באופן שיקדם את מטרותיו.

לאחר הצגת הכללים העיקריים של דיני השימוש בכוח במשפט הבינלאומי הרלוונטיים לדיון, וניתוח התגובות לחוקיות פעולותיה של מדינת ישראל במלחמת לבנון השנייה, המחקר מנתח חמישה תרחישים אפשריים של פעולות כנגד ישראל הקשורים לזירה הצפונית: תקיפה של חזבאללה משטח סוריה, העברת נשק מתקדם מאיראן לחזבאללה (דרך סוריה או דרך הים), תקיפה של חזבאללה משטח לבנון, תקיפה של חזבאללה נגד אובייקט ישראלי בחו"ל ותקיפת סייבר נגד ישראל. המחקר מנתח את המצב המשפטי שנוצר בעקבות כל תרחיש ואת אפשרויות התגובה של ישראל לפי המשפט הבינלאומי.

מסקנות

אם יתקוף חזבאללה בעתיד את ישראל תהיה לישראל טענה חזקה שיש לה זכות להגן על עצמה ולפעול נגד חזבאללה בשטח המדינה שהוא תקף ממנה (לבנון או סוריה), גם ללא ראייה שמדינה זו אחראית להתקפה. מלחמת לבנון השנייה הראתה שהעמדה המקובלת – ולא רק בקרב ידידותיה המסורתיות של ישראל ומדינות המערב – היא של ישראל יש במצב זה זכות להגנה עצמית. ואולם לישראל יהיה קשה יותר להגיב לתקיפה ולפגוע במטרות חזבאללה במדינה אחרת ולא בזו שממנה יצאה התקיפה.

ישראל תתקשה יותר לשכנע את הקהילה הבינלאומית שהתקיימו התנאים האחרים למימוש הזכות להגנה עצמית:

(1) סף השימוש של חזבאללה בכוח הנדרש כדי להפעיל את הזכות להגנה עצמית. היו שהביעו את העמדה שהתקיפה ב־12 ביולי, שהחלה את מלחמת לבנון השנייה וכללה הרג חיילים, חטיפת חיילים אחרים וירי רקטות נרחב, לא חצתה את הסף הנדרש. אומנם זו עמדה קיצונית, אבל היא מחדדת את הצורך לבחון אם די בתקיפות נרחבות פחות כדי שתוכר זכותה של ישראל להגנה עצמית. גם השאלה אם ריבוי של תקיפות "קטנות" יכול להצטבר כך שיצדיק שימוש בכוח להגנה עצמית עדיין לא הוכרעה. עם זאת, נראה שהגישה העונה לשאלה זו בחיוב צוברת תמיכה.

(2) שאלת האחריות המדינתית של לבנון (או סוריה) עדיין רלוונטית. יש הסבורים שאם התוקף הוא ארגון לא מדינתי (חזבאללה), והמדינה שהוא פועל בה אינה

אחראית לפעולותיו, דרישת המידתיות מחייבת לכוון את התגובה לארגון בלבד, ולא למדינה. דרישה זו מגבילה במיוחד כשמדובר במטרות תשתית דו־שימושיות (כגון גשרים או תחנות כוח). אלה הן מטרות שמעצם טבען אינן "שייכות" לחזבאללה גם אם הוא משתמש בהן למטרות צבאיות. אם לא תיתפס לבנון אחראית לתקיפת ישראל הרי הנכונות להכיר בלגיטימיות של תקיפת מטרות אלו עלולה להיות מצומצמת יותר. הוכחת האחריות של לבנון לפעולות חזבאללה עלולה להיות קשה, גם אם חזבאללה משתתף בממשלה כמו בזמן מלחמת לבנון השנייה, שכן רוב המבחנים לייחוס אחריות למדינה מצמצמים למדי.

(3) יש להביא בחשבון תרחישים שבהם חזבאללה או איראן יתקפו, אך יהיה קשה לזהות את האחראי לתקיפה, למשל תקיפה של מטרה ישראלית בחו"ל או תקיפת סייבר, והן אף לא יקבלו אחריות לפעולה. במקרה כזה תצטרך ישראל להוכיח מי התוקפן שהיא מבקשת לפעול נגדו להגנתה. לא ברור מה בדיוק נדרש ממנה לצורך הוכחה זו.

(4) מידתיות תגובתה של ישראל עלולה להיות המגבלה העיקרית על חופש הפעולה של צה"ל. התפיסה האומדת מידתיות על פי היחס בין עוצמת ההתקפה שהציתה את העימות לעוצמת התגובה (מידה כנגד מידה) עדיין נפוצה מאוד. לנוכח עוצמתה היחסית של ישראל, סביר להניח שתגובתה תיתפס בלתי מידתית. גם מי שמוכנים לבחון מידתיות במבחן המעריך את הכוח הנדרש להשגת מטרות המבצע (יחס אמצעי־מטרה) עלולים לפרש בצמצום את מטרותיה הלגיטימיות של הפעולה הצבאית של ישראל. על פי פרשנות כזו, יצירת תנאים ביטחוניים טובים יותר אינה נחשבת תכלית לגיטימית; פעולות נגד מטרות צבאיות של חזבאללה בסמוך לגבול, ונגדן בלבד, הן לגיטימיות.

(5) קושי נוסף עלול להיווצר עקב הנטייה לראות בריבוי נפגעים אזרחים ובפגיעה בתשתיות אזרחיות (גם דו־שימושיות) הפרה של חובת המידתיות בדיני השימוש בכוח. לא מדובר רק במחיקת ההבחנה בין מידתיות בהגדרתה בדיני השימוש בכוח (היחס בין ההתקפה על המדינה לתגובתה הצבאית הכוללת) ובין מידתיות בהגדרתה בדיני הלחימה (היחס בין התועלת הצבאית של פגיעה במטרה מסוימת לנזק הצפוי לאזרחים מן התקיפה), אלא גם בבחינת המידתיות בדיעבד, כלומר במבחן התוצאה המתייחס למספר הנפגעים האזרחים בפועל ולא ליחס הצפוי מראש בין מספר הנפגעים לתועלת הצבאית. כאמור, אין זה המבחן הנכון מבחינת

המשפט הבינלאומי, אבל דעת הקהל הבינלאומית היא עניין אחר, ובנסיבות אלו גינויים כנגד ישראל עלולים לכלול שימוש מוטעה במונחים משפטיים.

המלצות

כדי לבסס את הלגיטימיות של תגובה צבאית עתידית כנגד חזבאללה מומלץ לנקוט כמה צעדים:

(1) שימוש במידע מודיעיני

מן הראוי לפרסם במידת האפשר מידע מודיעיני בדבר הטמעת תשתיות צבאיות של חזבאללה באזורים אזרחיים בדרום לבנון. גם אם לא יביא הפרסום להוצאת התשתיות מאזורים מאוכלסים, ישראל תוכל לטעון שהיא הזהירה מראש, ואפשרה לקהילה הבינלאומית בכלל, ולמועצת הביטחון, ליוניפי"ל ולמשלת לבנון בפרט, לפעול להקטנת מספר הנפגעים בעימות עתידי.

חשוב לאסוף מידע גם על הקשר בין ממשלת לבנון לחזבאללה ולשקול את חשיפתו כדי להפעיל לחץ על ממשלת לבנון שלא לשתף עימו פעולה בעניינים צבאיים. על יסוד מידע זה יש לחזור ולהדגיש את מחדליה של ממשלת לבנון ביישום החלטה 1701 – פירוק חזבאללה כמיליציה חמושה והרחקתו מדרום לבנון. הדבר יתרום לאפשרות לייחס ללבנון אחריות להתקפה של חזבאללה על ישראל.

ברור שחשיפת מידע מודיעיני חייבת להיעשות בזהירות כדי לשמור על ביטחון מקורות המידע ולא לחשוף את שיטות האיסוף. עם זאת, ככל שהמידע הנחשף מעובד יותר וחלקי יותר, כך קל יותר להטיל ספק במהימנותו. יש למצוא את האיזון הנכון בין השיקולים. ישראל משקיעה משאבים רבים באיסוף מודיעין ומן הראוי שהם לא יתועלו אך ורק לצרכים טקטיים.

(2) פעולה דיפלומטית עקבית מול מועצת הביטחון של האו"ם

מן הראוי לנקוט גישה אקטיבית כלפי מועצת הביטחון, והצורך לחדש מדי שנה את המנדט של יוניפי"ל במועצת הביטחון מספק לנו את ההזדמנות לחזור ולנצל במה זו. יש להצביע על הפרתה של החלטה 1701 ולעמוד על יישומה.

מוצע לנצל גם את הדיון השנתי במועצת הביטחון בנושא חידוש המנדט של כוח המשקיפים בגולן (אנדו"ף) כדי להתריע על הסיכונים שבנוכחות לוחמי חזבאללה

סמוך לגבול ולנסות ללחוץ על מועצת הביטחון לכלול בהחלטה קריאה לסוריה להרחיקם מהגבול.

(3) פעולות להקטנת הסיכון של עימות עתידי

אין להגביל את המערכה הדיפלומטית והמשפטית להצדקת חוקיות פעולה צבאית של ישראל במקרה של עימות עתידי. אפשר וראוי להשתמש בה להקטין את הסיכון של עימות עתידי. למשל, אפשר לנסות לגרום למדינות רבות יותר להכריז כי חזבאללה הוא ארגון טרור ולהגביר את הלחץ על איראן להצטרף לאמנה למניעת מימון טרור, כמתבקש מהחלטות מועצת הביטחון לאחר פיגועי 11 בספטמבר. הצלחה במהלך משולב כזה תקשה על איראן לתמוך בחזבאללה ישירות. הדבר יחליש את חזבאללה וירתיע אותו מליזום עימות עתידי עם ישראל, בייחוד על ידי תקיפת אזרחים.

דוגמה אחרת לפעולה שיש בה כדי להקטין את הסיכון של עימות עתידי היא קביעת הגבול הימי בין לבנון לישראל, שנדרשה לצורך ניצול מיטבי של משאבי הגז הפוטנציאליים באזור. לבנון מצויה במשבר כלכלי חמור ומשוועת להכנסות. ייתכן שבראייה כוללת נהגה ישראל נכון כשהלכה לקראת לבנון בקביעת הגבול הימי מתוך כוונה לקדם יצירת "מחיר הפסד" ללבנון במקרה של עימות עתידי.

דילמות שיש לדון בהן

המחיר של אי-לקיחת אחריות על פעולות צבאיות. יש פעולות צבאיות שמקורות זרים מייחסים לישראל, אבל היא נמנעת מלקבל עליהן אחריות. לאופן פעולה כזה יש לעיתים יתרונות מדיניים, ואולם בתחום המשפט הבינלאומי יש לאי-קבלת אחריות גם מחיר. המנהג הוא מקור חשוב במשפט הבינלאומי. התנאים למימוש הזכות להגנה עצמית מקורם בעיקר במנהג. מדינות יכולות להשפיע על יצירתו של מנהג ועל עיצובו באמצעות התנהגותן, ובלבד שהתנהגותן תלווה בהצהרה על זכות משפטית או חובה משפטית לפעול (*opinio juris*). אם מדינת ישראל אינה מקבלת עליה אחריות לפעולה צבאית מסוימת ואינה מסבירה מדוע על פי תפיסתה מדובר בפעולה חוקית לפי המשפט הבינלאומי, הרי אין היא ממלאת תפקיד בעיצוב המשפט הבינלאומי בסוגיה שהיא קריטית לביטחונה. מן הראוי שהבחירה שלא להשתתף בשיח זה תיעשה מתוך מודעות למחיר.

טיעונים משפטיים מסוימים עלולים להיות חרב פיפיות ומן הראוי להיערך מראש לתוצאותיהם. אם למשל תשתמש ישראל בטענה שהיא שרויה בסכסוך מזוין מתמשך עם סוריה, בשילוב הטענה שבמקרים של סכסוך מזוין מתמשך אין חובה לעמוד בתנאים של דיני השימוש בכוח להגנה עצמית, היא תתקשה לטעון כנגד חוקיות התקפת פתע נגדה מצד סוריה.

מטבע הדברים, ההיערכות לאפשרות של מלחמה עתידית עומדת במרכז עיסוקו של צה"ל. עם זאת, ההיערכות לאפשרות כזאת אינה צריכה להיות צבאית בלבד. המחקר מתמקד בהיבטים של דיני השימוש בכוח במשפט הבינלאומי בכמה תרחישים של התלקחות צבאית בזירה הצפונית. מן הראוי שהסוגיות שנידונות בו – שהן אסטרטגיות באופיין, ולא טקטיות – יעסיקו את הדרג המדיני ואת הגורמים האזרחיים המסייעים לו, כגון המטה לביטחון לאומי ומשרד החוץ. חשוב לתת עליהן את הדעת לא רק בזמן לחימה אלא מראש – הן כדי להפחית את הסיכון למלחמה הן כדי לבנות מראש באופן מושכל לגיטימציה בינלאומית אם תידרש ישראל לחזור ולהגן על עצמה בתגובה למתקפה.

מ ב ו א

כעשור ומחצה חלפו מאז מלחמת לבנון השנייה, שבה התעמתה מדינת ישראל עם חזבאללה בלבנון. במשך 33 ימים נורו על צפונה של ישראל כמעט 4,000 רקטות, ובצד הישראלי נהרגו 163 בני אדם, בהם 119 חיילים.¹ נזק רב נגרם לרכוש, והפעילות השגרתית בצפון – ובכלל זה הפעילות הכלכלית – נפגעה. רבים מאזרחי הצפון התפנו מבתיהם ועברו לאזורים בטוחים יותר.

מאז הסתיימה המלחמה נשמר בדרך כלל השקט, אך מפעם לפעם אירעו תקריות חמורות של חילופי אש בסמוך לגבול.² כלומר החלטת מועצת הביטחון 1701,

1 הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 (ועדת וינוגרד) **מלחמת לבנון השניה: דין וחשבון חלקי 11** (2007).

2 ב־3.8.2010 ירה צבא לבנון על כוח צה"ל שביצע עבודות גיזום בצד הישראלי של הגבול. מג"ד ישראלי נהרג ומ"פ נפצע קשה. צה"ל השיב אש ובירי נהרגו שלושה חיילים לבנונים ואזרח ("אפשר שירי צבא לבנון ב־3 באוגוסט לעבר כוח צה"ל שביצע עבודות כ־120 מטרים בתוך ישראל, נבע מהחלטה של דרג שטח ולא מהנחיית הפיקוד הבכיר, אך לפחות הוא הושפע מהאווירה הלוחמנית השוררת בצבא לבנון כלפי ישראל"; **מרכז המידע למודיעין ולטרור 6.8.2010**); ב־28.1.2015 ירה חזבאללה טיל נ"ט לעבר רכב של צה"ל באזור הר דב. שני חיילים נהרגו ושבעה נפצעו. הירי פורש כחגובה לפגיעה שיוחסה לצה"ל בשישה אנשי חזבאללה וגנרל איראני בסוריה ("תקריט חמורה בצפון: 2 הרוגים ו־7 פצועים נפגעים מירי נ"ט על רכב צבאי, ירי נוסף להר דב ולחרמון"; **ynet 28.1.2015**); בין דצמבר 2018 לינואר 2019 פעל צה"ל במבצע "מגן צפוני" לחשיפת שש מנהרות שחפר חזבאללה אל חוף שטח ישראל ונטרל אותן (יניב קובוביץ "צה"ל: איתרנו את כל מנהרות חזבאללה בשטח ישראל, מבצע 'מגן צפוני' הסתיים"

שהייתה הבסיס לסיום המלחמה, יושמה באופן חלקי בלבד. כוח יוניפי"ל תוגבר והמנדט שלו הורחב וחזק. צבא לבנון נפרש בדרום לבנון, סמוך לגבול ישראל. בדרך כלל לוחמי חזבאללה אינם נעים בגלוי מדרום לליטני, אבל נטען שהם פועלים באזור בכסות אזרחית.³ חזבאללה לא פורק ממשקו ולפי דיווחי מודיעין הוא אף התעצם בכמות הרקטות שברשותו, בטווח שלהן, ומה שאולי מדיגי אף יותר מבחינת ישראל – גם בדיוק שלהן.⁴ יוניפי"ל או ממשלת לבנון אינם פועלים למנוע התעצמות זו בסמוך לגבול לבנון, כנדרש על פי החלטת מועצת הביטחון. ישראל טוענת כי חזבאללה אף חיזק את המגמה של מיקום תשתיות צבאיות בקרב אזרחים בכפרים בדרום לבנון.⁵

עוד שינוי חשוב שאירע מאז הסתיימה המלחמה הוא פרוץ מלחמת האזרחים בסוריה. בעת כתיבת שורות אלו נראה שלאחר כעשור של מלחמה עקובה מדם, שהביאה מיליוני פליטים סורים להימלט מארצם, כוחותיו של הנישיא אסד ובעלי בריתו נמצאים בעמדת יתרון. עם בעלי בריתו של אסד נמנים מלבד רוסיה גם איראן וחזבאללה, ולכולם יש דריסת רגל בסוריה. במהלך הלחימה בסוריה רכשו אנשי חזבאללה ניסיון קרבי לא מבוטל, כולל בהפעלת מסגרות גדולות; מנגד, הוא שילם בחיי לוחמיו. גם לנסיבות האלה יכולות להיות השפעה על ישראל. אף אם תסתיים מלחמת האזרחים בסוריה בעתיד הקרוב, ואין ודאות שכך אכן יקרה, אין פירוש הדבר שהמצב בסוריה יחזור לקדמותו: המשטר בסוריה הוחלש ושלטתו באזורים מסוימים תמשיך להיות מוגבלת, שיקומו של ההרס יארך שנים

הארץ 13.1.2019; ב-1.9.2019 ירה חזבאללה טילי נ"ט לעבר עמדה של צה"ל ביישוב אביבים ואמבולנס צבאי. לא היו נפגעים (טל לב רם "תקרית הירי בגבול לבנון: צה"ל מסר כי אין נפגעים באירוע" **מעריב** 1.9.2019).

3 יואב זיתון "צה"ל חושף: זהו מערך האיטוף של חיזבאללה" **ynet** 18.7.2017; עמוס הראל "צה"ל הודיע כי חשף עמדת חיזבאללה בגבול לבנון, שהוקמה בניגוד להחלטת האו"ם" **הארץ** 22.10.2018.

4 מערכת אתר צה"ל "איך עובד טיל מדויק, ומי האנשים מאחורי הפרויקט הסודי שנחשף?" **אתר פיקוד הצפון** 30.8.2019.

5 יוסי יהושע "הכפר שהפך למחנה צבאי" **ידיעות אחרונות** 6.12.2018; רון בן ישי "הנדידה של חיזבאללה: משמורות טבע לכפרים" **ynet** 10.2.2013.

רבות, ואפשר שבשטח סוריה ימשיכו לשהות כוחות זרים, מדינתיים ואחרים. כל המאפיינים הללו עלולים להשפיע על ישראל בעימות עתידי בחזית הצפונית.⁶

ישראל השתדלה שלא להתערב במלחמת האזרחים בסוריה ולהסתפק בסיוע הומניטרי מצומצם, בעיקר לתושבים בסמוך לגבול בגולן, אבל היא לא נמנעה מתקיפות ממוקדות בסוריה לצורך הגנה על האינטרסים שלה. בעיקר תקפה שיירות שהובילו נשק מתקדם לחזבאללה בלבנון ומערכים איראניים שישראל ראתה בהם איום.⁷ לעיתים הותקפה ישראל דרך גבול סוריה – בין השאר, בידי כוחות איראניים.⁸

לסיכום, המצב בגבולה הצפוני של ישראל אינו יציב. הסלמה של אירוע מקומי או החלטה מכוונת של חזבאללה או פטרוניו האיראנים עלולות להידרדר לעימות נרחב.

על רקע זה אני מבקש לתאר במחקר זה את אתגרי המשפט הבינלאומי שישראל עלולה לעמוד לפניהם בתרחישים שונים של עימות עתידי בצפון. כמו כן, אבדוק אם אפשר להמליץ מראש על דרכים להיערך לאותם אתגרים. מטבע הדברים, קשה לצפות את התרחיש המדויק של מערכה עתידית, ועל כן אכתור לניתוח קונקרטי די הצורך להיות מועיל, אך גם כללי די הצורך להיות רלוונטי בנסיבות שונות.

במחקר זה לא ארחיב בנושא האתגרים של לוחמה א־סימטרית, בעיקר באזורים אורבניים. אתגרים אלו נוגעים לקושי ליישם את דיני הלחימה (המכונים גם

6 אייל זיסר "שורשיה של המלחמה בסוריה" מערכות (גיליון מיוחד: מלחמת האזרחים בסוריה) 6 (אוקטובר 2020); שמואל אבן ותומר פדלון "כלכלת סוריה לאחר עשור של מלחמה: חורבן וסיכויי שיקום דלים" מבט על 1455 (המכון למחקרי ביטחון לאומי (INSS)), 5.4.2021; עידו יהל "המעורבות האיראנית בסוריה: תמונת מצב" אתר מרכז משה דיין 6.4.2021.

7 חסן שעלאן "נתניהו: ישראל פועלת בסוריה" ynet 1.12.2015; מואב ורדי "אחרי שנים של הכחשות – נתניהו הודה: תקפנו עשרות פעמים בסוריה ובלבנון" חדשות 13 11.4.2016.

8 יואב זיתון "צה"ל חושף: המל"ט האיראני שירות נשא חומר נפץ להפעלה בישראל" כלכליסט 13.4.2018.

המשפט הבינלאומי ההומניטרי), ובפרט את עקרון ההבחנה ועקרון המידתיות במלחמה נגד כוחות אויב לא סדירים, שאינם לובשים מדים ושנטמעים בסביבה אזרחית ומסווים בה את התשתיות הצבאית שלהם. אף שמדובר באתגרים מרכזיים, והם צפויים להיות רלוונטיים גם בעימות עתידי בצפון, לא אתמקד בהם כאן משום שמדובר בנושא שכבר נדון ותואר בהרחבה.⁹ יתר על כן, הוא אינו ייחודי לזירה הצפונית דווקא, וניכר הן בעימותים עם חמאס ועם ארגוני הטרור הפלסטיניים האחרים בעזה הן בעימותים א־סימטריים אחרים בעולם, למשל בעיראק ובאפגניסטן.

עימות אפשרי עם חזבאללה בצפון שונה מעימות עם חמאס או עם ארגוני הטרור הפלסטיניים האחרים בעזה בעיקר בשל המעורבות העמוקה של מדינות זרות: חמאס פועל בשטח רצועת עזה, ששאלת הריבונות בו אינה ברורה, ואף שנויה במחלוקת;¹⁰ חזבאללה, לעומת זאת, פועל בשטחה של לבנון ובשטחה של סוריה, שתי מדינות ותיקות ומוכרות שחברות באו"ם. באילו נסיבות יישאו לבנון וסוריה באחריות למעשיו של חזבאללה? מה המשמעות המעשית של אחריות זו? אלו בין השאר השאלות שבהן יעסוק המחקר. זאת ועוד: מעורבות איראן בסיוע לחזבאללה עמוקה הרבה יותר ממעורבותה בסיוע לחמאס ולג'יהאד האסלאמי בעזה והיא כרוכה גם בנוכחות פיזית וגלויה של כוחות צבא איראן בסוריה, אך לא בעזה. לבסוף, בשטח לבנון פועל כוח שמירת שלום של האו"ם (יוניפי"ל), שהוא "שחקן" נוסף שיש להתחשב בקיומו במקרה של עימות עתידי.

במחקר זה אתמקד בדיני השימוש בכוח (*jus ad bellum*). שלא כמו דיני הלחימה (*jus in bello*), הדיון הציבורי בישראל לא ייחד להם עד כה תשומת לב רבה. דינים אלו מסדירים את האיסור על השימוש בכוח בין מדינות ואת חריגיו. דיני הלחימה

9 ראו למשל אליאב ליבליך ואואן אלחרמן המשפט ההומניטרי הבין-לאומי בעימותים מזוינים על-לאומיים ואסימטריים: אהגרים עכשוויים מרכזיים (2017); AMICHAÏ AYALON & BRIAN MICHAEL JENKINS, WAR BY WHAT MEANS, ACCORDING TO WHOSE RULES? (2015); ראו גם המאמרים בכרך 4 (1) של כתב העת צבא ואסטרטגיה (המכון למחקרי ביטחון לאומי, מאי 2012); וכן מאמר שהתפרסם לא מכבר: Yoram Dinstein, *The Special Dimensions of Urban Warfare*, 50 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 1 (2020)

The International Criminal Court's lack of jurisdiction over the so-called "situation in Palestine," MEMORANDUM OF THE ATTORNEY GENERAL, para. 26, 20.12.2019

פועלים במישור הטקטי ומסדירים את ניהול הלחימה – אילו מטרות מותר לתקוף ובאילו אמצעי לחימה ושיטות לחימה מותר להשתמש; דיני השימוש בכוח, לעומת זאת, פועלים במישור האסטרטגי וקובעים מתי מותר למדינה להפעיל כוח כלפי מדינה אחרת או בטריטוריה של מדינה אחרת – ולאילו תכליות. דיני השימוש בכוח חשובים במיוחד במועד פתיחת המלחמה ובמועד סיומה. על פי דעה חדשה יחסית, יש להם חשיבות גם במהלך המלחמה.

הרלוונטיות של דיני השימוש בכוח מועמדת בספק לעיתים קרובות עקב השיקולים הפוליטיים הממלאים תפקיד מרכזי בשיח הבינלאומי בנושא. הטענה ששפת המשפט הבינלאומי גמישה די הצורך לאפשר כל טיעון התואם את צרכיו הלאומיים של הטוען איננה טענה ייחודית לדיני השימוש בכוח.¹¹ ואולם אין ספק שכיוון שענף זה של המשפט הבינלאומי מסדיר את העניינים הקריטיים ביותר לקיומן של מדינות, המעורבות של הפוליטיקה הבינלאומית בו בולטת במיוחד. קשה למצוא עימות מזוין שבו לא טוען כל צד לתוקפנות של הצד שכנגד ולפעולתו המוצדקת מתוך הגנה עצמית. לעיתים קרובות יש חפיפה בין התמיכה בטיעוני אחד הצדדים או ההתנגדות לו ובין מערך הבריתות הבינלאומי. יתר על כן, הייחודיות של כל מקרה ומקרה של עימות מזוין מאפשרת לעיתים קרובות למדינות לנקוט גישה לא עקבית לעקרונות המשפטיים בטענה שיש הצדקה להבחנה בין עמדתם במקרה אחר לעמדתם במקרה העומד על הפרק. ואולם למרות כל ההסתייגויות הללו, לדיני השימוש בכוח יש תפקיד. אין הם רק "שפה" שבה מתנהל לעיתים קרובות השיח הבינלאומי בנוגע למלחמות. גמישותם של הכללים אינה אינסופית, כפי שאפשר ללמוד מהתנהלות מדינות העולם בהקשר של המלחמה בין רוסיה לאוקראינה, שהרי רובן המכריע רואות בהתנהלות רוסיה תוקפנות והפרה של האיסור על שימוש בכוח ביחסים הבינלאומיים.¹² מדינה המפירה את דיני השימוש בכוח עלולה לשלם מחיר כבד, מלבד הגיוניים. כך למשל,

MARTTI KOSKENNIEMI, FROM AGOLGY TO UTOPIA: THE STRUCTURE OF INTERNATIONAL 11
LEGAL ARGUMENT (1989)

12 אומנם רוסיה חסמה קבלת החלטה במועצת הביטחון של האו"ם באמצעות כוח הווסו שלה כחברה קבועה במועצת הביטחון, אבל 147 מדינות (לעומת חמש מתנגדות בלבד) הצביעו בעצרת הכללית של האו"ם בעד החלטה המגנה בחריפות את רוסיה על תוקפנותה כלפי אוקראינה. ראו, UNGA ES-11/1, Aggression against Ukraine, March 2, 2022

2022

לאחר פלישת עיראק לכוויית ב-1991 הקימה מועצת הביטחון קרן של האו"ם, המשלמת מכספי הנפט של עיראק פיצויים למדינות, בני אדם ותאגידים שנפגעו מתוקפנותה.¹³ בכל מקרה, דיני השימוש בכוח של המשפט הבינלאומי הם חלק מן ה"טופוגרפיה" של המלחמה. מדינאי החפץ להשיג את מטרתו בעימות צבאי כדאי שיכיר היטב את כל הצדדים של השטח שבו נערכת ההתמודדות ויתכונן מראש באופן שיקדם את מטרתיו.

הערה אחרונה, המיועדת למי שלא השתכנע בתועלת שבהכרת דיני השימוש בכוח ובהתחשבות בהם. לאחרונה תוקנה חוקת רומא של בית הדין הבינלאומי הפלילי (ICC) וכעת היא מגדירה במפורט את פשע התוקפנות וקובעת הוראות בדבר כניסתו של התיקון לתוקף.¹⁴ עד הכנסת התיקון הייתה לבית הדין הפלילי סמכות לדון בפשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות, אבל לא בפשעים נגד השלום או בפשע התוקפנות. כלומר רק הפרות של דיני הלחימה – כגון תקיפה מכוונת של אזרחים, תקיפה חסרת הבחנה של אוכלוסייה אזרחית, התעללות ויחס אכזרי לשבויים – יכלו לגרור הליכים פליליים בינלאומיים המכוונים אישית כנגד המדינאים ואנשי הצבא (בכל הדרגים). לעומת זאת, תוקפנות כלפי מדינה אחרת ברמה "אסטרטגית", אותו פשע ראשוני שממנו צומח הסבל הנגרם במלחמה, הייתה תלויה בהחלטה של מועצת הביטחון, שהיא גוף פוליטי ולא משפטי. לעיתים קרובות מועצת הביטחון מנועה מלקבל החלטה אפקטיבית בשל הצורך בקונצנזוס של המעצמות שהן חברות קבועות. ואכן, לרוב נמנעה מועצת הביטחון מלקבוע מי "אשם" בסכסוך והתמקדה בפעולות להשבת השלום והביטחון הבינלאומיים על כנם. ייתכן שהוספת פשע התוקפנות לחוקת רומא תביא בעתיד מדינאים ואנשי צבא אל ספסל הנאשמים גם בגין עצם ההחלטה לפתוח במלחמה, ולא רק בשל אופן ניהולה. ולו בשל כך מן הראוי שמקבלי ההחלטות ייתנו את דעתם לעניין הרה גורל זה של מלחמה ושלום.

13 ראו אתר הקרן: *United Nations Compensation Commission*. כספים שולמו גם לנפגעים ישראלים. ראו ענת רואה "ישראל קיבלה 5 מיליון דולר פיצויים מעיראק" *ynet* 15.8.2001.

14 ראו להלן, 1.4.

הפרק הראשון יציג בקצרה את הכללים העיקריים של דיני השימוש בכוח במשפט הבינלאומי הרלוונטיים לתרחישים הנדונים כאן. **הפרק השני** יעסוק במלחמת לבנון השנייה, בדיונים של מדינות וארגונים בינלאומיים בחוקיות פעולותיה של ישראל וכן בדיונים בעניין זה בספרות המשפטית. אך שההיסטוריה לעולם אינה חוזרת על עצמה במדויק, ייתכן שיש לקחים שאפשר להפיק מהעימות הקודם בין ישראל לחזבאללה. **הפרק השלישי** והעיקרי יציג חמישה תרחישים שונים של מתקפות על ישראל וינתח את האפשרויות המשפטיות שיעמדו לפני ישראל לנוכח אותן מתקפות. המחקר ייחתם **במסקנות והמלצות**.

המחבר מבקש להודות לפרופ' יעל רונן (המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט) ולפרופ' נועם לובל (אוניברסיטת אסקט) על תרומתם שלא תסלוא בפז למחקר זה, בהערותיהם על טיוטה מוקדמת שלו. טעויות שנותרו הן כמובן באחריותי הבלעדית.

הכללים

פרק זה יעמוד על כללי המשפט הבינלאומי החלים על שימוש בכוח ביחסים הבינלאומיים, מתוך דגש על הכללים הרלוונטיים לתרחיש עתידי של עימות בזירה הצפונית. יותווה הגבול בין ענף זה של המשפט הבינלאומי ובין דיני הלחימה ויפורטו היקפי האיסורים על שימוש בכוח ועל איום בשימוש בכוח. יפורטו החריגים לאיסור על שימוש בכוח – הן המוכרים (אישור מועצת הביטחון, הגנה עצמית) הן השנויים במחלוקת (כגון התערבות הומניטרית). יפורטו גם התנאים להחלת החריגים. יידונו כללים הנוגעים להיקף דיני השימוש בכוח מבחינת המקום (אזור הלחימה), הצדדים (דיני הניטרליות) והזמן (סיומו של סכסוך מזוין). לבסוף יידונו שאלות הקשורות לתגובה האפשרית לארגונים חמושים לא מדינתיים (כמו חזבאללה), התוקפים משטחה של מדינה אחת (לבנון למשל) את שטחה של מדינה אחרת (ישראל). לשם כך יש לברר מתי אפשר לייחס למדינה אחריות לתקיפת ארגון חמוש לא מדינתי משטחה ואם למדינה המותקפת זכות להגיב בשטח המדינה גם אם אי־אפשר לייחס לה אחריות לתקיפת הארגון החמוש. פרק זה יניח את התשתית להמשך המחקר.

1.1 ההבחנה בין האיסור על שימוש בכוח צבאי להסדרת אופן השימוש בכוח צבאי

במשפט הבינלאומי מקובל להבחין בין הדין המסדיר את עצם החוקיות של השימוש בכוח צבאי – הדין על המלחמה (ובלטינית *ius ad bellum*) ובין הדין המסדיר את אופן הלחימה המותר – הדין בלחימה (*ius in bello*), המכונה גם המשפט הבינלאומי ההומניטרי (international humanitarian law) או דיני העימות המזוין (law of armed conflict). על פי התפיסה המסורתית, שתי מערכות הדינים האלה הן מערכות נפרדות לחלוטין. מדינה יכולה להפר את האיסור על שימוש בכוח צבאי ולפתוח במלחמה תוקפנית, אבל לנהל אותה בהתאם לדיני העימות המזוין, כלומר להקפיד לתקוף רק מטרות צבאיות

ולוחמים, להשתמש רק בנשק ובשיטות לחימה שאין עליהם איסור. גם ההפך אפשרי – מדינה יכולה לפעול בראשיתו של עימות מזוין באופן מוצדק, מתוך הגנה עצמית, אך להפר בהמשך הסכסוך את דיני הלחימה – למשל אם היא תוקפת במכוון אזרחים או משתמשת באמצעי לחימה אסורים ובשיטות לחימה אסורות. לפי התפיסה המסורתית, ההפרדה החד־משמעית בין שתי מערכות הדינים משרתת צורך מעשי. לרוב, כל צד משוכנע שהוא הצודק ואילו יריבו הוא התוקפן. גם מועצת הביטחון, המוסמכת להלכה לקבוע מי הצד התוקפן, נמנעת לרוב מסיבות מעשיות מקביעות ברורות ומתמקדת בצעדים הנדרשים להשבת השלום והביטחון על כנם. אילו הייתה הסדרת הכללים הנוגעים לאופן הלחימה תלויה בהבחנה הזאת בין תוקפן לקורבן, הייתה נוצרת עמימות בנוגע לכללים המחייבים. תחולתם השוויונית של הכללים הנוגעים לאופן הלחימה על כל צד לוחם, צודק או מעול, מבטיחה לכאורה ודאות ובהירות. הדין המסדיר את אופן הלחימה מבוסס על תפיסה פרגמטית. מובן שמוטב שלא תהיינה מלחמות בעולם והסבל הכרוך בהן יימנע. ואולם כיוון שמלחמות הן עובדה קיימת עדיף, לכל הפחות, להחיל כללים שמטרתם למנוע סבל מיותר במלחמה, כלומר סבל שאין בו צורך צבאי ואין הוא תורם לניצחון במלחמה.¹⁵

המודעות להבחנה הזאת חשובה, שכן לעיתים קרובות דוברים ישראלים משיבים לטענות על פגיעה באזרחים בפעולות של צה"ל בהדגשת זכותה של ישראל להגנה עצמית – נימוק שאינו רלוונטי. גם ההפך נכון – גם אם יפעל צה"ל על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי לא יהיה בכך למנוע ביקורת על פעולה צבאית של ישראל אם אי־אפשר להצדיקה על פי דיני השימוש בכוח.

עם זאת, הולכת ומתפתחת גישה השוחקת את ההבחנה בין החוקיות של עצם המלחמה לחוקיות של אופן הלחימה. גישה זו מבוססת על מגמה של הרחבת תחולתם של דיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי אל מעבר לטריטוריה שבשליטת המדינה. ועדת זכויות האדם של האו"ם סבורה כי בכל מקרה שבו פעולה צבאית של מדינה מחוץ לתחום שליטתה משפיעה ישירות על זכותו

15 לתיאור קצר של ההבחנה ונימוקיה והבעת תמיכה בשימורה ראו IHL and other legal regimes – jus ad bellum and jus in bello, ICRC (2010)

של אדם לחיים חל איסור על שלילת חיים שרירותית.¹⁶ עוד קובעת הוועדה כי מדינות הנוקטות מעשי תוקפנות שלא על פי דיני המשפט הבינלאומי ומביאות לידי שלילת חיים מפירות את הזכות לחיים של מי שנהרגים בעקבות המעשים.¹⁷ על יסוד תפיסה זו נטען למשל שמאחר שפלישתה של טורקיה לצפון סוריה אינה הגנה עצמית מוצדקת לפי דיני השימוש בכוח, כל הריגה בהתקפה – גם של לוחם – היא הפרה של דיני זכויות האדם, אך שלפי דיני הלחימה מותרת הריגתם של לוחמי אויב.¹⁸ יש לציין שלפי שעה מדובר בגישה מרחיקת לכת שרבים מסתייגים ממנה.¹⁹

1.2 האיסור על השימוש בכוח

מהותו והיקפו של האיסור על שימוש בכוח

בסדר המשפטי העולמי לאחר מלחמת העולם השנייה, ההוראה המרכזית והיסודית היא האיסור על שימוש בכוח בין מדינות, לרבות האיסור על איום בשימוש בכוח בין מדינות כפי שהוא קבוע במגילת האו"ם.²⁰

Human Rights Committee, General Comment No. 36 (2018) on Article 16
6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the
Right to Life, para. 63, October 30, 2018

17 שם, בפס' 70.

Adil Ahmad Haque, *Turkey, Aggression, and the Right to Life Under* 18
the ECHR, EJIL:TALK! (October 21, 2019)

Pavle Kilibarda, *Turkey, Aggression, and the Right to Life Under* 19
the ECHR: A Reaction to Professor Haque's Post, EJIL:TALK! (October 22,
2019)

20 מגילת האומות המאוחדות (להלן: מגילת האו"ם) וחוקת בית הדין הבינלאומי, כ"א
19, 203 (נפתחה לחתימה ב-1945) (ישראל התקבלה כחברה ב-1949), ס' 2(4): "כל
חברי הארגון יהיו נמנעים ביחסיהם הבין-לאומיים מאיום בכוח הזרוע או מהשתמש בו,
אם כנגד שלמותה הטריטוריאלית או עצמאותה המדינית של איזו מדינה ואם בכל דרך
אחרת שאינה מתיישבת עם המטרות של האומות המאוחדות".

על מרכזיותו של איסור זה אפשר ללמוד כבר מהפתיח החגיגי של המבוא למגילת האו"ם, המדגיש את נחישות המדינות המתאגדות בארגון למנוע מלחמה,²¹ וכן מהמטרה הראשונה בסעיף מטרות האו"ם, שהיא שמירת השלום והביטחון הבינלאומיים ונקיטת אמצעים משותפים ויעילים למניעת תוקפנות.²² את מקומו של הכוח ביישוב סכסוכים נועדו להחליף דרכי שלום המיוסדות על עקרונות הצדק והמשפט הבינלאומי.²³

פעולות הנחשבות לשימוש אסור בכוח

העצרת הכללית של האו"ם אימצה בשנת 1970 הצהרה בדבר עקרונות המשפט הבינלאומי הנוגעים ליחסי ידידות ושיתוף פעולה בין המדינות בהתאם למגילת האו"ם.²⁴ על פי הדעה המקובלת, ההצהרה משקפת את המשפט הבינלאומי המנהגי המחייב,²⁵ והיא מפרשת ומפרטת את משמעות האיסור על שימוש בכוח ועל איום בשימוש בכוח במגילת האו"ם.

עקרונות ההצהרה הרלוונטיים לענייננו כאן:

- שימוש בכוח המפר גבולות בינלאומיים או המיועד לפתור סכסוכי גבול בינלאומיים ייחשב להפרה של האיסור על השימוש בכוח.

21 "אנו, עמי האומות המאוחדות שגמרנו בנפשנו להציל את הדורות הבאים מפורענות המלחמה, שהביאה פעמיים בימי חלדנו סבל לא יתואר על האנושות" (שם).

22 שם, בס' 1(1).

23 שם, בסיפא.

24 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, A/RES/2625 (XXV), October 24, 1970 (להלן: הצהרת האו"ם בנוגע לעקרונות המשפט הבינלאומי).

25 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* 25 (*Nicaragua v. United States of America*). Merits, Judgment. I.C.J. (להלן: פרשת ניקרגואה). Reports 1986, p. 14, para. 188, 191, 193.

- שימוש בכוח המפר קווי שביתת נשק,²⁶ או קווים דומים שנקבעו בהסכמים בינלאומיים שמדינה היא צד בהם או שמחייבים אותה, הוא אסור. אין בכך כדי לגרוע מזמניותם של קווים מסוימים או מטענות של המדינה בדבר מעמדם ומשמעותם.
- אולי כדי "לאזן" איסור זה נכלל בהצהרה גם איסור לפעול בכוח נגד מימוש זכותם של עמים להגדרה עצמית ולעצמאות.
- גם פעולות תגמול הוגדרו פעולות המפירות את האיסור על שימוש בכוח.²⁷
- נאסר על מדינה לארגן או לעודד התארגנות של כוחות לא סדירים או כנופיות חמושות לשם חדירה לשטחה של מדינה אחרת.
- נאסר לארגן ולהמריץ מרי אזרחי או פעולות טרור במדינה אחרת, להשתתף בהם או לסייע בהם; נאסר להסכים בשתיקה להתארגנות בשטח המדינה שתכליתה לבצע מעשים אלו במדינה אחרת, אם המעשים האמורים כוללים שימוש בכוח או איום בשימוש בכוח.
- פלישה לשטח מדינה אחרת וכיבוש שלה נחשב שימוש אסור בכוח (אף אם לא נתקל בהתנגדות חמושה). סיפוח שטח שהושג מתוך שימוש בכוח הוא אסור ולא יוכר כחוקי.

עניין שלא הוזכר בהצהרה לעיל, משום שלא היה קיים בשנת 1970, הוא דינן של התקפות סייבר. האם הן בגדר שימוש אסור בכוח לפי מגילת האו"ם? יש הסכמה רחבה כי פעולות סייבר של מדינה כלפי מדינה אחרת הגורמות למוות או לפגיעה של בני אדם או להרס ונזק פיזי לרכוש הן בגדר שימוש בכוח.²⁸ לעומת זאת, לוחמה פסיכולוגית באמצעות סייבר, שאינה גורמת להרס מוחשי,

26 לא ברור אם הוראה זו חלה גם על קווי הפסקת אש, להבדיל משביתת נשק. להבדלים ראו להלן, 1.6.

27 על ההבחנה בין פעולות תגמול להגנה עצמית ראו להלן, ה"ש 78.

TALLINN MANUAL 2.0 ON THE INTERNATIONAL LAW APPLICABLE TO CYBER OPERATIONS 28
 (Michael N. Schmitt ed., 2nd edition, 2017) rule 69, para. 8 (להלן: מדריך טאלין).

כגון פעולות המכוונות לפגוע באמון בממשלה, אינן נחשבות לשימוש בכוח.²⁹ מקרי הקצה ברורים, אבל קבוצת המומחים שגיבשה את מדריך טאלין בנושא המשפט הבינלאומי החל על פעולות במרחב הסייבר הציעה קריטריונים להעריך אם פעולה מסוימת היא בגדר שימוש בכוח, ובהן חומרת התוצאות, פרק הזמן החולף בין המתקפה לתוצאותיה, עד כמה הקשר בין הפעולה לתוצאה ישיר ועד כמה היא חודרת למערכות מוגנות או תוקפת מערכות צבאיות.³⁰

בהרצאה שנשא לאחרונה המשנה ליועמ"ש לממשלה (משפט בינלאומי) הוא אמר כי עמדת ישראל היא שכדי שפעולה במרחב הסייבר תיחשב לשימוש בכוח נדרשים נזק פיזי, פגיעה או מוות, אך הוא השאיר פתח להתפתחויות עתידיות שעשויות להרחיב את גדר פעולות הסייבר שייחשבו לשימוש אסור בכוח.³¹

יובהר כבר בשלב זה ששימוש אסור של מדינה בכוח הוא הפרת המשפט הבינלאומי, אבל אין הוא בהכרח מקנה למדינה הנפגעת זכות להשתמש בכוח נגדי. ארחיב בעניין זה בהמשך הדברים.

מהותו של איום בשימוש בכוח

בית הדין הבינלאומי לצדק, בחוות דעתו המייעצת על חוקיות השימוש או האיום בשימוש בנשק גרעיני,³² קבע שאיום בשימוש בכוח אסור כשהשימוש בכוח למימוש האיום נחשב לא חוקי; למשל כשמטרת האיום היא להשיג

29 **סם**, בפס' 3. העובדה שלא מדובר בשימוש בכוח אין משמעה שפעולות אלו אינן אסורות לפי כללים אחרים של המשפט הבינלאומי, למשל הכלל האוסר על התערבות בענייניה הפנימיים של מדינה אחרת.

30 מדריך טאלין, לעיל ה"ש 28, בפס' 9. ראו גם International Law Association, Final Report on Aggression and the Use of Force 16-17 (2018) (להלן: דוח ה-ILA), בעמ' 24-26.

31 Roy Schöndorf, *Israel's Perspective on Key Legal and Practical Issues Concerning the Application of International Law to Cyber Operations*, EJIL:TALK! (9.12.2020)

32 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, para. 47-48 (להלן: פרשת חוקיות השימוש בנשק גרעיני).

שליטה בטריטוריה של המדינה המאוימת או לכפות עליה דרכי פעולה כלכליות או אחרות. עוד קבע בית הדין שגם איתות בדבר נכונות להשתמש בכוח לשם הגנה עצמית באופן שאינו מקיים את דרישות הצורך והמידתיות³³ ייחשב איום לא חוקי. מכך משתמע שמסר מרתיע בדבר יכולת ונכונות להשתמש בכוח לשם הגנה עצמית באופן העולה בקנה אחד עם התנאים לתחולתה אינו אסור.

תחולת האיסור בדבר שימוש בכוח

מגילת האו"ם אוסרת על הפעלת כוח ביחסים שבין המדינות החברות בו. אומנם כל המדינות הרלוונטיות לעימות בזירה הצפונית (לבנון, סוריה, איראן) הן חברות באו"ם, אבל ראוי לציין שבית הדין הבינלאומי לצדק כבר פסק לפני יותר משלושים שנה שהאיסור על שימוש בכוח הוא חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי ועל כן הוא מחייב גם מדינות שאינן חברות באו"ם להימנע משימוש בכוח. על פי פסיקתו, האיסור על שימוש בכוח חל גם על שימוש בכוח נגד מדינות שאינן חברות באו"ם.³⁴

האיסור על שימוש בכוח במגילת האו"ם חל כנראה על מדינות בלבד, ולא על ארגונים חמושים לא מדינתיים.³⁵ עם זאת, אין פירוש הדבר שארגון לא מדינתי רשאי להפעיל כוח כלפי מדינה. לרוב המדינה שומרת לעצמה בלעדיות על הפעלת כוח וזו מותרת רק לצבאה ולרשויות אכיפת החוק. חוק המדינה יגדיר אדם או ארגון אחר המשתמש בכוח כעבריינים. נוסף על כך, ארגון המשתמש בכוח כנגד מדינה אחרת עלול להיכלל בהגדרת ארגון טרור, שפעולותיו אסורות לפי דיני המאבק בטרור במשפט הבינלאומי.³⁶

33 על ההגנה העצמית ותנאיה ראו להלן, 1.3.

34 פרשת ניקרגואה, לעיל ה"ש 25, בפס' 187-191.

35 Christian Henderson, *Non-State Actors and the Use of Force*, in *Non-State Actors in International Law* 1, 1 (M. Noortmann, A. Reinisch, & C. Ryngaert eds., 2014)

36 לכל הפחות כאשר השימוש בכוח של הארגון מופנה כלפי אזרחים או נעשה מחוץ להקשר של עימות מזוין. ראו למשל הגדרה בס' 2(1)(ב) לאמנה הבינלאומית למניעת מימון טרור, כ"א 140150 (1999) (נפתחה לחתימה ב-1999) (אושרה ונכנסה לתוקף לגבי ישראל ב-2003).

כשמדינה משתמשת בכוח כלפי ארגון חמוש לא מדינתי, אז אם השימוש בכוח נעשה בתוך המדינה בלבד, למשל פעולה של כוחות הממשלה נגד כוחות מורדים, הוא נחשב לחלק מענייניה הפנימיים של המדינה (אלא אם כן מדובר בשימוש בכוח נגד עם שמנסה לממש את זכותו להגדרה עצמית). למשפט הבינלאומי יש מה לומר על **אופן** השימוש בכוח: על פעולה לאכיפת חוק יחולו דיני זכויות האדם; לעומת זאת, אם ההתנגשויות בין כוחות הממשלה לארגון החמוש מגיעות למדרגת עימות מזוין, יחולו דיני העימות המזוין שאינו בינלאומי³⁷ וייתכן שיושלמו על ידי דיני זכויות האדם. ואולם **עצם** השימוש של הממשלה בכוח אינו מפר את האיסור על שימוש בכוח בין מדינות. האיסור על שימוש בכוח בין מדינות לא יחול גם כשהשימוש בכוח כנגד ארגון חמוש לא מדינתי נעשה מחוץ לטריטוריה הריבונית של מדינה אחרת, למשל בים הפתוח.³⁸

מקרה מורכב יותר, הרלוונטי מאוד לענייננו, הוא מקרה שבו ארגון לא מדינתי תוקף מדינה אחת מתוך שטח של מדינה אחרת. למשל, כשחזבאללה תוקף את ישראל משטח לבנון. כאן עולות שתי שאלות משנה:

(1) השאלה בדבר ייחוס השימוש בכוח למדינה ה"מארחת": באילו נסיבות תהיה המדינה אחראית לפעולת הארגון החמוש הפועל משטחה? במילים אחרות, מתי יהיה אפשר לייחס לה שימוש בכוח כנגד המדינה שהותקפה, כלומר הפרה של הוראת סעיף 2(4) למגילת האו"ם. שאלה זו תידון בהרחבה בחלק 1.7.

37 דיני העימות המזוין הסדירו בעבר מלחמות בין מדינות בלבד. אמנות ז'נבה משנת 1949 חלות על סכסוך מזוין בין מדינות, אבל בסעיף 3, שמשותף לארבעתן, נקבעו סטנדרטים מינימליים של התנהגות במקרים של סכסוך בינלאומי שאינו בעל אופי בינלאומי בחוץ שטחה של מדינה חברה. מן הניסוח האחרון לא ברור לגמרי כיצד יש לסווג סכסוך בין מדינה ובין ארגון חמוש לא מדינתי אם הוא חוצה גבולות בינלאומיים. לכאורה לסכסוך כזה יש אופי בינלאומי ואין הוא מוגבל לשטחה של מדינה אחת. ואכן, בית המשפט העליון בישראל נטה לראות בסכסוך כזה סכסוך בינלאומי, אף שאינו בין מדינות. בית המשפט העליון של ארצות הברית, לעומת זאת, ראה בסכסוך בין ארצות הברית לאלקאעדה סכסוך מזוין שאינו בינלאומי. להבחנה זו יש משמעות מסוימת במה שנוגע לכללים החלים בלחימה, אבל בהקשר עניינינו של מחקר זה אין מקום להרחיב בעניין.

(2) השאלה בדבר סיווג התגובה הצבאית של המדינה המותקפת: אם היא מפעילה כוח כנגד הארגון החמוש בשטחה של המדינה שמתוכה פעל, האם ייחשב הדבר שימוש בכוח כלפי המדינה ה"מארכת" לפי סעיף 2(4) למגילת האו"ם? יודגש כי שאלה זו שונה מהשאלה בדבר ההצדקה לשימוש בכוח כלפי המדינה ה"מארכת" או בשטחה, למשל בעניין החריג של הגנה עצמית, שגם בו אדון בהמשך דבריי. אם שימוש בכוח בשטח מדינה אחרת כלפי ארגון לא מדינתי שתקף את המדינה המגיבה אינו נחשב כלל שימוש בכוח כלפי המדינה המארכת, אין צורך לדון בשאלת התקיימותם של חריגים לאיסור על שימוש בכוח בין מדינות.

רוב המומחים ישיבו לשאלה 2 בחיוב ויציינו שהפעלת כוח בשטח מדינה אחרת ללא הסכמתה מפירה לכאורה את סעיף 2(4). יש מומחים, כמו שבתאי רוזן למשל, המדגישים שהאיסור חל על שימוש בכוח "נגד שלמותה הטריטוריאלית ועצמאותה המדינית" של מדינה אחרת. מכך משתמע, לדעתם, שאם השימוש בכוח הוא מזערי ואינו מכוון לפגוע בשטחה של המדינה או להחליף את המשטר שלה, הוא אינו בגדר הפרה של סעיף 2(4).³⁹

שימוש בכוח בשטחה של מדינה אחרת ובהסכמתה

לעיתים מדינה משתמשת בכוח צבאי בשטחה של מדינה אחרת בהסכמתה. לרוב מדובר במקרים שבהם המדינה מבקשת סיוע כדי להתמודד עם איומים פנימיים או חיצוניים. במקרים אלו לא תיוחס למדינה המוזמנת הפרה של האיסור להשתמש בכוח בגין עצם השימוש בכוח, ובלבד שאין הוא מפר את תנאי ההזמנה וההסכמה של המדינה המזמינה.⁴⁰ אם בשלב מאוחר יותר המדינה המזמינה

39 שבתאי רוזן *בנכבי המשפט הבינלאומי* 159 (2012). הדוגמה שהוא נותן היא המבצע הישראלי לחילוץ החטופים באנטבה ונטען כי אין בו משום הפרה של האיסור על שימוש בכוח כלפי אוגנדה. לעמדה אחרת ראו Christian J. Tams, *The Use of Force against Terrorists*, 20 Eur. J. Int. Law 359, 364–365, 374–375 (2009)

40 בדוח ה־ILA מוסבר שאם המדינה מסכימה, אין השימוש בכוח בשטחה פוגע בשלמותה הטריטוריאלית או בעצמאותה המדינית (לעיל ה"ש 30, בעמ' 18).

דורשת מהכוח הזר לצאת מהמדינה והוא נשאר בכל זאת, הישירותו עלולה להיחשב על פי המשפט הבינלאומי לשימוש אסור בכוח, ואפילו לתוקפנות.⁴¹

תנאי מוקדם לתקפותה של "הזמנה" של כוח צבאי זר הוא שהזמנה היא הממשלה המוכרת של המדינה על פי המשפט הבינלאומי. כיוון שסוגיית ההכרה מערבת יסודות משפטיים ופוליטיים, עלולה להיות עמימות בנוגע להתקיימות התנאי הזה.⁴² למשל, במדינה שיש בה מלחמת אזרחים בין כוחות הממשלה לתנועת שחרור לאומית החותרת להגדרה עצמית במדינה עצמאית, היענות לבקשת הממשלה וסיוע לה עלולים להיחשב הפרה של האיסור להשתמש בכוח כנגד מימוש זכותם של עמים להגדרה עצמית ולעצמאות. התערבות לטובת תנועת השחרור, לעומת זאת, תיחשב שימוש אסור בכוח כלפי המדינה.⁴³

דוגמה מעניינת למורכבות היישום של עקרון ההסכמה היא התפתחות המצב בעיראק לאחר פלישת הקואליציה בראשות ארצות הברית ב־2003. לאחר הפלת משטרו של סדאם חוסיין, ותקופה קצרה של כיבוש צבאי ושל מינהל בינלאומי, הוקמה בעיראק ממשלה זמנית פרומערבית וממשלה זו הזמינה את כוחות הקואליציה להישאר ולסייע בלחימה בשרידי המשטר הישן ובכוחות מורדים אחרים. היו שראו בכך הסכמה תקפה של המדינה להפעלת כוח בשטחה; משכך, נוכחותם הנמשכת של כוחות הקואליציה חדלה להיות כיבוש צבאי.⁴⁴ מנגד, היו שטענו שהמשטר העיראקי החדש אינו עצמאי ועל כן סברו שההזמנה אינה

41 UNGA Resolution 3314 (XXIX) Definition of Aggression, December 14, 1974 (להלן: החלטת האו"ם בדבר הגדרת חוקפנות). לעניין פשע החוקפנות ראו להלן, 1.4. בדוח ה־ILA (לעיל ה"ש 30, בעמ' 20) מובהר כי אם הכוחות הזרים נשארים בבטיסיהם ואינם משתמשים בכוח נגד המדינה המארחת, הרי הישירותם אחרי פגיעת ההזמנה היא פגיעה בריבונות המדינה והפרת חובה בינלאומית, אך אינה מגיעה לכדי שימוש בכוח.

42 דוח ה־ILA, לעיל ה"ש 30, בעמ' 18-19.

43 דוח ה־ILA, לעיל ה"ש 30, בעמ' 20.

44 Adam Roberts, *The End of Occupation: Iraq 2004*, 54 INT'L AND COMP. L.Q. 27, 43-44 (2005).

תקפה ושלולא קבעה החלטת מועצת הביטחון במפורש שהכיבוש הסתיים היה המשך נוכחות הכוחות הזרים נחשב לכיבוש.⁴⁵

1.3 החריגים לאיסור על השימוש בכוח

מגילת האו"ם מכירה בשני חריגים לאיסור על השימוש בכוח: ראשית, למועצת הביטחון מוקנית סמכות להפעיל כוח לשם שמירת השלום ומניעת תוקפנות.⁴⁶ שנית, למדינות יש זכות טבועה להגנה עצמית.⁴⁷

יש הטוענים שהמשפט הבינלאומי המנהגי מאפשר שימוש בכוח גם כדי להגן על אזרחי מדינה השוהים בחוץ לארץ ומתיר התערבות הומניטרית, כלומר התערבות שתכליתה למנוע במקרי קיצון אסון הומניטרי בתוך מדינה. קיומם של חריגים אלו שנוי במחלוקת, אבל בהמשך הדברים אעמוד בקצרה גם עליהם.

שימוש בכוח באישור מועצת הביטחון של האו"ם

עקרון יסוד של מגילת האו"ם הוא יישוב סכסוכים בין מדינות בדרכי שלום, כגון משא ומתן, גישור, פישור, בוררות, פנייה להליך שיפוטי או פנייה לארגון אזורי.⁴⁸ כבר בשלב זה, כלומר עוד בטרם הופר השלום, יש למועצת הביטחון של האו"ם סמכות ליזום חקירה של הסכסוך או להמליץ המלצות, אם עקב יוזמת אחד הצדדים ואם עקב יוזמת מדינה חברה אחרת.⁴⁹

45 Yoram Dinstein, *Concluding Observations: The Influence of the Conflict in Iraq on International Law*, 86 INT'L L. STUD. SER. US NAVAL WAR COL. 479, 486-488 (2010)

46 סעיף 42 למגילת האו"ם, לעיל ה"ש 20.

47 שם, בס' 51.

48 שם, בס' 33.

49 שם, בפרק VI.

כוחה האמיתי של מועצת הביטחון טמון בפרק שבע של מגילת האו"ם, שעניינו פעולה כנגד איומים על השלום, הפרת השלום או תוקפנות. על מועצת הביטחון לקבוע תחילה שמתקיים מצב של איום על השלום, הפרת השלום או תוקפנות.⁵⁰ על יסוד קביעה זו המועצה מוסמכת להחליט על צעדים. ניתנת עדיפות לצעדים שאינם כוללים שימוש בכוח צבאי: המועצה רשאית להחליט על אמצעים לאכיפת החלטותיה, ובכלל זה סנקציות כלכליות, ניתוק קשרי תחבורה ותקשורת וניתוק יחסים דיפלומטיים.⁵¹ כל המדינות החברות באו"ם מחויבות לקיים את החלטות מועצת הביטחון.⁵² אם מועצת הביטחון מוצאת שאמצעים אלו לא יספיקו, או אם הוכח שאין הם מספקים, היא מוסמכת להחליט על כל פעולה של כוחות יבשה, ים או אוויר כדי לשמור על השלום והביטחון הבינלאומיים או כדי להשיב אותם על כנם.⁵³

על פי החזון המקורי של מנחם בגין מגילת האו"ם יעמדו לרשות מועצת הביטחון כוחות צבא זמניים שיתרמו המדינות בלי קשר לטיפול במשבר מסוים.⁵⁴ חזון זה לא התגשם. בפועל, מועצת הביטחון מאשרת בדרך כלל למדינות המעוניינות בכך להפעיל כוח כדי לממש את החלטותיה, בתיאום עם גורם שנקבע בהחלטת המועצה.⁵⁵ למשל, בעקבות פלישת עיראק לכוויית בשנת 1990, ולאחר שהחלטות קודמות של מועצת הביטחון לא הביאו את עיראק לסגת, קיבלה המועצה החלטה המסמיכה (authorizes) מדינות חברות המשתפות פעולה עם ממשלת כוויית (הגולה) לנקוט את כל האמצעים הנדרשים לאכיפת החלטותיה אם לא תציית עיראק לארכה האחרונה שניתנה לה.⁵⁶ החלטה זו הייתה ההרשאה החוקית למדינות הקואליציה בראשות ארצות הברית להפעיל כוח צבאי כנגד עיראק במלחמת המפרץ הראשונה.

50 שם, בס' 39.

51 שם, בס' 41.

52 שם, בס' 25.

53 שם, בס' 42.

54 שם, בס' 43-46.

55 דוח ה-ILA, לעיל ה"ש 30, בעמ' 7.

56 ס' 2 להחלטת מועצת הביטחון 678 (1990).

אפשר להצביע על מקרים שבהם מדינות שהפעילו כוח צבאי כנגד מדינות אחרות בלי אישור מפורש של מועצת הביטחון הסתמכו על החלטות של מועצת הביטחון בנוגע למשבר שבו התערבו. ההסתמכות נעשתה לשם הצדקת החוקיות של פעולתן או לפחות חיזוק הלגיטימיות שלה ושימשה נימוק עיקרי או נלווה. טענתן, אם במפורש אם במשתמע, היא שהשימוש בכוח צבאי נעשה לצורך אכיפת החלטות של מועצת הביטחון, ובגלל הפרתן, ועל כן אין הוא סותר את הפרדיגמה של שמירת השלום והביטחון הבינלאומיים באמצעות קבלת החלטות קולקטיבית ורב־צדדית; אדרבה, הוא תומך בפרדיגמה זו.

כך נהגו למשל ארצות הברית ובריטניה בשנות התשעים של המאה העשרים לאחר נסיגת עיראק מכוויית כדי להצדיק את האכיפה של אזורים אסורים בטיסה (no-fly zones) מעל שמי עיראק וכדי למנוע את הפגיעה של משטרו של סדאם חוסיין במיעוטים הכורדים (בצפון) והשיעים (בדרום);⁵⁷ וכך הסתמך הנשיא בוש על החלטות מועצת הביטחון להצדקת הפלישה לעיראק ב־2003. אותן החלטות של מועצת הביטחון הורו לעיראק להתפרק מנשק להשמדה המונית ואיימו עליה שאם לא תציית יהיו לדבר השלכות חמורות, אבל לא אישרו במפורש הפעלת כוח לאכיפה.⁵⁸ לעיתים, אחרי התערבות צבאית ללא אישור מועצת הביטחון, מנסות המדינות המעורבות לראות בהחלטות מועצת הביטחון לאחר מעשה היתר, ולו משתמע, לפעולתן. למשל: ביוני 1999, לאחר מתקפה אווירית ללא אישור מועצת הביטחון, הגיעה נאט"ו להסכם עם סרביה על סיום ההתקפות ונסיגת כוחות הביטחון של סרביה מקוסובו; בעקבות ההסכם קיבלה מועצת הביטחון את החלטה 1244;⁵⁹ ההחלטה בירכה על ההסכם, הכריזה על ממשל זמני משותף של נאט"ו והאו"ם בקוסובו ואישרה למדינות להשתתף בהקמת נוכחות ביטחונית בינלאומית בקוסובו, שתהיה בעלת סמכות להשתמש בכוח (בכל האמצעים הנדרשים) למימוש אחריותה. אומנם ההחלטה אינה מתייחסת

Scott L. Silliman, *The Iraqi Quagmire: Enforcing No-Fly Zones*, 36 57
NEW ENG. L. REV. 767, 768-770 (2002)

58 סי' 1-2, 13 להחלטת מועצת הביטחון (2002) 1441; *Full text: Bush's speech*, THE GUARDIAN (Mar. 18, 2003); רוב החוקרים מחו ביקורת חריפה על עמדה זו. ראו דוח ה־ILA, לעיל ה"ש 30, בעמ' 9.

59 סי' 3, 5, 7, 9-10 להחלטת מועצת הביטחון (1999) 1244.

כלל לחוקיות הפעולה של נאט"ו, אבל היו שראו בה מעין אישור משתמע בדיעבד לפעולה.⁶⁰

הגנה עצמית

סעיף 51 למגילת האו"ם קובע ששום דבר במגילת האו"ם אין בו כדי לגרוע מהזכות הטבועה להגנה עצמית, אינדיווידואלית או קולקטיבית, אם אירעה התקפה חמושה כנגד מדינה חברה, עד שמועצת הביטחון נוקטת את האמצעים הנדרשים לשמירה על השלום והביטחון הבינלאומיים. על מדינה המממשת את זכותה להגנה עצמית להודיע על כך מייד למועצת הביטחון.

מדברי מגילת האו"ם על "הזכות הטבועה" (inherent right באנגלית, droit naturel בצרפתית) להגנה עצמית עולה שלא מדובר בזכות שהיא יציר המגילה, אלא בזכות הקבועה במשפט הבינלאומי המנהגי. סעיף 51 איננו כולל הסדרה מלאה של התנאים לקיומה של הזכות להגנה עצמית, ולצד התנאים הקבועים בו ממשיכים לחול כללי המשפט הבינלאומי המנהגי בעניין.⁶¹ הללו יפורטו בהמשך דבריי.

"התקפה חמושה": כללי

פלישה של כוחות צבא לשטח מדינה, תקיפת יעדים בתוך מדינה, תקיפת כלי טיס או כלי שיט של המדינה וכן תקיפת נציגויות של המדינה בחוץ לארץ, כולן ייחשבו "התקפה חמושה", בין שהתוקפים הם כוחות צבא סדירים ובין שהם קבוצות חמושות שפועלות מטעם המדינה המתקיפה.⁶²

60 לגישה השוללת עקרונית אישור משתמע של מועצת הביטחון לשימוש בכוח, ודורשת בהירות, ראו דוח ה-ILA, לעיל ה"ש 30, בעמ' 8-9. בעניין החלטת מועצת הביטחון 1244 בעקבות התערבות נאט"ו ביוגוסלביה טוענים המומחים מחברי הדוח כי העובדה שהמועצה נקטה במסגרת סמכותה פעולה להשבת השלום והביטחון הבינלאומיים בעקבות שימוש לא חוקי בכוח חוקי אינה יכולה להתפרש כתמיכה בדיעבד בשימוש בכוח.

61 פרשת ניקרגואה, לעיל ה"ש 25, בפס' 176.

62 כאמור, השאלה מתי אפשר לייחס פעולה של קבוצות חמושות למדינה שמחוכה יצאו היא שאלה נפרדת. ראו להלן, 1.7.

עם זאת, נראה שלא כל הפרה של האיסור על שימוש בכוח ייחשב ל"התקפה חמושה", המצדיקה את מימוש זכות ההגנה העצמית. תנאי לקיומה של התקפה חמושה הוא שהיקפה ותוצאותיה הן משמעותיות (significant scale and effects); שלא כמו תקרית גבול גרידא (mere frontier incident), שאינה מגיעה לסף זה. כמו כן, סיוע למורדים במדינה אחרת, למשל על ידי אספקה או חימוש, עלול להפר את האיסור להתערב בענייניה הפנימיים של מדינה אחרת, ואף להגיע לכדי שימוש בכוח; עם זאת, סיוע כזה אינו נחשב התקפה חמושה.⁶³ בפרשת מתקני הנפט (תביעה של איראן נגד ארצות הברית) ציין בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ) שאין הוא שולל את האפשרות שפגיעת מוקש בספינה יחידה יכולה להיחשב התקפה חמושה.⁶⁴ לעומת זאת, בבוררות בינלאומית בין אתיופיה לאריתריאה נקבע שתקיפות של יחידות קטנות של חיל רגלים בסמוך לגבול, אף אם גרמו לאובדן חיים, אינן בגדר התקפה חמושה.⁶⁵

האם הצטברות של כמה התקפות "קטנות", שכל אחת מהן כשהיא לעצמה אינה נחשבת "התקפה חמושה", עשויה להיחשב "התקפה חמושה" המצדיקה את הפעלת הזכות להגנה עצמית? ישראל העלתה טענות מסוג זה עוד בשנות השמונים, אך הן בדרך כלל נדחו,⁶⁶ ואולם נראה שבעשור הראשון של שנות האלפיים גברה התמיכה בתפיסה זו, אולי בעקבות התקפות טרור על ארצות הברית ואירופה. הדבר התבטא במיעוט הביקורת על הפעולות של טורקיה נגד

63 פרשת ניקרגואה, לעיל ה"ש 25, בפס' 195.

64 *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment of 6 November 2003, I. C. J. Reports 2003, p. 161, para 72 (להלן: פרשת מתקני הנפט). בנסיבות אותו מקרה נקבע כי אין מדובר בהתקפה חמושה.

65 ERITREA-ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION – PARTIAL AWARD: JUS AD BELLUM – ETHIOPIA'S CLAIMS 1–8, 465, 19 December 2005; לביקורת הטוענת שגישה זו מציבה רף גבוה מדי ל"התקפה חמושה" ראו – YORAM DINSTEIN, WAR, AGGRESSION AND SELF-DEFENCE 209–211 (6th ed. 2017). דינשטיין טוען שמקרה של תקיפת סוור צבאי שגרמה לאובדן חיים, גם בקרבה לגבול, חייבת להיחשב "התקפה חמושה".

66 Tams, לעיל ה"ש 39, בעמ' 370.

טורוריסטים כורדים בעיראק ועל פעולות של ישראל נגד חזבאללה בלבנון.⁶⁷ בית הדין הבינלאומי לצדק, בפסק דין משנת 2003 בתביעה של איראן נגד ארצות הברית על הפצצת מתקני נפט שלה, שלל את הטענה שגם הצטברות התקיפות שייחסה ארצות הברית לאיראן הגיעה למדרגת "התקפה חמושה", אבל מקביעתו זו משתמע שעצם ההצטברות יכולה להיות רלוונטית.⁶⁸

אף כאן מתעוררת השאלה מתי תקיפת סייבר נחשבת "התקפה חמושה". הגישה המקובלת היא שגם במקרה של תקיפת סייבר, הרף לקיומה של "התקפה חמושה" המקימה את זכותה של המדינה הנפגעת להגנה עצמית גבוה מרף השימוש בכוח גרידא.⁶⁹ המבחן הכללי הוא היקף הפעולה ותוצאותיה (scale and effects).⁷⁰ כאשר התוצאות של תקיפת סייבר דומות לאלה של תקיפה באמצעי לחימה קינטיים (פצצות וטילים, למשל) יש הסכמה רחבה שמדובר בהתקפה חמושה. למשל, אם תקיפת סייבר מחבלת בסכר והחבלה גורמת להצפה, לאובדן חיי אדם ולפגיעה ברכוש דומה הדבר להפצצת הסכר ולכן היא נחשבת להתקפה חמושה.⁷¹ לעומת זאת, יש הסכמה רחבה שפריצות סייבר לצורך ריגול וגנבת מידע או פגיעה באתרים אזרחיים לא חיוניים הגורמת נזק זמני (כגון התקפות המונעות גישה לאתר) אינן נחשבות לשימוש בכוח ובוודאי לא נחשבות להתקפה חמושה. ואולם בין שני הקצוות הללו יש מרחב שנוי במחלוקת. מה בדבר תקיפת סייבר הגורמת להתמוטטותו של שוק ניירות ערך או מתקפה על תשתית סייבר לאומית קריטית הגורמת נזק חמור, אבל לא פיזי? הדעות חלוקות בשאלה מהו הרף שבו נחשבת פעולה להתקפה חמושה וקשה להתוות גבול מדויק.⁷² קושי

67 שם, בעמ' 388-389. המחבר עצמו מסתייג מגישה זו ומעלה חשש כי היא תִּשְׁחַק את דרישת המיידיות ותעניק היתר בלתי מוגבל בזמן להגנה עצמית (עמ' 390). וראו גם דוח ה-ILA, לעיל ה"ש 30, בעמ' 7.

68 פרשת מתקני הנפט, לעיל ה"ש 64, בפס' 64.

69 מדריך טאלין, לעיל ה"ש 28, כלל 71, בפס' 6.

70 שם, בפס' 7.

71 Dinstein, לעיל הערה 65.

72 מדריך טאלין, לעיל ה"ש 28, כלל 71, בפס' 8, 12. וראו גם Jonathan A. Ophardt, *Cyber Warfare and the Crime of Aggression: The Need for*

נוסף שיכול להתעורר כשהדברים אמורים בתקיפות סייבר הוא היכולת לספק בסיס ראייתי לאחריות המדינה.⁷³

האם כיבוש חלק משטחה של מדינה הוא התקפה חמושה מתמשכת?

כאמור, פלישה לשטחה של מדינה היא התקפה חמושה. ואולם מה הדין כשהפלישה נעשית במסגרת סכסוך מזוין שמסתיים בהפסקת אש או בשביתת נשק, ועל פי קווי הפסקת האש המדינה מחזיקה בשטחה הריבוני של מדינה אחרת? לכאורה התשובה היא שעם התייצבות המצב והפסקת מעשי האיבה עומד על כנו האיסור להשתמש בכוח, וכפי שהראינו לעיל יש איסור גם על שימוש בכוח להפרת קווי שביתת נשק או קווים דומים שנקבעו בהסכמים בינלאומיים שמדינה היא צד בהם או שהם מחייבים אותה. כלומר כל מדינה שסבורה ששטחה הריבוני נכבש צריכה לפעול ליישוב הסכסוך הטריטוריאלי בדרכי שלום.

עם זאת, בשנת 2020, על רקע העימות בין ארמניה לאזרבייג'ן בנגורנו קרבאך, התפתח דיון בנוגע להיקף האיסור על הפרת קווי שביתת נשק או קווי הפרדה דומים שנקבעו בהסכמים בינלאומיים ואינם מוגבלים בזמן. את השטח שבמחלוקת כבשה ארמניה מאזרבייג'ן בשנת 1994. הוקמה בו מדינה שרבים רואים במשטר בה ממשלת בובות של ארמניה וההשקפה המקובלת היא שהשטח שכבשה ארמניה הוא שטח ריבוני של אזרבייג'ן. יש הטוענים שאפשר לראות בכיבוש זה התקפה חמושה נמשכת ולכן לאזרבייג'ן יש זכות להגנה עצמית גם 25 שנה לאחר השגת הפסקת האש, בכפוף לתנאים לאופן מימושה של הזכות

Individual Accountability on Tomorrow's Battlefield, 9 DUKE L. AND TECH. REV. [I] (2010); Priyanka R. Dev, *Use of Force and Armed Attack Thresholds in Cyber Conflict: The Looming Definitional Gaps and the Growing Need for Formal U.N. Response*, 50 TEX. INT'L L. J. 381 (2015) וכן דוח ה-ILA, לעיל ה"ש 30, בעמ' 24-26.

73 Yael Ronen, *Some Evidentiary Dimensions of Attributing Unlawful Cyber Operations to States*, 20-11 HEBREW UNIVERSITY OF JERUSALEM LEGAL RESEARCH PAPER (2020)

להגנה עצמית (שיפורטו בחלק הבא). לדבריהם, אם תוכל אזרבייג'ן להראות שמתקיים התנאי של צורך ושהיא מיצתה כל אפשרות לפתרון המחלוקת הטריטוריאלית בדרכי שלום, ייתכן ששימוש שלה בכוח להשבת שטחה ייחשב להגנה עצמית. על פי אותה טענה, הקביעה שכיבוד קווי שביתת נשק או קווים דומים אינו גורעת מאופיים הזמני צריכה להתפרש כך: אין הם יכולים לשלול בלי הגבלת זמן את זכותה של מדינה להשיב לשליטתה שטח שהוא בריבונותה.⁷⁴ יש השוללים פרשנות זו ומפרשים את ההוראה האוסרת הפרה של קווי שביתת נשק או קווי הפרדה דומים כפשוטה: מדובר באיסור מוחלט שאינו מוגבל בזמן, כשם שהסכם שביתת הנשק או הסכם הפרדת הכוחות עצמם אינם מוגבלים בזמן.⁷⁵ מחלוקת זו יכולה להיות רלוונטית לתרחישים של שימוש בכוח בגבול ישראל-סוריה, ובמידה פחותה גם בגבול ישראל-לבנון, משום שבגבול זה הקו הכחול חופף ברובו את קו הגבול הבינלאומי בתקופת המנדט הבריטי.

התנאים למימוש הזכות להגנה עצמית: צורך, מידתיות ומיידיות

בחילופי האיגרות בין מזכיר המדינה של ארצות הברית לשגריר בריטניה בפרשת האונייה קרוליין בשנת 1837 נידונה הזכות להגנה עצמית, ועד היום משקף תוכנו את כללי המשפט הבינלאומי המנהגי. התנאי הראשון הוא קיומו של צורך (necessity) מידי ומכריע שאינו מאפשר לא ברירת אמצעים ולא שהות לדיון ולשקילה.⁷⁶ עם זאת, גם כשמתקיים צורך להפעיל כוח לשם הגנה עצמית יש איסור לפעול באופן לא סביר, מופרז או לא מידתי.

74 Dapo Akande & Antonios Tzanakopoulos, *Use of Force in Self-Defence to Recover Occupied Territory: When Is It Permissible?* EJIL:TALK! (November 18, 2020)

75 Tom Ruys & Felipe Rodríguez Silvestre, *The Nagorno-Karabakh Conflict and the Exercise of "Self-Defense" to Recover Occupied Land*, JUST SECURITY (November 10, 2020)

76 כיוון שבאיגרת המקורית של מזכיר המדינה ובסטר המיידיות נכללת בהגדרת הצורך, יש שאינם מזכירים אותה כתנאי נפרד. ראו פרשת ניקרגואה, לעיל ה"ש 25, בפס' 194.

סוגיה מורכבת יותר היא כיצד להעריך מידתיות בהקשר זה. הגישה המסורתית משווה בין עוצמת הכוח המופעל בתגובה ובין עוצמת ההתקפה המקורית. גישה זו כונתה "מידה כנגד מידה" (tit for tat). גישה אחרת משווה בין עוצמת האמצעים הננקטים לשם הגנה עצמית ובין העוצמה הנדרשת להשגת המטרה, כלומר מתמקדת ביחס בין האמצעי למטרה (means-end).⁷⁷ אם למשל פלשה המדינה התוקפנית למדינה המתגוננת ותפסה בה שטח, הפעלת כוח במידה הדרושה להדיפת הפולש אל מעבר לגבול תהיה מידתית, ללא תלות במידת הכוח שנדרשה לפולש כדי לתפוס את השטח. הגישה הראשונה מעוררת את השאלה כיצד יש לנהוג בסדרה של תקיפות "קטנות" ונפרדות – האם אפשר להשוות את משקלן המצטבר למשקלה של התגובה? הגישה השנייה מחייבת לייחד תשומת לב לשאלה אם המטרה שביסוד ההגנה העצמית מוצדקת. הדיפת פלישה לטריטוריה ריבונית היא מטרה שהצדקתה ברורה, אבל מטרות אחרות עלולות לעורר מחלוקת רבה יותר. למשל, האם מניעת תקיפות עתידיות היא מטרה מוצדקת של הגנה עצמית? האם לגיטימי לפגוע לשם כך ביכולות של הצד התוקף – לדוגמה, להרוס את הבסיס הצבאי שממנו יצא?

יש שאלה ששונייה במחלוקת אף יותר: האם הרתעת הצד התוקף, כלומר שלילת רצונו לתקוף שוב – שלא כמו שלילת יכולתו לתקוף – יכולה להיות מטרה לגיטימית של הגנה עצמית? הקושי נובע מן הקושי להעריך ולכמת הרתעה, הן מראש הן בדיעבד. כיוון שמידת הכוח הדרושה להשגת הרתעה היא עניין ספקולטיבי למדי, יש סכנה שהכרה בהרתעה כיעד לגיטימי של הגנה עצמית תבטל למעשה כל הגבלה על עוצמת הכוח המופעלת לשם הגנה עצמית. נוסף

David Kretzmer, *The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum*, 24 EUROPEAN J. OF INTERNATIONAL LAW (2013) 235. קניצ'ארו משתמש במאמרו במונחים אחרים לתיאור הבחנה דומה: המבחן הכמותי למידתיות (quantitative test) הוא מה שקרצ'מר מתאר במונח מידה כנגד מידה (tit for tat), ואילו המבחן האיכותני (qualitative test) דומה למבחן היחס בין אמצעי למטרה אצל קרצ'מר. ראו Enzo Cannizzaro, *Contextualizing Proportionality: Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Lebanese War*, 88 INT'L REV. OF THE RED CROSS 779, 783–784 (2006). לתמיכה במבחן היחס בין אמצעי למטרה ראו גם JUDITH GAIL GARDAM, *NECESSITY, PROPORTIONALITY, AND THE USE OF FORCE BY STATES* 160–161 (2004)

על כך יכול להיות קושי להבחין בין הפעלת כוח לשם הרתעה להפעלת כוח לשם ענישה. יש הסכמה רחבה יחסית שאם אין צורך בהגנה עצמית, שימוש בכוח כגמול או "עונש" על תקיפה הוא שימוש אסור בכוח.⁷⁸

אשר לתנאי המיידיות, יורם דינשטיין שולל את הגישה שהגנה עצמית אפשרית רק כל עוד התקיפה של האויב בעיצומה. גישה זו עלולה לעודד מדינות תוקפניות לנקוט מלחמת בזק ולעצור בטרם תצליח המדינה המותקפת להתגונן. שלא כמו אדם פרטי הנאלץ להגיב להתקפה, מדינה, ובייחוד מדינה דמוקרטית, זקוקה לזמן כדי לקבל החלטות. מיידיות אינה מחייבת תגובה בתוך דקות, ואף לא בתוך ימים, ומשך הזמן הסביר לתגובה משתנה לפי ההקשר. במלחמת המפרץ הראשונה בשנים 1990-1991 חלפה כמעט חצי שנה בין כיבוש כוויית בידי עיראק ובין התגובה הצבאית של הקואליציה בראשות ארצות הברית באישור מועצת הביטחון. גם במלחמת פוקלנד ב־1982 נאלצה בריטניה, בגלל המרחק בינה ובין איי פוקלנד והצורך להכין ולשגר כוח משימה ימי, להשהות את תגובתה והיא הגיבה לפלישת ארגנטינה לאיים בהגנה עצמית כמעט חודש אחרי הפלישה. לעומת זאת, בתיק ניקרגואה נגד ארצות הברית הייתה דעת הרוב בבית הדין הבינלאומי שתגובתה הצבאית של ארצות הברית לא עמדה בתנאים של צורך ומיידיות, שכן היא התרחשה כמה חודשים אחרי ההתקפה שארצות הברית ייחסה לניקרגואה וכאשר היה אפשר להתמודד עם הסיכון בדרכים אחרות.⁷⁹

תחולת התנאים לשימוש בכוח להגנה עצמית על ציר הזמן

כפי שהוסבר, גם כשמדינה מותקפת ועומדת לה הזכות להגנה עצמית, הפעלת הזכות כפופה לתנאים של צורך, מידתיות ומיידיות. השאלה היא אם תנאים אלו, ובייחוד התנאי של מידתיות התגובה, נבחנים רק בנקודת ההתחלה של העימות

78 החלטת מועצת הביטחון 188 (1964), פס' 1. דינשטיין משחמש בביטוי *defensive armed reprisals*, אבל הוא משמש אצלו לחיזור פעולה חוקית הנמצאת בגדרה של הגנה עצמית ולא לגמול בלבד. ראו Dinstein, לעיל ה"ש 65, בעמ' 264-275.

79 Dinstein, לעיל הערה 65, בעמ' 287-288.

המזוין או שמא מדובר בדרישה שנמשכת לכל אורכו של העימות. בעניין זה יש גישות שונות.

על פי גישה אחת, שנציגה המובהק הוא יורם דינשטיין, דרישת המידתיות חלה רק בראשיתו של העימות המזוין. אם תקרית גבול מסתיימת בתגובה מקומית או שהמדינה המותקפת מתגוננת באמצעות פעולת תגמול שמסיימת את העימות, המידתיות נבחנת בהשוואה בין כל הפעולות הצבאיות של המדינה התוקפת לבין כל הפעולות הצבאיות של המדינה המתגוננת. ואולם אם עוצמת ההתקפה החמושה מצדיקה הגנה עצמית באמצעות מלחמה, והצדדים נכנסים למצב של עימות מזוין, לא חלה על המדינה המתגוננת מגבלת המידתיות שבדיני השימוש בכוח. היא אינה מוגבלת להדיפת האויב שפלש אלא רשאית לתתור לכניעת האויב ללא תנאי, ובלבד שמועצת הביטחון לא כפתה על הצדדים הפסקת אש בתנאים אחרים.⁸⁰ כלומר במהלך עימות מזוין אין מגבלה על מידת הכוח הכולל שמדינה מפעילה כנגד האויב.⁸¹ המגבלות החלות הן "טקטיות" באופיין ונובעות מדיני העימות המזוין. דינים אלו מגבילים את סוג המטרות שמותר לתקוף (לוחמים ומטרות צבאיות), את סוג הנשק (יש איסור על נשק כימי או על שימוש בנשק מבעיר נגד בני אדם, למשל) ואת שיטות הלחימה המותרות (יש איסור על התחזות לגורמים מוגנים, כמו כוחות או"ם או צוותי רפואה, למשל). גם בדיני העימות המזוין יש דרישת מידתיות, אך בהם מדובר בדרישה אחרת: אין לתקוף מטרה צבאית אם הנזק הצפוי לאזרחים מן התקיפה מופרז ביחס לתועלת הצבאית הקונקרטיה הצפויה ממנה.⁸² דרישה זו אינה חלה על תקיפת מטרות צבאיות ולוחמים של האויב.

בדוח רשמי של הבית הלבן על המסגרת המשפטית ועל מדיניות ארצות הברית בנוגע לשימוש בכוח הוצהר באופן חד-משמעי שמרגע שמדינה פונה לדרך של הגנה עצמית חוקית מפני התקפה חמושה של גורם מסוים, אין המשפט

80 שם, בעמ' 262-267.

81 ראו גם Michael Bothe, *Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force*, 14 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 227, 234-235 (2003)

82 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 42-47 לפסק הדין של הנשיא ברק (פורסם באר"ש, 14.12.2006).

הבינלאומי מחייב אותה להעריך מחדש לפני כל פעולה אם אותו גורם עדיין תוקף או עומד לתוקף, כל עוד מעשי האיבה לא הסתיימו.⁸³

על פי גישה אחרת, המגבלות על השימוש בכוח להגנה עצמית לפי דיני השימוש בכוח ממשיכות לחול לאורך העימות כולו. גם הצד שהותקף, והשתמש בכוח להגנה עצמית, חייב בכל עת לאורך העימות להתאים את מידת הכוח הכולל שהוא מפעיל לדרישת המידתיות. גם תקיפה של מטרה צבאית לגיטימית, ללא פגיעה נלווית באזרחים, תהיה בלתי חוקית במהלך עימות מזוין אם היא חורגת מן הנדרש להגנה עצמית.⁸⁴

ההבדל בין שתי הגישות מתחדד כאשר כוח צבאי מופעל לאחר הפוגה בפעולות האיבה בין הצדדים שאינה במסגרת שביתת נשק או הסכם שלום. לפי הגישה הראשונה, כל עוד העימות המזוין נמשך, הפעלת הכוח אינה כפופה לדרישות ההגנה העצמית לפי דיני השימוש בכוח. במילים אחרות, גם הפעלת כוח ראשונה לאחר הפוגה אינה צריכה הצדקה במסגרת התנאים להגנה עצמית. לפי הגישה השנייה, דרישות ההגנה העצמית יחולו גם במקרה כזה. דוגמה מובהקת להחלת גישה זו היא ההתקפה של ישראל על הכור הגרעיני בעיראק בשנת 1981. ישראל טענה, נוסף על הטענה להגנה עצמית, שמצב המלחמה בינה ובין עיראק נמשך, שכן עיראק לא הייתה צד בהסכמי שביתת הנשק עם ישראל ב-1948, ובשנת 1973 אף שלחה כוחות משלוח להשתתף במלחמת יום הכיפורים לצד צבא סוריה.⁸⁵

THE WHITE HOUSE, REPORT ON THE LEGAL AND POLICY FRAMEWORKS GUIDING THE UNITED STATES' USE OF MILITARY FORCE AND RELATED NATIONAL SECURITY OPERATIONS 11 (2016) 83

Christopher Greenwood, *The Relationship Between Ius ad Bellum and Ius in Bello*, 9 REVIEW OF INTERNATIONAL STUDIES 221, 222-223 (1983) 84
; לעיל ה"ש 77, בעמ' 156. וראו גם מאמר חדש יותר, המציע לבסס כלל של "מידתיות אסטרטגית" שיחול לכל אורך המערכה ויחייב התייחסות למכלול הכוח המופעל לנוכח מטרותיה האסטרטגיות של המלחמה ללא חלות בכללים של דיני השימוש בכוח, שספק אם הם חלים בסכסוך מזוין עם ארגונים לא מדינתיים: Noam Lubell & Amichai Cohen, *Strategic Proportionality: Limitations on the Use of Force in Modern Armed Conflicts*, 96 INT'L L. STUD. 159 (2020)

W. Thomas Mallison & Sally V. Mallison, *The Israeli Aerial Attack of June 7, 1981, upon the Iraqi Nuclear Reactor: Aggression or Self-Defense*, 15 VAND. J. TRANSNAT'L L. 417, 432-433 (1982) 85

היו שהביעו ספק בנכונות העובדתית של הטענה,⁸⁶ אבל לרוב נבחנה ההצדקה לתקיפה לפי כללי ההגנה העצמית. מועצת הביטחון של האו"ם גינתה בהחלטתה את פעולת ישראל וקבעה כי היא בגדר הפרה ברורה של מגילת האו"ם.⁸⁷

שאלה דומה על תחולת המגבלות על שימוש בכוח במסגרת הגנה עצמית יכולה להתעורר גם במקרה של עימות בזירה הצפונית. יהיה צריך להכריע אם לראות בעימות כזה סבב לחימה נוסף בעימות מתמשך שיש בו הפוגות או עימות "חדש".⁸⁸

הגנה עצמית מקדימה והגנה עצמית מונעת

סעיף 51 למגילת האו"ם עוסק בהגנה עצמית במקרה של התקפה חמושה על מדינה. יש המסיקים ממנו שאין למדינה זכות להגנה עצמית אלא בתגובה להתקפה שכבר אירעה.⁸⁹ אחרים שבים ומדגישים שסעיף 51 אינו יוצר את הזכות להגנה עצמית ואינו מגדיר אותה במלואה אלא רק מכיר בהיותה זכות טבועה, ולכן אפשר לפנות למשפט הבינלאומי המנהגי. נראה שהגישה המקובלת יותר היא שלמדינה יש זכות להגנה עצמית גם לנוכח מתקפה העומדת להתרחש, אבל יש פערים ניכרים בהגדרת "רוחב החלון" שיש בו זכות להגנה עצמית מקדימה (anticipatory self-defense): יש שמכירים בהגנה עצמית מקדימה רק כשההתקפה כבר יצאה לדרך, למשל כשהטיל כבר שוגר והוא בדרכו לפגוע במטרה בשטח המדינה; ואילו אחרים מכירים באפשרות של הגנה עצמית מקדימה גם בשלבי היערכות מוקדמים יותר של האויב לתקיפה, ובלבד שמדובר בהתקפה קונקרטי וניתנת לזיהוי שההסתברות שתתרחש גבוהה, ולא בחשש מעורפל מן היכולות הצבאיות וממימוש הכוונות העוינות של היריב במועד לא

86 ש.ס.

87 החלטת מועצת הביטחון 487 (1981).

88 ראו גם Bothe, לעיל ה"ש 81, בעמ' 235-236, שנוסף על ההתקפה של ישראל על הכור בעיראק מנתח את הטענה שההתקפה של עיראק על כוויית בשנת 1991 יצרה סכסוך מזוין מתמשך שרלוונטי לשאלת חוקיות הפעולות הצבאיות שנקט המערב ב-2003 ושולל טענה זו.

89 לנימוקים הפרשניים החומכים בתפיסה זו ראו Bothe, לעיל ה"ש 81, בעמ' 228-230.

מוגדר בעתיד.⁹⁰ ברור שככל שמכירים בזכות להגנה עצמית בשלב מוקדם יותר של היערכות האויב כך גדל הסיכון לטעות – מה שמכונה מיסקולקולציה (שיקול מוטעה) באשר לכוונותיו ולתוכניותיו של הצד שכנגד. בעניין ההתקפה של ישראל על הכור הגרעיני בעיראק, העמדה השכיחה הייתה שגם אם הייתה לעיראק תוכנית גרעין צבאית, הנחה שהייתה בזמנו שנויה במחלוקת, אין בכך להקנות לישראל זכות להגנה עצמית מקדימה; שהרי גם אם הכור העיראקי עלול לסכן בעתיד את ישראל, מדובר בתהליכים שהיו נמשכים שנים ולא בהתקפה העומדת להתרחש.⁹¹

בעקבות מתקפות הטרור של 11 בספטמבר 2001 צמחה, בעיקר בארצות הברית, דוקטרינה שנויה במחלוקת: תפיסת ההגנה העצמית המונעת (preventive self-defense). תפיסה זו רחבה אף יותר מהפירושים הכלולניים ביותר של ההגנה העצמית המקדימה. לפי תפיסת ההגנה העצמית המונעת, ההתמודדות עם

Noam Lubell, *The Problem of Imminence in an Uncertain World*, in 90 THE OXFORD HANDBOOK OF THE USE OF FORCE IN INTERNATIONAL LAW 697 (Mark Weller ed., 2015)

91 Mallison & Mallison, לעיל ה"ש 85, בעמ' 429-431. וראו החלטת מועצת הביטחון של האו"ם 487 (1981), שגינתה את פעולת ישראל בטענה שהיא הפרה את האיסור על שימוש בכוח בין מדינות. להגנה על חוקיות פעולת ישראל, על יסוד הטענה שדרישת המיידיות שבוטאה בפרשת הספינה קרוליינ מגבילה מדי בעידן הגרעיני, והטענה שהצורך לפעול לפני שהכור יהיה "חם" כדי למנוע נזק מהתקיפה מצביע על עמידה בדרישת הצורך. ראו Uri Shoham, *The Israeli Aerial Raid Upon the Iraqi Nuclear Reactor and the Right of Self-Defense*, 109 MIL. L. REV. (1985) 220-222. 191. ראוי לציין שבנפרד מן הבחינה הפרטנית של ההתקפה על הכור העיראקי יש בספרות המשפטית גם עמדות שתומכות בפירוש מרחיב של הגנה עצמית מונעת. על פי עמדות אלו, בנסיבות מסוימות יש לאפשר למדינות לפעול נגד הפצה לא חוקית של נשק גרעיני למדינות בעלות כוונה עוינת ולהיות מעורבות בפעולות עוינות נגדן (שמה יהיה מאוחר מדי). ראו Rachel A. Weise, *How Nuclear Weapons Change the Doctrine of Self-Defense*, 44 N.Y.U. J. INT'L L. AND POL. 1331 (2012); Leah Schloss, *The Limits of the Caroline Doctrine in the Nuclear Context: Anticipatory Self-Defense and Nuclear Counter-Proliferation*, 43 GEO. J. INT'L L. 555 (2012); Jordan J. Paust, *Armed Attacks and Imputation: Would a Nuclear Weaponized Iran Trigger Permissible Israeli and U.S. Measures of Self-Defense?*, 45 GEO. J. INT'L L. 411 (2014)

סכנות הטרור הבינלאומי שונה מההתמודדות עם הסכנות הצפויות מכוחות צבא סדירים של מדינה. שלא כמו צבאות סדירים, התנהלותם של ארגוני הטרור חשאית, כך שקשה להבחין בסימנים המעידים על היערכות לתקיפה. עם זאת, לארגוני טרור יש היום יכולת לגרום נזק ניכר, כלומר מבחינת ההיקף והתוצאות ההתקפות שלהם יכולות להגיע לדרגה של "התקפה חמושה". על יסוד שני המאפיינים שתוארו נטען שהמדינות המתגוננות צריכות לתקוף את ארגוני הטרור כל אימת שהדבר אפשרי, כלומר כל פעם שפעילותם נחשפת, גם ללא מידע מוקדם על פעולת טרור מסוימת בזמן מוגדר. הנימוק הוא שאי־אפשר לסמוך על האפשרות למנוע התקפות טרור סמוך להתרחשותן ועל כן יש להשתמש בכוח נגד ארגוני הטרור בכל עת שיש חלון הזדמנויות.⁹² גם על פיתוח נשק גרעיני הושמעה הטענה כי הדרישה למיידיות או לקרבה (imminence) אינה צריכה לחול על ההתקפה הגרעינית עצמה אלא על המועד האחרון שבו אפשר למנוע הצטיידות בנשק גרעיני.⁹³ ואולם הקושי "להקדים" את מועד השימוש בכוח להגנה עצמית למועד שרחוק מן ההתקפה הצפויה נובע מההכרח לעמוד גם בדרישת הצורך, כלומר להראות שאכן מדובר במוצא אחרון ואין חלופות דיפלומטיות או אחרות למניעת ההתקפה. קושי זה גדול יותר ככל שהפעולה להגנה עצמית מוקדמת יותר.⁹⁴ כך או כך, על הגישה של הגנה עצמית מונעת נמתחה ביקורת חריפה ונטען שהיא יוצרת בקיע רחב ומסוכן בעקרון היסוד של האיסור על השימוש בכוח ביחסים הבינלאומיים.⁹⁵ נראה שגם הממשל בארצות הברית בתקופת אובמה נסוג מגישה זו או לפחות עידן אותה.

אומנם ארצות הברית לא קידמה את הדוקטרינה של הגנה עצמית מונעת כתפיסה עקרונית, אבל מפעולות בולטות של שימוש בכוח, ודווקא באזורנו, אפשר ללמוד שממשל טראמפ נקט גישה מרחיבה שיכולה להיות רלוונטית גם להקשר הנדון במחקר זה: באפריל 2017 ובאפריל 2018 הורה הנשיא על תקיפות טילים בתגובה לשימוש של המשטר הסורי בנשק כימי נגד אזרחיו. הנשיא

ABRAHAM D. SOFAER, THE BEST DEFENSE? LEGITIMACY AND PREVENTIVE FORCE 18–19 92 (2010); Sean D. Murphy, *The Doctrine of Preemptive Self-Defense*, 50 Vill. L. Rev. 699 (2005)

93 Shoham, לעיל ה"ש 91.

94 Lubell, לעיל ה"ש 90.

95 Bothe, לעיל ה"ש 81, בעמ' 231–233.

טראמפ אמר שהנשק הסורי הוא בגדר איום על ארצות הברית ובעלות בריתה; ופרקליט צבאי לשעבר של חיל האוויר האמריקאי טען כי אם מביאים בחשבון גם את נוכחותם של כאלפיים חיילים אמריקאים בסוריה (לצורך מאבק בדאעש) אפשר לומר כי הימצאותו של נשק כימי בסוריה היא איום קרוב (imminent) המצדיק שימוש בכוח להגנה עצמית.⁹⁶ עם זאת, ראוי לציין שמדובר בעמדה מרחיבה מאוד, שאינה זוכה לתמיכה רחבה בקהילה המשפטית הבינלאומית.⁹⁷ לא ברור אם גם ממשל ביידן ימשיך בקו דומה.

הגנה עצמית קולקטיבית

סעיף 51 למגילת האו"ם נדרש לסוגיה של הגנה עצמית אינדיווידואלית או קולקטיבית. באינדיווידואלית הכוונה לזכותה של המדינה שהותקפה להגן על עצמה. בקולקטיבית הכוונה לאפשרות החוקית של מדינות אחרות לחוש לעזרת המדינה המותקפת ולסייע לה להתגונן. הגנה עצמית קולקטיבית יכולה להתבסס על ברית מוקדמת בין המדינות. כך למשל אמנת נאט"ו, הברית הצפון אטלנטית, קובעת בסעיף 5 כי המדינות החברות יראו בהתקפה על אחת מהן באירופה או בצפון אמריקה התקפה על כולן ויסייעו למדינה המותקפת, לרבות באמצעות שימוש בכוח.⁹⁸ עם זאת, ההחלטה להפעיל כוח כדי לסייע למדינה אחת לממש את זכותה להגנה עצמית יכולה להתקבל גם אד-הוק, ללא הסכם קודם בין המדינות. הדרישות המוקדמות לסיוע: המדינה שחשים לעזרתה צריכה לראות את עצמה מותקפת ועליה לבקש סיוע.⁹⁹

הגנה על אזרחי המדינה בחוץ לארץ

כפי שכבר צוין, האיסור על שימוש בכוח בסעיף 2(4) למגילת האו"ם עניינו שימוש בכוח נגד שלמותה הטריטוריאלית או עצמאותה הפוליטית של מדינה. פגיעה באזרחי המדינה הנמצאים בחוץ לארץ אינה עונה לכאורה להגדרה זו, קל וחומר

Charlie Dunlap, *We Must Also Consider the Downsides of Not Bombing Syria: A Response to Professors Goldsmith and Hathaway*, LAWFIRE (April 11, 2018)

97 ראו גם דוח ה-ILA, לעיל ה"ש 30, בעמ' 13-14.

98 The North Atlantic Treaty, 1949

99 פרשת ניקרגואה, לעיל ה"ש 25, בפס' 196-198.

שפגיעה כזאת אינה התקפה חמושה, המצדיקה פעולה של הגנה עצמית.¹⁰⁰ מן הצד האחר, מקורה והיקפה של הזכות להגנה עצמית במשפט הבינלאומי המנהגי. מנהג המדינות, גם לאחר כינונו של האו"ם על יסוד מגילת האו"ם, הוא להפעיל כוח צבאי באזורי מלחמה, ולעיתים אף בנסיבות אחרות, כדי להגן על אזרחיהן או לחלץ אותם. לרוב פרקטיקה זו אינה נתפסת הפרה של האיסור על שימוש בכוח.¹⁰¹

כך הצדיקה ישראל בדיון במועצת הביטחון את מבצע אנטבה לחילוץ אזרחים ישראלים שנחטפו בידי ארגון טרור והוחזקו באוגנדה. הדיון הסתיים ללא גינוי של פעולת ישראל.¹⁰² ארצות הברית יזמה פעולה לחילוץ דיפלומטים שלה, שהיו בני ערובה באיראן לאחר המהפכה האסאלמית (הפעולה נכשלה). בהודעה למועצת הביטחון טענה ארצות הברית שהיא הפעילה את הזכות הטבועה להגנה עצמית כדי לחלץ אזרחים אמריקאים, קורבנות ההתקפה החמושה של איראן על שגרירות ארצות הברית.¹⁰³ מקרה בולט אחר של מבצע נרחב לחילוץ אזרחים היה בזמן מלחמת לבנון השנייה. ארצות הברית פינתה מלבנון, גם באמצעות מטוסים וכלי שיט צבאיים, כ-15,000 מאזרחיה.¹⁰⁴ במהלך המשבר בין רוסיה

100 לעמדה שאם אזרחי המדינה מותקפים בחוץ לארץ בשל אזרחותם, וכדי לפגוע במדינת אזרחותם ייתכן שאפשר לראות בכך התקפה על המדינה, ראו דוח ה-ILA, לעיל ה"ש 30, בעמ' 18.

101 הוצע להבחין בין פעולה לחילוץ אזרחים ממדינה שאינה כרוכה בחילופי אש ובין כזאת שצפויה לגרור חילופי אש. במקרה הראשון ייתכן שאם הפעולה נעשית לאחר ניסיון לקבל את הסכמתה של המדינה שבשטחה פועלים, או לפחות ללא התנגדותה, הפעולה נמצאת מתחת לסף המינימלי (זוטי דברים; de minimis) הנחשב להפרת האיסור על שימוש בכוח. במקרה השני הפעולה מנוגדת לסעיף 2(4) וייתכן שהיא מוצדקת בגדרי חריגי הזכות להגנה עצמית. ראו דוח ה-ILA, לעיל ה"ש 30, בעמ' 17-18.

102 רפאל בן-ארי "דיני שימוש בכוח" משפט בינלאומי 345-346 (רובי סייבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית, 2016).

103 United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 3, para. 32 (להלן: פרשת בני הערובה). אציון שבמקרה זה לא חולצו אזרחים מן השורה אלא דיפלומטים שנחטפו בהתקפה על שגרירות ארצות הברית. עם זאת, המכתב למועצת הביטחון מדבר במפורש על חילוץ אזרחים.

104 ראו פירוט בדוח מבקר המדינה של ארצות הברית: THE JULY 2006 EVACUATION OF AMERICAN CITIZENS FROM LEBANON, GAO-07-893R (2007)

לאוקראינה ב־2014 טען פוטין, נשיא רוסיה, שהשימוש בכוח נגד אוקראינה נדרש לנוכח האיום על חייהם של אזרחים רוסים באוקראינה.¹⁰⁵ על הפעולה נמתחה ביקורת רבה וכנות מניעה שנויה במחלוקת, אבל לענייננו היא חשובה כיוון שהיא משמשת ראיה שגם רוסיה מכירה בהגנה על אזרחים בחוץ לארץ כעילה שיש בה כדי להצדיק שימוש בכוח כלפי מדינה אחרת.

התערבות הומניטרית

האם הפעלת כוח לשם מניעת קטסטרופה הומניטרית במדינה מסוימת, כגון רצח עם של קבוצת מיעוט, יכולה להיות מוצדקת גם בהיעדר אישור של מועצת הביטחון? חריג כזה אינו מצוין במפורש במגילת האו"ם¹⁰⁶ ויש השוללים אותו עקרונית, מחשש שתכלית הומניטרית תשמש כסות להתערבות צבאית משיקולים אחרים – לעולם של מדינות חזקות כנגד מדינות חלשות.¹⁰⁷ מצד שני, יש דוגמאות של התערבות צבאית שנומקה בנימוק הזה: המערכה של נאט"ו נגד יוגוסלביה (סרביה) בשנת 1999 נומקה בצורך להגן על המיעוט המוסלמי בקוסובו; ובשנת 2013, כששקלו ארצות הברית ובריטניה לפעול בכוח נגד משטר אסד בשל שימושו בנשק כימי נגד אזרחיו, פרסמה ממשלת בריטניה הנמקה משפטית שמצדיקה התערבות בהתבסס על הטענה שהתערבות הומניטרית, בתנאים מוגדרים, היא חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי.¹⁰⁸ המסמך הבריטי

105 "קולות מלחמה: פוטין קיבל אישור להשתמש בכוח נגד אוקראינה, קייב שלחה ספינות לים" ynet 1.3.2014. במתקפה הרוסית שהחלה בפברואר 2022 טיעון זה נדחק לשוליים. לניחוח נאומו של פוטין ראו Marko Milanovic, *What is Russia's Legal Justification for Using Force against Ukraine?* EJIL:TALK! (February 24, 2022)

106 יש הטוענים שלא מדובר בחריג לאיסור על שימוש בכוח, משום שהתערבות הומניטרית אינה מכוונת נגד שלמותה הטריטוריאלית או עצמאותה המדינית של המדינה שבה היא נעשית ואין היא מנוגדת למטרות ולעקרונות של האו"ם בסעיף 2(4) למגילת האו"ם. עם זאת, לטיעון זה אין תמיכה רבה. ראו למשל בדוח ה־IL, *לעיל* ה"ש 30, בעמ' 21.

107 ראו למשל, DECLARATION OF THE SOUTH SUMMIT, GROUP OF 77 SOUTH SUMMIT, 10-14 April 2000, para. 54

108 POLICY PAPER, CHEMICAL WEAPON USE BY SYRIAN REGIME: UK GOVERNMENT LEGAL POSITION, 29 August 2013

מציין שבריטניה מנסה להביא לידי החלטה בעניין במועצת הביטחון, אבל אם יגיע הדיון במועצה למבוי סתום, בריטניה סבורה שהדוקטרינה של התערבות הומניטרית מתירה התערבות צבאית בכפוף לשלושה תנאים: ראיות אובייקטיביות ומשכנעות המקובלות על כלל הקהילה הבינלאומית לאסון הומניטרי חריף, היעדר חלופה לשימוש בכוח צבאי ושימוש בכוח מידתי, ורק בכוח הנדרש להקלת המצוקה ההומניטרית. בריטניה חזרה על עמדה זו להצדקת השתתפותה בפעולה הצבאית כנגד מתקני הנשק הכימי בסוריה באפריל 2018.¹⁰⁹ בעשרים השנים האחרונות התגבשה הסכמה רחבה יותר בעניין אימוץ התפיסה של "אחריות להגן" במקום התערבות הומניטרית (responsibility to protect, R2P). לפי תפיסה זו, מריבונות המדינה נובעת אחריותה לשמור על חיי תושביה. זו אחריותה הראשונית והעיקרית של המדינה, אבל אם היא נכשלת במימוש אחריותה עולה אחריות הקהילה הבינלאומית להגן על האיסור להתערב בענייניה הפנימיים של מדינה. הקהילה הבינלאומית נדרשת לממש את אחריותה בראש ובראשונה באמצעים שאינם צבאיים, כמו משלוח סיוע הומניטרי. ואולם כאמצעי אחרון למניעת אסון ייתכן גם שימוש בכוח צבאי. תפיסה זו אומצה פה אחד בפסגה העולמית ב־2005, אבל "מחיר" הקונצנזוס היה ההבהרה שהתערבות הקהילה הבינלאומית תהיה קולקטיבית, באמצעות מועצת הביטחון בלבד.¹¹⁰ משמעות הדבר שאף על פי שהמושג "אחריות להגן" אומץ באופן אוניברסלי, התפיסה שאחריות זו יכולה להצדיק התערבות צבאית ללא אישור מועצת הביטחון נותרה שנויה במחלוקת.

1.4 פשע התוקפנות

במשפט הבינלאומי, האיסור על השימוש בכוח חל על מדינות. ואולם על מנהיגים, מדינאים ואנשי צבא בכירים המביאים את מדינתם לפתוח במלחמה תוקפנית

POLICY PAPER, SYRIA ACTION: UK GOVERNMENT LEGAL POSITION, 14 April 2018 109

UNGA Resolution 60/1, 2005 World Summit Outcome, para. 138-139, 110
24 October 2005

מוטלת גם אחריות פלילית אישית. בחוקת בית הדין הבינלאומי בנירנברג נכלל לראשונה גם פשע התוקפנות והוגדר החמור בפשעים הבינלאומיים שבסמכות בית הדין. זה היה הפשע שבו הואשמו והורשעו מקצת הנאשמים הנאצים. פשע התוקפנות נכלל גם בחוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי הקבוע (International Criminal Court – ICC), שהתקבלה ב־1998, אבל בשל מחלוקת שהתגלעה בין המדינות על הנוסח בשלב המשא ומתן נדחתה הגדרתו המדויקת של הפשע והענקת סמכות השיפוט בגינו לבית הדין למועד מאוחר יותר. בוועידת קמפלה, שהתכנסה בשנת 2010 כדי לבחון מחדש את חוקת בית הדין, הוגדר פשע התוקפנות ונקבעו הוראות בנוגע לכניסתו לתוקף ולסמכות בית הדין בעניינו.

”פשע התוקפנות” מוגדר תכנון, הכנה, ייזום או ביצוע של מעשה תוקפנות – שאופיי, חומרתו והיקפו הם בגדר הפרה ברורה של מגילת האו”ם – בידי אדם בעמדה המאפשרת לו לשלוט בפעילותה הצבאית והמדינית של מדינה או לכוון אותה.¹¹¹

”מעשה תוקפנות” הוגדר בחוקת בית הדין,¹¹² אגב הפניה להחלטת העצרת הכללית של האו”ם בדבר הגדרת תוקפנות,¹¹³ שימוש בכוח צבאי של מדינה אחת כנגד השלמות הטריטוריאלית או העצמאות הפוליטית של מדינה אחרת או בדרך אחרת שאינה עולה בקנה אחד עם מגילת האו”ם, ובכלל זה:

(1) פלישה, לרבות כיבוש צבאי זמני הנובע משימוש בכוח וסיפוח הנובע משימוש בכוח.

(2) הפצצה ושימוש בכלי נשק אחרים נגד הטריטוריה של מדינה אחרת.

(3) סגר ימי על החופים או הנמלים של מדינה אחרת.

(4) תקיפה של כוחות היבשה, הים והאוויר של מדינה אחרת וכן של הציים שלה.

(5) שימוש בכוח של כוחות צבא זרים שהגיעו לשטח מדינה אחרת בהסכמה בניגוד לתנאי ההסכמה או אחרי שההסכמה לנוכחותם פגה.

Rome Statute of the International Criminal Court, art. 8bis(2), 111
2187 UNTS 38544 (להלן: חוקת רומא).

112 שם, ס' 8bis(1).

113 החלטת האו”ם בדבר הגדרת תוקפנות, לעיל ה”ש 41.

(6) הסכמתה של מדינה להעמיד את שטחה לשימושה של מדינה אחרת המבצעת מעשה תוקפנות כנגד מדינה שלישית.

(7) משלוח, על ידי מדינה או מטעמה, של כוחות לא סדירים, כנופיות חמושות, ארגונים או שכירי חרב המשתמשים בכוח צבאי כלפי מדינה אחרת בחומרה הדומה לזו של המעשים האחרים המנויים לעיל, או מעורבותה הממשית של מדינה בפעולתם של כוחות אלו.

החלטת האו"ם בדבר הגדרת תוקפנות קובעת כי השימוש הראשון בכוח בניגוד למגילת האו"ם (מי ש"יורה ראשון") מקים ראייה לכאורה לתוקפנות, אבל מועצת הביטחון מוסמכת לקבוע אחרת בהתחשב בנסיבות הרלוונטיות ובכלל זה העובדה שהמעשה ותוצאותיו אינם חמורים דיים.¹¹⁴

הוראות אלו נכנסו לתוקף ביום 17.7.2018 בעקבות החלטה של אספת המדינות החברות בחוקת בית הדין,¹¹⁵ אבל נקבעו הוראות מגבילות מיוחדות בדבר סמכות השיפוט של בית הדין בפשע זה. הוראות אלו חלות רק אם לא הופנה המקרה לבית הדין ממועצת הביטחון של האו"ם. בית הדין לא יפעיל סמכות בגין פשע התוקפנות:

(1) כנגד אזרחיה של מדינה שאינה חברה בחוקת בית הדין או בגין פשע שבוצע בשטחה של מדינה שאינה חברה.¹¹⁶

(2) כנגד אזרחיה של מדינה חברה שלא אשררה את התיקון שהגדיר את פשע התוקפנות או בגין פשע שבוצע בשטחה של מדינה כזו.¹¹⁷

(3) כנגד אזרחיה של מדינה חברה שאשררה את התיקון בגין פשע תוקפנות שלה עצמה, אם אותה מדינה מסרה קודם לכן הצהרה שלפיה אין היא מקבלת את סמכות השיפוט בגין פשע זה.¹¹⁸

114 שם, בס' 2.

115 ICC-ASP/16/Res.5 Activation of the Jurisdiction of the Court over the Crime of Aggression, 14 December 2017

116 ס' 15bis(5) לחוקת רומא, לעיל ה"ש 111.

117 שם, בס' 121(5).

118 שם, בס' 15bis(4). הצהרה כזאת ניתנת למשיכה בכל עת והסעיף מורה למדינה המצהירה לשקול את ביטולה בחור שלוש שנים. מועד האשרור, לעומת זאת, נתון לשיקול

הגבלות מיוחדות אלו על סמכות השיפוט של בית הדין אינן חלות כשמדובר בפשעי מלחמה ובפשעים אחרים שבסמכות בית הדין. במקרה של פשעים אחרים יש לבית הדין סמכות שיפוט לגבי אזרחי מדינות שאינן חברות, אם הם ביצעו לכאורה פשעים בשטחן של מדינות חברות.¹¹⁹

עד היום אשררו את התיקון לפשע התוקפנות 38 מדינות. מעיון ברשימת המדינות עולה שמכל מדינות ערב (ואיראן) אשררה אותו רק "מדינת פלסטיין".¹²⁰ ישראל אינה חברה בחוקת בית הדין ולכן מטבע הדברים לא אשררה את התיקון בנוגע לתוקפנות.

כל עוד מדינת ישראל אינה מדינה חברה בחוקת בית הדין, ההוראות המגבילות את סמכות השיפוט של בית הדין בגין פשע התוקפנות מקטינות את הסיכון שהוא ינסה להפעיל את סמכותו כנגד מנהיגים ישראלים. עם זאת, יש לזכור שיש אפשרות שמועצת הביטחון תפנה את המקרה לבית הדין. אומנם ארצות הברית יכולה להטיל וטו, אך יש לזכור כי בעבר היא לא תמיד מנעה החלטות נגד ישראל במועצת הביטחון.¹²¹

נחדד: הגדרת פשע התוקפנות כמעשה שהוא הפרה בוטה של מגילת האו"ם (ולא הפרה "סתם") נועד להוציא מגדר השיפוט הפלילי מקרים שבהם יש בקהילה הבינלאומית מחלוקת ממשית על חוקיות שימוש מסוים של מדינה בכוח.¹²²

דעתה הבלתי מוגבל של המדינה וסמכות השיפוט נכנסת לתוקף רק שנה לאחר האשור. מבחינה זו הצהרה שונה מהיעדר אשור. יתרון ההצהרה על היעדר אשור הוא שההצהרה אינה שוללת סמכות של בית הדין במקרה שבו המדינה המצהירה היא הנפגעת ממעשה תוקפנות של מדינה חברה אחרת, שאשררה את התיקון ולא הצהירה כאמור.

119 ס' 12(2) לחוקת רומא, לעיל ה"ש 111.

120 לפי אתר האמנות של האו"ם (United Nations Treaty Series Online), פלסטיין אשררה את התיקון ב-26.6.2016. ירדן חברה בחוקת רומא, אך לא אשררה את התיקון. יתר מדינות ערב וכן איראן אינן חברות בחוקת רומא.

121 ארצות הברית מעולם לא אפשרה קבלת החלטות נגד ישראל לפי פרק VII של מגילת האו"ם, כנדרש לצורך הפנייה לבית הדין.

122 למאמר ביקורתי הטוען שהצירוף בין המגבלה על סמכות השיפוט להגדרה הצרה של פשע התוקפנות מאיין את הערך המרחיב של התיקון לחוקת בית הדין ראו Kevin Jon

מן הראוי שבבואה לקבל החלטות תביא ישראל בחשבון התפתחות זו בסמכות בית הדין הפלילי הבינלאומי בדבר פשע התוקפנות.

1.5 אזור הלחימה וכללי הניטרליות

הכללים שתוארו עד כאן עוסקים באי־חוקיות של שימוש בכוח של מדינה אחת נגד מדינה אחרת, ובחריגים המתירים בנסיבות מסוימות שימוש בכוח. כדי להשלים את הדיון יש לדון בשאלה אם יש מגבלות על אזור הלחימה ומה מעמדן של מדינות שאינן משתתפות בלחימה (צד שלישי) כשיש עימות צבאי בין מדינות.

הצדדים הלוחמים רשאים לנקוט זה נגד זה פעולות צבאיות בשטחם הריבוני ובים הפתוח. נאסר עליהם לנקוט פעולות צבאיות בשטחן של מדינות ניטרליות.¹²³

מטרתם של דיני הניטרליות לצמצם את השפעתה של המלחמה ולהגבילה לצדדים לסכסוך, והם חלים בסכסוכים מזוינים בינלאומיים בלבד. למדינות הניטרליות זכויות וחובות הנוגעות לסכסוך המזוין. הכלל הבסיסי הוא שזכותן של המדינות הניטרליות שלא להיפגע מהלחימה בין הצדדים. כנגד כלל זה יש להן חובה בסיסית שלא להתערב בסכסוך, לא לסייע לאחד הצדדים ולנהוג באופן חסר פניות בשני הצדדים. לפיכך נאסר על מדינה ניטרלית לאפשר פעילות צבאית של אחד הצדדים הלוחמים בשטחה (למשל, לאפשר למטוסים צבאיים לנחות בשטחה לשם תדלוק). נאסר עליה גם לספק לאחד הצדדים אמצעי לחימה. החובה שלא לספק אמצעי לחימה חלה גם על יצוא מוצרים של תעשיות לא ממשלתיות שפועלות במדינה. גם מעבר של אמצעי לחימה ואספקה צבאית דרך שטחה של מדינה הוא הפרה של הניטרליות. לספינות סוחר של מדינות ניטרליות מותר להמשיך ולהוביל מטענים אל המדינות הלוחמות ומהן, ואולם לספינות מלחמה של הצדדים הלוחמים זכות לעצור ספינות סוחר ולחפש בהן. אם נמצאים בהן

Heller, *Who is Afraid of the Crime of Aggression?* 18 (1) J. INT'L CRIM. JUST. (2020)

אמצעי לחימה או ציוד אחר המסייע למאמץ המלחמתי (contraband) הן יכולות להחרים ציוד זה ולעיתים, בכפוף להכרעה שיפוטית, להחרים גם את הספינה עצמה.¹²⁴ צד לוחם רשאי גם להטיל סגר ימי (blockade) על חופי האויב, בכפוף להכרזה מראש וליכולתו לאכוף סגר זה. במקרה כזה, ספינות סוחר ניטרליות מנועות מהפרת הסגר.¹²⁵

שאלה מורכבת יותר היא מה רשאי צד לוחם לעשות כשמדינה ניטרלית מפירה את חובת הניטרליות, ובפרט באילו נסיבות, אם בכלל, הוא רשאי להשתמש בכוח. אם למשל האויב משתמש בשטחה של מדינה ניטרלית כדי לתקוף ממנו נראה שהזכות להגנה עצמית כוללת פעולה צבאית נגד כוחות האויב בשטחה של המדינה הניטרלית גם אם אין ראיות לכך שהם פועלים מטעמה של המדינה הניטרלית או בהסכמתה.¹²⁶ ואולם מה הדין אם המדינה הניטרלית מאפשרת מעבר של אמצעי לחימה עבור האויב בשטחה? אין ספק שמדובר בהפרה של חובתה כמדינה ניטרלית, ואולם עצם ההפרה של חובה במשפט הבינלאומי אינה מקנה למדינה הנפגעת זכות להשתמש בכוח כנגד המדינה המפירה. המדינה הנפגעת רשאית לנקוט נגדה אמצעי נגד (countermeasures), כגון אי-ביצוע זמני של התחייבויות בינלאומיות של המדינה הנפגעת כלפי המדינה המפירה,¹²⁷ אבל נקיטת אמצעי נגד אינה גורעת מן האיסור להשתמש בכוח ביחסים הבינלאומיים.¹²⁸ בית הדין הבינלאומי לצדק קבע שסיוע לארגוני מורדים במדינה אחרת באמצעות העברת אמצעי לחימה יכול להיחשב להפרת החובה להימנע מהתערבות בענייניה

Michael Bothe, *Neutrality, Concept and General Rules*, MPEPIL 124 (2015)

SAN REMO MANUAL ON INTERNATIONAL LAW APPLICABLE TO ARMED CONFLICTS AT SEA, 125 12 June 1994, art. 93-104 (להלן: מדריך סן רמו).

126 אם מדינה המתיימרת להיות ניטרלית העמידה לרשות מדינה אחרת חלק משטחה, והיא מרשה לכוחות צבא של אותה מדינה לתקוף ממנו מדינה שלישית, לא רק שאין היא זכאית למעמד של ניטרליות אלא היא מבצעת מעשה תוקפנות, קל וחומר שהיא אחראית להתקפה החמושה משטחה. ראו החלטת האו"ם בדבר הגדרת תוקפנות, לעיל ה"ש 41, בסי' 3(f).

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, art. 49 (2001) (להלן: כללי אחריות מדינה).

128 שם, ס' 50(1)(a).

הפנימיים של מדינה ואף לשימוש בכוח או איום בשימוש בכוח כלפי אותה מדינה, ואולם אין הוא נחשב "התקפה חמושה" ועל כן העברת סיוע כזה אינה מקנה זכות להשתמש בכוח לשם הגנה עצמית.¹²⁹ נראה כי מפסיקה זו משתמע שגם העברת אמצעי לחימה דרך שטחה של מדינה אחת לארגון חמוש לא מדינתי שבסיסו במדינה שנייה והוא נלחם במדינה שלישית נחשבת להפרת הניטרליות, ואולם אין לראות בה התקפה חמושה, המקנה זכות לשימוש בכוח בהגנה עצמית כנגד פעולה זו בשטחה של המדינה שבה עוברים אמצעי הלחימה.¹³⁰

1.6 סיומו של סכסוך מזוין

לשאלה מתי מסתיים סכסוך מזוין נודעת חשיבות בכמה ענפים של המשפט הבינלאומי. זו שאלה מורכבת, שלעיתים ניתנות לה תשובות שונות בהקשרים שונים, אפילו באותו ענף של המשפט הבינלאומי.¹³¹ בהקשר של דיני השימוש בכוח, מושא מחקר זה, השאלה אם פעולה צבאית מסוימת נעשתה במסגרת סכסוך מזוין קיים או שהיא פותחת סכסוך מזוין חדש יכולה להיות שאלה מכרעת להערכת חוקיותה. אם מדובר במלחמה "חדשה" תיבחן חוקיות הפעולה בהתאם

129 פרשה ניקרגואה, לעיל ה"ש 25, בפס' 195.

130 עד מלחמת העולם השנייה ובמהלכה טענו לעיתים קרובות שמניעת השתלטות של האויב על עמדות אסטרטגיות בשטחה של מדינה ניטרלית מצדיקה השתלטות על אותן עמדות במדינה הניטרלית וראו בה פעולה מנע. ואולם נראה כי בעידן שלאחר מגילת האו"ם אין עוד לדברים תוקף. ראו Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, 309–316 (1963).

131 לדין בשאלה זו בהקשר של תחולת המשפט הבינלאומי ההומניטרי (דיני העימות המזוין) ראו Derek Jinks, *The Temporal Scope of Application of International Humanitarian Law in Contemporary Conflicts*, HPCR (2003); Dustin A. Lewis, Gabriella Blum, & Naz K. Modirzadeh, *Indefinite War: Unsettled International Law on the End of Armed Conflict*, HARVARD LAW SCH. PROGRAM ON INT'L LAW AND ARMED CONFLICT (2017). לדין בסיומו של סכסוך מזוין בעימות מזוין לא בינלאומי זה, ובהקשר של פשעי מלחמה וסמכות בית הדין הבינלאומי הפלילי ראו Dustin A. Lewis, *The Notion of "Protracted Armed Conflict" in the Rome Statute and the Termination of Armed Conflicts under International Law: An Analysis of Select Issues*, 101 INT'L REV. RED CROSS 1091 (2019).

לכללים האוסרים על שימוש בכוח ועל תוקפנות אלא אם כן יש להם הצדקה, כגון הגנה עצמית. אם מדובר בסבב נוסף במסגרת סכסוך מזוין קיים תהיה השאלה מיהו התוקפן ומיהו המתגונן תלויה בנסיבות שקדמו לפעולה ובעיקר במועד תחילתו של העימות.¹³²

לא די בהפסקת מעשי האיבה של הצדדים הלוחמים כדי לקבוע שסכסוך מזוין חדל להתקיים. על פי התפיסה המסורתית, הסכסוך המזוין מסתיים בהסכם שלום, בהסכם שביתת נשק (armistice)¹³³ או כשמדינה מכניעה את מדינת האויב עד שזו חדלה להתקיים (debellatio).

במציאות שבה רוב הסכסוכים המזוינים הם עם ארגונים לא מדינתיים, כגון אלקאעדה, דאעש או חזבאללה, הסיכוי לסיום ברור של הסכסוך באחת מן האפשרויות הללו נמוך מאוד.¹³⁴

דינשטיין סבור שסכסוך מזוין יכול להסתיים גם ללא הסכם פורמלי אם יש הסכמה משתמעת של הצדדים הלוחמים ואף אם יש הצהרה חד־צדדית של אחד הצדדים המלווה בהסכמה המשתמעת של הצד האחר. עם זאת, לצורך זה יש להראות פעולות ממשיות המצביעות על הסכמה לסיום הסכסוך המזוין, כגון חידושם או כינונם של יחסים דיפלומטיים. לא די בהיעדר פעילות צבאית של הצדדים זה כנגד זה. כדי להדגים סכסוך מזוין שנמשך למרות הפוגות ארוכות בפעולות האיבה דינשטיין מציין את ההתקפה של ישראל על הכור הגרעיני העיראקי בשנת 1981. עיראק השתתפה במלחמת העצמאות, אבל לא חתמה על הסכם שביתת נשק עם ישראל בסיומו. במלחמת ששת הימים ובמלחמת יום הכיפורים השתתפה עיראק בלחימה נגד ישראל. לדברי דינשטיין, אף שחלפו שמונה שנים ללא פעולות

132 Lewis, Blum, & Modrizadeh, שם, בעמ' 8-9. גם לפי הגישה שהמגבלות על הזכות להגנה עצמית חלות לא רק במועד פתיחתו של העימות אלא גם במהלכו, ברור שיש הבדל בין הנדרש מפעולה הננקטת בעיצומה של מלחמה ובין הפעולה הפותחת אותה. במקרה של פעולה הפותחת את המלחמה נבחנת ביתר קפידה חוקיות הפעולה על היבטיה השונים - הצורך, המיידיות והמידתיות.

133 כמו הסכמי שביתת הנשק שנחתמו בין ישראל ובין מצרים, ירדן, סוריה ולבנון בשנת 1949. הסכמים אלו סיימו את מצב המלחמה (מלחמת העצמאות) בלי לכונן שלום עם מדינות ערב ואף בלי שמדינות אלו יכירו בישראל.

Ailce Debarre, *When Does War End?* HUMANITY IN WAR BLOG (December 17, 2015)

איבה בין ישראל לעיראק עד תקיפת הכור, מצב הלחימה נמשך ולפיכך אין מקום לבחון את התקיפה לפי דיני השימוש בכוח בעניין שימוש בכוח להגנה עצמית בתגובה להתקפה חמושה. בשל התמשכות הסכסוך המזוין בין ישראל לעיראק דינשטיין מגיע לאותה מסקנה גם במקרה ההפוך – הוא סבור שירי טילי הסקאד של עיראק על ישראל עשר שנים אחר כך, במלחמת המפרץ בשנת 1991, לא היה בגדר הפרה של דיני השימוש בכוח, אלא אך ורק של דיני הלחימה בהיותו תקיפה בלתי מבחינה של אזרחים.¹³⁵ כאמור לעיל, עמדתו של דינשטיין לא התקבלה על דעתם של חוקרים אחרים ומועצת הביטחון גינתה את פעולת ישראל. דינשטיין מגיע למסקנה דומה גם בנוגע לתקיפה של הכור הגרעיני בסוריה בשנת 2007, המיוחסת לישראל, משום שהסכם הפרדת הכוחות בין ישראל לסוריה משנת 1974 הוא הסכם הפסקת אש בלבד והוא לא סיים את הסכסוך המזוין שראשיתו במלחמת ששת הימים בשנת 1967.¹³⁶

הסכמי הפסקת אש (truce או ceasefire) הם זמניים מעצם טיבם. הם משהים את מעשי האיבה בלי לסיים את הסכסוך המזוין. הם נותנים שהות ליישוב הסכסוך באמצעים דיפלומטיים. אם משך הפסקת האש אינו נקוב בהסכם יש לפרשו כזמן הסביר בהתאם לנסיבות. בתום זמן זה רשאי כל צד לחדש את האש בלי שפעולתו תיחשב למלחמה "חדשה". גם אם יש חובה להודיע מראש על חידוש האש אין ההודעה זו ערך רב כיוון שמותר לחדשה מייד לאחר ההודעה. כמו כן, אם צד בהסכם הפסקת אש מפר אותו הפרה מהותית רשאי הצד האחר לבטלו, ובמקרה של דחיפות אף להשתמש מייד בכוח צבאי, ללא הודעה מראש. על כל פנים, המשך הסכסוך המזוין למרות הפסקת האש משמעו שאומנם שימוש בכוח המפר את הפסקת האש עלול להיות הפרה של התחייבות בינלאומית, אבל אינו כשהוא לעצמו הפרה של האיסור על שימוש בכוח שבמגילת האו"ם. על כן לא נדרש להצדיקו בנפרד על יסוד הגנה עצמית. הצד המפר את הפסקת האש יכול להסתפק בטענה שבמועד שבו פרץ הסכסוך המזוין הוא פעל במסגרת זכותו להגנה עצמית.¹³⁷

135 Dinstein, לעיל ה"ש 65, בעמ' 51.

136 שם, בעמ' 59-60, 226-228.

137 שם, בעמ' 54-64.

1.7 ייחוס תקיפה של ארגון טרור או ארגון חמוש אחר למדינה שמשטחה היא בוצעה

מדינה היא ישות מופשטת ואין היא יכולה לפעול אלא באמצעות בני אדם. מתעוררת אפוא השאלה (הדומה לשאלה הנשאלת על תאגיד במשפט המדינתי) מתי מדינה אחראית לפעולות שנעשו בשמה או בעבורה או שעשו בעלי תפקידים בה.¹³⁸

הכלל במשפט הבינלאומי הוא שמדינה אחראית למעשיהם של האורגנים שלה, כלומר של בני אדם, ממלאי תפקידים ורשויות שלפי חוקי המדינה הם חלק ממנגנון השלטון שלה. הדבר נכון הן לשלטון המרכזי הן לשלטון המקומי. מדינה אחראית גם לפעולות של גופים שאינם ממשלתיים אבל מוקנית להם סמכות שלטונית לפעול בשם המדינה. הכלל הנדון רלוונטי לתאגידים סטוטוריים, כגון רשות עצמאית בעלת סמכות חוקית לפעול בענייני הגנת הסביבה. הוא רלוונטי גם לגופים פרטיים במקרים שבהם הסמכות השלטונית הופרטה וניתנה להם. למשל חברת אבטחה שמפעילה בית סוהר ולעובדיה ניתנו סמכויות מעצר ומשמעת כלפי האסירים.¹³⁹

עוד כלל שיש לו חשיבות בתרחישים הרלוונטיים למחקר זה הוא הכלל הקובע את אחריותה של המדינה לפעולה שהיא אימצה, גם בדיעבד וגם אם היא לא הורתה עליה מראש. דוגמה מפורסמת להחלת כלל זה היא הפריצה לשגרירות ארצות הברית בטהרן ומעצר דיפלומטים אמריקאים אחרי המהפכה האסלאמית באיראן. הפעולה עצמה הייתה מנוגדת לכללי החסינות הדיפלומטית במשפט הבינלאומי המנהגי. מלכתחילה ביצעו אותה "סטודנטים איראנים נאמני האימאם

138 לטיוטת כללי אחריות מדינה להפרת המשפט הבינלאומי של הוועדה למשפט בינלאומי משנת 2001 (לעיל ה"ש 127) אין מעמד מחייב, אבל הדעה המקובלת היא שהכללים משקפים את כללי המשפט המנהגי בנושא.

139 כללי אחריות מדינה, לעיל ה"ש 127, כלל 5.

[חומייני]" ולא נמצאו ראיות שהיא נעשתה בהוראת השלטון.¹⁴⁰ עם זאת, בית הדין הבינלאומי לצדק מצא שהעובדה ששלטונות איראן, לרבות חומייני עצמו, שיבחו את המעשה והחליטו להמשיך ולהחזיק בדיפלומטים ובשגרירות משמעה שממשלת איראן – ומכאן איראן כמדינה – אימצה את המעשה והיא אחראית לו.¹⁴¹ חשוב להדגיש בהקשר זה שעצם הבעת אהדה לפעולה אין משמעה אימוצה, ועל ההתבטאויות או ההתנהגות של המדינה להראות שהיא מקבלת עליה אחריות לפעולה ורואה בה פעולה שלה.¹⁴²

הכלל החשוב ביותר בדיון באחריות המדינה לפעולות של ארגון חמוש לא מדינתי הוא הכלל הקובע שמדינה תהיה אחראית במשפט הבינלאומי בגין מעשיו של אדם או חבר בני אדם אם הללו מבצעים את המעשה על פי הוראותיה, בהנחייתה או בשליטתה.¹⁴³ כלל זה ממוקד במצב העובדתי-מעשי ולא בקשר המשפטי-פורמלי בין המדינה ובין אותו אדם או ארגון.

השאלה מתי אפשר לייחס למדינה אחריות בגין פעולות של ארגון חמוש הגיעה להכרעה בבתי דין בינלאומיים וזכתה לתשובות שונות.

תחילה דן בסוגיה זו בית הדין הבינלאומי (ICJ) בפרשת **ניקרגואה**.¹⁴⁴ ניקרגואה התלוננה על התמיכה של ארצות הברית בקונטרס, קבוצות מורדים שפעלו נגד המשטר הסוציאליסטי של הסנדיניסטים. ניקרגואה טענה שהקונטרס לא רק גרמו נזק כבד לרכוש אלא גם פגעו קשה בבני אדם – הם הרגו אסירים ואזרחים ללא הבחנה, עינו, חטפו ואנסו – וארצות הברית אחראית לכל זה בגין שליטתה בארגון.¹⁴⁵ בית הדין השתכנע שאף על פי שפעולות ההתנגדות לממשלה בניקרגואה החלו עוד לפני מעורבותה של ארצות הברית, לארצות

140 פרשת בני הערובה, לעיל ה"ש 103, בפס' 58.

141 שם, בפס' 71-75.

142 ראו פס' 6 לדברי הפרשנות (commentary) לכלל 11 לטיוטת כללי אחריות מדינה, לעיל ה"ש 127.

143 כלל 8 לטיוטת כללי אחריות מדינה, לעיל ה"ש 127.

144 פרשת ניקרגואה, לעיל ה"ש 25, בפס' 93-122.

145 שם, בפס' 20.

הברית היה חלק מכריע באיחוד תנועות ההתנגדות. היא מימנה, אימנה, ציידה וחיששה אותן. יועצים אמריקאים סייעו בקביעת האסטרטגיה והטקטיקה של הקונטראס, וארצות הברית הייתה מעורבת אפילו בבחירת המנהיגים של התנועה ושילמה משכורות לפעילים. למרות כל זה קבע בית הדין שאין בכך די להוכיח שליטה אפקטיבית (effective control) של ארצות הברית בקונטראס, קביעה שמשתמע ממנה שאין היא אחראית לפעולות הארגון. בית הדין ציין בין היתר שגם אחרי שתמיכת ארצות הברית בארגון פסקה (בעקבות מחלוקת בין הנשיא לקונגרס – פרשת אוליבר נורת' או איראן-קונטראס) המשיך הארגון לפעול, כלומר הקונטראס לא היה תלוי לחלוטין בארצות הברית ולא היו אך ורק "כלי" שלה. בהיעדר ראיה להנחיות ספציפיות לבצע פעולות מסוימות, מבחן השליטה האפקטיבית שישם כאן בית הדין מצמצם מאוד את אחריות המדינה לפעולות ארגון חמוש על אף תמיכתה בו. חשוב לציין שבסופו של דבר פסק בית הדין נגד ארצות הברית – הוא מצא שה־CIA עמד מאחורי מדרך לפעולות גרילה שהופץ בקרב הקונטראס והמליץ על פעולות מפוקפקות (כמו רצח שופטים), וראה בזה הפרת החובה שלא להתערב בענייניה הפנימיים של מדינה. עם זאת, הוא לא פסק שארצות הברית אחראית למעשי הקונטראס. הוא פסק שארצות הברית הפרה חובה ישירה שלה כלפי ניקרגואה בשל התנהגות סוכניה של ארצות הברית.

דוגמה רלוונטית נוספת לחובה ישירה כזו היא חובתה של מדינה שלא לאפשר לכנופיות חמושות להשתמש בשטחה כדי לתקוף מדינה אחרת. אם המדינה מעלימה עין, אפשר לייחס לה הפרה של החובה הזאת בלי לקבוע בהכרח שהיא אחראית לפעולות הארגון החמוש.¹⁴⁶

כמה שנים אחר כך נידונה שאלת האחריות בעניין טאדיץ' לפני הטריבונל הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר (ICTY).¹⁴⁷ הטריבונל עסק בשאלת האחריות של

146 הצהרת האו"ם בנוגע לעקרונות המשפט הבינלאומי, לעיל ה"ש 24.

147 Prosecutor v. Duško Tadić, Judgment (Appeals Chamber), Case No.IT-94-1-A, 15.7.1999, para. 115-145 (להלן: פרשת טאדיץ'). אציין כי הטריבונל הבינלאומי הפלילי ליוגוסלביה דן בשאלת האחריות הפלילית האישית של נאשמים לפשעי מלחמה. הדיון בשאלת אחריות מדינה נדרש כדי לקבוע אם הסכסוך המזוין הוא סכסוך בינלאומי (בין מדינות) או סכסוך שאינו בינלאומי (בחוץ מדינה

סרביה לפעולות של ארגון חמוש שכונה הצבא הבוסני-סרבי. הטריבונל הסכים עם בית הדין הבינלאומי שלא די בעצם התמיכה בארגון או במימון שלו להטיל על המדינה אחריות לפעולותיו. עם זאת, הוא סבר שהמבחן בעניין **ניקרגואה נוקשה** מדי וכי במקרה של אחריות מדינה לארגון חמוש לא מדינתי די להראות **שליטה כוללת** (overall control) של המדינה בפעולת הארגון; שליטה זו מתבטאת בתיאום הפעילות הצבאית ובסיוע בתכנון הכללי שלה. אין צורך להראות שהמדינה נתנה לארגון הוראות מפורשות לבצע את המעשים שבגינם מוטלת אחריות. בית הדין מצא שבנסיבות אלו יש לסרביה אחריות על הצבא הבוסני-סרבי והוסיף שתי הערות חשובות: ראשית, יש חשיבות לשליטה בטריטוריה – בדרך כלל קל יותר להטיל אחריות על המדינה שהפעולה התרחשה בשטחה, אבל במצב של מלחמת אזרחים וחוסר סדר, כלומר כששליטת המדינה בשטח רופפת, נדרשות ראיות של ממש לאחריותה. שנית, אין להתעלם ממניע אפשרי של המדינה להסתיר את הקשר בינה ובין הארגון החמוש. לכן אין להסתפק בהצהרות גלויות ובמבנים ארגוניים רשמיים, אלא יש לנתח את הניואנסים של המצב בשטח. זו הערה חשובה ונכונה שיש להביא בחשבון, יהיה אשר יהיה המבחן לייחוס אחריות למדינה.

בית הדין הבינלאומי לצדק שב ועסק בסוגיה זו בפרשת **בוסניה נ' סרביה** (2007).¹⁴⁸ בפרשה זו התעוררה שאלת תחולתה של האמנה למניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם על הסכסוך. הסיטואציה העובדתית הייתה קרובה מאוד לזו שנידונה בפרשת **טאדיץ'** – האחריות של סרביה למעשי הצבא הבוסני-סרבי, ובמקרה הזה לטבח של אזרחים בסרברניצה ב־1995. בית הדין דן במבחן המוצע של שליטה כוללת שהוחל בפרשת **טאדיץ'** ודחה אותו. הוא השאיר פתח לאפשרות שמבחן זה מתאים לצורך סיווגו של סכסוך מזוין כסכסוך בינלאומי, מבחן שנידון

או בין מדינה לארגון חמוש שאינו מדינתי). לקביעה זו יש השלכות על הגדרת פשעי המלחמה. עם זאת, הטריבונל אינו מחמקד רק בסיווגו של הסכסוך המזוין אלא פורש טיעון מפורט וכללי שיש בו ביקורת על העמדה של בית הדין הבינלאומי לצדק בפרשת **ניקרגואה**.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, para. 396-415 (להלן: פרשת **בוסניה נ' סרביה**).

בטריבונול בפרשת **טאדיץ'**, אבל קבע שאין הוא יכול לשמש מבחן כללי לאחריות של מדינה לפעולות של ארגון חמוש שאינו מדינתי. הוא חזר והצהיר שנדרשת שליטה אפקטיבית של סרביה בארגונים החמושים, כלומר תלות מוחלטת שלהם בה, אך שליטה כזו לא נמצאה. לא נמצאו גם ראיות מספיקות שסרביה הורתה באופן ספציפי על המעשים שמדובר בהם (הטבח בסרברניצה). גם במקרה זה הטיל בית הדין על סרביה לאחריות להפריח ישירה של חובות המוטלות עליה, כגון החובה למנוע פשעי מלחמה ולהעניש את האחראים, אבל לא הטיל עליה אחריות לפעולות הצבא הבוסני-סרבי.

המילה האחרונה בשלב זה היא פסק הדין של בית הדין הבינלאומי הפלילי (ICC) בפרשת **בוסקו נטגנדה** (Ntaganda).¹⁴⁹ הנאשם הורשע בפשעי מלחמה שבוצעו בשנים 2002–2003, בהיותו סגן הרמטכ"ל של ארגון חמוש לא מדינתי (UPC/FPLC) שלחם בארגונים חמושים אחרים בשטח הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו (DRC). גם צבא אוגנדה כבש באותה תקופה חלק מהשטח הרלוונטי. לצורך סיווג הסכסוך המזוין שהתנהל (סכסוך בינלאומי או סכסוך שאינו בינלאומי, סיווג המשפיע על הגדרת פשעי המלחמה) דן בית הדין בשאלה אם רואנדה שלטה באותו ארגון, משום שאם מדינה זרה שלטה בארגון, ואפשר לראות את פעולותיו כפעולותיה, כי אז פעולות צבאיות בשטח קונגו כנגד כוחות הממשלה או כוחות הקשורים לממשלה וללא הסכמתה ייחשבו סכסוך מזוין בין המדינות, כלומר סכסוך מזוין בינלאומי. בית הדין אימץ את מבחן השליטה הכוללת שקבע הטריבונול הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה בעניין **טאדיץ'**.¹⁵⁰ כשיושם מבחן זה נקבע שרואנדה אכן אימנה את הארגון וסייעה לו בנשק, בתחמושת ובמדים. עוד מצא בית הדין שהרמטכ"ל של הארגון מונה מתוך מחשבה שהארגון לא יזוהה כתנועה רואנדית. רואנדה אף עודדה את הארגון להילחם נגד צבא אוגנדה והביעה

The Prosecutor V. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, Judgment, 149 para. 726–730, 8 July 2019

150 מעניין שפסק הדין מזכיר את המבחן של שליטה אפקטיבית (effective control), שקבע בית הדין הבינלאומי לצדק בפרשת **ניקרגואה** וניתן לפני פרשת **טאדיץ'**, אבל לא את פרשת **בוסניה נ' סרביה**, שבה חזר בית הדין הבינלאומי לצדק על מבחן זה ושלל את המבחן של שליטה כוללת שקבע הטריבונול ליוגוסלביה בעניין **טאדיץ'**. אין גם דיון בשאלה מדוע להעדיף מבחן אחד ממבחן אחר. ראו שם, בה"ש 2253 לפסק הדין.

את רצונה שיתפוס אזור מסוים מתוך עניין במכרות הזהב שבו. עם זאת, גם לארגון היה אינטרס משלו לשלוט באזור זה, שכן הייתה לו חשיבות אסטרטגית, לרבות מנחת שאפשר אספקה אווירית. לפיכך הוסק שמעורבות רואנדה לא הגיעה למדרגה של "שליטה כוללת" בארגון שבו שימש הנאשם.

מבחינים שונים אלו יהיו הבסיס לבחינת אחריותן של לבנון, איראן וסוריה למעשי חזבאללה.¹⁵¹

לבסוף, שאלה חשובה בעניין ייחוס אחריות למדינה בגין התקפה שאין היא מקבלת אחריות עליה היא על מי מוטל נטל ההוכחה. בעניין זה פסק בית הדין הבינלאומי לצדק בפרשת מתקני הנפט של איראן שעל המדינה שהפעילה כוח בתגובה להתקפה חמושה והצדיקה אותו כהגנה עצמית (באותו מקרה ארצות הברית) מוטל הנטל להוכיח כי אפשר לייחס את ההתקפה החמושה למדינה שכלפיה היא הפעילה כוח (איראן).¹⁵²

1.8 הפעלת כוח להגנה עצמית כנגד ארגון חמוש לא מדינתי בשטחה של המדינה שממנה הוא תקף, במצב שבו המדינה עצמה אינה אחראית לתקיפה

כאמור, הדעה המקובלת היא ששימוש של מדינה בכוח בשטחה של מדינה אחרת – גם אם אין הוא מכוון נגד אותה מדינה אלא נגד ארגון לא מדינתי שתקף משטחה – נכלל בגדרי האיסור על שימוש בכוח בין מדינות לפי סעיף 2(4) למגילת האו"ם. נשאלת השאלה אם לפי המבחינים שנסקרו לעיל אפשר להצדיק שימוש בכוח כזה מכוח החריג של הגנה עצמית גם במקום שבו המדינה שממנה תקף הארגון אינה אחראית לפעולתו.

¹⁵¹ ראו גם Liron Libman, *Legal Challenges of War in Areas of Problematic Sovereignty* (ICT Working Paper 10, 2013)

¹⁵² פרשה מתקני הנפט, לעיל ה"ש 64, בפס' 57.

יש פרקטיקה המצביעה על תחילת היווצרותו של כלל מנהגי המשיב לשאלה זו בחיוב, אך יש עדיין ספקות בעניין.

דוגמה ראשונה היא הפלישה האמריקאית לאפגניסטן לאחר פיגועי 11 בספטמבר 2001. במכתב ששלח שגריר ארצות הברית דאז לנשיא מועצת הביטחון עם תחילתה של הפעולה הצבאית נטען שיש בפלישה משום מימוש של זכות ההגנה העצמית, על יסוד התמיכה (support) של משטר הטליבאן, ששלט באפגניסטן באותה תקופה, בארגון אלקאעדה, שביצע את הפיגועים. באופן מפורט יותר נטען שהפיגועים התאפשרו בשל החלטת הטליבאן לאפשר לאלקאעדה להשתמש בשטחי אפגניסטן שבשליטתם כבסיס לפעילות. עוד נטען שאלקאעדה ממשיך לתמוך בפעילי טרור בשטח אפגניסטן ולאמן אותם, אף שמטרת הארגון לפגוע בחפים מפשע ברחבי העולם, ובכלל זה באזרחים אמריקאים ובאינטרסים של ארצות הברית.¹⁵³ חשיבותו של המכתב במה שאין בו: אין בו טענה כי ממשלת אפגניסטן ביצעה את הפיגועים באמצעות סוכניה או אפילו באמצעות גורמים לא רשמיים שבהם שלטה ושאת פעולתם כיווה. ואולם בלי קשר לשאלה בדבר ייחוס אחריות למדינה (אפגניסטן) בגין התקפה חמושה שביצע גורם לא מדינתי (אלקאעדה), במכתב ניתן ביטוי לגישה שעצם העובדה שהתקפה חמושה על ארצות הברית יצאה משטח אפגניסטן ושהגורם התוקף ממשיך לפעול שם בידיעות השלטונות ובהסכמתם מקנה לארצות הברית זכות להגנה עצמית באמצעות שימוש בכוח באפגניסטן.

מועצת הביטחון הזכירה בהחלטותיה אחרי הפיגועים את הזכות הטבועה להגנה עצמית ואף הגדירה את הפיגועים, בהיותם פעולה של טרור בינלאומי, איום על השלום והביטחון הבינלאומיים. עם זאת, ההחלטות לא ייחסו אחריות מפורשת לאפגניסטן.¹⁵⁴ לעומת זאת, גם לאחר תחילתה של הפעולה הצבאית באפגניסטן

Letter of John Negroponte to the President of the Security Council, October 7, 2001 153

154 החלטת מועצת הביטחון של האו"ם 1368 מיום 12.9.2001; החלטת מועצת הביטחון של האו"ם 1373 מיום 28.9.2001. בהחלטה 1373 יש אזכור של חובת המדינה להימנע מלסייע לטרור או להסכים בשתיקה לפעולות מאורגנות בשטחה שמטרתן ביצוע פעולות טרור, כפי שנקבעה בהחלטת האו"ם בדבר עקרונות המשפט הבינלאומי, לעיל ה"ש 24, אבל אין בה התייחסות ספציפית לנסיבות באפגניסטן.

התקבלו במועצת הביטחון החלטות שאין בהן ביקורת על הפעולה הצבאית באפגניסטן; והפוך הוא – בהחלטות גונה הטליבאן על כך שאפשר לאפגניסטן להפוך לבסיס לייצוא טרור של אלקאעדה והובעה תמיכה במאמצי העם האפגני להחליף את משטר הטליבאן.¹⁵⁵ מקצת החוקרים מתחו ביקורת על החלטות אלו בטענה שהן מבטאות לכל הפחות הסכמה שבשתיקה להרחבת הכלל באופן המאפשר שימוש בכוח נגד מדינה ה"מארכת" טרוריסטים, גם אם אינה אחראית לפעולת הארגון.¹⁵⁶ בספרות המשפטית הובעה הדעה שהרף לייחוס אחריות למדינה הונמך מרמה של שליטה בארגון לרמה של "סיוע" (aiding and abetting), בדומה לסטנדרטים המטילים אחריות פלילית על סיוע לפעילות בלתי חוקית.¹⁵⁷

חשוב לציין שרוסיה השתמשה בטיעון דומה. במכתב למועצת הביטחון ב־2002 מתחה רוסיה ביקורת על גאורגיה בשל הימנעותה מייסוד אזור ביטחון בגבול בין המדינות והצהירה שאם גאורגיה לא תשים קץ להתקפות של "בנדיטים" וטרוריסטים צ'צ'נים ואחרים שיוצאות משטחה היא שומרת לעצמה את הזכות להגנה עצמית בהתאם למגילת האו"ם. אין במכתב טענה שגאורגיה שולטת בטרוריסטים ומכוונת את פעילותם, אלא רק שהיא נמנעת מנקיטת צעדים להפסקתה.¹⁵⁸

155 ראו למשל החלטת מועצת הביטחון של האו"ם 1378 מיום 14.11.2001.

156 Mary Ellen O'Connell, *Lawful Self-Defense to Terrorism*, 63 U. Pitt. L. Rev. 889, 899-902 (2001). הכותבת מעדיפה להפנות לטיעונים מקבילים של בריטניה, שגרסו כי יש קשר הדוק יותר בין הטליבאן לאלקאעדה, מתוך התעלמות ממכתב רשמי של ארצות הברית (לעיל ה"ש 100). היא טוענת נחרצות שהדין אינו תומך בסטנדרט של אחריות להתקפה חמושה המבוסס על מתן אפשרות לטרוריסטים להתארגן בשטח המדינה; John Quigley, *The Afghanistan War and Self-defense*, 37 Val. U. L. Rev. 541, 545-546 (2002) ("By claiming a right of self-defense against a state that 'harbors', the United States was pushing the accepted scope of the concept of armed attack").

157 Tams, לעיל ה"ש 39, בעמ' 385-386.

158 Letter dated 11 September 2002 from the Permanent Representative of the Russian Federation to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Doc. S/2002/1012

לעומת זאת, בחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בעניין חוקיות גדר הביטחון נדחתה טענת ישראל להגנה עצמית בתגובה להתקפות טרור שמקורן בשטחים. בית הדין קבע בקצרה כי סעיף 51 למגילת האו"ם חל רק על הגנה עצמית מפני התקפה חמושה שאפשר לייחסה למדינה אחרת. עוד קבע בית הדין שישראל אינה יכולה להסתמך על החלטות מועצת הביטחון 1368 ו-1373, שנדרשו לזכותה של ארצות הברית להגנה עצמית בהקשר של התקפות אלקאעדה, שגם הוא ארגון לא מדינתי, משום שהתקפות הטרור מקורן בשטחים שבשליטתה.¹⁵⁹ על הקביעה הזאת נשמעה ביקורת כבר בדעות יחיד של שופטים בחוות הדעת המייעצת עצמה¹⁶⁰ ואחר כך גם בספרות המשפטית.¹⁶¹ כעבור שנה, בפסק הדין של בית הדין בעניין פעולות צבאיות בשטחה של קונגו, נקט בית הדין עמדה נחרצת פחות והניח את השאלה פתוחה; הוא קבע שאין הוא צריך להכריע בשאלה אם יש במשפט הבינלאומי זכות להגנה עצמית מפני התקפות בהיקף רחב של כוחות בלתי סדירים.¹⁶²

בשנים שחלפו נפוצה הטענה כי שימוש בכוח בשטחה של מדינה כנגד ארגון חמוש התוקף משטחה מותר לשם הגנה עצמית אם המדינה שממנה תוקף הארגון אינה רוצה או אינה יכולה למנוע את התקיפות (unwilling or unable). מצב זה בלט

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, para. 138-139 (להלן: חו"ד מייעצת החומה). יובהר כי ספק רב אם בניית גדר הביטחון היא שימוש בכוח, אבל הטיעון הישראלי היה טיעון "קל וחומר": אם ס' 51 למגילת האו"ם מחייב שימוש בכוח לשם הגנה עצמית, קל וחומר שמוחר לנקוט אמצעי לא כוחני כמו בניית הגדר. כך או כך, בית הדין דחה את הטיעון מטעמים כלליים שאינם נוגעים לשאלה אם בניית הגדר נחשבת שימוש בכוח. בית הדין סבר שהקמת הגדר מפירה הוראות אחרות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי ודיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי.

160 חו"ד מייעצת החומה, שם, Declaration of Judge Buergethal, פס' 5-6.

161 DINSTEN, לעיל ה"ש 65, בעמ' 241-244.

162 *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, para. 147 ("[N]o need to respond to the contentions of the Parties as to whether and under what conditions contemporary international law provides for a right of self-defence against large-scale attacks by irregular forces") (להלן: פרשת קונגו נ' אוגנדה).

במערכה נגד דאעש בסוריה. הצידוק המשפטי של רבות מהמדינות שפעלו היה הגנה עצמית קולקטיבית – לדבריהן, הן נענו לבקשה של עיראק, שדאעש תקף אותה משטח סוריה. מדינות אחדות טענו שהשימוש בכוח מותר כיוון שסוריה אינה יכולה ואינה רוצה למנוע את ההתקפות.¹⁶³ לא נטען שסוריה שולטת בדאעש ומכוונת את ההתקפות.¹⁶⁴ מדינות אחרות ביססו את הזכות להפעיל כוח להגנה עצמית על היעדר שליטה אפקטיבית של סוריה באותו חלק של סוריה שעליה השתלט דאעש. הן טענו שבהיעדר שליטה מותר לפעול בשטח זה גם ללא הסכמתה של סוריה.¹⁶⁵ עם זאת, יש שמתנגדים לטענה שמבחן זה של "unwilling"

163 ראו למשל את המכתב של אוסטרליה למועצת הביטחון: Letter dated 9 September 2015 from the Permanent Representative of Australia to the United Nations addressed to the President of the Security Council, S/2015/693 ("States must be able to act in self-defence when the Government of the State where the threat is located is unwilling or unable to prevent attacks originating from its territory. The Government of Syria has, by its failure to constrain attacks upon Iraqi territory originating from ISIL bases within Syria, demonstrated that it is unwilling or unable to prevent those attacks"); המכתב של קנדה למועצת הביטחון: Letter dated 31 March 2015 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Canada to the United Nations addressed to the President of the Security Council, S/2015/221

164 לביקורת על ניסיון ההרחבה הזה של הזכות להגנה עצמית ראו Pablo Arrocha Olabuenaga, *An Insider's View of the Life-Cycle of Self-Defense Reports by U.N. Member States*, JUST SECURITY (April 2, 2019)

165 ראו את המכתב של גרמניה למועצת הביטחון: Letter dated 10 December 2015 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Germany to the United Nations addressed to the President of the Security Council, S/2015/946 ("ISIL has occupied a certain part of Syrian territory over which the Government of the Syrian Arab Republic does not at this time exercise effective control. States that have been subjected to armed attack by ISIL originating in this part of Syrian territory, are therefore justified under Article 51 of the Charter of the United Nations to take necessary measures of self-defence, even without the consent of the Government of the Syrian Arab Republic"); המכתב של בלגיה למועצת הביטחון: Letter dated 7 June 2016 from the Permanent Representative of Belgium to the United Nations addressed to the President of the Security Council, S/2016/523, S/2016/523

"or unable" נעשה כלל מנהגי וגם לטענה שכלל כזה רצוי.¹⁶⁶ יש גם מי שמדגישים שלא מדובר בחריג עצמאי חדש לאיסור על השימוש בכוח, המרחיב את גבולות הנסיבות המתירות הפעלת כוח בהגנה עצמית, אלא במבחן הנכלל בכלל הקובע שצורך הוא תנאי להגנה עצמית. כלומר כדי שיתקיים הצורך להשתמש בכוח להגנה עצמית נדרש שהמדינה שממנה יצאה ההתקפה לא תהיה מעוניינת או לא תהיה מסוגלת לפעול בעצמה כנגד ההתקפה. אם המדינה הטריטוריאלי רוצה ומסוגלת למנוע התקפות עתידיות משטחה, אין צורך שהמדינה המותקפת תגיב בשטח המדינה שממנה יצאה ההתקפה ותפגע בתוך כך בריבונותה.¹⁶⁷

לסיכום, נראה שמתגבשת פרקטיקה שלפיה מדינה רשאית להתגונן מפני תקיפת ארגון חמוש ממדינה שכנה על ידי הפעלת כוח בשטחה של אותה מדינה גם אם המדינה אינה אחראית לפעולת אותו ארגון חמוש. עם זאת, מדובר בפרקטיקה שעדיין שנויה במחלוקת. יתר על כן, עדיין לא ברור מהם התנאים המדויקים להחלת הזכות הזאת: האם היא תחול במקרים שבהם המדינה נותנת מקלט לאותם ארגונים ומסייעת להם, אך אין לה שליטה אפקטיבית על השטחים שהם פועלים בהם? או שמא גם במקרים שבהם המדינה אינה רוצה או אינה יכולה למנוע מן הארגונים הפועלים משטחה לתקוף מדינה שכנה?

בין כך ובין כך יחולו התנאים הכלליים ליישום הזכות להגנה עצמית: מידתיות, מיידיות וצורך. דרישות אלו יכולות, למשל, להגביל את הפעולה הצבאית ההגנתית לתקיפת יעדים צבאיים של הארגון החמוש התוקף.¹⁶⁸

Olivier Corten, *The 'Unwilling or Unable' Test: Has it Been, and Could it be, Accepted?* 29 LEIDEN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 777 (2016)
167 גישה זו אומצה בדוח ה-ILA (לעיל ה"ש 30).

168 יובהר שלא מדובר בשאלה של "בעלות" אלא של צורך. ייתכן שלא יהיה צורך לתקוף את כוחות הצבא של המדינה שמתוכה בוצעה התקיפה, אם לא היא שתקפה או שאין היא תומכת בתקיפה של הארגון הלא-מדינתי. אולי אף להפך – תקיפתה תחליש את יכולתה לשלוט ולמנוע התקפות של הארגון הלא-מדינתי משטחה. מצב העניינים יכול להיות שונה כשהדברים אמורים בתקיפת השחית מדינתית כגון גררים או מתקני חשמל. ייתכן שתקיפת יעדים אלו נחוצה כדי למנוע חגבורת מהארגון הלא-מדינתי או לנתק את מוצביו מרשת החשמל. העובדה שהם "שייכים" למדינה אינה עושה אותם חסינים לפגיעה, ובתנאי שהפגיעה בהם נדרשת ומידתית להגנת המדינה שהותקפה בידי ארגון לא מדינתי.

1.9 סיכום

בפרק זה הוצגו הכללים העיקריים של דיני השימוש בכוח במשפט הבינלאומי. הוצג האיסור על השימוש בכוח ביחסים הבינלאומיים, שהוא אבן הראשה של הסדר הבינלאומי שגובש לאחר מלחמת העולם השנייה. פורט אילו פעולות ייחשבו שימוש בכוח או איום בשימוש בכוח ונסקרו החריגים לאיסור על שימוש בכוח, ובמרכזם זכותה של מדינה שהותקפה להגן על עצמה מפני התקפה חמושה והתנאים החלים על הפעלת הזכות להגנה עצמית. אחר כך נבחנו מגבלות נוספות החלות על הצדדים הלוחמים מכוח דיני השימוש בכוח – מגבלות שנוגעות למקום שנלחמים בו (אזור הלחימה), למעמדן של מדינות שלישיות (ניטרליות) ולזמן (מתי אפשר לומר שסכסוך מזוין הסתיים וכיצד הדבר משליך על חוקיות השימוש בכוח במקרה שבו עימות צבאי מתנהל בסבבים). לבסוף תואר הדין במקרה של תקיפה של ארגון חמוש לא מדינתי – באילו נסיבות אפשר לייחס אחריות למדינה שהתקיפה יצאה משטחה ואם וכיצד יכולה המדינה המותקפת להגיב גם בהיעדר אחריות מצד המדינה שהתקיפה יצאה משטחה.

כללים אלו יהיו התשתית לניתוח התרחישים שיוצגו בפרק השלישי. ואולם קודם שניגש לניתוח התרחישים נבדוק בפרק השני כיצד פירשו מדינות וארגונים בינלאומיים את דיני השימוש בכוח במלחמת לבנון השנייה, כיצד ניתחו מומחי המשפט הבינלאומי את חוקיות הפעולות במלחמה זו ומה אפשר ללמוד מכך על האתגרים המשפטיים שיעמדו לפני מדינת ישראל במערכה עתידית בזירה הצפונית. מלחמת לבנון השנייה תשמש לנו אפוא מעין חקר מקרה. בדרך זו תיבחן החלת הכללים המופשטים שתוארו בנסיבות קונקרטיות, באותה זירה שבה צפוי להיות עימות עתידי עם ישראל ובמעורבות אותם גורמים עיקריים.

התגובות למלחמת לבנון השנייה, ומה אפשר ללמוד מהן על חוקיות השימוש בכוח במערכה עתידית

בפרק זה יוצגו תגובותיהן של מדינות וארגונים בינלאומיים לחוקיות השימוש בכוח מצד ישראל במלחמת לבנון השנייה. יוצגו התגובות להתקפה של חזבאללה על ישראל, שהחלה את העימות, ולא־חוקיותה, וכן לשאלה אם התקפה זו יכולה להיחשב "התקפה חמושה", המקנה לישראל את זכות ההגנה העצמית. עוד ייבדק אם המדינות והארגונים הבינלאומיים נטו לייחס את פעולת חזבאללה ללבנון: תשובה חיובית תשפיע על התגובה המותרת; תשובה שלילית תשפיע על זכותה של ישראל לנקוט פעולות של הגנה עצמית. עוד ייבדק כיצד פורשה התגובה הצבאית של ישראל, בייחוד בנוגע לעמידתה בדרישת המידתיות. כדי להמחיש את התגובות האפשריות והצפויות במקרה של עימות עתידי יוצגו עמדות של מדינות וארגונים משפיעים ומגוונים, אך לא יערך מיפוי מקיף של העמדות בנושא.

אף שתגובתן של מדינות לאירועים בינלאומיים מושפעת במידה רבה משיקולים פוליטיים, יש לתגובות האלה חשיבות משפטית בשל התפקיד המרכזי של המנהג (custom) במשפט הבינלאומי, בייחוד אם אותן תגובות מנוסחות במונחים משפטיים. במילים אחרות, אופן התנהגותן של המדינות, לרבות הצהרותיהן בנוגע למה שנראה להן חוקי או לא חוקי (opinio juris), הוא שמעצב במצטבר ובתהליך מתמשך והדרגתי את הדין בפועל. הדבר נכון במיוחד בעניינים שאינם מוסדרים באמנות אוניברסליות אלא במשפט המנהגי, כמו למשל הדרישה בצורך, במיידיות ובמידתיות להפעלת הזכות להגנה עצמית.

ייסקרו גם עמדות שהובעו בספרות המשפטית בשאלות האלה. מובן שלכל עימות נסיבות מקומיות, אזוריות ובינלאומיות שונות וגם להן יש השפעה על תגובת הקהילה הבינלאומית. אי־אפשר לומר שמה שהיה הוא שיהיה, לטוב ולרע, אבל מה שהיה בהחלט יכול לשמש נקודת מוצא להערכה ולהשוואה.

2.1 תגובת מדינות וארגונים בינלאומיים ודיני השימוש בכוח

האיחוד האירופי

בהצהרה של נשיאות האיחוד האירופי ב־13 ביולי 2006¹⁶⁹ הובעה דאגה בנוגע לשימוש הלא מידתי של ישראל בכוח בתגובה להתקפות חזבאללה על ישראל. הנשיאות גינתה אובדן חיי אדם והרס תשתית אזרחית ולא מצאה הצדקה להטלת סגר ימי ואווירי על לבנון. אף שהצהרה מכירה בכך שישראל הגיבה להתקפות של חזבאללה, אין התייחסות מפורשת לזכותה של ישראל להגן על עצמה, אלא ביקורת על היעדר מידתיות של התגובה הישראלית.

הדיון במועצת הביטחון סמוך לפתיחת המלחמה

ב־14 ביולי 2006 התכנסה מועצת הביטחון של האו"ם לדון במצב בלבנון, לבקשת ממשלת לבנון.¹⁷⁰ הדיון במועצה התבסס על התדריך העובדתי של מנגנון האו"ם, שדיווח כי העימות נפתח בעקבות מתקפת חזבאללה על ישראל: ירי הרקטות, חציית הגבול וחטיפת החיילים. מזכ"ל האו"ם האשים את חזבאללה באחריות לעימות וקיבל את עמדת ממשלת לבנון שהיא לא ידעה על ההתקפה והיא אינה תומכת בה. המזכ"ל הכיר בזכותה של ישראל להגן על עצמה, אך ביקר את השימוש המופרז של ישראל בכוח.¹⁷¹ רוב חברות המועצה הכירו בזכותה של ישראל להגנה עצמית, אבל ביקרו את המידתיות של תגובתה.¹⁷² גם שתי

Presidency Statement on the recent developments in Israel and Lebanon, Press release 238/2006, July 13, 2006 169
נשיאת האיחוד האירופי. באוהה עת הייתה פינלנד

Security Council 5489th Meeting, SC/8776, July 14, 2006 170

Secretary-General's briefing to the Security Council on the situation in the Middle East, July 20, 2006 171

כך אמרו בדיון נציגי ארגנטינה, יפן, בריטניה, פרו, דנמרק, יוון וצרפת. נציג סלובקיה נדרש לזכות ההגנה העצמית, אבל לא ברור מנוסח הדברים אם הוא סבור שזכות זו קיימת במקרה זה. 172

המדינות שכינו את הפעולה הישראלית "תוקפנות" לא טענו שאין היא מוצדקת כיוון שהגורם התוקף – חזבאללה – הוא ארגון לא מדינתי.¹⁷³ כשנדרשו לסוגיית המידיות, נציגי רוב המדינות לא דנו כלל בשאלה אם הפעולה משרתת את צורכי ההגנה העצמית של ישראל (בתדרוך נאמר שהפגיעה בגשרים ובדרכים נועדה למנוע את הוצאת החיילים החטופים מהאזור), אלא בעצם הפגיעה באזרחים ובתשתיות אזרחיות. אפשר שהדבר מעיד על החלת מבחן "מוחלט" ולא "יחסי" על הפגיעה באזרחים ובתשתיות אזרחיות, אך שמבחן זה מנוגד לדיון הבינלאומי – הן לדיני השימוש בכוח הן לדיני הלחימה. רבים מהנציגים הדגישו שעל לבנון להחיל את ריבונותה על מלוא שטחה, לפרק את המיליציות החמושות, ובהן חזבאללה, וליישם החלטות קודמות של מועצת הביטחון – אך שלא ברור אם ראו בפעולות אלו יעד פוליטי או חובה משפטית.

הצהרת מנהיגי ה-G8 בפסגת 2006

ב-16 ביולי 2006 הופצה הצהרה של מנהיגי ה-G8.¹⁷⁴ באותה עת הורכב הפורום ממנהיגי ארצות הברית, רוסיה, בריטניה, גרמניה, יפן, צרפת, איטליה וקנדה. על פי ההצהרה, הסיבה המיידית למלחמה היא שחזבאללה תקף את ישראל משטח לבנון: הוא חצה את הקו הכחול וחסף והרג חיילים ישראלים. ההצהרה אינה מייחסת את האחריות להתקפה לממשלת לבנון; להפך – היא מציינת שההתקפה חותרת תחת הממשלה הדמוקרטית הנבחרת של לבנון בראשות פואד סניורה. ההצהרה מציינת שחשוב שכאשר תממש ישראל את זכותה להגן על עצמה היא תהיה מודעת להשלכות האסטרטגיות וההומניטריות של פעולותיה. ישראל נקראה לנהוג בריסון, להימנע מפגיעה באזרחים חפים מפשע, ובתשתיות אזרחיות וכן מפעולות שיפגעו ביציבות ממשלת לבנון.

מההצהרה משתמעת המסקנה המשפטית שיש למדינה זכות להגנה עצמית מפני התקפה של ארגונים לא מדינתיים ממדינה אחרת, גם אם אותה מדינה

173 קטאר וסין השתמשו בביטוי "תוקפנות". נציגי רוסיה, ארצות הברית, קונגו, טנזניה וגאנה לא נדרשו לקיומה של הגנה עצמית או תוקפנות.

אינה אחראית להתקפה. פחות ברור אם הקריאה שהופנתה לישראל להימנע מפגיעה ביציבות ממשלת לבנון נובעת מהתפיסה שיש חובה משפטית לפעול רק נגד הארגון הלא מדינתי התוקף או שמדובר בקריאה פוליטית להתחשב בשיקולים אסטרטגיים.

ארגון המדינות האסלאמיות (Organization of Islamic Cooperation, OIC)

בכינוס הוועד המנהל המורחב של הארגון ב־3 באוגוסט 2006 נמסרה הצהרה בנוגע למצב בלבנון.¹⁷⁵ פעולות ישראל כונו בהצהרה כמה פעמים "תוקפנות" (aggression) ונטען שהתקפות ישראל הן הפרה חמורה של מגילת האו"ם. בהצהרה חזרה הטענה בדבר פגיעה באזרחים והפרת המשפט הבינלאומי ההומניטרי, אך היא לא נדרשה במפורש למידותיות של דיני השימוש בכוח או להתקפת חזבאללה שהציתה את העימות.

ועדת החקירה מטעם מועצת זכויות האדם

סמוך לתום המלחמה, ב־11 באוגוסט 2006, החליטה מועצת זכויות האדם של האו"ם על מינוי ועדת חקירה לבדיקת פעילות צה"ל בלבנון בזמן המלחמה ומידת התאמתה למשפט הבינלאומי. הבדיקה בחנה פגיעה באזרחים, שימוש בכלי נשק ופגיעה בתשתיות ובסביבה.¹⁷⁶ דוח הוועדה התמקד בטענות על

Putrajaya Declaration on the situation in Lebanon at the special meeting of the extended executive committee of the OIC, RELIEFWEB (August 3, 2006). ניסוחים דומים יש בהצהרה הסופית של מפגש שרי החוץ של מדינות הארגון לאחר המלחמה (פס' 32-44): Final Communique of the Annual Coordination Meeting of Ministers of Foreign Affairs of Member States of the Organization of the Islamic Conference, United Nations Headquarters, New York, September 9, 2006

¹⁷⁶ המנדט של הוועדה חל על פעילות צה"ל בלבד ולא אפשר לבחון את פעילות חזבאללה או את הפגיעות בישראל. הוועדה מעירה בדוח שלה שמנדט זה מגביל אותה וראוי לבחון את התנהגות כל הצדדים במלחמה: Report of the Commission of Inquiry on Lebanon pursuant to Human Rights Council resolution S-2/1, A/HRC/3/2, para. 5-7, November 23, 2006

הפרת המשפט הבינלאומי ההומניטרי ודיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי. עם זאת, הוועדה נדרשה בקצרה גם לשאלות הרלוונטיות לדיני השימוש בכוח מתוך מטרה לקבוע איזה דין חל בעניין זה. המשפט הבינלאומי ההומניטרי מבחין בין סכסוך מזוין בינלאומי, כלומר בין מדינות, ובין סכסוך מזוין שאינו בינלאומי.¹⁷⁷ מבחינה עובדתית הכירה הוועדה בכך שפעולות האיבה היו של ישראל וחזבאללה. הוועדה נדרשה להצהרה של ממשלת לבנון שהיא לא ידעה על התקפת חזבאללה ולא תמכה בה, ואף קבעה שצבא לבנון לא השתתף בעימות. עם זאת, היא נדרשה גם לעובדת היותה של חזבאללה מפלגה פוליטית בעלת נציגות בפרלמנט ובממשלה וכן קבעה שבמהלך השנים התבסס תפקיד חזבאללה בדרום לבנון, גם אם לא במפורש, כמי ש"מתנגדת" בשם לבנון לכיבוש הישראלי. כלומר חזבאללה היא מיליציה השייכת ללבנון ומכאן שמדובר בסכסוך מזוין בינלאומי.¹⁷⁸ הוועדה ציינה בקצרה שהמתקפה של חזבאללה ב-12 ביולי 2006, אותה מתקפה שפתחה את המלחמה, הייתה לא חוקית מבחינת המשפט הבינלאומי, ואולם קבעה שתגובת ישראל הסלימה במהרה להתקפה רחבה על לבנון כולה ועל כן יש לה מאפיינים של תוקפנות, כהגדרתה בהחלטת העצרת הכללית של האו"ם.¹⁷⁹

177 שם, פס' 50-62.

178 הוועדה מאששת מסקנה זו בנימוקים נוספים: העובדה שגם פלישה שאינה נתקלת בהתנגדות מזוינת יוצרת סכסוך מזוין בינלאומי שחלות עליו אמנות ז'נבה, העובדה שצה"ל תקף את צבא לבנון ועוד. לענייננו כאן הנימוק החשוב הוא הנימוק העוסק במעמד חזבאללה בלבנון.

179 החלטת האו"ם בדבר הגדרת תוקפנות, לעיל ה"ש 41. הוועדה אינה אומרת במפורש, אם כי נראה שזו אכן כוונתה, שאומנם השימוש הראשון בכוח הוא לכאורה ראייה לתוקפנות (והראשון שהשתמש בכוח היה חזבאללה), אבל למועצת הביטחון נתונה הסמכות לקבוע אחרת. הוועדה מציינת בפסקה 61 של הדוח שהחלטת מועצת הביטחון 1701, שקיימה את הלחימה, מתארת את המתקפה של ישראל במילים "offensive military operation". נדמה לי שבעניין זה טעתה הוועדה, שכן הביטוי אינו מופיע בחלק הדו באחריות ללחימה אלא בסעיף הקורא להפסקת פעולות האיבה בין הצדדים, סעיף שבו נקראת ישראל לחדול מפעילות התקפית. המילה "התקפית" משמשת כאן במשמעות טקטית ולא במשמעות משפטית. גם אם מדינה חורגת מן התנאים להפעלת זכותה להגנה עצמית, ובפרט מן התנאי של מידתיות, להגדיר את פעולתה כתוקפנות הוא צעד מרחיק לכת שאין לו שום בסיס במשפט הבינלאומי.

2.2 דיונים בחוקיות השימוש של ישראל בכוח בספרות המשפטית

אי-חוקיותה של התקפת חזבאללה

שאלה ראשונה שיש לתת עליה את הדעת היא אם מתקפת חזבאללה ב־12 ביולי 2006 הייתה לא חוקית מבחינת המשפט הבינלאומי. מטבע הדברים, אם שימוש בכוח הוא חוקי אין הוא יכול להקים זכות להפעיל כוח כנגדו. היו ששיבחו את פעולת חזבאללה והצדיקו אותה בנימוקים שונים – כפעולת התנגדות לתוקפנותה של ישראל בכיבוש חוות שבעא או כביטוי של הזכות להגדרה עצמית – אבל יעל רונן הסבירה באופן משכנע מדוע אין לטענות אלו בסיס. תמצית דבריה: הזכות להגנה עצמית מוקנית למדינות, ואילו לבנון לא טענה להגנה עצמית אלא הרחיקה את עצמה מידיעה ומאחריות להתקפת חזבאללה; המחלוקת הטריטוריאלית על מה שמכונה חוות שבעא אינה יכולה להצדיק שימוש בכוח להשבת השטח במחלוקת, קל וחומר לאחר שבשנת 2000 השלימה ישראל נסיגה לקו הכחול שהגדיר האו"ם; ואילו הזכות להגדרה עצמית, גם אם היא מתירה שימוש בכוח, והדבר שנוי במחלוקת, אינה חלה על מקרה שבו חלק מאזרחי מדינה נמצאים תחת כיבוש. סיוע לפלסטינים במאבקם להגדרה עצמית אף הוא אינו יכול להצדיק את השימוש של חזבאללה בכוח, שכן הוא אינו מייצג את העם הפלסטיני. גם שחרור אסירים לבנונים שמוחזקים בידי ישראל – מטרתה המוצהרת של הפעולה – אינו יכול להצדיק מתקפה צבאית על מדינה.¹⁸⁰

בעניין זה הביעה גם ועדת החקירה של מועצת זכויות האדם¹⁸¹ עמדה נחרצת כי התקפת חזבאללה הייתה לא חוקית. מן המבוא להחלטה 1701 של מועצת הביטחון, שהתקבלה בסיום המלחמה,¹⁸² עולה בבירור שהאחריות להסלמה מוטלת על חזבאללה ונובעת מההתקפה שזם.

Yael Ronen, *Israel, Hizbollah, and the Second Lebanon War*, 9 180
YEARBOOK OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW 362, 366–370 (2006)

181 לעיל ה"ש 971.

182 ראו בהרחבה להלן, 3.1.

התקפת חזבאללה: "התקפה חמושה"?

לאחר שהובהר שהתקפת חזבאללה הייתה שימוש לא חוקי בכוח מן הראוי לברר אם היא נחשבת ל"התקפה חמושה", המקנה את זכות ההגנה העצמית.¹⁸³

אנדריאס צימרמן ניתח את חוקיות השימוש של ישראל בכוח במלחמת לבנון השנייה.¹⁸⁴ ראשית הוא דן בשאלה אם די בעוצמת ההתקפה של חזבאללה על ישראל להיחשב "התקפה חמושה" המקימה את הזכות להגנה עצמית על פי ההגדרה שקבע בית הדין הבינלאומי.¹⁸⁵ נזכיר: רק שימוש בכוח בהיקף ניכר, החורג מתקרית גבול גרידא, הוא בגדר התקפה חמושה. צימרמן מגיע למסקנה שלמרות העמימות בנוגע לרף התחתון המדויק של התקפה חמושה, די בהצטברות של ירי הרקטות על ישראל מסוף 2005, שבעקבותיו נהרגו כמה אזרחים, ובהתקפה על הסוּר של צה"ל ביולי 2006, שבה נהרגו כמה חיילים ונחטפו שניים, לקבוע שהפעולות מגיעות למדרגה של "התקפה חמושה". מעניין לציין שאומנם הדבר אינו נאמר במפורש, אבל משתמע בבירור שהמחבר מקבל את קיומה של "התקפה חמושה מצטברת", כלומר הצטברות של כמה תקריות קטנות שאולי לא די בכל אחת מהן בנפרד לעמוד ברף של התקפה חמושה.¹⁸⁶

אנצו קניצארו, לעומת זאת, טוען באופן נחרץ שההתקפה של חזבאללה על סוּר צה"ל אינה, כשהיא לעצמה, התקפה חמושה, אף שגרמה להרוגים ושנחטפו במהלכה שני חיילים. את העובדה שמדינות רבות סברו שלִישראל קמה זכות להגנה עצמית הוא מייחס להצטברות של מתקפות "קטנות" של חזבאללה.¹⁸⁷

מייקל שמיט מבטא עמדה הפוכה. לשיטתו, התקפת חזבאללה חצתה בבירור את הרף של "התקפה חמושה", הן כיוון שתוכנה מראש והיה בה שילוב של

183 לעיל 1.3.

184 Andreas Zimmermann, *The Second Lebanon War: Jus ad Bellum, Jus in Bello and the Issue of Proportionality*, 11 MAX PLANCK Y.B. U.N. L. 99 (2007)

185 פרשה ניקרגואה, לעיל ה"ש 25, וראו דיון מפורט בעמ' 35-39.

186 Zimmermann, לעיל ה"ש 184, בעמ' 107-109.

187 Cannizzaro, לעיל ה"ש 77, בעמ' 783.

מרכיבים שונים (חטיפה, ירי רקטות) הן בשל חומרת תוצאותיה (חטיפה, הרג ופגיעה ברכוש). שמיט אינו נזקק לדוקטרינת ההצטברות לצורך זה.¹⁸⁸

האם אפשר לייחס את התקפת חזבאללה לבנון?

מדינת ישראל טענה שלבנון נושאת באחריות להתקפת חזבאללה משום שאין היא אוכפת את ריבונותה בשטחה למרות דרישות חוזרות ונשנות, גם מאת מועצת הביטחון, ולכן לאמיתו של דבר היא אפשרה את התקפת חזבאללה. עוד נטען שלבנון אחראית להתקפה בשל השותפות של חזבאללה בממשלת לבנון. עם זאת, בחלוף כמה ימי לחימה נטו דוברים ישראלים להדגיש כי ישראל נמצאת במלחמה עם חזבאללה ולא עם לבנון.¹⁸⁹

צימרמן עוסק בשאלה אם אפשר לייחס את ההתקפה של חזבאללה לבנון.¹⁹⁰ לשם כך הוא דן במצבים שבהם מוטלת על מדינה אחריות להפרת המשפט הבינלאומי.¹⁹¹ הוא מכיר בכך שחזבאללה שותפה לממשלת לבנון (בזמן הרלוונטי שני שרים בממשלה היו אנשי חזבאללה), אבל מציין כי אין בכך כדי להפוך את חזבאללה לחלק אינטגרלי מהזרועות דה-יורה של המדינה, שכן אין חקיקה המגדירה אותו פורמלית חלק ממנגנון המדינה. בדומה, בהיעדר חקיקה בעניין זה אי-אפשר להגדיר את חזבאללה גוף המפעיל סמכויות ממשלתיות, ולכן גם אי-אפשר להראות שמתקיים התנאי הנוסף לייחוס אחריות על פי חלופה זו – שההתקפה על ישראל בוצעה על פי אותן סמכויות.

Michael N. Schmitt, *Change Direction 2006: Israeli Operations in Lebanon and the International Law of Self-Defense*, 29 Mich. J. Int'l L. 127, 150 (2008). וראו לעניין זה גם דוח ה-ILA, לעיל ה"ש 30, בעמ' 6, ה"ש 28 לדוח, שמסקנתו הייתה תמיכה של רוב המדינות בטענה ישראל שמדובר בהתקפה חמושה המצדיקה הגנה עצמית. גם רונן הגיעה למסקנה דומה – Ronen, לעיל ה"ש 180, בעמ' 371-370.

189 Ronen, לעיל ה"ש 180, בעמ' 377-379.

190 Zimmermann, לעיל ה"ש 184, בעמ' 109-115.

191 ראו הדיון לעיל 7.1.

השאלה הבאה שיש לבחון היא אם אפשר לראות בחזבאללה גוף שהוא דה־פקטו זרוע של לבנון. על פי פסיקות בית הדין הבינלאומי בפרשת ניקרגואה ובפרשת בוסניה נ' טרביה, יש להראות לשם כך שחזבאללה תלוי באופן מוחלט בלבנון ואין לו מידה כלשהי של אוטונומיה. אפשרות זו אינה מתיישבת עם החלטות מועצת הביטחון הקוראות ללבנון להפעיל שליטה על הגבול שלה עם ישראל, ואף לא עם טענותיה של ישראל עצמה בדבר תמיכה של סוריה ואיראן בחזבאללה, בין השאר באמצעות אספקת נשק. כל אלה מצביעים על התפיסה שלבנון אינה שולטת בחזבאללה, בוודאי לא באופן מוחלט.

צימרמן מציין שלבנון יכולה להיות אחראית למעשי חזבאללה אם הוא פועל לפי הוראותיה, הכוונתה או שליטתה של מדינת לבנון. מדינה יכולה להיות אחראית לפעולות כוחות לא סדירים התוקפים מדינה אחרת משטחה, ואולם לפי פסיקת בית הדין הבינלאומי בפרשת ניקרגואה נדרשת שליטה אפקטיבית של המדינה בארגון. לא די בשליטה כוללת, כפי שהציע הטריבונל הפלילי ליוגוסלביה לשעבר בעניין טאדיץ, אפשרות שדחו הן בית הדין עצמו בפרשת בוסניה נ' טרביה הן הוועדה למשפט בינלאומי בנסחה את טיוטת הכללים המנהגיים בנוגע לאחריותה של מדינה. צימרמן קובע שבשל המצב העובדתי – היעדר השליטה של ממשלת לבנון בדרום בכלל, ובכוחות חזבאללה בפרט – אי־אפשר לקבוע שממשלת לבנון שולטת בארגון שליטה אפקטיבית; למעשה, אפילו אם נאמץ את המבחן המקל יותר של "שליטה כללית" אין יסוד לומר שלבנון מכוונת את הפעילות הצבאית של חזבאללה ומשתתפת בתכנונה הכללי, לנוכח היוותה של חזבאללה מעין "מדינה בתוך מדינה". לסיכומו של עניין, המחבר מוצא שאי־אפשר לייחס למדינת לבנון אחריות להתקפה של חזבאללה על ישראל לפי הכללים הרגילים בדבר אחריות מדינה.

ואולם בהמשך מאמרו צימרמן מעלה את האפשרות שאולי אפשר לייחס למדינה אחריות להתקפת ארגון חמוש משטחה, שאי־אפשר לייחס לה לפי הכללים הרגילים, אם הטילה מועצת הביטחון על המדינה חובה מיוחדת למנוע התארגנות טרוריסטים בשטחה בהקשר הרלוונטי והמדינה כשלה במימוש חובה זו. כלומר אפשר לפרש את הוראת מועצת הביטחון (גם שלא על פי פרק שבע) כהוראה שעולה ממנה כלל מיוחד בנוגע לייחוס אחריות למדינה. באופן רגיל לא די במחדל של מדינה בסיכול התקפת טרוריסטים משטחה לייחס לה אחריות, אבל אי־ציות להוראה ספציפית של מועצת הביטחון יכול לגרור אחריות של המדינה

ומכאן גם זכות להגנה עצמית של המדינה המותקפת. צימרמן מביא לדוגמה את אחריות הטליבאן לפיגועי 11 בספטמבר, שאפשר לבססה על החלטות קודמות של מועצת הביטחון שדרשו מהמשטר למנוע פעילות טרוריסטים בשטחו. לדברי צימרמן, לנוכח החלטות מועצת הביטחון, שדרשו מלבנון להחיל שליטה בדרום ולמנוע התקפות דרך הגבול עם ישראל עוד לפני מלחמת לבנון השנייה, אפשר להחיל גישה זו גם במקרה זה.¹⁹²

שמיט מגיע למסקנה שאי־אפשר לייחס ללבנון אחריות למתקפת חזבאללה לפי הכללים הרגילים, לא לפי המבחן המצמצם של שליטה אפקטיבית של בית הדין הבינלאומי ואף לא לפי המבחן המרחיב של שליטה כוללת, שאימץ הטריבונל הפלילי ליוגוסלביה. לדעתו, לא די ששני חברי חזבאללה חברים בממשלת לבנון – אפילו לא בצירוף עובדות נוספות, כגון הצהרת מדיניות של הקבינט הלבנוני, המכירה בחזבאללה כתנועת "התנגדות", מושג שנתפס בלבנון כהתנגדות לכיבוש הישראלי, והפעלה בפועל של סמכויות שלטוניות של חזבאללה בדרום לבנון. על פי השקפתו, אם הונמך הרף לייחוס אחריות למדינה בעקבות פיגועי 11 בספטמבר, ושמיט אינו משוכנע בכך, יש יסוד לומר שלבנון נתנה מקלט לחזבאללה, אבל בסיכמו של דבר ייחוס אחריות לממשלת לבנון הוא בעייתי.¹⁹³

רון מסכימה שקשה לייחס ללבנון אחריות להתקפת חזבאללה על פי כל אחד מהבסיסים לייחוס אחריות למדינה בנפרד. היא מראה שגם הצהרותיה הרשמיות של מדינת ישראל נעו מייחוס אחריות ישירה ללבנון לייחוס אחריות עקיפה בשל אי־מניעת ההתקפה. רון נדרשת לאפשרות לייחס ללבנון אחריות בשל אי־מניעת התקפת חזבאללה, ובאופן כללי יותר אי־פירוקה מנשקה למרות החלטות מועצת הביטחון, ומצביעה על ההבדל בין אחריות ישירה להתקפה ובין אחריות לאי־מניעתה. לדבריה, בעייתי יותר לראות באחריות לאי־מניעה בסיס להפעלת כוח כלפי המדינה שהתרשלה. מלבד הדיון בתחולת המבחן לאחריות מדינה לגוף שבו היא שולטת דה־פקטו, רון דנה גם באפשרות שאחריות מדינה

192 החלטת מועצת הביטחון 1583 (2005), פס' 4, החלטת מועצת הביטחון 1614 (2005), פס' 6 והחלטה 1655 (2006), פס' 8. ייתכן שטיעון זה חזק אף יותר לנוכח החלטת מועצת הביטחון 1701, שניתנה לאחר מלחמת לבנון השנייה (ראו עוד להלן, 3.1).

193 Schmitt, לעיל ה"ש 188, בעמ' 137, 141-144.

חלה גם במקרה של פעולות גוף המפעיל סמכויות ממשלתיות במקרה שבו קיים ואקום והמדינה אינה מפעילה אותן סמכויות (כלל 9 לטיטוט כללי אחריות המדינה); למשל באפשרות שחזבאללה מילא בפועל את תפקידו של צבא לבנון בדרום המדינה. היא אף מזכירה שכאשר לוחמי חזבאללה נעצרו במלחמת לבנון והובאו לדין, הם טענו שהם זכאים למעמד של שבויי מלחמה כיוון שחזבאללה הוא חלק מהכוחות המזוינים של לבנון, ושטענה זו נדחתה בבית המשפט העליון.¹⁹⁴ רונן דנה בעוד בסיס אפשרי להטלת אחריות: מהתבטאויות של אמיל לחוד, נשיא לבנון לאחר המלחמה, בנאום בעצרת הכללית של האו"ם, עולה האפשרות שהוא אימץ בדיעבד את פעולת חזבאללה.¹⁹⁵ לסיכום, אף ששום מבחן מהמבחנים לייחוס אחריות למדינה בנפרד אינו מתאים במדויק למקרה זה, ייתכן לדעתה – בהתחשב בגמישותם של הכללים – שהצטברות הנסיבות תאפשר לייחס ללבנון אחריות.¹⁹⁶

למרות ההבדלים באופני הניתוח ובדגשים של המחברים הנזכרים, כולם מסכימים שיש קושי ניכר לייחס ללבנון אחריות להתקפת חזבאללה.

האם לישראל זכות להגנה עצמית גם אם אי-אפשר לייחס את התקפת חזבאללה ללבנון?

בהיעדר אחריות של מדינה, האם לישראל עומדת הזכות להגנה עצמית לנוכח התקפה של ארגון לא מדינתי (חזבאללה) מתחומה של מדינה אחרת (לבנון)? כרוכות כאן יחד שתי שאלות נפרדות: האם יש למדינה זכות להגנה עצמית לנוכח התקפה של ארגון לא מדינתי? והאם זכות זו מתירה לה להפעיל כוח בשטחה של המדינה שמתחומה הארגון פועל, גם אם מדינה זו אינה אחראית לתקיפה?

צימרמן מזכיר את חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בעניין גדר הביטחון, שדחתה את טענת ישראל להגנה עצמית בקביעה קצרה ולא מנומקת: סעיף 51 למגילת האו"ם חל רק על הגנה עצמית מפני התקפה חמושה של מדינה

194 בש"פ 8780/06 סרור נ' מדינת ישראל (אר"ש, 20.11.2006).

195 ראו לעיל 1.7.

196 Ronen, לעיל ה"ש 180, בעמ' 377-384.

אחרת. כאמור, על הקביעה הזאת נמתחה ביקורת כבר בדעת יחיד ובדעת מיעוט של השופטים שחיברו את חוות הדעת המייעצת עצמה, וכן כעבור שנה, כשפסק הדין של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין פעולות צבאיות בשטח של קונגו הניח את השאלה פתוחה.¹⁹⁷ צימרמן עצמו מצביע על העובדה שסעיף 51 אינו מציין שההתקפה החמושה חייבת להיות של מדינה אחרת. קשה לטעון שמדובר בהשמטה מקרית, שכן מהשוואה בין סעיף 51 לסעיף (4) למגילת האו"ם עולה שסעיף (4)2 מציין במפורש שהאיסור על שימוש בכוח ביחסים הבינלאומיים חל על מדינות חברות. סעיף 51 מתמקד במדינה המותקפת, ולכן השאלה מי תוקף אינה רלוונטית לשאלת הזכות להגנה עצמית. מן הצד האחר אפשר לטעון שכיוון שסעיף זה הוא חריג לאיסור על שימוש בכוח יש לפרש אותו בצמצום. גם מן הפרקטיקה שהייתה נהוגה שנים רבות, מאז ייסוד האו"ם, שיש לה ערך בפרשנות כל אמנה וגם בפרשנות הוראות המגילה, עולה ההבנה הכללית שהזכות להגנה עצמית חלה במקרה של התקפה מצד מדינה אחרת. ואולם פרקטיקה זו השתנתה לאחר פיגועי 11 בספטמבר 2001, שבעקבותיהם הכירה מועצת הביטחון בזכות להגנה עצמית מפני התקפה של ארגון לא מדינתי (אלקאעדה) בלי לייחס אותה למדינה.¹⁹⁸ לגישת מועצת הביטחון חשיבות מיוחדת, שכן לפי מגילת האו"ם היא ממלאת תפקיד מרכזי בשמירה על השלום והביטחון הבינלאומיים וביישום הוראות מגילת האו"ם בנושא זה. גם נאט"ו וארגון מדינות אמריקה (OAS) הביעו לאחר פיגועי 11 בספטמבר את העמדה שהזכות להגנה עצמית חלה גם בלי לייחס את ההתקפה למדינה אחרת.

שמיט נוקט עמדה דומה. לדבריו, בעקבות פיגועי 11 בספטמבר התבססה העמדה שהזכות להגנה עצמית חלה גם במקרה של התקפת ארגונים לא מדינתיים מעבר לגבול, גם בהיעדר אפשרות לייחס את ההתקפה למדינה שפעלו ממנה.¹⁹⁹ ההגנה העצמית תהיה אפשרית אם המדינה הטריטוריאלית (לבנון למשל) לא מימשה את חובתה להחיל את סמכותה בשטחה ולמנוע התבססות של גורמי טרור. במקרה של לבנון מחדל זה בולט במיוחד כיוון שלפני המלחמה דרשה מועצת

197 פרשת קונגו נ' אוגנדה, לעיל ה"ש 162, בפס' 147.

198 החלטות מועצת הביטחון 1368, 1373 (2001).

199 Schmitt, לעיל ה"ש 188, בעמ' 145-149.

הביטחון מלבנון לפרק את חזבאללה מנשקו ולהשליט את מרות המדינה בדרום ולמנוע מתקפות על ישראל, אך דרישותיה לא נענו.²⁰⁰ עם זאת, שמיט מבהיר שמימושה של זכות זו מחייב פעולה ישירה נגד הארגון החמוש התוקף ולא נגד צבאה של המדינה שמשטחה תקף, וכן נסיגה משטח המדינה ברגע שהושגה המטרה של הגנה.²⁰¹

תגובת ישראל ודרישת המידתיות בדיני השימוש בכוח

בהנחה שהייתה לישראל הזכות להפעיל כוח לשם הגנה עצמית, האם התקיימו התנאים להגנה עצמית, ובייחוד התנאי של מידתיות? צימרמן מציין שמידתיות תלויה מאוד בהקשר ובשאלה מה נדרש כדי לפעול כנגד ההתקפה. כך למשל, אם מבנה הארגון התוקף כולל רכיבי פיקוד ושליטה בעומק המדינה, חוקי לתקוף רכיבים אלו גם אם ההתקפה של הארגון שוגרה מאזור מצומצם סמוך לגבול. עם זאת, הגנה עצמית אינה יכולה לכלול כל תגובה צבאית שהיא – פעולות תגמול, למשל, אסורות כשהן לעצמן. על התגובה הצבאית לחתור לצמצום יכולותיו הצבאיות של האויב או לעצירת ההתקפה.²⁰²

אם ההתקפה נמשכת אפשר שתידרש עוצמת תגובה רבה יותר, גם כלפי מתקני תשתית של המדינה שממנה בוצעה התקיפה, ובלבד שיש בפעולות תרומה להפסקת ההתקפה. לפי דיני השימוש בכוח, תגובה מידתית צריכה להלווה גם את דיני הלחימה (המשפט הבינלאומי ההומניטרי); למשל, את עקרון ההבחנה המחייב לתקוף רק לוחמים ומטרות צבאיות.

200 שם, בעמ' 152, 159-163. המחבר קושר סוגיה זו גם לקיומו של צורך ורואה בו תנאי מוקדם להפעלת הזכות להגנה עצמית. כיוון שישראל והקהילה הבינלאומית פנו אל לבנון ותבעו ממנה לפעול נגד חזבאללה והיא לא עשתה כן, יש יסוד לומר שהפעלת כוח לצורך הגנה עצמית היא אכן המוצא האחרון.

201 שם, בעמ' 161-162. וראו גם Ronen, לעיל ה"ש 180, בעמ' 385-387.

202 Zimmermann, לעיל ה"ש 184, בעמ' 123. מן ההתייחסות להשפעה על יכולותיו של האויב, להבדיל מרצונו של האויב, יכולה להשתמע שלילת חוקיותה של הכלית הרתעתית לפעולה הצבאית.

על רקע זה קבע צימרמן שפעולות ישראל נגד מטרות צבאיות בדרום לבנון אינן מעוררות בעיה של מידתיות. לעומת זאת, תקיפות באזורים אחרים של לבנון, בייחוד בביירות, עלולות להיות בעייתיות יותר – אלא אם אפשר להראות למשל שמרכזי הפיקוד והשליטה של חזבאללה היו שם. אם טענות ישראל על משלוחי נשק לחזבאללה דרך נמל התעופה של ביירות וגבול סוריה נכונות, אפשר להצדיק גם תקיפה של שדה התעופה ושל כבישים שמשמשים להובלת משלוחי הנשק. צימרמן מעלה את השאלה על מי חל נטל ההוכחה שהתקיפות מידתיות. מצד אחד, בפרשת מתקני הנפט פסק בית הדין הבינלאומי שנטל ההוכחה שהייתה התקפה חמושה של איראן מוטל על ארצות הברית ומדובר בנטל כבד. אפשר לטעון כי כיוון שהתכלית הכללית של מגילת האו"ם היא לצמצם את ההיתר לשימוש חד-צדדי בכוח, יש מקום להחיל נטל זה גם בעניין מידתיות התגובה להתקפה חמושה. לפי גישה זו, הנטל על ישראל יהיה כבד. מהצד האחר אפשר לטעון כי אם אין ספק שההתקפה כוונה נגד מדינה יש מקום לרף נמוך יותר של הוכחת מידתיות הפעולות שהיא נוקטת לשם הגנה עצמית וייתכן שדי אם בזמן אמת התקבלה ההחלטה לתקוף בתום לב ועל יסוד הנתונים הזמינים באותה עת.

קניצארו מחמיר יותר עם ישראל בשאלת המידתיות. ראשית, לשיטתו, גם אם מקבלים את הטענה שהצטברות התקפות "קטנות" מגיעה לרמה של "התקפה חמושה" המצדיקה את עצם השימוש בכוח להגנה עצמית, מידתיות התגובה אינה צריכה להיבחן ביחס למכלול המצטבר של ההתקפות אלא ביחס להתקפה האחרונה, שכן רק אותה נדרש להדוף בהווה. השגת תנאי ביטחון טובים יותר אינם מטרה לגיטימית של הגנה עצמית.²⁰³ שנית, הוא רואה בתקיפות צה"ל בעומק לבנון כשהן לעצמן הפרה של עקרון המידתיות ואינו מסייג זאת כמו צימרמן בהקשר של התקיפות ובשאלה אם הן נדרשו לסיכול התקפות חזבאללה.²⁰⁴ לבסוף, קניצארו מציין שעמידה בדרישות המשפט הבינלאומי ההומניטרי בנוגע למידתיות התקיפה, כלומר ליחס בין התועלת הצבאית הקונקרטי בתקיפה מסוימת לנזק שהיא צפויה להסב לאזרחים, היא חלק מדרישת המידתיות

203 Cannizzaro, לעיל ה"ש 77, בעמ' 785.

204 שם, בעמ' 784. ייתכן שההבדל נעוץ בהערכת העובדות – קניצארו מניח שאין צורך לתקוף בעומק לבנון כדי להדוף את המתקפה של חזבאללה.

בדיני השימוש בכוח. על פי גישתו, הגנה עצמית מידתית מחייבת עמידה בכללי המידתיות בתקיפת מטרות קונקרטיות.²⁰⁵

שמיט נוקט עמדה מנוגדת לזו של קניצארו הן בעניין המבחן המשפטי הן בעניין יישומו למלחמת לבנון השנייה. לשיטתו, המידתיות צריכה להיבחן ביחס למכלול המצטבר של התקפות חזבאללה ולא רק ביחס להתקפה האחרונה.²⁰⁶ הוא סבור שמידתיות נבחנת על פי היחס בין האמצעים למטרה ולא על פי היחס בין עוצמת ההתקפה החמושה לעוצמת התגובה. ניתוק דרכים באמצעות הפצצת גשרים, למשל, יכול להיות האמצעי היעיל היחיד למניעת הברחת החטופים; ותפיסת השטח שממנו משוגרות הרקטות לישראל יכולה להיות האמצעי היעיל היחיד למניעת המשך שיגורן.²⁰⁷ העובדה שחזבאללה המשיך לירות רקטות, ואפילו הגדיל את מספרן, גם לאחר שצה"ל התחיל לנוע צפונה, מעידה כשהיא לעצמה שתגובת צה"ל הייתה מידתית, כלומר היא לא חרגה מן הנדרש להשגת המטרה.²⁰⁸ שמיט מכיר בכך שהפצצת תשתיות של לבנון (נמל התעופה הבינלאומי של ביירות, 109 גשרים ו-137 דרכים) והטלת סגר אווירי וימי מעוררות בעיה קשה יותר, אבל גם במקרים אלו אין הוא מוצא בסיס אובייקטיבי לקביעה שמדובר באמצעים לא מידתיים – קביעה המצריכה ראיות מובהקות.²⁰⁹

רונן מדגישה כי היעדר הסימטריה בין העוצמה של תגובת ישראל ובין התקפת חזבאללה, שעוררה תגובה זו, אינה מצביעה בהכרח על היעדר מידתיות. שאלת המידתיות צריכה להיבחן ביחס לעוצמת האיום שישראל נדרשת להסיר. יש לבחון הן את מידתיות המטרות שנקבעו למערכה מסוימת הן את מידתיות האמצעים שנוקטו להשגתן. אשר למטרות, השבת החטופים הישראלים והפסקת ירי הרקטות הן מטרות סבירות לפעולה לשם הגנה עצמית; המטרה של הרחקת חזבאללה מהגבול ומימוש החלטות מועצת הביטחון בעייתית יותר,

205 שם, בעמ' 791-792.

206 Schmitt, לעיל ה"ש 188, בעמ' 156. ראו גם הערה 144 במאמרו.

207 שם, בעמ' 153.

208 שם, בעמ' 154.

209 שם, בעמ' 155.

שכן אין ישראל ממונה על יישומן. בכל הנוגע לאמצעים, ביקורת רבה נמתחה על מספר ההרוגים הרב בלבנון ועל הנזק הרב לתשתיות. ביקורת זו מבוססת בחלקה על היעדר הבחנה בין המידתיות בדיני השימוש בכוח ובין המידתיות בדיני הלחימה, הבודקות את היחס בין הערכת התועלת הצבאית הקונקרטי של כל תקיפה ובין הנזק הנלווה הצפוי לאזרחים מתקיפה זו. זו טעות משפטית, אך אפשר שהיא נובעת מן הספק בדבר אחריות לבנון להתקפת חזבאללה. אך שיש הכרה בזכותה של ישראל לפעול בשטח לבנון כדי להגן על עצמה מפני חזבאללה, ייתכן שהעובדה שלבנון היא "נפגעת אגבית" מן העימות ולא אחראית לו מטה את הכף לעבר גישה מצמצמת יותר בעניין מידת הנזק לחיים ולרכוש שתיחשב מותרת לשם הגנה עצמית.²¹⁰ רונן מוסיפה שגם הערות ועדת וינוגרד לאחר המלחמה בנוגע לתהליכים הלקויים של קבלת ההחלטות בממשלת ישראל, ואי שקילת החלופות לפעולות שנוקטו, מעמידות בספק את מידתיות הפעולות של ישראל.²¹¹

2.3 סיכום

פירוש דיני השימוש בכוח מושפע בבירור גם מהאקלים המדיני הכללי. ייתכן שבזכות נסיגת ישראל מלבנון ב־2000, והתנתקות ישראל מעזה ב־2005, שאירעו זמן קצר לפני מלחמת לבנון השנייה, הייתה הגישה לישראל חיובית יחסית. על רקע זה נתפסה התקפת חזבאללה בקרב רבים יחסית פעולה לא חוקית ומזיקה, ולכן גם הכירו רבים בזכותה של ישראל להפעיל כוח צבאי כדי להגן על עצמה. עם זאת, רוב השחקנים בזירה הבינלאומית לא השתכנעו שלבנון (להבדיל מחזבאללה) "אשמה" בהסלמה, ולכן אף שהם הכירו בצורך של ישראל לפעול בשטח לבנון, לנוכח מספר הנפגעים בלבנון והנזק הכבד לתשתיות הם מתחו עליה ביקורת רבה בשל היעדר מידתיות.

210 Ronen, לעיל ה"ש 180, בעמ' 388-392.

211 שם, בעמ' 392-393.

גם בעתיד עלול להתקיים פער דומה בין ההכרה העקרונית בזכותה של ישראל להגן על עצמה מפני התקפת חזבאללה ובין ההסתייגות ממטרות "אסטרטגיות מדי", המכוונות ליצירת תנאים ביטחוניים נוחים יותר לישראל, וכן מעוצמת הכוח הצבאי שישראל עלולה להפעיל.

פרק 3

ניתוח תרחישים בזירה הצפונית

בפרק זה יוצגו חמישה תרחישים שבהם ישראל מותקפת או נדרשת להתמודד עם איום ביטחוני בזירה הצפונית. התרחישים יהיו מפורטים וייראו ריאליסטיים, אך חשוב להזכיר שהם מבוססים על הדמיון בלבד. התרחישים ייבחנו מנקודת מבט משפטית, לפי דיני השימוש בכוח של המשפט הבינלאומי. מטרת הניתוח לבדוק כיצד ישראל ערוכה לכל אחד מהתרחישים האלה וכיצד אפשר לשפר את יכולת ההתמודדות שלה.

3.1 מה נשתנה?

החלטת מועצת הביטחון

של האו"ם 1701

תחילה חשוב לעמוד על פרטיה של החלטה 1701 של מועצת הביטחון,²¹² שקבלתה סימנה את סיומה של מלחמת לבנון השנייה. החלטות מועצת הביטחון מחייבות את כל חברות האו"ם, ובהן ישראל, לבנון, סוריה ואיראן, ולכן יכולה להיות לה משמעות משפטית.

החלטה 1701 אינה קובעת במפורש שהיא החלטה לפי פרק שבע של מגילת האו"ם (בפרק זה מוסדרת האפשרות של מועצת הביטחון לנקוט פעולות אכיפה, כולל באמצעות שימוש בכוח), אבל היא קובעת שהמצב בלבנון מסכן את השלום והביטחון הבינלאומיים וקביעה זו היא לפי פרק שבע תנאי מוקדם להפעלת סמכויות.²¹³

ההחלטה קוראת להפסקת אש מיידית ובכלל זה להפסקה מיידית של התקפות חזבאללה ופעולות צבאיות התקפיות של ישראל. ההחלטה קוראת לממשלת

212 החלטת מועצת הביטחון 1701 (2006).

213 רק בהחלטה לפי פרק שבע יכולה מועצת הביטחון לאשר שימוש בכוח. ראו לעיל בעמ' 32-33.

לבנון לפעול לאחר הפסקת האש לפרישת כוחות הצבא שלה בדרום לבנון לצד יוניפי"ל, כוח האו"ם בלבנון. במקביל, ההחלטה קוראת לנסיגת ישראל מלבנון.

בהחלטה נקבעו עקרונות להפסקת אש ארוכת טווח, ובהם: בין נהר הליטני לקו הכחול (גבול לבנון-ישראל) יהיה אזור חופשי מכל נוכחות חמושה, למעט של צבא לבנון ויוניפי"ל; כל המיליציות בלבנון יפורקו ממשקן (לפי הסכמה קודמת בהסכמי טאיף); לא תהיה נוכחות של כוחות צבא זרים בלבנון ללא הסכמת ממשלת לבנון; לא יימכרו או יסופקו לכל גורם בלבנון נשק או חומרי לחימה, אלא באישור ממשלת לבנון.

ההחלטה מרחיבה את המנדט של יוניפי"ל ואת היקף כוחותיו וקובעת את הנסיבות שבהן הוא רשאי להפעיל כוח. ליוניפי"ל מותר להשתמש בכל האמצעים הנדרשים כדי למנוע שימוש בשטח פרישתו לביצוע פעולות עוינות, להתנגד לניסיונות למנוע ממנו בכוח לממש את המנדט שלו ולהגן על עצמו, על מתקני האו"ם ועל עובדים הומניטריים. הוא אף רשאי להגן על אזרחים הנתונים בסכנה מיידית של אלימות פיזית – בלי לגרוע מחובתה של ממשלת לבנון לעשות כן.

ההחלטה קוראת לממשלת לבנון לקבל עליה את השליטה בגבולותיה ולמנוע הברחת נשק לשטחה ומבקשת מיוניפי"ל לסייע לה. סמכות זו של יוניפי"ל מותנית בבקשה של ממשלת לבנון.

ולבסוף, ההחלטה מחייבת את כל מדינות העולם לנקוט את האמצעים הנדרשים כדי למנוע יצוא נשק, חומרי לחימה או הכשרה טכנית-צבאית לישויות או לבני אדם בלבנון, למעט צבא לבנון. על המדינות למנוע ביצוע פעולות אלו באמצעות אזרחיהן, משטחן או באמצעות מטוסיהן ואוניות המניפות את דגלן.

ככלל, כמו כל החלטה של מועצת הביטחון, החלטת מועצת הביטחון 1701 מחייבת את כל המדינות החברות באו"ם. ואולם האיסור על יצוא נשק לחזבאללה ולגורמים לא-מדינתיים אחרים בלבנון מנוסח כהחלטה מחייבת (decides) שחלה על כל המדינות, ואילו הסעיף הנוגע לפעולה של ממשלת לבנון למניעת הברחות מעברו האחר של הגבול מנוסח באופן רך יותר כקריאה (calls upon) לממשלת לבנון לאבטח את גבולותיה ולמנוע הברחת נשק. ליוניפי"ל מוקנית כאמור סמכות לסייע לממשלת לבנון במשימה זו, אבל רק לבקשתה.

3.2 התרחישים

להלן יתוארו חמישה תרחישים של פעולות כנגד ישראל הקשורים לזירה הצפונית: תקיפה של חזבאללה משטח סוריה, העברת נשק מתקדם מאיראן לחזבאללה (דרך סוריה או דרך הים), תקיפה של חזבאללה משטח לבנון, תקיפה של חזבאללה נגד אובייקט ישראלי בחו"ל ותקיפת סייבר נגד ישראל. ביחס לכל תרחיש ינותח המצב המשפטי שנוצר ואפשרויות התגובה של ישראל לפי דיני השימוש בכוח של המשפט הבינלאומי.

תרחיש 1: חזבאללה תוקף משטח סוריה

(א) מעט לפני עלות השחר התעוררו תושבי מרום גולן למשמע קולות פיצוצים. התברר ששלוש חוליות של לוחמי חזבאללה התמקמו סמוך לגבול והמטירו על היישוב כעשרים פצצות מרגמה. נזק נגרם לבית אריזה. החוליות הסתלקו מן המקום בטרם הספיקו כוחות צה"ל לאתרן ולשתקן.

(ב) באותו יום, בשעה שש בבוקר, נפגע רכב צבאי ממתען צד בזמן שנסע על כביש 98 מצפון לדרום סמוך ליישוב עין זיוון בגולן. שני חיילים נהרגו במקום. בערך באותו הזמן נפגעה משאית קירור שנסעה על כביש 91 מדרום לצפון, לכיוון עין זיוון. המשאית עלתה באש וחסמה את הכביש. הנהג הצליח לצאת ממנה ונפגע פגיעות קלות בלבד. זמן קצר לאחר מכן התברר שחוליה של עשרה עד עשרים לוחמי חזבאללה מכוח רדואן חצתה את הגבול מסוריה והשתלטה על כפר הנופש בעין זיוון. כשלושים אזרחים הוחזקו במקום כבני ערובה. לא הועברו דרישות כלשהן מהמחבלים.

האם הטענה הסורית לריבונות בגולן יכולה להצדיק שימוש בכוח?

הקווים המפרידים בין ישראל לסוריה ברמת הגולן נקבעו בהסכמי הפרדת הכוחות בשנת 1974, לאחר מלחמת יום הכיפורים, ואינם גבולות בינלאומיים

מוכרים.²¹⁴ על פי עמדת סוריה, רמת הגולן היא חלק משטחה הריבוני. טענה זו זוכה לתמיכה נרחבת בזירה הבינלאומית.²¹⁵ ישראל, מצידה, החילה את החוק, המשפט והמינהל הישראלי ברמת הגולן.²¹⁶ לצורך הדיון כאן נניח בצד את השאלה אם אין כאן בעצם סיפוח, שכן מבחינת המשפט הבינלאומי הדין הפנימי בישראל אינו הדין הקובע. סוריה הסכימה להפרדת כוחות ולהפסקת מעשי האיבה לאחר מלחמת יום הכיפורים, ומשמעות קווי ההפרדה היא שחלק מהשטח שהיא רואה בו שטח שלה הוא בשליטת ישראל. עם זאת, בשל האופי המעשי והזמני של קווי ההפרדה אין בהם כדי לגרוע מטענתה של סוריה לריבונות בגולן. מהצד האחר, הצהרת האו"ם בנוגע לעקרונות המשפט הבינלאומי, שנדונה בפרק 1,²¹⁷ קובעת שאין להשתמש בכוח כדי לשנות קווי שביטת נשק או קווי הפסקת אש. מכאן שלאחר 46 שנים שבהם ישראל שולטת בגולן ואין פעולות איבה משמעותיות בין הצדדים תתקשה סוריה לטעון שהתקפה מצידה או מצד גורם אחר מטעמה היא הגנה עצמית מפני ההתקפה החמושה הנמשכת של ישראל, המתבטאת בכיבוש הנמשך של הגולן.

ואולם לאחרונה ראינו שבהקשר של הסכסוך בנגורנו־קרבאך בין ארמניה לאזרבייג'ן טענו משפטנים בינלאומיים שאפשר להצדיק את השימוש של אזרבייג'ן בכוח בנימוק שמדובר בהגנה עצמית מפני התקפה חמושה של ארמניה. ב"התקפה חמושה" התכוונו לעצם ההחזקה הנמשכת של ארמניה בשטח שברביונות אזרבייג'ן משנת 1994, למרות הסכם הפסקת האש בין השתיים.²¹⁸ אין לשלול אפוא שיועלה טיעון דומה גם בהקשר של שימוש בכוח כנגד כוחות צה"ל ברמת הגולן. יש לחדד ולומר כי טענה כזאת יכולה לטעון רק

214 ראו להלן בעמ' 99.

215 ראו למשל ההחלטה של העצרת הכללית של האו"ם: Resolution adopted by the General Assembly on 10 December 2020 (on the report of the Special Political and Decolonization Committee (Fourth Committee) (A/75/412, para. 14) 75/99. The Occupied Syrian Golan

216 חוק רמת הגולן, התשמ"ב-1981.

217 לעיל ה"ש 24.

218 לעיל בעמ' 38-39.

סוריה. חזבאללה אינו רשאי לסייע לסוריה בהגנה עצמית כביכול, בוודאי לא בהיעדר בקשה מפורשת של סוריה לסיוע.²¹⁹

ישראל יכולה לטעון שהסכסוך המזוין בין ישראל לסוריה הוא סכסוך נמשך (protracted) ולכן דיני השימוש בכוח אינם חלים על שימוש בכוח של ישראל בסוריה.²²⁰ ואולם טענה כזאת יכולה להיות חרב פיפיות, שכן אם היא תתקבל היא תהיה נכונה בה במידה גם לסוריה, כלומר גם סוריה תהיה רשאית להשתמש בכוח צבאי נגד ישראל – ובלבד שהשימוש בכוח ייעשה על פי דיני העימות המזוין. עם זה, גם במקרה כזה לא ייחשב השימוש של חזבאללה בכוח חוקי, אלא אם כן הוא יפעל בהסכמתה ולבקשתה של סוריה.

האם יש דרגה של תקיפה שמתחת לה לא תיחשב התגובה לתקיפה להגנה עצמית?

אין ספק שהתקיפה המתוארת בחלק א של התרחיש נחשבת לשימוש אסור בכוח. ואולם כמו שהוסבר בפרק 1 ו-2, הגישה המקובלת במשפט הבינלאומי היא שלא כל שימוש בכוח הוא "התקפה חמושה", שהיא תנאי מוקדם לזכותה של המדינה הנפגעת להשתמש בכוח להגנה עצמית. זכות זו תלויה בהיקף השימוש בכוח ובתוצאותיו (scale and effects). על כך נוספה קביעתו של בית הדין הבינלאומי שלא די ב"תקרית גבול גרידא".²²¹

בחלק א של התרחיש היקף השימוש בכוח מצומצם יחסית, הן מבחינת כוחות האויב המעורבים (שלוש חוליות) הן מבחינת היקף הירי (כעשרים פצצות מרגמה). גם התוצאות של התקיפה מצומצמות יחסית (נזק לרכוש בלבד – בית האריזה). נראה אפוא שאילו זו הייתה התקיפה היחידה היו רבים רואים בשימוש נרחב של צה"ל בכוח בתגובה אליה שימוש בלתי חוקי. לעומת זאת, אילו זיהו

219 גם אם נניח שהגנה עצמית קולקטיבית מאפשרת למדינה להיעזר גם בארגון לא מדינתי, ולא רק במדינות אחרות, אין מדינה יכולה לסייע למדינה שהותקפה אלא לפי בקשתה המפורשת. ראו לעיל בעמ' 47.

220 לדיון מפורט בשאלה העקרונית ראו לעיל בעמ' 41-44; לדיון בשאלה ספציפית בנוגע לסוריה ראו להלן בעמ' 99-101.

221 לעיל בעמ' 35-36.

כוחות צה"ל "בזמן אמת" את מקורות הירי והשיבו אש כדי לנטרלם היה שימוש זה בכוח נתפס כנראה כשימוש חוקי.²²²

במקרה שבו חלק ב של התרחיש מצטרף לחלק א נראה שיש יסוד מוצק יותר לומר שדרגת השימוש בכוח יכולה להיחשב ל"התקפה חמושה", הן לנוכח האבודות בנפש (שני חיילים שנהרגו ברכב שעלה על מטען צד) הן לנוכח חדירת כוח קרקעי ותפיסת שטח, גם אם מצומצם (כפר הנופש).

עם זאת, יש להביא בחשבון שגם לנוכח תרחיש כזה יימצאו מי שיטענו שלא נחצה הסף של התקפה חמושה. טענות כאלה הושמעו בנוגע לאירוע שפתח את מלחמת לבנון השנייה אך שנהרגו בו חיילים, וחיילים אחרים נחטפו ללבנון.²²³ טענות ממין זה לא יועלו נגד שימוש בכוח שיתמקד במחבלים שחדרו לישראל ובחילוץ בני הערובה, אבל עלולות לעלות אם תחליט ישראל ליזום פעולה צבאית נרחבת יותר נגד חזבאללה או גורמים התומכים בו, בסוריה או בלבנון.

האם סוריה אחראית לתקיפה?

לפי הכללים לייחוס אחריות למדינה בגין הפרת המשפט הבינלאומי, שנדונו בפרק 1, סוריה תיחשב אחראית לתקיפה אם הורתה עליה מראש באופן ספציפי (כלל 8) או אם היא תאמץ ותאשר אותה בדיעבד (כלל 11). ואולם סביר להניח שגם אם תאשר סוריה את הפעולה מראש יהיה האישור חשאי ולישראל לא יהיה מידע על כך, או שהיא לא תוכל לחשוף אותו מחשש לפגיעה במקורות מודיעין. פירוש הדבר שהסבירות שיהיה אפשר לייחס לסוריה אחריות לפי

222 אף שהשבת אש למקורות הירי לצורכי הגנה נתפסת לגיטימית, הבסיס החוקי שלה אינו פשוט. לשיטתו של דינשטיין, שלפיה כל שימוש בכוח הוא בגדר "התקפה חמושה", מדובר בפעולת גמול הגנתית (defensive armed reprisals) מכוח הזכות להגנה עצמית והיא חוקית כל עוד היא מידתית ביחס לעוצמת התקרית. מבחינה מעשית, לפי הגישה הגורסת שרק מקרים חמורים דיים של שימוש בכוח ייחשבו "התקפה חמושה", אפשר לומר שאם לא רק השימוש הראשון בכוח אינו חמור דיו, אלא גם התגובה לו, הרי למדינה שמשטחה נעשה השימוש הראשון בכוח אין זכות להגיב במסגרת זכות ההגנה העצמית ובכך יסתיים האירוע.

223 ראו עמדתו של קניצארו, לעיל בעמ' 77.

כלל 8 נמוכה מאוד. אימוץ הפעולה בדיעבד חייב להיות פומבי, ובהיעדרו לא יהיה אפשר לייחס לסוריה אחריות גם לפי כלל 11.

לכאורה אפשר לטעון שאף על פי שחזבאללה הוא ארגון לבנוני, הוא נתון בפועל לשליטתה של סוריה – לפי המבחן המחמיר שהציב בית הדין הבינלאומי הן בעניין ניקרגואה הן בעניין בוסניה נ' סרביה. ואולם נראה שטענה זו איננה תואמת את המציאות. קשה לטעון שסוריה שולטת בחזבאללה אפילו "שליטה כוללת", כלומר לפי המבחן המקל יותר שהציע הטריבונל הבינלאומי הפלילי ליוגוסלביה בעניין טאדיץ'. אם היה קשה לייחס ללבנון אחריות למעשי חזבאללה בימי מלחמת לבנון השנייה (כאמור בפרק השני), קל וחומר שיהיה קשה לייחס אחריות כזאת לסוריה. עם זאת, ייתכן שיהיה אפשר להיעזר בעמדה המרחיבה שהביע צימרמן בעניין מלחמת לבנון השנייה, שלפיה מדינה תהיה אחראית לפעולותיו של ארגון לא מדינתי משטחה אם היא מאפשרת לאותו ארגון לפעול משטחה בניגוד להחלטות ספציפיות של מועצת הביטחון (מלבד החובה הכללית המוטלת על מדינות למנוע התארגנות בשטחן במטרה לתקוף מדינה אחרת, שהפרתה אינה מקימה כשהיא לעצמה את הזכות להגנה עצמית). כדי לבסס טיעון אפשרי כזה על ממשלת ישראל לפעול לעיגון חובתה של ממשלת סוריה למנוע מחזבאללה להתקרב לישראל בתוך שטח סוריה בהחלטות בינלאומיות; למשל, להעלות הצעות בעניין זה במסגרת הדיון התקופתי במועצת הביטחון בעניין חידוש המנדט של כוח המשקיפים בגולן (אונדו"ף).

האם אפשר להגיב כנגד חזבאללה בשטח סוריה גם אם סוריה אינה אחראית לתקיפה?

שאלת חוקיות השימוש בכוח כלפי ארגון לא מדינתי שתקף משטח מדינה אחרת היא כאמור שאלה נפרדת משאלת אחריותה של אותה מדינה לפעולותיו הצבאיות של אותו ארגון. במשפט הבינלאומי יש היום הכרה רחבה בזכותה של מדינה להגנה עצמית גם מפני התקפותיו של ארגון לא מדינתי. עם זאת, כשארגון זה תוקף משטחה של מדינה אחרת, שאי־אפשר לייחס לה אחריות לתקיפה, והתגובה הצבאית לתקיפה זו מחייבת פעולה בשטחה של אותה מדינה, תמונת המצב המשפטית נעשית מורכבת יותר.

על פי פרשנות אחת, שימוש בכוח להגנה עצמית המוגבל לכוחותיו ומתקניו של אותו ארגון לא מדינתי במדינה אינו מפר את האיסור על שימוש בכוח בין מדינות שבמגילת האו"ם, שכן אין הוא מכוון כנגד שלמותה הטריטוריאלית או עצמאותה המדינית של המדינה שבשטחה הוא פועל. פרשנות זו מבטאת דעת מיעוט שבשולי השיח.

על פי עמדה נפוצה יותר, שגם היא שנויה במחלוקת, חוקיות השימוש בכוח נגד אותו ארגון בשטחה של המדינה האחרת מותנה בכך שאותה מדינה אינה מעוניינת או אינה מסוגלת למנוע מאותו ארגון לתקוף משטחה. אין מחלוקת שחובתה של מדינה לפעול בשטחה למניעת התארגנות של ארגוני טרור, כנופיות וכוחות לא סדירים אחרים שמטרתם לתקוף מדינה אחרת ולפגוע בה. לפי עמדה זו, אם אין היא מסוגלת או אין היא מעוניינת לעמוד בחובתה זו רשאית המדינה המותקפת לפעול בעצמה.

מעמדות אלו אפשר להפיק תובנות קונקרטיות באשר לפעולות המקדימות שעל ישראל לנקוט כדי להגביר את הלגיטימציה לשימוש בכוח כנגד חזבאללה, אם הוא יפעל משטח סוריה. ראשית, אם תינתן לחזבאללה גישה לאזורים הסמוכים לקווי הפרדת הכוחות בגולן, על ישראל להתריע על כך לפני ממשלת סוריה ולפני גופים בינלאומיים – ובראש ובראשונה מועצת הביטחון. על ישראל לדרוש שממשלת סוריה תרחיק את חזבאללה מקרבת הגבול ולהזהיר שאם ישתמש חזבאללה בשטח סוריה כדי לתקוף את ישראל, תגיב ישראל בשטח סוריה. פעולות אלו עשויות לסייע לישראל לעמוד בדרישה למצות אמצעים לא צבאיים טרם השימוש בכוח. כאמור, אחד התנאים להגנה עצמית הוא קיומו של צורך לנקוט אמצעים צבאיים דווקא.

האם אפשר להגיב כנגד חזבאללה בשטח לבנון?

כדי להשיב לשאלה זו יש לברר תחילה אם יש ללבנון אחריות לתקיפה של חזבאללה (נזכיר שעל פי התרחיש בוצעה התקיפה משטחה של סוריה). בפרק 2 הראינו שחוקרים שניתחו סוגיה זו סברו שבנסיבות ששררו במלחמת לבנון השנייה היה קשה לייחס ללבנון אחריות למעשיו של חזבאללה. נשאלת השאלה אם השתנו נסיבות אלו ואם שינוין מאפשר להגיע עכשיו למסקנה אחרת – שלבנון אחראית למעשי חזבאללה.

ניתוח מפורט של שאלת מעמדו של חזבאללה בלבנון חורג מגדרו של חיבור זה. יתר על כן, כל תיאור של המצב בעת כתיבתן של שורות אלו יהיה בעל ערך מוגבל כשתתעורר שאלה זו בעתיד. כיום לחזבאללה יש השפעה פוליטית ניכרת בלבנון ונראה כי השפעתו אף גברה.²²⁴ מן הצד האחר, לבנון במשבר פוליטי וכלכלי קשה²²⁵ ונשמעים בה קולות המבקרים את חזבאללה ורואים במדיניותו ובהשפעה האיראנית עליו את אחד הגורמים למשבר.²²⁶ ברור שלפי שעה לבנון אינה שולטת בחזבאללה, אפילו לא שליטה כוללת (לפי המבחן שנקבע בעניין טאדיץ'), קל וחומר שלא שליטה אפקטיבית (לפי פסיקתו של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין ניקרגואה ובעניין בוסניה נ' סרביה). יהיה מדויק יותר לומר שחזבאללה הוא שולט בממשלת לבנון, אם כי נראה שגם אמירה קטגורית כזאת אינה מדויקת.²²⁷ צימרמן הציע פרשנות מרחיבה לאחריות מדינה לפעולותיו של ארגון לא מדינתי משטחה במקרים שבהם היא מאפשרת את פעולתו של אותו ארגון משטחה בניגוד להחלטות ספציפיות של מועצת הביטחון. כשהפעולות יוצאות משטח לבנון אפשר להסתייע בהחלטה 1701 של מועצת הביטחון; כשהפעולות אינן יוצאות משטחה, לעומת זאת, קשה יותר להסתייע בהחלטה זו, שכן גם אם הפרה לבנון חובות שקבעה החלטת מועצת הביטחון הקשר בינה ובין התקפת חזבאללה הוא עקיף וכדי להטיל עליה אחריות יש להראות שהפרת חובה מסוימת תרמה לביצוע התקיפה. למשל, אם השתמש חזבאללה לצורך התקיפה בלוחמים חמושים שחצו את הגבול מלבנון לסוריה סמוך לפני התקיפה, ייתכן שיהיה אפשר להטיל אחריות על לבנון. ולבסוף, גם אם אי־אפשר לייחס

224 אורנה מזרחי ויורם שוויצר "חזבאללה וההפגנות בלבנון - המאבק לשימור מעמדו של הארגון" מבט על 1236 (המכון למחקרי ביטחון לאומי (INSS)) 2.12.2019.

225 יעד אוסמו "לבנון קורסת: הצבא מקושש תרומות" ynet 17.6.2021; אודי אבנטל "החושך שבקצה המנהרה: התפוררות לבנון והשלכותיה על ישראל" מיתווים (ספטמבר 2021).

226 "איש דת בכיר בלבנון תקף את חיזבאללה: 'האם אתם מבקשים את רשותנו לפני מלחמה?'" הארץ 1.4.2021.

227 יש טענה שלפיה חזבאללה בוחר שלא להשתלט פורמלית על לבנון כדי לשמר את היתרונות שמקנה ההפרדה בינו ובין המדינה. ראו טל לברס "חיזבאללה אמנם שולט בלבנון, אך הוא לא שואף להיות הריבון" מעריב 30.10.2019. לברס נדרש לדברי הרמטכ"ל כוכבי בנושא.

ללבנון אחריות כוללת למעשי חזבאללה, ייתכן שיהיה אפשר לייחס לה אחריות לפעולות מסוימות, בהתאם לתשתית העובדתית בעניין אותן פעולות. אם למשל יברכו ממשלת לבנון או נשיאה על התקיפה בגולן המתוארת בתרחיש, אפילו בדיעבד, אפשר יהיה לייחס ללבנון אימוץ של הפעולה או אחריות לה גם אם היא לא הייתה מעורבת בתכנון הפעולה מלכתחילה – כפי שחטיפת הדיפלומטים האמריקאים מהשגרירות בטהרן והחזקתם כבני ערובה יוחסה למשטר באיראן כיוון שהוא אימץ בדיעבד את הפעולה, שהייתה פעולה של סטודנטים איראנים תומכי המהפכה האסלאמית. עם זאת, שבח לפעולה לא יתפרש בהכרח כאימוץ. יש להראות שלבנון פרשה את חסותה על הפעולה, ולו בדיעבד.

אם לבנון אחראית אפשר להשתמש בכוח נגד מטרות חזבאללה בלבנון, ואולי אפילו נגד מטרות ולוחמים של צבא לבנון. השאלה המורכבת יותר היא אם גם בהיעדר אחריות של לבנון אפשר לפעול כנגד מטרות חזבאללה בשטחה.

כפי שהראינו, על פי הגישה השלטת במשפט הבינלאומי, שימוש בכוח בשטחה של מדינה אסור אף אם אין הוא מכוון כנגד ריבונותה המדינית או שלמותה הטריטוריאלית. שימוש בכוח בשטחה של מדינה אחרת אפשרי רק בהסכמת אותה מדינה (עיראק למשל הסכימה שמדינות אחרות יפעילו בשטחה כוח נגד דאע"ש), או באישורה של מועצת הביטחון, או אם השימוש בכוח נעשה במסגרת הזכות להגנה עצמית ועל פי תנאיה. אם מאמצים את הגישה ששימוש בכוח נגד ארגון לא מדינתי מותר אם המדינה שמשטחה תקף אינה רוצה או אינה מסוגלת לשלוט באותו שטח ולמנוע מאותו ארגון לתקוף מדינה אחרת משטחה, הרי בתרחיש הנדון כאן אין לישראל סמכות חוקית להפעיל כוח בשטחה של לבנון גם אם הכוח מוגבל למטרות של חזבאללה, שכן התקיפה התרחשה משטח מדינה אחרת, לא משטח לבנון. יהיה אפשר להגיע למסקנה אחרת רק אם יהיה אפשר להוכיח שאומנם התקפת חזבאללה בוצעה משטח סוריה, אבל היא נעשתה בהוראת מפקדת הארגון בלבנון או נסמכה על סיוע נרחב של גורמי חזבאללה בלבנון. מדינה הפועלת במסגרת הזכות להגנה עצמית מפני התקפה חמושה רשאית להגיב לא רק כנגד כוחות הצבא שתקפו אותה ישירות אלא גם כנגד מערכי שליטה, סיוע ותמיכה בלחימה. עם זאת, תגובה נגד מטרות חזבאללה

בשטחה של מדינה אחרת מזו שמשטחה בוצעה התקיפה תחייב הצדקה נפרדת על פי התנאים להגנה עצמית – צורך ומידתיות.²²⁸

תרחיש 2: סיכול העברת נשק מתקדם לחזבאללה

(א) למודיעין הישראלי הגיע מידע על אמצעי לחימה מתקדמים שאיראן מעבירה לחזבאללה בלבנון. אמצעי הלחימה הגיעו דרך האוויר מאיראן לנמל התעופה של דמשק וכעת הם מועמסים על משאיות מתוך כוונה להעבירם בשיירה לבסיסי חזבאללה בלבנון. לפי המידע, כמה מומחים צבאיים איראנים מלווים את אמצעי הלחימה. נוסף עליהם נצפה גם כוח צבאי סורי מתארגן ללוות את השיירה, המאובטחת בידי אנשי חזבאללה, מנמל התעופה של דמשק לגבול לבנון.

(ב) למודיעין הישראלי הגיע מידע גם על אמצעי לחימה מתקדמים אחרים שמיועדים לחזבאללה והועמסו על אוניית סוחר המניפה את דגל איי קומורו בנמל בנדר עבאס באיראן. האונייה עושה את דרכה לנמל ביירות.

האם אפשר לפגוע בשיירת הנשק בסוריה?

כדי להשיב על שאלה זו יש לבחון תחילה אם בין ישראל ובין חזבאללה או בין ישראל ובין סוריה יש סכסוך מזוין מתמשך. מאחר שלשיירה נלווים גם מומחים איראנים, יש לבחון גם אם יש סכסוך מזוין בין ישראל ובין איראן. אם אין סכסוך מתמשך (להבדיל ממצב של עוינות, שבוודאי מתקיים), הרי שימוש של ישראל בכוח בשטחה של מדינה אחרת ייחשב לשימוש ראשון בכוח, אשר חזקה כי הוא מפר את האיסור על שימוש בכוח ביחסים בין מדינות ולכן נחשב מעשה תוקפנות.²²⁹ כדי לסתור חזקה זו על ישראל לשכנע שמדובר במימוש חוקי של

Noam Lubell, *Fragmented Wars: Multi-Territorial Military Operations against Armed Groups*, 93 INT'L L. STUD. 215, 222-227 (2017) (המאמר מנתח מצבים שבהם ארגון לא מדינתי חמוש חוקף ממדינה מסוימת, אולם נמצא גם במדינה אחרת).

הזכות להגנה עצמית. לעומת זאת, אם יש סכסוך מזוין מתמשך²³⁰ יש לשאול אם השטח שבו הסכסוך מתרחש ושבּו אפשר לבצע פעולות לחימה כולל את שטח סוריה.²³¹ נוסף על כך יש לשאול כמובן אם תקיפה כזאת תהיה על פי דיני העימות המזוין שבמשפט הבינלאומי; בעיקר יש לבחון אם יעד התקיפה צבאי ולאמוד את היחס בין התועלת שתצמח מפגיעה ביעד הצבאי ובין הנזק הצפוי לאזרחים, אם יש כזה. כאמור, ניתוח התרחיש לפי דיני העימות המזוין חורג מגדרו של חיבור זה.

האם ישראל וסוריה הן בעימות מזוין מתמשך?

כשהדברים אמורים ביחסים בין ישראל לסוריה, נקודת המוצא יכולה להיות הסכם הפרדת הכוחות בין המדינות לאחר מלחמת יום הכיפורים.²³² הסכם זה התקבל בעקבות החלטת מועצת הביטחון 338, שקראה לצדדים להפסיק את האש, וההסכם מציין במפורש שהוא מיישם החלטה זו.²³³ ההסכם הוא הסכם הפסקת אש "קלטי" – הסכם קצר ותמציתי המגדיר את הקווים הקדמיים של כוחות הצבא של כל צד ואזור הפרדה שבו פועל כוח משקיפים של האו"ם (אונדו"ף). ההסכם כולל התחייבות של הצדדים להימנע מפעולות צבאיות ביבשה, בים ובאוויר זה כנגד זה ממועד חתימתו²³⁴ וללא הגדרת מועד תפוגה. ההסכם כולל גם הסכמה על כינון אזורים שווים בגודלם – ממזרח לקו הקדמי הסורי ומערב לקו הקדמי הישראלי – שיחולו בהם הגבלות על היקף הכוחות וחימושם. עוד מוסדרים בהסכם הניהול האזרחי הסורי של אזור ההפרדה עצמו וחילופים של שבויים וחללים. כאמור, שלא כמו שביתת נשק, הסכם הפסקת אש אינו מפסיק את מצב המלחמה בין הצדדים. לכן דינשטיין סבור כי מצב העימות המזוין בין ישראל ובין סוריה נמשך. על רקע זה הוא סבור גם שתקיפת הכור הסורי ב־2007 לא הייתה שימוש ראשון בכוח, המחייב הצדקה של הגנה

230 לעיל 1.6. כאמור, יש החולקים על כך שהתנאים למימוש זכות ההגנה העצמית חלים רק בפתיחתו של סכסוך מזוין.

231 לעיל 1.5.

232 Israel-Syria Separation of Forces Agreement, 1974

233 החלטת מועצת הביטחון 338 (1973).

234 31 במאי 1974.

עצמית.²³⁵ לדעתו, לו היה צורך להצדיק את תקיפת הכור כהגנה עצמית היה הדבר קשה בשל המגבלות על השימוש בזכות להגנה עצמית – גם לפי פרשנות מרחיבה שמתירה הגנה עצמית מקדימה.

עוד ראוי לציין כי מאז הסכם הפרדת הכוחות אירעה התנגשות צבאית משמעותית אחת בין ישראל ובין סוריה. התנגשות זו, בזמן מלחמת לבנון הראשונה ב־1982, אירעה בשטחה של לבנון.²³⁶ מאז פרצה מלחמת האזרחים בסוריה בשנת 2011 אירעו מקרים רבים של ירי ארטילרי ואחר של צבא סוריה, שפגע בשטח ישראל. ייתכן שבמקצת המקרים הייתה הפגיעה בשטח ישראל בשוגג, במהלך תקיפת עמדות של המורדים בסמוך לגבול, ואולם בכמה מקרים הודתה סוריה שהירי היה מכוון לכוחות צה"ל. לרוב הגיבה ישראל בתקיפות נקודתיות של כוחות צבא סוריה בסמוך לגבול;²³⁷ לפחות בשני מקרים יירטה ישראל מטוסים סוריים שחדרו לשטח ישראל;²³⁸ בפעמים אחרות יורטו כלי טיס בלתי מאוישים (כטב"ם) סוריים שחדרו לישראל או לשטח המפורז.²³⁹ בפברואר 2018 פגעו כוחות הנ"מ הסוריים במטוס F-16 של ישראל והוא התרסק.²⁴⁰ גם בשנת 2019 היו אירועים דומים: ירי נ"מ סורי על מטוס של ישראל בשמי צפון הארץ ותקיפת המשגר של

235 לעיל 1.6.

236 ראובן ארליך "מקומה של סוריה במלחמת לבנון הראשונה" מרכז המידע למודיעין ולטרור 8-10 (2012).

237 ראו למשל "התגובה על הירי הסורי לעבר הגולן: צה"ל ירה טילי 'תמוז' גלובס 11.11.2012; אבי יששכרוף "סוריה מודה: הירי לעבר הג'יפ הצה"לי היה מכוון" וואלה! 21.5.2013; "חמש רקטות נורו מסוריה לרמת הגולן" ynet 24.8.2014.

238 אלי לוי ואור הלר "סוללה פטריוט יירטה מטוס קרב סורי שחדר לישראל" חדשות 13 23.9.2014; אמיר בוחבוט ואלי אשכנזי "שני טילי פטריוט יירטו מטוס קרב סורי שחדר מסוריה" וואלה! 24.7.2018.

239 יואב זיתון ואחיה ראב"ד "טיל פטריוט יירט כלי טיס בלתי מאויש מסוריה" ynet 11.11.2017; יואב איתיאל ואלי אשכנזי "מל"ט סורי חדר כ־10 קילומטרים לתוך שטח ישראל ויורט מעל הכנרת" וואלה! 11.7.2018; יואב זיתון ואחיה ראב"ד "בפעם השנייה השבוע: טיל פטריוט יירט כלי טיס מסוריה שהתקרב לגבול" ynet 13.7.2018.

240 יואב זיתון, אחיה ראב"ד, חסן שעלאן, אטילה שומפלבי ואלכסנדרה לוקש "מטוס ישראלי הופל, אזעקות בצפון, מטרות איראניות הותקפו: סיכום ההסלמה בצפון" ynet 10.2.2018.

סוריה בתגובה;²⁴¹ ירי רקטות סורי לאזור החרמון, שבתגובה לו תקפו מטוסי קרב ומסוקי קרב של צה"ל כמה יעדים צבאיים של צבא סוריה, ובהם שתי סוללות ארטילריה, כמה עמדות תצפית ומודיעין בחזית רמת הגולן וסוללת הגנה אווירית מסוג SA-2.²⁴²

כאמור, דינשטיין סבור שסכסוך מזוין בין מדינות אינו מסתיים רק עקב הפסקת פעולות האיבה. על כן הוא סבור שבשנת 2007, שבה הותקף הכור הגרעיני בסוריה, התקיים מצב של עימות מזוין בין ישראל לסוריה. ייתכן שלנוכח חילופי המהלומות התכופות בין צה"ל לצבא סוריה בשנים האחרונות, גם מי שעמדתם העקרונית שונה ישתכנעו שאכן יש עימות מזוין בין ישראל לסוריה. עם זאת, נראה שהפעילות הצבאית שתוארה היא במגמת דעיכה, ככל הנראה כיוון שבמלחמת האזרחים בסוריה ידו של אסד על העליונה וכוחותיו הצליחו לחזור ולהשתלט על אזור הגבול.²⁴³ כדי להעריך אם בתרחיש המתואר יש סכסוך מזוין בין ישראל לסוריה יש לבחון את ההתפתחויות בסמוך למועד התרחיש. ואולם נראה שלפחות בשנים הקרובות יהיה בסיס איתן למסקנה כי בין ישראל לסוריה יש סכסוך מזוין ישיר, נפרד, שאינו קשור לפעילות של חזבאללה ושל כוחות איראן בסוריה.

האם ישראל וחזבאללה הן בעימות מזוין מתמשך?

מלחמת לבנון השנייה הסתיימה בהחלטת מועצת הביטחון 1701, שקראה בין היתר להפסקה מיידית של התקפות ופעולות התקפיות של חזבאללה וישראל.²⁴⁴ בין ישראל לחזבאללה (או לבנון) לא נחתם הסכם הפסקת אש בכתב, אבל נראה כי בשנים הראשונות לאחר ההחלטה הפסקת האש נשמרה בדרך כלל. בכמה מקרים נורו רקטות או פצצות מרגמה מלבנון לישראל, ואולם לרוב שום ארגון

241 רועי קייס ועומרי חיים "צה"ל תקף משגר סורי ששיגר טיל נ"מ לעבר מטוס קרב ישראלי" כאן 27.5.2019.

242 דניאל סלאמה, יואב זיתון ואיתמר אייכנר "המגובה לירי לחרמון: חיל האוויר תקף בסוריה" ynet 2.6.2019.

243 שי ניר "המלחמה בסוריה / צבא אסד השתלט על החלק הסורי של איזור הגבול" דבר 31.7.2018.

244 לעיל 3.1.

לא קיבל עליו אחריות והירי יוחס לארגונים פלסטיניים או לארגונים של הג'יהאד העולמי.²⁴⁵

סמוך לאחר פרוץ מלחמת האזרחים בסוריה התערב חזבאללה במלחמה ועמד לימינו של משטר אסד ובעלת בריתו איראן.²⁴⁶ לוחמי חזבאללה אף נהרגו בקרבות נגד המורדים בסוריה.²⁴⁷ נוכחותו של חזבאללה בסוריה נוצלה להפוך את הגולן הסורי לבסיס נוסף של פעילות צבאית נגד ישראל. פעילות זו התבטאה בהנחת מטענים סמוך לגדר,²⁴⁸ בהפעלת כלי טיס בלתי מאוישים (כטב"מים) מתוצרת איראן²⁴⁹ וברי רקטות.²⁵⁰ לרוב לא קיבל עליו חזבאללה אחריות לפעילות נגד ישראל משטח סוריה.²⁵¹ נוסף על כך, חזבאללה לא נמנע מפעילות צבאית גם משטח לבנון, לרוב באמתלה של פגיעת ישראל באנשיו בסוריה,²⁵² ולאחרונה אף

245 "אירוע נוסף של ירי רקטה מדרום לבנון לעבר אצבע הגליל, מהווה הפרה נוספת של החלטה 1701" מרכז המידע למודיעין ולטרור (29.10.2009).

246 עמוס הראל "מחשש לקריסת משטר אסד: איראן וחיזבאללה מגבירות הסיוע הצבאי לדמשק" הארץ 6.4.2012.

247 ראו למשל "120 אנשי חיזבאללה נהרגו בקרב על קוסייר" ישראל היום 21.5.2013.

248 יואב זיתון ואחיה ראב"ד "גבול סוריה: 4 מחבלים חוסלו כשניסו להניח מטען" ynet 27.4.2015; עמוס הראל, גילי לוי וג'יקי חורי "כיממה אחרי התקיפה בסוריה: צה"ל סיכל ניסיון הנחת מטען בגולן" הארץ 26.4.2015.

249 "כלי טיס בלתי מאויש שהתקרב לגבול רמת הגולן יורט היום (שלישי) על ידי מערכת פטריט, על פי הוראות הגנת שמי המדינה" אתר צה"ל 19.9.2017.

250 אחיה ראב"ד, יואב זיתון ורועי קייס "צה"ל תקף יעדים בסוריה. אזעקת שווא בגולן" ynet 28.1.2015.

251 אמיר בוחבוט ואלי אשכנזי "תקרית לילית בגבול סוריה: צה"ל חיסל חוליית מחבלים שהניחו מטענים" וואלה! 3.8.2020.

252 אמיר בוחבוט ואבי יששכרוף "לוחמי יהל"ם נפגעו בפיצוץ המטען שהפעיל חיזבאללה" וואלה! 7.10.2014; "תקרית חמורה בצפון: 2 הרוגים ו-7 פצועים נפגעים מירי נ"ט על רכב צבאי, ירי נוסף להר דב ולחרמון" ynet 28.1.2015; יוסי יהושע וראובן וייס "אם הטיל היה פוגע באמבולנס, היית הולך באתו יום לחמש הלוויות. 'אם זה היה קורה, היו הולכים לעשרות הלוויות בצד השני'" ידיעות אחרונות, המוסף לשבת 3.10.2019; עמוס הראל "התקרית בגבול לבנון הסתיימה בחינקו ללא נפגעים. ספק אם חיזבאללה יסתפק בכך" הארץ 27.7.2020; אמיר בוחבוט, אלי אשכנזי וטל שלו "מחבלים ירו לעבר כוח צה"ל בגבול לבנון; חיל האוויר תקף יעדי חיזבאללה בתגובה" וואלה! 25.8.2020.

העלה את הנימוק שישראל פועלת להפקת גז מהמים הכלכליים של לבנון.²⁵³ עוד יש לציין שבמהלך מלחמת האזרחים התקבלו דיווחים רבים, לרוב ממקורות זרים, שישראל תקפה שיירות נשק המיועד לחזבאללה.²⁵⁴ מן הדברים עולה שגם הסכסוך המזוין בין ישראל לחזבאללה נמשך. גם בעניין זה יש לבחון את ההתפתחויות בסמוך למועד התרחיש.

האם ישראל ואיראן הן בעימות מזוין מתמשך?

אין צורך להרחיב בדבר העוינות של איראן כלפי ישראל מאז המהפכה האסלאמית ב-1979. ואולם עוינות לחוד וסכסוך מזוין לחוד. שלא כמו סוריה, איראן לא השתתפה במלחמות נגד ישראל מהקמתה ועד מלחמת לבנון הראשונה. עם זאת, כבר בשנת 2000 פסק בית המשפט העליון בישראל בפרשת **מנבר** שאיראן היא "אויב" על פי הגדרתו בעבירה של סיוע לאויב במלחמתו בישראל ובעבירות ביטחוניות אחרות, וקישר בין הגדרה זו לבין המובן של "צד לוחם" ו"מלחמה" במשפט הבינלאומי הפומבי.²⁵⁵ בשנת 2019 הורשע השר לשעבר גונן שגב במסירת ידיעות לאויב מתוך כוונה לפגוע בביטחון המדינה, וגם כאן היה ה"אויב"

253 יואב זיתון וליעד אוסמו "צה"ל יירט 3 כטב"מים של חיזבאללה בדרך לאסדת גז, לראשונה גם עם טילים מסטי"ל" [ynet](https://www.ynet.co.il) 2.7.2022.

254 "גורם ישראלי בכיר מאשר לטיים: 'תקפנו בגבול סוריה-לבנון'" [nrg](https://www.nrg.co.il) 26.2.2014; "סוריה מאשרת: מטוסים ישראליים שיגרו טילים לעבר אזור דמשק" וואלה! 30.11.2016; ניר דבורי וירון שניידר "דיווח: חיל האוויר תקף ליד דמשק" [N12](https://www.n12.co.il) 22.2.2017.

255 ע"פ 6411/98 מנבר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 150, 194-197 (2000). הגדרת "אויב" בחוק העונשין היא "מי שהוא צד לוחם או מקיים מצב מלחמה נגד ישראל או מכריז על עצמו כאחד מאלה, בין שהוכרזה מלחמה ובין שלא הוכרזה, בין שיש פעולות איבה צבאיות ובין שאינן וכן ארגון מחבלים". בית המשפט הסתמך בעיקר על הצהרות של בכירים איראנים ועל חוות דעת מומחה של תא"ל עמוס גלעד, אז ראש חטיבת המחקר באמ"ן, ומצא כי "אין צורך בהכרזת מלחמה על-מנת שמדינה תיחשב לאויב. כל שנדרש הוא הכרזה של המדינה על היותה 'צד לוחם' או כי היא 'מקיימת מצב מלחמה' עם ישראל". בית המשפט העליון מצטט מדבריו של השופט יעקב קדמי, שקבע שלמושגים "צד לוחם" ו"מצב מלחמה" חנינת המשמעות הבסיסית שיש להם במשפט הבינלאומי הפומבי: עוד קבע קדמי שמצד אחד לא נדרשת הכרזה, ומן הצד האחר די בהכרזה גם ללא פעולות איבה בפועל. בתקופה הרלוונטית לכתב האישום (1990-1993), וכן במועד פסק הדין (2000), נמצא כי איראן היא מדינת אויב גם בלי שהיו מעשי איבה ישירים בין המדינות, על יסוד הצהרותיה על ישראל כאויב ופעולותיה המעשיות לתמיכה בארגוני טרור הלוחמים בישראל.

איראן.²⁵⁶ פקודת המסחר עם האויב מגדירה ש"אויב" כולל כל "מדינה הנמצאת במצב מלחמה עם מדינת ישראל".²⁵⁷ לצורך הפקודה מוגדרים "אויב" הן איראן המדינה הן רשימה ארוכה של גורמים איראניים.²⁵⁸

שנים רבות בוצעו פעולות איראן כנגד ישראל באמצעות שליחים, בעיקר חזבאללה. עם הפעולות הבולטות אפשר למנות את הפיגועים נגד שגרירות ישראל בארגנטינה בשנת 1992 ונגד בניין הקהילה היהודית בבואנוס איירס ב־1994. המודיעין הישראלי, וגם רשויות ארגנטינה, קבעו כי הפיגועים בוצעו בהכוונה של הנהגת איראן ובמעורבות גורמים איראניים – דיפלומטיים ואחרים.²⁵⁹ בשנים 2011-2012 גברו ניסיונותיה של איראן לפגוע במטרות ישראליות בחוץ לארץ, הן בדרך של ניסיונות התנקשות בדיפלומטים ישראלים הן בפיגוע של חזבאללה בהכוונת כוח קודס של משמרות המהפכה האיראניים כנגד אוטובוס של תיירים ישראלים בבולגריה.²⁶⁰ במקביל, על פי פרסומים זרים, ניהלה ישראל מערכה חשאית נגד תוכנית הגרעין האיראנית, ובין השאר יוחסה לישראל אחריות להתנקשות במדעני גרעין איראנים ולחבלות במתקנים הקשורים לתוכנית.²⁶¹ פעולה שישראל קיבלה עליה אחריות הייתה גנבת מה שכונה "ארכיון הגרעין האיראני" בתחילת 2018.²⁶²

256 אבישי גרינצייג "גונן שגב הורשע בריגול לטובת איראן, נידון ל-11 שנות מאסר" מעריב 26.2.2019.

257 ס' 4(1) לפקודת המסחר עם האויב, 1939. ייתכן שהמושג "מצב מלחמה" במשפט הישראלי אינו שווה למושג "סכסוך מזוין" במשפט הבינלאומי, אבל זו בוודאק אינדיקציה לאופן שבו נתפסים היחסים בין איראן לישראל.

258 צו המסחר עם האויב (אויב לצורך הפקודה), תשע"א-2011, ק"ת 1238.

259 זאב שיף "כך החליטה איראן על הפיגוע בארגנטינה" הארץ 17.3.2003; "איראן כמדינה תומכת ומפעילת טרור" מרכז המידע למודיעין ולטרור 52-60 (2003).

260 "כוח קדס, יחידת עילית של משמרות המהפכה באיראן, משמש כחוד החנית של מתקפת הטרור האיראנית המתבצעת נגד ישראל ברחבי העולם בשיתוף פעולה עם חזבאללה. הפיגוע בבולגריה של חזבאללה מסמן להערכתנו את 'הצלחה' הבולטת של מתקפה זאת" מרכז המידע למודיעין ולטרור 23 (2012).

261 שי לוי "מלחמת הצללים: המוסד אחראי לחיסולים באיראן?" מאקו 27.1.2013.

262 "באישון ליל, עם מבערים, במחחס סודי בטהראן: כך גנב המוסד חצי טון מסמכי גרעין מאיראן" הארץ 15.7.2018.

במלחמת האזרחים בסוריה התבטסו כוחות איראן בסוריה, לצד חזבאללה.²⁶³ ב־2018 נעשה העימות הישראלי-איראני בצפון ישר ונלו. בפברואר 2018 אישר דובר צה"ל שצה"ל יירט מל"ט איראני שחדר לישראל ובתגובה תקף צה"ל גם מטרות איראניות בסוריה.²⁶⁴ במאי 2018 שיגר כוח קודס של משמרות המהפכה האיראניים 20 רקטות מלבנון לרמת הגולן;²⁶⁵ בתגובה תקפה ישראל מטרות של כוח קודס בסוריה, במה שהגדיר דובר צה"ל אחד המבצעים האוויריים הנרחבים ביותר בשנים האחרונות.²⁶⁶ בנובמבר 2019 היה סבב נוסף: כוח איראני שיגר רקטות מסוריה לישראל וישראל תקפה מטרות איראניות בסוריה.²⁶⁷

התפרסמו ידיעות על מערכה חשאית נוספת, שהחלה במחצית 2018 והתנהלה בזירה הימית. נטען כי ישראל חיבלה במכליות נפט שיועדו לסוריה והפרו את הסנקציות שהוטלו על המשטר האיראני; ובתגובה חיבלה איראן באוניות בבעלות אנשי עסקים ישראלים.²⁶⁸ האירוע האחרון לפי שעה בחילופי המהלומות האלה היה חבלה באמצעות מוקשים ימיים בספינה המשמשת את משמרות המהפכה האיראניים בים האדום. תקיפה זו יוחסה בתקשורת האמריקאית לישראל.²⁶⁹

263 כיוון שמשטר אסד הזמין את איראן לסייע לו במלחמת האזרחים, נוכחות כוחות איראן בשטח סוריה והכוח שנקטו נגד אויבי המשטר אינם נחשבים הפרה של האיסור על שימוש בכוח בשטחה של מדינה אחרת. ראו לעיל בעמ' 30–32.

264 יואב זיתון, אחיה ראב"ד, ליעד אוסמו, איחי בלומנטל, חסן שעלאן ואיתמר אייכנר "צה"ל יירט מל"ט איראני שחדר לישראל; תקיפה בסוריה, F-16 התרסק בשטח ישראל" [ynet](#) 10.2.2018.

265 "יכיפת ברזל" יירטה מספר שיגורים לעבר קו המוצבים הקדמי ברמת הגולן" **פיקוד הצפון** 10.5.2018.

266 "כוחותינו תקפו עשרות יעדים צבאיים השייכים לכוח 'קודס' האיראני" **פיקוד הצפון** 10.5.2018.

267 יואב זיתון ודניאל סלאמה "חיל האוויר תקף עשרות יעדים בסוריה" [ynet](#) 20.11.2019.

268 יוסי מלמן "כך גלש העימות הישראלי-איראני אל הזירה הימית" **הארץ** 30.3.2021.

269 ניר דבורי וירון שניידר "דיווח בארה"ב: ישראל תקפה את הספינה האירנית בחזר פעולת תגמול" **N12** 6.4.2021.

עוד נטען שהמערכה בין איראן לישראל מתנהלת גם בזירת הסייבר. במאי 2020 אירעה מתקפת סייבר על מתקני מים בישראל, ובתקשורת האמריקאית נטען כי תקיפה זו מקורה באיראן.²⁷⁰ על פי הדיווחים הגיבה ישראל במתקפת סייבר ששיבשה את פעולתו של נמל באיראן.²⁷¹ לפי דוח של חברת סייבר ישראלית, ב־2021 עלה מספר מתקפות הסייבר של קבוצות איראניות על יעדים ישראלים.²⁷² ביוני 2022 הועלה חשד כי האקרים איראנים אחראים למתקפת סייבר שגרמה לאזעקות שווא באילת ובירושלים.²⁷³ בד בבד דווח על מתקפת סייבר של ישראל על מפעלי פלדה באיראן. בהתבטאות חריגה אמר ראש הממשלה נפתלי בנט כי "כמו שיש הרתעה גרעינית, יש גם הרתעה בסייבר. בגישה שלי, בנוגע לאיראן, המדיניות שלנו היא שאם אתה מתעסק עם ישראל – אתה משלם מחיר. אם מישהו תוקף אותנו בסייבר, אנחנו נתקוף בחזרה".²⁷⁴

אפשר לסכם ולומר שלאחר שנים שבהן ניסתה איראן לטשטש את מעורבותה בפיגועי טרור נגד מטרות ישראליות באמצעות שימוש בשליחים, והימנעות של ישראל מקבלת אחריות על פעולות חבלה והתנקשות נגד פרויקט הגרעין האיראני, ב־2018 הפך העימות החשאי ביניהן לעימות שחלקו לפחות ישיר וגלוי, גם אם מוגבל בהיקפו. עימות זה נמשך שנים והוא נרחב בהיקפו ומרובה זירות (סוריה־לבנון, ים, סייבר). נראה כי כיום יש יסוד מוצק לומר שיש עימות מזוין בין ישראל לאיראן.

270 "דיווח: איראן אחראית למתקפת הסייבר על מתקני המים בישראל" ynet 7.5.2020.

271 Joby Warrick & Ellen Nakashima, *Officials: Israel Linked to a Disruptive Cyberattack on Iranian Port Facility*, THE WASHINGTON POST, May 18, 2020.

272 יוסי הטוני "דו"ח: עלייה ניכרת במתקפות הסייבר האיראניות נגד ישראל" אנשים ומחשבים 31.1.2022.

273 איחמר אייכנר "חשד: מתקפת סייבר של האקרים איראנים הובילה לאזעקות שווא בירושלים ובאילת" ynet 20.6.2022.

274 עמוס הראל "מלחמת הסייבר בין ישראל לאיראן עלתה מדרגה והנזק שנגרם חמור מבעבר" הארץ 29.6.2022.

יישום העקרונות בתרחיש הנתון: האם אפשר לפגוע בשיירת הנשק?

בהנחה שיש סכסוך מזוין מתמשך הן בין ישראל לסוריה הן בין ישראל לחזבאללה, ישראל רשאית לתקוף מטרות צבאיות בשטח סוריה, בין שמדובר במטרות סוריות (הכוח הצבאי הסורי המלווה את השיירה) ובין שמדובר במטרות חזבאללה (הנשק ואנשי חזבאללה המאבטחים אותו). בהנחה שגם בין ישראל לאיראן יש עימות מזוין, גם הפגיעה במומחים הצבאיים האיראניים תיחשב חוקית, בכפוף לכללים הרגילים הנוגעים לתקיפת מטרות בידי החימה. ההנחות הנזכרות משקפות את המצב הפשוט ביותר.

ואולם אם נניח שיש ישראל וסוריה אינן במצב של מלחמה, אבל יש סכסוך מזוין בין ישראל לחזבאללה, יש לראות בסוריה מדינה ניטרלית. אומנם למדינה ניטרלית אסור להעביר נשק לצד לוחם, אבל עצם הפרת חובות הניטרליות לא בהכרח מקנה למדינה הנפגעת את הזכות להפעיל כוח.²⁷⁵ השאלה אם היא רשאית להפעיל כוח תלויה בשאלה אם הפעולה המפירה את הניטרליות היא בגדר "התקפה חמושה" כנגד המדינה הנפגעת. בעניין זה קבע בית הדין הבינלאומי בפרשת ניקרגואה שאספקת נשק, גם אם היא מפירה את המשפט הבינלאומי, אינה בגדר התקפה חמושה המקנה את הזכות להגנה עצמית.²⁷⁶ משמעות הדבר שבמצב כזה סוריה עצמה, לרבות כוחות הצבא שלה, אינה יעד חוקי לתקיפה. עם זאת, ייתכן שאפשר לתקוף את משלוח הנשק ואת כוחות חזבאללה המלווים אותו בשטח סוריה, ובלבד שיש צורך לפעול בשטח סוריה דווקא – צורך כזה הוא תנאי לזכותה של ישראל להגן על עצמה מפני התקפת חזבאללה בשטחה של מדינה שאינה אחראית לפעולות הארגון.

יישום העקרונות בתרחיש הנתון: האם אפשר לפגוע בשיירת הנשק בלבנון?

כדי לדעת אם ישראל רשאית לפגוע בשיירת הנשק לאחר שהיא חוצה את הגבול ללבנון יש לדון בכמה שאלות: האם יש עימות מזוין בין ישראל ללבנון? האם לבנון

275 ראו בהרחבה לעיל 1.5.

אחראית לפעולות של חזבאללה נגד ישראל? ולבסוף, האם ישראל רשאית לפעול נגד מטרות של חזבאללה בלבנון לצורכי הגנה עצמית גם אם לבנון אינה אחראית לפעולות חזבאללה נגדה?

בתום מלחמת העצמאות חתמו ישראל ולבנון על הסכם שביתת נשק.²⁷⁷ הסכם מסוג זה מסיים כאמור את מצב הלחימה.²⁷⁸ מאז אירעו התפתחויות רבות, שיוזכרו בקצרה בלבד. אחרי מלחמת ששת הימים טענה מדינת ישראל שהסכמי שביתת הנשק בטלים בשל תוקפנות מדינות ערב, ואילו לבנון טענה שההסכם עימה עודו בתוקף. בשנות השבעים התבסס אש"ף בדרום לבנון ותקף משטחה את ישראל. נשיא בית המשפט העליון מאיר שמגר סבר כי גם ב־1982, ערב מלחמת לבנון הראשונה, לא שרר שלום בין ישראל ללבנון ונראה שאפילו לא מצב של אי־לוחמה.²⁷⁹ בעקבות אותה מלחמה, בתקופת נשיאותו הקצרה של בשיר ג'ומייל (קודם שנרצח), נחתם בין ישראל ללבנון הסכם שבו נקבע כי מצב המלחמה הגיע לקיצו (אך לא נדרש למועד סיום מצב המלחמה).²⁸⁰ ואולם לבנון נסוגה מהסכם זה ומעולם לא אשררה אותו והוא לא נכנס לתוקף. במאי 2000 נסוגו כוחות צה"ל מלבנון נסיגה מלאה. מועצת הביטחון אישרה כי הנסיגה בוצעה בהתאם להחלטותיה הקודמות.²⁸¹ בקיץ 2006 פרצה מלחמת לבנון השנייה. על רקע זה קבע השופט רובינשטיין בשנת 2015 כי "יש לומר שבין ישראל ללבנון שורר משפטית מצב מלחמה".²⁸² נראה כי בשנים האחרונות

277 הסכם לבנון-ישראל על שביתת נשק כללית, כ"א 2, 23 (נחתם ב־1949).

278 לעיל 1.6. וראו פסק הדין של בית המשפט העליון שנים אחדות אחר כך, שקבע שישראל ולבנון אינן במצב מלחמה, גם אם הן עדיין אינן במצב של שלום: בג"ץ 101/54 ג'דאי נ' נשיא משרד הוצ"פ, בית־המשפט המחוזי, חיפה, פ"ד ט 135, 139-141 (1955).

279 בג"ץ 574/82 אל נוואר נ' שר הביטחון, פ"ד לט(3) 449, 460-461 (1985).

280 פרוטוקול ישיבה 201 של הכנסת ה־10, הודעת הממשלה על ההסכם בין ישראל ללבנון ודיון (11.5.1983).

281 החלטת מועצת הביטחון 1310 (2000).

282 דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני, פס' ז לפסק הדין של השופט רובינשטיין (פורסם באר"ש, 15.1.2015). חשוב להדגיש שקביעת בית המשפט העליון היא תקדים מחייב מבחינת המשפט הישראלי (ס' 20 לחוק יסוד: השפיטה), אבל מבחינת המשפט

לא חלו התפתחויות המשנות מצב זה. כאמור, החלטה 1701 של מועצת הביטחון עניינה הפסקת אש, כלומר הפסקת פעולות האיבה בין הצדדים, ולא שביית נשק, כלומר סיום מצב המלחמה.²⁸³ נוסף על כך, בשנים האחרונות תקף חזבאללה את ישראל משטח לבנון,²⁸⁴ ואף חפר מנהרות תת-קרקעיות משטח לבנון לשטחה של ישראל.²⁸⁵ ישראל הדגישה כי האחריות להפרה זו של ריבונותה מוטלת על ממשלת לבנון.²⁸⁶ ואילו לבנון טענה, וזכתה לגיבוי של יוניפי"ל בעניין זה, שהטיסה היום-יומית של מטוסי חיל האוויר הישראלי בשמי לבנון היא הפרה של ריבונותה ושל החלטה 1701.²⁸⁷ היו גם חילופי אש ישירים בין צבא לבנון לצה"ל בסמוך לגבול, לרוב בעקבות פעילות של צה"ל מעבר לגדר באזור הגבול, אך בתחום שישראל טוענת שהוא בשטחה.²⁸⁸ חילופי אש אלו גרמו גם להרוגים ולפצועים.²⁸⁹ אומנם לאחר משא ומתן לא ישיר בין לבנון לישראל, בתיווך ארצות הברית והאו"ם, על קביעת הגבול הימי ביניהן, וניצול מיטבי של משאבי הגז הפוטנציאליים באזור, נחתם באוקטובר 2022

הבינלאומי החלטות של ערכאות שיפוטיות לאומיות אינן אלא אמצעי עזר לקביעת הדין החל (מעמדן דומה למעמד של כתבי חוקרים). ראו מגילת האומות המאוחדות וחוקת בית הדין הבינלאומי, לעיל ה"ש 20, בס' 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי לצדק.

283 לעיל 3.1

284 לעיל ה"ש 252.

285 יניב קובוביץ' "צה"ל: איחרנו את כל מנהרות חיזבאללה בשטח ישראל, מבצע 'מגן צפוני' הסתיים" הארץ 13.1.2019.

286 אורנה מזרחי "הישגי מבצע 'מגן צפוני' במלאת חודש לתחילתו" מבט על 1127 (המכון למחקרי ביטחון לאומי (INSS) 8.1.2019; לדבריו של שגריר ישראל דני דנון במועצת הביטחון ראו *Exposing Hezbollah's Tunnels*, ISRAEL: PERMANENT MISSION OF ISRAEL TO THE UNITED NATIONS, 19.12.2018

287 ראו למשל Implementation of Security Council resolution 1701 during the period from 17 June to 20 October 2020, Report of the Secretary-General, para. 9, S/2020/1110, 12 November 2020

288 בשל תוואי השטח ההררי יש מקומות שישראל לא הייתה יכולה לבנות בהם את גדר הביטחון על הקו הכחול עצמו. במקרים אלו הוקמה הגדר בשטח ישראל ושטח מסויים בעברה האחר נחשב אף הוא לשטח ישראל.

289 אלי אשכנזי, ברק רביד, אנשיל פפר וג'קי חורי "מג"ד נהרג בגבול הצפון מירי צלף של צבא לבנון" הארץ 4.8.2010.

הסכם בין המדינות,²⁹⁰ אבל עצם קיומו של ההסכם אינו שולל את קיומו של סכסוך מזוין. לא מדובר בהסכם שלום או בהסכם ובו הסכמה לסיום מצב הלוחמה. ההסכם מסדיר רק עניין אחד מן העניינים השנויים במחלוקת בין המדינות, ולבנון אף עמדה על כך שההסכם ייחתם בדרך עקיפה של חילופי מכתבים בין כל צד ובין ארצות הברית כדי שלא ישתמע מחתימתו שהיא מכירה בישראל.²⁹¹ עיקרו של דבר, דומה שיש יסוד למסקנה שגם בין ישראל ללבנון יש סכסוך מזוין.

לסיכום: אם נקודת המוצא היא שיש סכסוך מזוין בין ישראל ללבנון, כי אז הפגיעה בשיירה המובילה נשק בשטח לבנון אינה כפופה למגבלות המצוינות בדיני השימוש בכוח אלא רק לדרישות הרגילות של דיני העימות המזוין. כך גם אם הנשק מיועד לארגון לא מדינתי (חזבאללה), שאף הוא מצוי בסכסוך מזוין עם ישראל.²⁹² זאת לפי הגישה שהמגבלות בדיני השימוש בכוח חלות רק בפתיחתו של סכסוך מזוין. אם לבנון אחראית לפעולות חזבאללה, כי אז גם במנותק מפעולות האיבה הישירות בין צבא לבנון לצה"ל יוצרות פעולות חזבאללה סכסוך מזוין עם לבנון. עם זאת, לפי הניתוח לעיל,²⁹³ בנתונים הקיימים קשה לייחס את פעולות חזבאללה לממשלת לבנון.

אם תתקוף ישראל את שיירת הנשק בלבנון היא עלולה להפר את החלטת מועצת הביטחון 1701, הקובעת שישראל צריכה להפסיק את הפעולות הצבאיות ההתקפיות בשטח לבנון.²⁹⁴ מהצד האחר, גם אספקת הנשק לחזבאללה היא

290 ההסכם ודברי הסבר מצורפים למכתבו של מזכיר הממשלה למזכיר הכנסת מיום 12 אוקטובר 2022, אתר הכנסת.

291 מבחינת המשפט הבינלאומי, חתימת הסכם דו־צדדי, להבדיל מהצטרפות לאמנה רב־צדדית, מבטאת הכרה בצד האחר להסכם, אלא אם מדובר בהסכם בעל אופי צבאי (כמו הסכם הפסקת אש). העובדה שההסכם נחתם בדרך של חילופי איגרות עם צד שלישי (ארצות הברית) והיעדר טקס חתימה בנוכחות נציגי שתי המדינות הם ביטוי סמלי וטקסי בלבד לעמדתה העוינת של לבנון כלפי ישראל. כך או כך, אף אם חתימת ההסכם מהווה הכרה בפועל בישראל לא מדובר בהסכם שלום או בהפסקת הלוחמה עימה.

292 לעיל בעמ' 101-103.

293 לעיל בעמ' 95-97.

294 לעיל 3.1.

הפרה של החלטת מועצת הביטחון, המחייבת פירוק של כל המיליציות בלבנון מנשקן ואוסרת על נוכחות חמושה מדרום לליטני, למעט צבא לבנון ויוניפי"ל.²⁹⁵ לישראל יש טענה חזקה: החלטה 1701 היא התחייבות בינלאומית שמיועדת גם לטובתה, כלומר היא עצמה נפגעה מהפרת ההתחייבות של לבנון, שכן החלטה זו התקבלה בתום מלחמה בין ישראל ובין חזבאללה ומשמשת אמצעי למניעת עימות עתידי. עם זאת, האמצעים העומדים לרשות מדינה שנפגעה עקב הפרת התחייבות בינלאומית כלפיה אינם כוללים את הזכות להשתמש בכוח, אלא אם כן מדובר במצב של הגנה עצמית מפני התקפה חמושה. כפי שהוסבר בהקשר של תקיפת השיירה בסוריה,²⁹⁶ יש קושי ניכר לראות במצב של אספקת נשק לאויב "התקפה חמושה" המפעילה את הזכות להגנה עצמית – גם אם מדובר בנשק מתקדם שעלול לסכן את ישראל בעתיד. ישראל יכולה לטעון שפעולתה מכוונת אך ורק לאכיפת החלטה 1701 של מועצת הביטחון, האוסרת על אספקת נשק לכל גורם בלבנון למעט הצבא הלאומי. ייתכן שטענה זו תסייע להגביר את התמיכה הפוליטית בפעולה, או לפחות תמתן את הביקורת עליה,²⁹⁷ אבל מבחינה משפטית גרידא אין לישראל סמכות לאכוף את החלטות מועצת הביטחון בהיעדר הסכמה מפורשת לעשות כן בהחלטת המועצה.

295 ש.ס.

296 לעיל בעמ' 107.

297 ארצות הברית טענה טיעון דומה, שלפיו הפעולה הצבאית לאכיפת אזורים אסורים לטיסה בעיראק בשנות התשעים הייתה מיועדת לאכיפת החלטה של מועצת הביטחון, אף שמועצת הביטחון לא הסמיכה אותה במפורש לאכוף את החלטותיה בעניין. ראו Silliman, לעיל ה"ש 57, בעמ' 768-770. גם המתקפה האווירית של נאט"ו נגד סרביה בהקשר של המצב בקוסובו בשנת 1999 נומקה בכך שסרביה הפרה החלטות קודמות של מועצת הביטחון. בסופו של דבר, לאחר שסרביה אולצה לוותר על השליטה בקוסובו ולחתום על הסכם בירכה מועצת הביטחון על ההסכם בין נאט"ו לסרביה והקימה בקוסובו ממשל זמני משותף לנאט"ו ולאוי"ם בלי שנדרשה לחוקיות הפעולה של נאט"ו. ראו Anthea Roberts, *Legality vs. Legitimacy: Can Uses of Force be Illegal but Justified?*, in HUMAN RIGHTS, INTERVENTION, AND THE USE OF FORCE 179, 181-182 (Philip Alston & Euan Macdonald eds., 2008). מובן שלכל מקרה כזה יש הקשר מיוחד והם שונים מאוד מהמצבים הנידונים כאן.

ניתוח דומה היה חל גם על מקרה שבו לא מדובר בשיירת נשק מתקדם שמקורו מחוץ ללבנון והוא מיועד לחזבאללה, אלא במפעל לייצור נשק מתקדם שחזבאללה הקים, בסוריה או בלבנון, בסיועה של איראן.

כיצד ניתן לסכל העברת נשק מתקדם דרך הים? (תרחיש ב2)

החלטה 1701 מחייבת את כל המדינות למנוע יצוא נשק לכל גורם בלבנון למעט הצבא הלאומי ויוניפי"ל, לרבות באמצעות אוניות המניפות את דגלן.²⁹⁸ לפיכך העברת נשק המיועד לחזבאללה היא הפרה של החלטת מועצת הביטחון 1701, וקומורו מחויבת למנוע שימוש באונייה המניפה את דגלה להעברת נשק לחזבאללה. לו קומורו הייתה מדינה ידידותית לישראל, הפעולה המתבקשת הייתה פנייה של ישראל לשלטונות קומורו בבקשה שתפעל למנוע את העברת הנשק. גם כשמדובר במדינה עוינת שאינה מקיימת יחסים דיפלומטיים עם ישראל, כמו קומורו, אפשר לשקול פנייה אדר־הוק לאותה מדינה; לחלופין, אפשר לברר אם יש מדינה בעלת השפעה שיכולה ללחוץ עליה לפעול כנגד הברחת הנשק. במקרה של איי קומורו, ייתכן כי צרפת יכולה למלא תפקיד זה. ישראל יכולה גם לפנות בתלונה למועצת הביטחון, אם כי מבחינה מעשית ספק אם פנייה כזאת תביא תועלת מיידית. כאמור, הדעה המקובלת היא שהעברת נשק כשהיא לעצמה אינה נחשבת ל"התקפה חמושה", המקנה זכות להגנה עצמית.²⁹⁹ לכן תקיפה של אוניית הסוחר עלולה להיחשב מעשה של תוקפנות כלפי מדינת הדגל (קומורו).³⁰⁰

שאלה מורכבת יותר היא אם ישראל רשאית לעצור את אוניית הסוחר בים לצורך בדיקה, ואם בבדיקה יאותר נשק המיועד לחזבאללה אם היא רשאית לתפוס את הנשק.

298 לעיל 3.1.

299 לעיל 1.5 ובעמ' 107.

300 לעיל 1.4.

דיני הים בעת שלום מאפשרים לאוניית מלחמה לעלות על סיפון אוניית סוחר זרה בים הפתוח ללא אישור מדינת הדגל רק אם יש חשד סביר שהאונייה מעורבת בפיראטיות, בסחר עבדים, בשידורים לא חוקיים, אם האונייה מחוסרת אזרחות או אם יש חשד, שלמרות הנפת דגל זר, היא לאמיתו של דבר אונייה שאזרחותה זהה לזו של אוניית המלחמה. אם לאחר בדיקה כזאת מתברר שהחשד היה בלתי מבוסס, לאונייה שעוכבה יש זכות לפיצוי.³⁰¹ לפיכך דיני הים בעת שלום אינם מתירים לכאורה לישראל לעצור את אוניית הסוחר לבדיקה. עם זאת, יש מדינות, בהן ארצות הברית וישראל, המפרשות את הכלל באופן רחב יותר, כך שבמקרה של צורך דחוף, למשל כדי למנוע הברחת סמים או נשק, אם אי־אפשר להשיג את הסכמתה של מדינת הדגל מותר לעכב את האונייה לבדיקה גם באישור הקברניט של האונייה.³⁰²

דיני הלחימה בים מאפשרים לעצור אוניות סוחר ניטרליות ולחפש בהן מחוץ למי החופין (המים הטריטוריאליים) של מדינות ניטרליות גם בנסיבות אחרות, ובהן כשיש חשד שהן נושאות קונטרבנדה (contraband), כלומר סחורה המיועדת לשטח שבידי האויב ואפשר להשתמש בה בעימות המזוין. אם יש קונטרבנדה על האונייה, אפשר להחרים אותה.³⁰³ לפיכך אם יש עימות מזוין בין ישראל ובין חזבאללה,³⁰⁴ ישראל רשאית, באמצעות ספינות המלחמה של חיל הים, לעצור לבדיקה את הספינה המניפה את דגל איי קומורו (שיש להחשיבה מדינה ניטרלית), ובלבד שיש חשד שהיא נושאת אמצעי לחימה עבור חזבאללה. אם

301. United Nations Convention on the Law of the Sea, art. 110 (1983). ישראל אינה חברה באמנה זו, אבל בנושא זה האמנה משקפת כנראה את המשפט הבינלאומי המנהגי.

302. שרה וייס מעודי "דיני הים" משפט בינלאומי 545-546 (מהדורה שלישית, רובי סייבל ויעל רונן עורכים, 2016).

303. מדריך סן רמו, לעיל ה"ש 125, בס' 118-124, 146-152. כאמור, את מדריך סן רמו לדיני הלחימה בים גיבשה קבוצת מומחים. לרוב הוא משקף את המשפט הבינלאומי המנהגי בתחום זה. בפתח המדריך נכתב שאף שהוא נועד לשקף בעיקר את דיני הלחימה בים בסכסוך מזוין בינלאומי, הדבר לא נכתב במפורש כדי שלא לשלול החלה של הכללים גם בעימות מזוין שאינו בינלאומי. כך או כך, העימות בין ישראל לחזבאללה אינו מקרה מובהק של עימות מזוין שאינו בינלאומי וייתכן שהוא עימות מזוין בינלאומי.

304. לעיל בעמ' 101-103.

מאותרים על הספינה אמצעי לחימה אפשר להחרימם. אף שישראל אינה מחויבת בכך, אם החיפוש והתפיסה של אמצעי הלחימה נעשים על פי דיני הלחימה בים, ראוי לשקול דיווח על הפעולה למועצת הביטחון, שכן העברת אמצעי לחימה לחזבאללה מפירה גם את החלטת מועצת הביטחון 1701.³⁰⁵

תרחיש 3: חזבאללה תוקף מלבנון

עם שחר, בבוקרו של יום חורפי, כאשר ערפל כבד שורר באזור, תקף כוח של כ־40 לוחמי חזבאללה את מוצב גלדיליה של צה"ל באזור הר דב שבגבול לבנון.³⁰⁶ בשל תנאי מזג האוויר הצליח הכוח להגיע עד גדר המוצב בלי להיחשף בתצפיות של צה"ל. וכיוון שהשטח סבוך והררי, אין במקום גדר גבול. בקרב מטווח קצר בין כוח צה"ל לכוח חזבאללה, שהסתייע בחוליית מרגמות, נהרגו חמישה לוחמי צה"ל ועוד שישה לוחמים נפצעו. בסופו של דבר נאלץ כוח חזבאללה לסגת והוא השאיר במקום שבעה לוחמים הרוגים.

האם אפשר לייחס את התקיפה ללבנון?

שאלת אחריותה של ממשלת לבנון למעשים של חזבאללה מחייבת, כאמור, ניתוח של הנסיבות הקונקרטיות שישררו בעת שהשאלה תתעורר.³⁰⁷ בנסיבות השוררות היום יהיה קשה לקבוע שממשלת לבנון שולטת בחזבאללה ומכוונת את פעולתו באופן המטיל עליה אחריות למעשיו. עם זאת, בנסיבות התרחיש הנדון, שעל פיו כוח גדול יחסית של לוחמי חזבאללה תוקף את ישראל מאדמת לבנון, ייתכן שיהיה אפשר לייחס ללבנון אחריות על יסוד מחדלה – בניגוד להחלטה 1701 של מועצת הביטחון, היא לא פעלה כנגד התבססות חזבאללה בדרום לבנון.

305 לעיל 3.1.

306 סמוך לחרמון, באזור חוות שבעא, שלבנון טוענת שהוא בריבונותה.

307 לעיל בעמ' 95-97.

החלטה 1701 אוסרת על נוכחות חמושה מדרום לליטני, למעט של הצבא הלאומי הלבנוני וכוחות יוניפי"ל.³⁰⁸ ההחלטה קוראת גם לפירוק כל המיליציות בלבנון, כפי שהוסכם כבר קודם לכן (הסכם טאיף), וקוראת לממשלת לבנון ליטול את השליטה בגבולותיה ולמנוע הברחת נשק דרכם. היא מאשרת ליוניפי"ל לסייע לממשלת לבנון במשימה זו, לפי בקשתה.

אף שהדבר יצריך ביסוס עובדתי בסמוך לתקיפה עצמה, נראה כי במצב הנוכחי תתקשה לבנון לטעון באופן משכנע שאין היא מודעת לעובדה שחזבאללה ממשיך להתקיים כארגון חמוש, לקיים נוכחות חמושה בדרום לבנון ולהבריח אמצעי לחימה לשימוש לשטח המדינה. לבנון אף תתקשה לטעון באופן משכנע שהיא עושה כמיטב יכולתה לשנות מצב זה וליישם את הוראות החלטה 1701. למשל, לבנון מעולם לא ביקשה מיוניפי"ל סיוע במניעת הברחות נשק לשטחה. במצב כזה יוכלו המחזלים של לבנון לשמש בסיס משפטי להטיל עליה אחריות לתוצאותיהם: התקיפה של חזבאללה את מוצב צה"ל. במילים אחרות, היעדר שליטתה של לבנון בחזבאללה לא תפטר אותה מאחריות כיוון שהיא תוצאה של הימנעות מכוונת ממימוש ריבונותה בשטחה ומיישום החלטה 1701 של מועצת הביטחון. ריבונות אינה רק מקנה למדינה את הזכות שמדינות אחרות לא יתערבו בשטחה, אלא גם מטילה עליה את החובה לשלוט בשטחה ולמנוע שימוש בשטח זה לתקיפות הפוגעות בריבונות של מדינות אחרות.³⁰⁹ לכל הפחות יצדיק מחדל זה של לבנון נקיטת פעולה צבאית ישראלית מידתית כנגד חזבאללה בשטח לבנון, ואף כנגד תשתיות לבנוניות התומכות בלחימה של חזבאללה. ייתכן שהיא תאפשר גם פעולה כנגד צבא לבנון עצמו.³¹⁰

308 לעיל 3.1.

309 הצהרת האו"ם בנוגע לעקרונות המשפט הבינלאומי, לעיל ה"ש 24.

310 בעניין אחרון זה יש גם שאלה שקשורה לתבונה מדינית (להבדיל מחוקיות): האם יועיל לישראל לטווח הארוך להחליש את מנגנוני המדינה בלבנון?

האם אפשר לייחס את התקיפה לאיראן?

לאיראן היה תפקיד מרכזי בהקמת חזבאללה.³¹¹ לצורך התרחיש הנדון כאן נניח כי גם במועד התקיפה על המוצב המשיכה איראן לקיים קשר הדוק עם חזבאללה, לספק לו נשק, לאמן את אנשיו ואף לכוון את האסטרטגיה שלו.³¹² אם יהיה מידע משכנע שגורם איראני רשמי הורה לחזבאללה על ביצוע התקיפה יהיה אפשר כמובן לייחס לאיראן אחריות לתקיפה, שכן זו בוצעה על פי הוראתה.³¹³ בהיעדר מידע כזה יהיה אפשר לייחס לה אחריות רק אם יוכח, כפי שפורט לעיל,³¹⁴ שלאיראן יש שליטה אפקטיבית בחזבאללה (כפי שקבע בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין ניקרגואה) או לכל הפחות שליטה כוללת בארגון (כפי שקבע הטריבונל הפלילי ליוגוסלביה בעניין טאדיץ'). על כל פנים ברור שלא די במימון, באספקת נשק, באימון צבאי ובהכוונה אסטרטגית כללית. ראוי להדגיש שאף בעניין טאדיץ', פרשה שבה נקבע המבחן המרחיב יותר לאחריות מדינה, הודגש הקשר בין מידת השליטה של המדינה בטריטוריה שהארגון פועל בה ובין אחריותה. במקרה שלפנינו מדובר בפעולה שבוצעה על אדמת לבנון ולכן יהיה קשה לייחס את האחריות עליה לאיראן.

אין פירוש הדבר שלא יהיה אפשר להראות שאיראן מפירה את המשפט הבינלאומי בעצם תמיכתה בחזבאללה כארגון צבאי. מבחינת הסטנדרטים הכלליים, מדובר בהתערבות בענייני הפנימיים של מדינה אחרת (לבנון).³¹⁵ היא מפירה גם את החלטה 1701 של מועצת הביטחון, המחייבת את כל המדינות לפעול למניעת הברחת נשק ללבנון ואספקתו לכל גורם למעט הצבא הלאומי הלבנוני, ומאמצת

311 אייל זיסר "המעורבות האיראנית בלבנון – שורשיה, מהלכה ויעדיה" צבא ואסטרטגיה 3 (1), 3 (מאי 2011).

312 שמעון שפירא "חיזבאללה – יצירה של איראן – ההערכה המיוחדת של חיזבאללה למנהיג איראן עלי חמינאי" המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה (יוני 2011).

313 לעמדה שעצמאותו לכאורה של חזבאללה תלויה בנכונות איראן לאפשר חופש פעולה מסוים, ואם חינתן לו הוראה מפורשת הוא יהיה חייב לציית להוראות איראן, ראו שבתאי שובל "החליל האיראני" 15.10.2015 Israel Defense.

314 לעיל 1.7.

315 ס' 2 (7) למגילת האו"ם, לעיל ה"ש 20.

גם את הסכמי טאיף, המחייבים את פירוק כל המיליציות במדינה.³¹⁶ ככל שתתרחב בעולם ההכרה בחזבאללה, או לפחות בזרוע הצבאית שלו, כארגון טרור, כך יהיה קל יותר לייחס לאיראן גם הפרה של החלטות בינלאומיות ואמנות בינלאומיות בנוגע למאבק בטרור. האמנה הבינלאומית למניעת מימון טרור הייתה יכולה למלא תפקיד חשוב בהקשר זה,³¹⁷ אבל איראן אינה צד לאמנה זו.³¹⁸ יש להדגיש כי הפרות אלו יכולות לשמש בסיס להפעלת לחץ על איראן בזירה הבינלאומית, אבל אין הן מקנות סמכות לשימוש בכוח נגד איראן.

צורך, מיידיות ומידתיות בתגובה: יעדי המערכה הישראלית ודיני השימוש בכוח

לפי התרחיש, כוח צה"ל במוצב שהתקיף חזבאללה הגיב מייד והדף את ההתקפה. התוקפים נסוגו והשאירו במקום שבעה פעילי חזבאללה הרוגים. תגובה מיידית זו של הכוח שהותקף היא דוגמה מובהקת של הגנה עצמית גם על פי התפיסה המחמירה והמצמצמת ביותר של זכות ההגנה העצמית – היא נעשתה מייד, בנסיבות שלא הותירו שהות למחשבה, כוונה כנגד הכוח התוקף והסתיימה בהדיפת המתקפה על המוצב שבשטח ישראל. ואולם אם תבקש ישראל להגיב לתקיפה בפעולה צבאית נרחבת יותר בשטח לבנון עלולה להתעורר שאלה בדבר מידתיות התגובה. כאמור, לא מדובר רק במידתיות המוגדרת בדיני הלחימה, המשווה בין התועלת הצבאית המצופה מתקיפה מסוימת ובין הנזק שהיא עלולה להטב לאזרחים ("מידתיות טקטית"), אלא במידתיות המוגדרת בדיני השימוש בכוח, הדורשת שגם תגובה להתקפה חמושה במסגרת הזכות להגנה עצמית תהיה מידתית ("מידתיות אסטרטגית"). על פי תנאי זה נבחנת התגובה בכללותה ביחס להתקפה החמושה בכללותה, אם לפי המבחן של מידה כנגד מידה (עוצמת התגובה ביחס לעוצמת ההתקפה) ואם לפי היחס בין האמצעי למטרה (עד כמה התגובה נדרשת לצורך הגנה עצמית).³¹⁹

316 לעיל 3.1.

317 האמנה הבינלאומית למניעת מימון טרור, לעיל ה"ש 36.

318 ראו באתר האמנות של האו"ם, UNTS.

319 לעיל בעמ' 39–41.

כאמור, יש מחלוקת אם דרישת המידתיות חלה רק בפתיחת מערכה צבאית או לכל אורכה.³²⁰ לפי הגישה שדרישה זו חלה רק בפתיחת עימות מזוין, אם מתקיים עימות מזוין מתמשך בין ישראל ובין חזבאללה או בין ישראל ובין לבנון לא תחול דרישת המידתיות האסטרטגית. ואולם, ככל שלא תתקבל טענת העימות המתמשך או התפיסה שמידתיות חלה רק בפתיחתו של עימות מזוין, יהיה צורך לבחון אם יעדי התגובה הישראלית עומדים בתנאי המידתיות האסטרטגית.

עניין זה זכה לדיון בספרות המשפטית לאחר מלחמת לבנון השנייה.³²¹ הובעו עמדות שונות, ואולם ברור כי ככל שהתגובה הישראלית תהיה קרובה בזמן ובמקום להתקפת חזבאללה (למשל, תקיפת תשתיות של הארגון הסמוכות לאזור הר דב) יקל להצדיקה כתגובה נדרשת ומידתית להתקפה. כפי שהוזכר, פרופ' דינשטיין סבור כי אין לפרש באופן מצומצם מדי את דרישת המיידיות ויש להתחשב בכך שמדינות, במיוחד מדינות דמוקרטיות, נדרשות לזמן כדי לקבל החלטה בנוגע לתגובה להתקפה עליהן. לדברי דינשטיין, אין לספק לתוקפן תמריץ לתקוף ולעצור כדי למנוע תגובה צבאית נגדו. תגובה מושהית אינה תגובה עונשית גרידא.³²² דינשטיין סבור שבין תגובה מיידית מצד הכוח המותקף ובין גלישת התקירת למלחמה יש מרחב של פעולות תגמול הגנתיות העונות להגדרה של הגנה עצמית. כל עוד צפויה תקיפה נוספת ומטרת התגובה צופה פני עתיד, אין לראות בתגובה פעולת עונשין אסורה, גם אם היא נעשית אחרי שהאויב הפסיק זמנית את האש.³²³ ואולם ככל שהתגובות יהיו רחוקות יותר בזמן ובמקום מן התקיפה (למשל, תקיפת מטרת חזבאללה בביירות או הפצצת תשתיות מדינה, כגון גשרים), כך צפויה ביקורת רבה יותר על מידתיות התקיפה. מובן שגם עוצמת התגובה הישראלית תובא בחשבון. אין היא חייבת להיות זהה לעוצמת התקיפה של חזבאללה על המוצב, אבל ככל שהתגובה תהיה נרחבת יותר כך צפויה ביקורת רבה יותר על מידתיותה. גם היכולת להצביע על קשר בין תגובת ישראל לתכלית צבאית קונקרטיית תחזק את המידתיות שלה. בהקשר של

320 לעיל בעמ' 41-44.

321 לעיל בעמ' 83-86.

322 לעיל בעמ' 41.

323 לעיל ה"ש 78.

מלחמת לבנון השנייה למשל סבר שמיט שהפצצת גשרים יכולה להיות מוצדקת ומידתית לצורך מניעת הברחת החטופים מדרום לבנון. כיוון שבתרחיש המתואר לא חטף חזבאללה חיילים, תקיפת גשרים עלולה להיתפס לא מידתית.

הערכת המידתיות תלויה כמובן בשאלה כיצד יתנהל חזבאללה בהמשך העימות. אם יפתח הארגון במתקפת רקטות נרחבת על ישראל, תצדיק המתקפה הפעלת כוח נרחבת במסגרת הזכות להגנה עצמית מידתית. אם, לעומת זאת, יימנע חזבאללה מפעולות צבאית לאחר נסיגתו מהמוצב הישראלי תתקשה ישראל להגיב בפעולה שתיחשב מידתית. הראינו שיש מחלוקת בשאלה אם הרתעה יכולה להיות מטרה לגיטימית להפעלת הזכות להגנה עצמית – הן בשל הקרבה בין מושג ההרתעה ובין מושג הענישה הן בשל הקונצנזוס הרחב יחסית בדבר האיסור על פעולות תגמול צבאיות להענשת התוקף בדיני השימוש בכוח במשפט הבינלאומי. קל יותר להצדיק בנימוק של מידתיות פעולות שמטרתן למנוע או לשבש את היכולת של חזבאללה לחזור על תקיפות דומות, כגון הפצצת מבנה שבו הסתתר כוח חזבאללה בדרכו לביצוע התקיפה, בטענה שתכליתן למנוע התקפה נוספת. הרתעה, לעומת זאת, מכוונת להשפיע על כוונותיו של האויב ולא לפגוע ביכולותיו. מידת הוודאות שפעולה צבאית נרחבת תרתיע את חזבאללה היא נמוכה, ומידת הכוח המינימלית הדרושה לשם כך תהיה בהכרח נתונה לספקולציה. לכן הנמקה כזאת צפויה להיתקל במידה רבה של חשדנות וספקנות בעולם.

בשנת 2008, שנתיים לאחר מלחמת לבנון השנייה, התראיין גדי איזנקוט, שהיה אז מפקד פיקוד הצפון, לעיתון "ידיעות אחרונות" בנוגע ללקחי המלחמה ואמר: "אני קורא לזה דוקטרינת א־דאחיה. מה שהיה ברובע א־דאחיה בביירות ב־2006 יקרה בכל כפר שממנו יירו לעבר ישראל. נפעיל עליו כוח לא פרופורציונלי ונגרום שם נזק והרס אדירים. מבחינתנו לא מדובר בכפרים אזרחיים אלא בבסיסים צבאיים". לשאלת המראיין אם המלצתו למטה הכללי ולדרג המדיני היא "לירות בכל הכוח על כל כפר שיירו ממנו" השיב: "זו לא המלצה, זו התוכנית, והיא כבר אושרה".³²⁴

324 אלכס פישמן ואריאלה רינגל-הופמן "יש לי כוח אדיר, לא יהיו לי תירוצים" ידיעות אחרונות - המוסף לשבת 3.10.2008, 4.

היו שסברו שאמירה זו מתייחסת לנכונות לפגוע פגיעה מכוונת ובלתי פרופורציונלית באזרחים, להרוס תשתית ורכוש אזרחי באופן לא מידתי ולגרום להפרעה מרבית לחייהם של אזרחים רבים – הכול כדי להשיג הישגים צבאיים ומדיניים בתוך הפרה של המשפט הבינלאומי ההומניטרי.³²⁵ כחיזוק לטענה זו צוטטו דברים דומים שאמרו אלוף (מיל') גיורא איילנד ואל"ם (מיל') גבריאלי סיבוני.³²⁶ ואולם איזנקוט עצמו הבהיר בהרצאה שנתן כעבור שנתיים: "הרעיון שכיוונתי אליו היה לתקוף כדי לפגוע קשה בחזבאללה, ולא באזרחים". והוסיף: "אני מקווה שהבנה זו תגרום לארגון לשקול היטב טרם שיחליט להפעיל נגדנו טרור, חטיפה וירי נוספים. הבנת שיטת הפעולה שלנו אינה מכוונת רק לחזבאללה, אלא לכלל הסביבה שאנו פועלים בה".³²⁷

על יסוד זה אפשר לומר שהדברים רלוונטיים למידתיות בדיני השימוש בכוח. מדבריו של איזנקוט משתמעת הגישה שאם תותקף ישראל לא תותאם תגובתה הצבאית לעוצמת ההתקפה אלא לצורך להרתיע את האויב המידי (חזבאללה), וגורמים עוינים אחרים באזור, מליזום התקפה נגד מדינת ישראל.³²⁸ ייתכן שיהיה אפשר להגן על חוקיותה של גישה כזאת אם אחרי התקיפה המתוארת בתרחיש זה יסלים חזבאללה את העימות ויפתח במתקפת טילים נרחבת על ישראל ואולי גם בתקיפות קרקעיות נוספות.

במקרה של תגובה צבאית נרחבת של ישראל בלבנון צפויה להיות רגישות מיוחדת להיקף הכולל של הנפגעים האזרחים עקב תקיפות צה"ל. כאמור, מידתיות

Report of UN Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, 325
A/HRC/12/48 (25 September 2009), para. 1192-1216

326 שם, פס' 1196-1198.

327 גדי איזנקוט "השתנו האיום? המענה בזירה הצפונית" צבא ואסטרטגיה 2 (1), 23-30 (יוני 2010).

328 בהמשך המאמר של איזנקוט הוא נדרש במפורש להרתעה, המכונה "מושג יסודי". לדבריו, "היכולת להשיג הרחעה היא מורכבת ובעייתית, אבל בבחינת המציאות בצפון ובדרום לאחר 'עופרת יצוקה' אפשר לראות שהארגונים האלה שוקלים שיקולים רציונליים. לפיכך צריכה ישראל לחפש את הדרכים להרתיע אותם" (שם, בעמ' 30). ראוי להזכיר כי גם האיום בשימוש בכוח אסור, אבל אין איסור על הצהרה בדבר נכונות להשתמש בזכות להגנה עצמית מתוך כוונה להרתיע, ובלבד שהצהרה אינה חורגת מהתנאים לשימוש בזכות זו. ראו לעיל בעמ' 27-28.

טקטית מחייבת לבחון כל תקיפה ותקיפה ולוודא שהפגיעה באזרחים וברכוש אזרחי אינה מופרזת ביחס לתועלת הצבאית של התקיפה. ואולם אם תסלים הלחימה, ויהיו מאות ואף אלפי תקיפות, אפשר להניח שהמספר הכולל של הנפגעים האזרחים ילך ויעלה. קרוב לוודאי שיהיו לכך משמעויות מדיניות ויופעל על ישראל לחץ לסיים את הלחימה. דוגמה לכך היא הצהרת נשיאות האיחוד האירופי סמוך לפתיחת מלחמת לבנון השנייה, הצהרה המכנה את השימוש של ישראל בכוח "בלתי מידתי" ומגנה את אובדן חיי האזרחים והפגיעה בתשתיות אזרחיות.³²⁹ הצהרה זו קושרת בין ריבוי הנפגעים האזרחים להיעדר מידתיות בלי להידרש לתקיפה מסוימת דווקא, אלא במבט כולל.

השאלה הרלוונטית למחקר זה היא אם יש למספר הנפגעים האזרחים גם משמעות משפטית להערכת המידתיות. באשר לכלל המידתיות בדיני הלחימה, התשובה היא שלילית משתי סיבות: ראשית, אי-אפשר לקבוע כי הפגיעה באזרחים מופרזת על יסוד מספר מוחלט כלשהו של נפגעים, שכן מדובר בכלל יחסי המחייב להשוות את הפגיעה באזרחים לתועלת הצבאית של כל תקיפה ותקיפה. שנית, אין משמעות למספר הנפגעים בדיעבד, שכן הכלל עניינו מספר הנפגעים הצפוי בהשוואה לתועלת הצבאית המוערכת. אם נפגעו אזרחים רבים, והפגיעה מופרזת בהשוואה לתועלת הצבאית של התקיפה אבל הייתה בלתי צפויה, או לכל היותר לא היה אפשר לצפות אותה מראש,³³⁰ הרי אין כאן הפרה של הכלל.

ואולם מה באשר לכלל הנדון כאן – כלל המידתיות בדיני השימוש בכוח? האם מספר נפגעים אזרחים מסוים מאפשר לקבוע כי תגובה צבאית, גם אם נעשתה לשם הגנה עצמית, היא לא מידתית ולכן מפירה את הדין? כפי שכבר צוין, כדי להחיל את הכלל בתרחיש הנדון יש לעבור שתי משוכות: האחת – עליו לחול

329 לעיל בעמ' 72.

330 בהקשר זה, במערכה נמשכת יכולה להיות משמעות למה שנלמד, או צריך היה להילמד, מתקיפות דומות קודמות. אם למשל נוכחים שוב ושוב המתכננים הצבאיים שתקיפות מסוג מסוים גורמות בפועל למספר נפגעים אזרחים רב מכפי שהעריכו מראש, נראה שעליהם לשנות את הערכתם ולהתאימה למציאות. תקיפות המתעלמות מן התוצאות של תקיפות דומות בעבר עלולות להיחשב לא מידתיות, משום שכעת היה הנזק צפוי.

רק בתחילת עימות; האחרת – שלא מדובר בעימות חדש אלא בעימות נמשך.³³¹ על פי תפיסה אחרת חל הכלל לכל אורך המערכה. כיצד תוערך לפי תפיסה זו מידתיות המערכה לנוכח הנפגעים האזרחים בלבנון? הערכה זו תושפע במידה רבה מפרשנות של דרישת המידתיות עצמה.

אם תהיה התגוננותה של ישראל מפני תקיפות חזבאללה יעילה יותר, למשל באמצעות פרישת סוללות כיפת ברזל ויירוט רוב הרקטות המכוונות לאזורים מיושבים ומתקנים אסטרטגיים, יבלוט הפער בין מספר האזרחים הישראליים הנפגעים למספר האזרחים הלבנונים הנפגעים במהלך הלחימה ויחזק את הטענה שתגובת ישראל איננה מידתית. אומנם ישראל תוכל להצביע על נזקים נוספים הנגרמים ממתקפות חזבאללה מלבד פגיעה פיזית, כגון שיתוק הכלכלה בצפון, לרבות נמל חיפה, פגיעה נפשית באוכלוסייה האזרחית המותקפת והסיכון שהמשך מתקפת הטילים יכלה את מלאי טילי היירוט של מערכת כיפת ברזל, אבל אפשר להניח כי טענות אלו יזכו לקשב מועט. מכל זה עולה שתפיסה של מידה כנגד מידה תהיה בעייתית ביותר מבחינת ישראל. ואכן, יש שאמרו שזו תפיסה ארכאית, הקשורה בתפיסה של הגנה עצמית כענישה, שצריכה להיות מידתית ביחס ל"עבירה".³³²

התפיסה שאין להשוות בין היקף הפגיעות ההדדיות, אלא בין היקף הפגיעה בלבנון למידת הכוח הנדרשת להשגת המטרה הלגיטימית של הגנה עצמית, צפויה להיות נוחה יותר לישראל. לשם המחשה, בהקשר של מלחמת לבנון השנייה סבר שמיט שייתכן שתפיסת השטח שממנו נורות הרקטות היא הדרך היחידה למנוע את המשך שיגורן לשטח ישראל. לכן ייתכן שפעולה קרקעית תהיה מידתית, ועצם העובדה שחזבאללה המשיך לשגר רקטות גם אחרי שצה"ל החל לנוע צפונה בלבנון מלמדת לכאורה כי לא מדובר בכוח מופרז ביחס לנדרש

331 להשלמת התמונה יצוין שיש משוכה שלישית, הנוגעת לספק בדבר תחולתו של הכלל במקרה של עימות עם ארגון לא מדינתי שאינו בינלאומי, שהרי האיסור חל על שימוש בכוח במישור הבין-מדינתי. עם זאת, כיוון שהחגובה הצבאית תהיה בשטח לבנון הכלל כנראה יחול, וכן החריג של הגנה עצמית. ראו לעיל 1.2, 1.8. ספק בנוגע לתחולתו של הכלל יכול להיות רלוונטי בהקשר של עימות מזוין עם חמאס ועם ארגוני טרור אחרים בעזה.

332 Lubell & Cohen, לעיל ה"ש 84, בעמ' 169.

לשם הגנה עצמית.³³³ לפי תפיסה זו, אם הפגיעה הצפויה באזרחים במהלך פעולה קרקעית לא תהיה מופרזת ביחס לתועלת הצבאית של כל תקיפה ותקיפה (הכלל של דיני הלחימה), לא יהיה למספר המצטבר של נפגעים אזרחים בלבנון משמעות משפטית, ובלבד שמטרתה הלגיטימית של הפעולה הקרקעית לא הושגה (הפסקת ירי הרקטות). עם זאת, אין ודאות שתפיסה זו תתקבל. לובל וכהן מצביעים במאמרם על טשטוש הגבולות הנפוץ בין צורך ובין מידתיות.³³⁴ ייתכן שהצורך העומד ביסוד פעולה קרקעית למניעת המשך ירי רקטות הוא ברור ומוצדק ובכל זאת יש מקום להשוות בינו ובין הפגיעה וההרס הנגרמים מהפעולה. כלומר גם במקרה זה יש להשוות בין עוצמת הצורך, כלומר הנזק הנגרם לישראל בפועל ממתקפת הרקטות, ובין עוצמת הפגיעה באזרחים בלבנון.

לובל וכהן מציעים לפתח את כלל המידתיות האסטרטגית מחוץ לדיני הלחימה ולדיני השימוש בכוח גם יחד. לדבריהם, כלל זה יחול לכל אורך המערכה,³³⁵ אך יתבסס גם על תפיסה של אמצעי-מטרה ויכלול בהשוואה לא רק את הפגיעות הישירות הצפויות בחיים וברכוש, אלא גם פגיעות עקיפות, כגון נזק נפשי לאוכלוסייה, סכנה של התפשטות מחלות מידבקות עקב הרס תשתיות ושיקולים של מורל האוכלוסייה ושימור הכוח הצבאי.³³⁶ השאלה היא אם ריבוי השיקולים הרלוונטיים לא יהפוך את הסטנדרט המוצע לעמום כך שיהיה אפשר ליישמו בהתאם לרצונו הפוליטי של הפרשן. כך או כך, מדובר בהצעה ולא בשיקוף של המצב המשפטי הקיים. גם המציעים מודים שאימוץ סטנדרט זה לא יעלים את השאלה מהי תכלית אסטרטגית לגיטימית לצד השאלה בדיני השימוש בכוח מהי תכלית לגיטימית של הגנה עצמית. כמו שכבר צוין, ככל שתכלית זו רחוקה יותר מההתקפה החמושה עצמה, כך יש ספקות רבים יותר באשר ללגיטימיות שלה. הקונצנזוס בעניין מניעת התקפות עתידיות קטן מהקונצנזוס בעניין הדיפת התוקף משטח שכבש. הרתעת התוקפן מתקיפות עתידיות שנויה במחלוקת יותר ממניעת יכולתו הקונקרטית של האויב לתקוף שוב.

333 לעיל בעמ' 85.

334 Lubell & Cohen, לעיל ה"ש 84, בעמ' 167-170.

335 וגם בעימות מזוין שאינו בינלאומי.

336 Lubell & Cohen, לעיל ה"ש 84.

מעמד כוח יוניפי"ל בזמן לחימה

נוכחותו של כוח יוניפי"ל בדרום לבנון בזמן התקיפה המתוארת בתרחיש כרוכה, מבחינת ישראל, בהזדמנות ובסיכון גם יחד.

ההזדמנות קשורה לנוכחותו של גורם הנתפס ניטרלי ואובייקטיבי בשטח; גורם שבאפשרותו לדווח בהתאם למנדט שלו על אירועים ספציפיים ועל הגורמים להם. דיווח של יוניפי"ל על התקפת חזבאללה ועל הפרת החלטה 1701 של מועצת הביטחון יוכל לחזק את הלגיטימיות של תגובה ישראלית כנגד חדשות כזב (פייק ניוז) שינסו למסגר את האירועים באופן אחר.

עיון באחד הדוחות של מזכ"ל האו"ם למועצת הביטחון על יישום החלטה 1701 ממחיש את הדברים. הדוח עוסק בימי מבצע שומר החומות בעזה, מ־20 בפברואר עד 18 ביוני 2021.³³⁷ מתוארים בו שלושה אירועים של ירי רקטות מדרום לבנון לישראל. בשניים מתוכם פגעו הרקטות בישראל. עוד מתוארים בו כמה אירועים שבהם אזרחים לבנונים התקהלו, חצו את הקו הכחול לישראל, גרמו נזק לגדר וחיבלו במצלמות המותקנות עליה, השליכו אבנים והציתו צמחיה. פעולות אלו מוגדרות בדוח כהפרת החלטה 1701. הדוח סיפק את ההקשר הנכון למכתבים של לבנון למועצת הביטחון ובהן תלונות על ירי של ישראל על שטח לבנון שפגע במפגינים. יוניפי"ל מתעד כמובן גם את פעולות ישראל בלבנון – ירי בתגובה לירי הרקטות, טיסות בשמי לבנון או ירי לעבר המתפרעים שחצו את הגדר. שתי הפעולות האחרונות הוגדרו אף הן הפרה של החלטה 1701. לדברי הדוח, הירי על המתפרעים לא תאם את מידת האיום על חיילי צה"ל.³³⁸

לפי החלטה 1701, המנדט של יוניפי"ל אינו מסתכם בתיעוד ההפרות: ליוניפי"ל מותר להשתמש בכל האמצעים הנדרשים כדי למנוע בשטח פרישתו פעולות עוינות, להתנגד לניסיונות למנוע ממנו בכוח לממש את המנדט שלו ולהגן על עצמו, על מתקני או"ם ועל עובדים בארגונים הומניטריים – כל זה בלי לגרוע

Security Council, Implementation of Security Council resolution 337 1701 (2006) during the period from 20 February to 18 June 2021, Report of the Secretary-General, S/2021/650, Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict (להלן: דוח המזכ"ל).

מחובתה של ממשלת לבנון להגן על אזרחים הנתונים בסכנה מיידית של אלימות פיזית.³³⁹ עיון בדוח המזכ"ל אינו מצביע על נחישות של הכוח לממש חלק זה של המנדט שניתן לו או על אפקטיביות רבה. כך למשל, באחד ממקרי ירי הרקטות פינה צבא לבנון את השרידים מזירת הירי, אך למומחי יוניפי"ל לא התאפשר לבדוק אותם;³⁴⁰ בדוח מתואר גם מקרה שבו אנשים בלבוש אזרחי חטפו מאיש יוניפי"ל מצלמה והחזירו אותה ללא כרטיס הזיכרון;³⁴¹ בתקרית אחרת עצרו שישה אנשים חמושים ברובי סער בלבוש אזרחי סיור של יוניפי"ל בדרכו לבדוק דיווח על ירי. תגובת יוניפי"ל הסתכמה בהודעה לצבא לבנון;³⁴² ולנוכח ירי ארטילרי של ישראל בתגובה לירי רקטות הורה יוניפי"ל לאנשיו להיכנס לבונקרים כאמצעי הגנה.³⁴³

התמונה המצטיירת היא שיוניפי"ל מתנהל בפועל ככוח משקיפים, אך על פי שסמכויותיו רחבות יותר. הוא אינו משתמש בכוח או מאיים בו כשאינו מאפשרים לו להגיע לאתרים שהוא מבקש לבדוק. במילים אחרות, הוא בודק מה שצבא לבנון ואנשי חזבאללה חמושים (בלבוש אזרחי כמובן) מאפשרים לו לבדוק. אפשר להניח בזירות שגם במקרה של כניסה קרקעית של צה"ל ללבנון, או תקיפות אוויריות של ישראל, יסתפקו כוחות יוניפי"ל בתצפית ובדיווח ולא ינצלו את המנדט שניתן להם להפעיל כוח כדי להגן על אזרחים מפגיעה פיזית. סביר להניח שלנוכח לחימה אינטנסיבית יקבלו כוחות יוניפי"ל הוראה להישאר במוצבים שלהם ולהיכנס למרחבים מוגנים.

הסיכון הטמון בנוכחותו של יוניפי"ל בדרום לבנון אינו התנגשות של ממש עם צה"ל וניסיון של יוניפי"ל למנוע בכוח מצה"ל לבצע את משימותיו. סבירותו של תרחיש כזה נמוכה. סכנה גדולה יותר טמונה בעצם היקף הכוח ופרישתו הרחבה, שכן מחנות של הכוח או אנשיו עלולים להיפגע בשגגה מאש צה"ל. זכורה לנו היטב פגיעת פגזי צה"ל במחנה יוניפי"ל בכפר קנא בזמן מבצע ענבי זעם ב־1996.

339 לעיל, 3.1.

340 דוח המזכ"ל, לעיל ה"ש 337, בפס' 1.

341 שם, בפס' 10.

342 שם, בפס' 17.

343 שם, בפס' 4.

לכפר נמלטו פליטים ויותר מ-100 אזרחים נהרגו וכמה אנשי או"ם נפצעו. אומנם הושמעה טענה שחזבאללה ירה בסמוך למחנה וצה"ל השיב אש למקורות הירי, אבל האסון גרם לסיום המבצע הצבאי.³⁴⁴

אנשי כוחות שמירת שלום, שלא כמו כוחות או"ם בעלי מנדט לאכוף שלום בתוך שימוש בכוח, הם אומנם חיילים אבל אינם צד לוחם בעימות המזוין ועל כן הם מוגנים מתקיפה כמו אזרחים. יתר על כן, חוקת רומא של בית הדין הבינלאומי הפלילי מגדירה במפורש כפשע מלחמה התקיפה מכוונת על כוחות שמירת שלום, מתקניהם, ציודם וכלי רכבם.³⁴⁵

השאלה המשפטית המורכבת ביותר היא מה הדין במקרה של פגיעה לא מכוונת; כלומר תקיפה של מטרה צבאית סמוך למחנה יוניפי"ל או כוח יוניפי"ל שבעקבותיה נפגע מתקן או אדם (מה שמכונה בעגה הצבאית נזק נלווה, collateral damage). לכאורה, אם ההגנה על כוח יוניפי"ל מבוססת על השוואתם לאזרחים, הרי פגיעה בלתי מכוונת בהם, גם אם היא צפויה, אינה בגדר הפרה של דיני הלחימה במשפט הבינלאומי, ובלבד שאינה מופרזת ביחס לתועלת הצבאית של התקיפה.³⁴⁶

עם זאת, ועדת חקירה פנימית שמינה מזכ"ל האו"ם כדי לבדוק מקרים של פגיעה במתקני האו"ם בעזה במבצע "עופרת יצוקה" בתחילת 2009 הביעה עמדה אחרת. בתמצית הדוח, שפרסם מזכ"ל האו"ם, הוועדה חוזרת ומציינת כי על התקריות הנזכרות חלה גם האמנה בדבר חסינויות האו"ם,³⁴⁷ ועל כן שיקולים של

344 עפר שלח ויואב לימור שבוים בלבנון: האמת על מלחמת לבנון השנייה 229 (2007); אסף שטול-טראורנינג "18.4.1996 / ההפגזה על כפר כנא במבצע 'ענבי זעם'" הארץ 18.4.2012.

345 ס' 8(2)(b)(iii) לחוקת רומא, לעיל ה"ש 111; וראו גם J. M. HENCKAERTS & L. DOSWALD-BECK, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, Vol I, Rule 33 (2005)

346 לעיל 1.1, 2.2.

347 האמנה אומצה למשפט הארץ עוד בתקופת המנדט הבריטי. ראו פקודת החסינויות וזכויות-היתר של האומות המאוחדות.

צורך צבאי אינם יכולים להצדיק פגיעה (ולו עקיפה) במתקן של האו"ם.³⁴⁸ מזכ"ל האו"ם מציינ במכתבו, שאליו מצורפת התמצית, שמדינת ישראל הודיעה לו כי יש לה הסתייגויות משמעותיות ממנו. דעתי היא כי החסינות המוקנית לאו"ם אוסרת על פגיעה מכוונת באנשיו ובמתקניו, אבל אין יסוד להשקפה כי יש בה כדי להטיל אחריות מוחלטת בגין פגיעה לא מכוונת במהלך לחימה. כך או כך, בכל מקרה של פעולה צבאית נרחבת של ישראל בדרום לבנון יצטרך צה"ל להימנע ככל האפשר מפגיעה במתקני יוניפי"ל ובאנשיו. לנוכח תגבור הכוח והרחבת פרישתו, ולנוכח ניסיון אפשרי של חזבאללה לנצל את הרגישות הזאת ולירות מקרבת מתקני יוניפי"ל, יהיה האתגר של צה"ל להימנע מפגיעה בו מורכב משהיה בעבר.

תרחיש 4: חזבאללה תוקף אובייקט ישראלי בחוץ לארץ

ערב ראש השנה נורו שני טילים נגד מטוסים על מטוס אל על זמן קצר לאחר שהמריא מנמל התעופה בבריסל בדרכו לישראל. המטוס נפגע והתרסק. שמונה אנשי צוות ומאה וארבעה עשר נוסעים נהרגו. שום מדינה או ארגון לא קיבלו עליהם אחריות על פעולת הטרור, אבל חקירת שלטונות בלגיה העלתה שהטילים נורו משטחה. עוד נמצא שמדובר בטילים מסוג 358, שהים לטילים שניסתה איראן לספק בעבר למורדים החות'ים בתימן ונתפסו בידי צי ארצות הברית; את הג'יפים שמהם שוגרו שכרו אזרחים לבנונים, כנראה בזוהר בדויה, והם יצאו מבלגיה זמן קצר לאחר הפיגוע.

למי אפשר לייחס אחריות לפיגוע?

אם מדינה טוענת שהיא זכאית להגן על עצמה מפני התקפה חמושה, נטל ההוכחה הוא עליה – עליה להוכיח מי תקף אותה.³⁴⁹ ואולם בפרשת מתקני הנפט לא הגדיר בית הדין הבינלאומי איזו הוכחה דרושה ומה נדרש כדי לעמוד בה. עם זאת, אפשר להשתמש בפקס הדין הזה כדי ללמוד מה לא נחשב די לייחוס אחריות. ארצות

Letter dated 4 May 2009 from the Secretary-General addressed to 348
the President of the Security Council, para. 16, 26, 38, 44, 54, 65, 75,
91, A/63/855-S/2009/250, 15.5.2009

הברית טענה שאיראן שיגרה טיל והוא פגע במכלית נושאת דגל ארצות הברית בכוויית. עוד טענה שמדובר בטיל מסוג סילקוורם, אבל לא היו בידה רסיסים מן הטיל. לדבריה, הטיל שוגר מחצי האי אל־פאו שבידי איראן, והיא אף הביאה חוות דעת של מומחים ותצלומי לוויין המצביעים לכאורה על קיומם של מתקנים לשיגור טילים באותו מקום, אבל בית הדין סבר שהדברים אינם ברורים. הונאה אף עדות ראייה של איש צבא כווייתי, שראה את הטיל במעופו ומסר מאיזה כיוון הוא הגיע. בית הדין ציין שהעדויות ניתנה כעשר שנים אחרי האירוע וכי יש הבדלים בין העדות בערבית לתרגומה לאנגלית בנוגע לכיוון שממנו הגיע הטיל. נשמעו אף עמדות שונות בנוגע לטווח של הטיל וליכולתו להתקדם במסלול שאינו ישר, ככל הנראה כיוון שיש לטיל זה גרסאות שונות ולא היה מידע על הגרסה הספציפית. בסיכומו של דבר, בית הדין הבינלאומי לצדק הדגיש שאין הוא נדרש לבחור מה סביר יותר – אם ירתה את הטיל איראן או עיראק – אלא שנטל ההוכחה הוא על ארצות הברית והיא לא הצליחה להוכיח שאיראן היא שירתה אותו.³⁵⁰ נראה שאפשר ללמוד מן הדברים שיייתכן שדי בראיות נסיבתיות לייחוס אחריות, אבל עליהן להיות משכנעות. אומנם העובדה שהטילים שנורו על מטוס אל על הם מסוג הטילים שאיראן ניסתה בעבר להעביר לשלוחיה בתימן, והעובדה שהטילים שוגרו מכלי רכב ששכרו שני אזרחים לבנונים לכאורה, שזהותם אינה ברורה ואין מידע על קשרים בינם ובין חזבאללה או על היותם שלוחים של לבנון או של איראן, הן ראיות נסיבתיות המצביעות על איראן ועל חזבאללה, אבל נראה כי אין בהן די לעמוד בנטל ההוכחה ולייחס לחזבאללה או לאיראן התקפה חמושה על ישראל. ואם אי־אפשר לייחס להן אחריות אי־אפשר גם לפעול בכוח במסגרת הזכות להגנה עצמית נגד חזבאללה, איראן או לבנון.³⁵¹

350 פרשת מתקני הנפט, לעיל ה"ש 64, בפס' 57-61.

351 כיוון שבתרחיש נורו הטילים משטח בלגיה, ייתכן שגם לבלגיה יש אחריות לאי־מניעת הפיגוע. לא ארחיב בניתוח סוגיה זו במחקר זה. לסוגיה של ייחוס אחריות, מחוך הבחנה בין השאלה על מי מוטל הנטל, מה כובד הנטל ומה הראיות לעמידה בו, ראו גם Ronen, לעיל ה"ש 73.

האם יש בכוחם של ענפים אחרים של המשפט הבינלאומי לספק כלים להתמודדות עם הפיגוע?

דיני המאבק בטרור, דיני זכויות האדם וכן דיני התעופה האזרחית – כולם ענפים של המשפט הבינלאומי שיש בכוחם לספק כלים להתמודדות עם האירוע המתואר בתרחיש.

אחת האמנות הבינלאומיות הראשונות נגד טרור הייתה אמנת מונטריאול לדיכוי מעשים בלתי חוקיים כנגד בטיחות התעופה האזרחית.³⁵² מלבד ישראל, גם איראן ובלגיה חברות באמנה, אך לבנון אינה חברה בה.³⁵³ האמנה מגדירה פשע בינלאומי כל מעשה בלתי חוקי ומכוון ההורס כלי טיס בשירות או פוגע בבטיחותו. מכאן שלפי האמנה, ירי טילים על מטוס נוסעים אזרחי הוא פשע.³⁵⁴ האמנה מחייבת כל מדינה חברה להחיל את סמכות השיפוט שלה על פושעים בתחומה. אם אין היא מסגירה אותם למדינה אחרת המבקשת הסגרה, עליה לשפוט אותם בעצמה.³⁵⁵ האמנה מחייבת גם שיתוף פעולה בחקירת מעשים בלתי חוקיים הפוגעים בבטיחות התעופה האזרחית.³⁵⁶

וכיוון שהתרחיש המתואר הוא ללא ספק פשע לפי אמנת מונטריאול חלה על איראן החובה לשתף פעולה בחקירת הפיגוע. יתר על כן, אומנם לבנון נמנעה מאשרור האמנה, אבל אפשר להפעיל עליה לחץ להסגיר את אזרחיה המערובים ולמסור מידע רלוונטי. לאחר פיגועי 11 בספטמבר אימצה מועצת הביטחון של

352 אמנה בדבר דיכוי מעשים בלתי חוקיים כנגד בטיחות התעופה האזרחית, כ"א 22, 489 (נחתמה ב־1971, אושררה ב־1972) (להלן: אמנת מונטריאול).

353 Convention for the Suppression of Unlawful acts Against the Safety of Civil Aviation, 974 UNTS 177

354 ס' 1(ב) לאמנת מונטריאול, לעיל ה"ש 352. נכלל בפשע גם מי שמנסה לעשות את המעשה או שותף לביצועו. האמנה אינה חלה על כלי טיס בשירות הצבא, המכס או המשטרה (ס' 4).

355 שם, בס' 5-8.

356 שם, בס' 11-13.

האו"ם את החלטה 1373, הקוראת לכל המדינות לשתף פעולה במניעה ובחקירה של מעשי טרור ולהצטרף לאמנות הבינלאומיות למאבק בטרור.³⁵⁷

אפשר להצביע על תקדים רלוונטי למעורבות מועצת הביטחון במקרים מהסוג הנדון כאן. עוד קודם שהגבירה מועצת הביטחון את מעורבותה במאבק בטרור בעקבות פיגועי 11 בספטמבר היא הייתה מעורבת במקרה של פיצוץ מטוס פאן אמריקן מעל העיירה לוקרבי בסקוטלנד ב־1988. במקרה זה, שקושר ללוב, קבעה מועצת הביטחון כי סירובה של לוב למסור את החשודים מסכנת את השלום והביטחון הבינלאומיים והטילה עליה סנקציות מכוח סמכותה לפי פרק שבע של מגילת האו"ם. בסופו של דבר הוסגרו החשודים ועמדו לדין בבית משפט בסקוטלנד.³⁵⁸

כלומר אמנת מונטריאל מספקת כלים לדרוש ממדינות שלישיות לשתף פעולה בחקירת הפיגוע ואף לגייס את מועצת הביטחון לעסוק בנושא, ומכאן שהיא יכולה לסייע לישראל להשיג מידע שיאפשר לה לייחס אחריות לאיראן ולחזבאללה. האמנה אף יכולה לסייע בהטלת סנקציות בינלאומיות על איראן וחזבאללה בגין הפיגוע ואפילו במיצוי הדין עם האחראים, לפחות בדרג המבצע וייתכן שגם בדרגים גבוהים ממנו.³⁵⁹

עוד אירוע רלוונטי שמומלץ לעקוב אחר השלכותיו הוא הפלת טיסת מלזיה איירליינס מאמסטרדם לקואלה לומפור ביולי 2014. המטוס הופל כשטס מעל מזרח אוקראינה, באזור שבשליטת בדלנים פרו־רוסים. רוסיה הכחישה מעורבות באירוע, ואולם ועדת חקירה הולנדית קבעה שהמטוס הופל באמצעות טיל קרקע־אוויר שנורה ממערכת מתוצרת רוסיה. בפרשה זו תבעו הולנד ואוקראינה

357 החלטת מועצת הביטחון 1373 (2001).

358 גיל לימן "טרור במשפט הבינלאומי" משפט בינלאומי 435 (מהדורה שלישית, רובי סייבל ויעל רונן עורכים, 2016).

359 כבר הוזכרו לעיל הפיגועים שביצע חזבאללה בשיחוף איראן בשגרירות ישראל ובבניין הקהילה היהודית בארגנטינה. בעקבות פיגועים אלו פנתה ארגנטינה לאינטרפול והשיגה צווי מעצר בינלאומיים נגד בכירים איראנים, לרבות שר המודיעין לשעבר פלחיאן, אבל לא נגד הנשיא לשעבר רפסנג'אני. ראו שיף, לעיל ה"ש 259; "צווי מעצר בינלאומיים נגד מבצעי הפיגוע בארגנטינה" ynet 15.3.2007.

את רוסיה בבית הדין האירופי לזכויות אדם. לאחרונה התקבלה החלטה מקדמית בתביעה זו, שלפיה יש לבית הדין סמכות ויש לדון בתביעה לגופה.³⁶⁰ במקרה הזה התבססה עילת התביעה על דיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי: הטענה היא שרוסיה פגעה בזכות של צוות המטוס ונוסעיו לחיים. בית הדין קבע שרוסיה שלטה בפועל בשטח של מזרח אוקראינה, שהוחזק בידי בדלנים פרו־רוסיים, הן בשל מעורבותה הצבאית הישירה בסכסוך הן בשל תמיכתה בבדלנים והשפעתה עליהם. רוסיה הייתה מחויבת לפי האמנה האירופית לזכויות אדם לשמור על הזכות לחיים בשטח זה בשל שליטתה בו. כיוון שהטיל נורה משטח זה והמטוס של מלזיה איירליינס נפגע מעל שטח זה, יש לדון לגופו של עניין אם רוסיה הפרה בכך את חובתה לפי האמנה להגן על הזכות לחיים.³⁶¹ בית הדין האירופי לזכויות אדם הכיר, בנוגע לתקריות אחרות שנדונו בהליך זה ובתקדימים אחרים, שמדינה מחויבת בשמירת זכויות האדם גם מחוץ לשטח שבריבונותה או בשליטתה אם סוכניה או נציגיה הפעילו שליטה אישית על הנפגעים, למשל על חיילים ואזרחים אוקראינים שנשבו ונטען שעונו. באשר להפלת המטוס, בית הדין לא מצא צורך לדון בשאלה אם ניתן היה לבסס סמכות על יסוד שליטה אישית אף אם המטוס היה מופל מחוץ לשטח שבשליטת רוסיה, אך לא מן הנמנע שייקבע כך בנסיבות עתידיות שבהן הדבר יידרש.³⁶² אף שישראל, איראן ולבנון אינן מדינות חברות באמנה האירופית לזכויות אדם, ייתכן שלקביעות אלו תהיה משמעות גם בהקשר של התרחיש הנדון, בייחוד כיוון ששלוש המדינות אשררו את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות,³⁶³ וועדת זכויות האדם, הפועלת לפי אמנה זו, הכירה באפשרות להחיל חובות מתחום דיני זכויות האדם על פגיעה בזכות לחיים מחוץ לטריטוריה של מדינה.³⁶⁴ איראן ולבנון לא הצהירו

Ukraine and the Netherlands V. Russia, App. No. 8019/16, 43800/14 360
and 28525/20, January 25, 2023

שם, בפסקה 702. 361

362 לביקורת על גישתו המצמצמת של בית הדין ראו, Marko Milanovic, *The European Court's Admissibility Decision in Ukraine and the Netherlands v. Russia: The Good, the Bad and the Ugly – Part II*, EJIL:TALK! (January 26, 2023)

International Covenant on Civil and Political Rights, 999 UNTS 171 363

General comment No. 36 (2018), לעיל ה"ש 16, בפס' 63. 364

כי הן מקבלות עליהן את סמכות הוועדה לזכויות אדם לדון בתלונה נגדן על הפרת זכויות אדם מצד מדינה אחרת והן אינן צד לפרוטוקול האופציונלי לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, המאפשר הליך שבו פרטים שזכויות האדם שלהם נפגעו יכולים לפנות בהליך המתנהל נגדן לוועדת לזכויות אדם.³⁶⁵ קשה לשער אפוא כיצד יתנהל הליך שיפוטי או מעין שיפוטי נגד איראן או לבנון כגון ההליך נגד רוסיה בבית הדין האירופי לזכויות אדם. עם זאת, אפשר שישראל תוכל להעלות את העניין בפורומים בינלאומיים לזכויות אדם כדי להפעיל לחץ על איראן ולבנון.

פסק דין מעניין אחר שנתן לאחרונה בית הדין האירופי לזכויות אדם, אף הוא נגד רוסיה, יוכל לסייע בנסיבות מסוימות לייחס למדינה אחרות למעשי אזרחיה, גם אם אינם שליחים רשמיים. בית הדין קבע שכשהרעילה רוסיה בפולונים את אלכסנדר ליטווינקו, סוכן רוסי לשעבר שנעשה אזרח בריטניה והתנגד למשטרו של הנשיא פוטין, היא הפרה את זכותו לחיים. בריטניה חקרה ומצאה שליטווינקו אכן הורעל באמצעות פולונים, חומר נדיר שקשה להשיגו ללא שיתוף פעולה של מדינה. עוד מצאה ששני אזרחים רוסים שהגיעו לבריטניה ונפגשו עם ליטווינקו הם שביצעו את ההרעלה. אותם חשודים חזרו לרוסיה והיא לא הסכימה להסגירם לבריטניה. בית הדין האירופי קבע שרוסיה לא חקרה את האירוע לפי הסטנדרטים הנדרשים ואף לא הסכימה למסור לבריטניה את ממצאי החקירה הלקויה. אף שלא היה מידע שהשניים מילאו תפקיד ממשלתי ברוסיה קבע בית הדין שבנסיבות אלו חל נטל ההוכחה על רוסיה והיא שצריכה להוכיח שהשניים לא פעלו מטעמה. הימנעותה מבדיקת העניין וסירובה למסור מידע מובילים לחזקה שהשניים פעלו מטעם רוסיה ומעשיהם מיוחסים למדינה זן.³⁶⁶

ייתכן שבמקרה זה קשורה העברת נטל ההוכחה לאופיו המיוחד של בית הדין האירופי לזכויות אדם, הדין בעתירות של בני אדם נגד מדינות. כיוון שכוחן של

³⁶⁵ *Status of* לסטטוס אישור אמנות זכויות האדם במדינות העולם ראו *Ratification Interactive Dashboard*, UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS

Carter v. Russia, ECHR (3rd section, judgment, 21.9.2021, 20914/07), ³⁶⁶ para. 162-169

המדינות רב מכוחם של הפרטים העותרים נדרש בית הדין לאזנו בהטלת נטל ההוכחה על המדינה. ואולם בדיקה של הפרקטיקה של ערכאות בינלאומיות אחרות, גם אלו שדנות בסכסוכים בין מדינות, מראה שלעיתים מוטל נטל ההוכחה על הצד שהראיות מצויות ברשותו או שיש לו גישה בלעדית להן והוא נכלל בחובתו לשתף פעולה בהליך המשפטי.³⁶⁷

גם בתרחיש הנדון כאן אפשר לטעון שאם תסרב לבנון לשתף פעולה ולהסגיר את אזרחיה או לחקור אותם ולמצות עימם את הדין, ייתכן שנטל ההוכחה שהם לא פעלו מטעם המדינה יעבור אליה.

כאמור, גם דיני התעופה האזרחית של המשפט הבינלאומי יכולים להיות רלוונטיים לענייננו כאן. אמנת שיקגו, שנחתמה בשנת 1944, מסדירה את הכללים בנושא זה והבטחת בטיחותה של התעופה האזרחית תופסת בה מקום מרכזי. איראן, לבנון, בלגיה וישראל הן מדינות חברות.³⁶⁸ כשבשנת 1973 הפילה ישראל (בטעות) מטוס נוסעים לובי בסיני אימצה אספת המדינות החברות בארגון התעופה האזרחית הבינלאומי (ICAO), שהוקם לפי אמנת שיקגו, החלטה המגנה את ישראל ומורה על חקירת הפרשה.³⁶⁹ השפעה גדולה יותר הייתה להפלת מטוס קוריאן אייר מעל שטחה של ברית המועצות ב־1 בספטמבר 1983 באמצעות מטוסי יירוט סובייטיים. ב־15-16 בספטמבר התכנסה מועצת ICAO למושב חירום מיוחד לבקשת דרום קוריאה וקנדה והחליטה על מינוי ועדת חקירה לבדיקת העובדות.³⁷⁰ הנושא תפס מקום מרכזי במושב ה־24 של העצרת הכללית של הארגון, שהתכנסה באותה שנה,³⁷¹ ובעקבות האירוע הוסיפו לאמנת

367 Ronen, לעיל ה"ש 73.

368 Convention on International Civil Aviation (להלן: אמנת שיקגו).

369 Resolution A19-1: Shooting down of a Libyan Civil Aircraft by Israeli fighters on 21 February 1973, ICAO 19th Assembly 27.2-2.3.1973, Resolutions and Minutes 11

370 ראו בדיווח נשיא המועצה לאספה הכללית: ICAO 24th Assembly, 20.9-7.10.1983, Minutes 90

371 שם, בפרוטוקול דברי נציגי המדינות השונות בדיון. על פי הפרוטוקול כמעט כולן נדרשו לאירוע.

שיקגו את סעיף 3bis. סעיף זה קובע כי המדינות החברות מכירות בכך שעליהן להימנע משימוש בנשק כלפי מטוסים אזרחיים בטיסה, וכי אם נדרש יירוט (הסטה של המטוס ממסלולו ואילוצו לנחות) אין לסכן חיי בני אדם על סיפון המטוס ואת בטיחותם. כל זאת בלי לגרוע מזכויותיהן וחובותיהן של המדינות לפי מגילת האו"ם.³⁷² אומנם הוראה זו אומצה בהקשר של שימוש של מדינה בנשק כנגד מטוס אזרחי שחדר לכאורה לשטחה,³⁷³ אבל ברור – הן מלשון ההוראה הן בדרך של קל וחומר – שהוא אוסר על שימוש של מדינה בנשק נגד מטוס אזרחי גם מחוץ לשטחה, מקום שבו אין המדינה יכולה לטעון שהמטוס פגע בריבונותה. במקרה של חילוקי דעות בין מדינות על פרשנות אמנת שיקגו או יישומה רשאית מדינה חברה לפנות להכרעת מועצת ארגון התעופה האזרחית הבינלאומית (ICAO Council). היא אף רשאית לערער על הכרעת המועצה לבית הדין הבינלאומי או לטריבונל בוררות שיוקם אד-הוק.³⁷⁴ עם זאת, הפרקטיקה של המועצה היא לתווך בין הצדדים ולא לקבל החלטה מחייבת.³⁷⁵ על פי אמנת שיקגו, אפשר להטיל סנקציה על מדינה המפירה אותה ולשלול ממנה את זכות ההצבעה בעצרת הכללית ובמועצה.³⁷⁶ לסיכום, בתרחיש הנדון כאן ישראל יכולה להפעיל לחץ על איראן ולבנות באמצעות המנגנונים המתוארים בדיני התעופה האזרחית הבינלאומית.

הפרות מסוג זה של המשפט הבינלאומי, בייחוד מעורבות בפעולות טרור, יכולות לשמש בסיס גם לתביעות אזרחיות נגד איראן ולבנות בבתי משפט של מדינות המאפשרות תביעות מסוג זה. דוגמה בולטת היא ארצות הברית, שבה חויבה

372 יש להניח שההסתייגות מכוונת לזכות להגנה עצמית לנוכח התקפה חמושה.

373 לפירוט של תקריות רבות מסוג זה מאז מלחמת העולם השנייה ראו Brian E. Foot, *Shooting Down Civilian Aircraft: Is There an International Law*, 72 (3) J. AIR L. AND COM. 695 (2007).

374 ס' 84-85 לאמנת שיקגו, לעיל ה"ש 368.

375 שי שהמי "דיני התעופה האזרחית" משפט בינלאומי 576-575 (רובי סייבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית, 2016).

376 ס' 88 לאמנת שיקגו, לעיל ה"ש 368.

איראן בפיצויים של מיליארדי דולרים והם נגבו מתוך נכסים איראניים בארצות הברית. ניסיון של איראן לתקוף הליכים אלו בבית הדין הבינלאומי נכשל.³⁷⁷

דומה של ישראל יש "רפלקס מותנה" להגיב על פגיעה מכוונת בישראלים מהסוג המתואר בתרחיש בכוח צבאי. להלן אעסוק בקצרה בחוקיות תגובה מסוג זה. ואולם יש מקום לשקול – אם כחלופה לתגובה צבאית אם נוסף עליה – גם ניהול של מערכה דיפלומטית־משפטית. המוסדות והכלים שתוארו בתחומי דיני המאבק בטרור, דיני זכויות האדם ודיני התעופה האזרחית יכולים להפעיל לחץ על המעורבים בפיגוע ואף לגרום להם נזקים מוחשיים.

האם אפשר להגיב בתקיפת חזבאללה או איראן בלבנון?

פגיעה במטוס ישראלי, בכל מקום בעולם, תיחשב מעשה תוקפנות כנגד ישראל.³⁷⁸ מספר ההרוגים הגבוה גם הוא מביא את הפיגוע באופן ברור ביותר אל מעבר לסף הנדרש ל"התקפה חמושה", המקנה למדינה המותקפת את הזכות להגנה עצמית.³⁷⁹ מובן שכדי לנקוט פעולה כנגד איראן, לבנון או חזבאללה יש להוכיח שהן אחראיות לפיגוע – הוכחה הכרוכה בקשיים. ולבסוף, בהנחה שאי־אפשר לייחס ללבנון אחריות לפיגוע עצמו, משום שאין בסיס לקבוע כי היא שולטת בחזבאללה ומכוונת את פעולתו, ובוודאי שאי־אפשר לקבוע זאת בנוגע לאיראן, ובהיעדר ראיה שגורם לבנוני רשמי הוא שהורה על ביצוע הפיגוע, נשאלת שאלת חוקיות התגובה הצבאית בשטח לבנון כלפי כוחות של איראן או של חזבאללה. המסקנות דומות למסקנות שהגענו אליהן בתרחיש 1: כיוון שהאחראים להפלת המטוס לא ביצעו את הפיגוע משטחם יהיה לישראל קשה יותר להצדיק את חוקיות תגובתה בלבנון ובאיראן. עם זאת, אם יהיה אפשר להראות שמפקדת

Chimène Keitner, *World Court Rules on Iran Challenge to US Suits for Acts of Terrorism: An Explainer*, JUST SECURITY (19.2.2019)

378 ס' (ד) 3 להחלטת האו"ם בדבר הגדרת תוקפנות, לעיל ה"ש 41. מעשה המגיע לדרגת פשע בינלאומי של תוקפנות וודאי עובר את הסף הנדרש ל"התקפה חמושה".

379 השוו לדין בתרחיש הקודם. לדיון בשאלה זו בהקשר של מלחמת לבנון השנייה ראו לעיל בעמ' 77-78. לבטיס בדיון לדרישה זו ראו לעיל בעמ' 35-36.

חזבאללה הורתה על הפלת המטוס, ייתכן שישראל תוכל לשכנע שתגובתה עומדת בדרישת הצורך שבדיני ההגנה העצמית.³⁸⁰

תרחיש 5: תקיפת סייבר בעת מתיחות בצפון

המתיחות בצפון גברה לאחר שתקשורת זרה דיווחה שישראל תקפה שיירת נשק מאיראן לחזבאללה בשטח סוריה.³⁸¹ בין השאר פורסם שבתקיפה נהרג גנרל איראני ושני פעילים בכירים בחזבאללה. כמה ימים לאחר פרסומים אלו נאם מזכ"ל חזבאללה, הספייד את ההרוגים ואמר כי "פשעי הציונים לא יישארו ללא תגובה מצד איראן וחזבאללה". כשבוע לאחר הנאום הייתה התקפת סייבר על מתקן מרכזי לטיהור שפכים בישראל. ההתקפה שיתקה את המתקן לשלושה ימים, וכשהיה חשש שסביבתו תוצף נאלצו מפעיליו להזרים לים שפכים לא מטהורים. כ־30 ק"מ של חופי רחצה נסגרו לציבור ולאזור שאליו הוזרמו השפכים נגרם נזק אקולוגי. באותו זמן נפגע מהתקפת סייבר אחרת יישומון ניווט פופולרי. התוקפים הצליחו להשתלט על הכוונת התנועה בגוש דן ובסמוך לקריה בתל אביב נוצרו פקקים כבדים. פקקים כבדים נוצרו גם בסמוך לקריית הממשלה בירושלים, גרמו לאיחורים ושיבשו את פעולתם של מוסדות ממלכתיים. שום מדינה או ארגון לא קיבלו עליהם אחריות על התקיפות.

האם אפשר לייחס את התקיפה לאיראן או לחזבאללה?

מדינה שמבקשת לממש את זכותה להגנה עצמית כנגד התקפה חמושה נדרשת להוכיח שפעולתה הצבאית מופנית כנגד התוקף.³⁸² הקושי לעמוד בתנאי זה כשאינו מקבל אחריות על התקיפה פורט בניתוח תרחיש 4.³⁸³ ייתכן שדי בראיות נסיבתיות, אך עליהן להיות משכנעות. העובדה שהמתקפה אירעה זמן קצר לאחר שמזכ"ל חזבאללה איים בתגובה כנגד ישראל היא ראייה נסיבתית;

380 לעיל בעמ' 95-98.

381 לעיל תרחיש א2.

382 לעיל בעמ' 64.

383 לעיל בעמ' 127-128.

לא די בה בלבד, אבל היא יכולה להצטרף לראיות נוספות. אם אפשר למשל להראות שבתקיפת הסייבר השתמשו ביכולות שיש רק למדינות, או אף באופן ספציפי יותר לאיראן, הדבר עשוי להכריע את הכף. כך קרה בפרשת הרעלתו של ליטווינונקו: ההרעלה באמצעות חומר רדיואקטיבי שנגיש רק לממשלות חיזק את בית הדין האירופי לזכויות אדם במסקנתו שרוסיה היא שאחראית להרעלה.³⁸⁴ לא די במידע שמקור התקיפה בשטחה של מדינה מסוימת כדי לייחס לאותה מדינה אחריות משפטית, שכן מדינה אינה אחראית לפעולתם של אנשים פרטיים, אף אם הם אזרחיה, אלא רק אם הם פועלים במסגרת ארגון שבשליטתה או לפי הוראותיה הספציפיות.³⁸⁵ סביר להניח שמדינה המבצעת תקיפת סייבר תפעל לטשטוש אחריותה ולגרום לתקיפה להיראות כאילו ביצעו אותה פצחנים (האקרים) שאינם קשורים אליה, ואפילו לשתול רמזים למעורבות של מדינה אחרת.³⁸⁶ ואולם ייתכן שבמקרים מסוימים בכל זאת יהיה אפשר להוכיח את מעורבות המדינה. גם הוכחה שאיראן כבר תקפה בעבר את ישראל תקיפות סייבר יכולה לסייע לעמידה ברף הראיות הנדרש – הן כיוון שתקיפה כזאת יכולה לאשש קיום של מניע או כוונה הן על יסוד דמיון בשיטת הפעולה.³⁸⁷

האם מדובר ב"התקפה חמושה"?

אם תגרום תקיפת סייבר לפגיעה בנפש או ברכוש בהיקף שהיה נחשב "התקפה חמושה" אילו נגרם בתקיפה קינטית (בפצצות, פגזים או ארטילריה), תיחשב אף היא התקפה חמושה. תקיפת סייבר שמתמצית בגנבת מידע או במניעה זמנית של גישה לאתרים במרשתת לא תיחשב להתקפה חמושה.³⁸⁸ התקיפה המתוארת בתרחיש היא באזור הביניים שבין שני הקצוות ולכן קשה יותר לסווגה.

384 לעיל בעמ' 132.

385 לעיל 1.7.

386 פורטס למשל שמתקפת סייבר נגד ישראל שמטרתה גנבת מידע ומקורה בסין הוסוטה כתקיפה איראנית. ראו טל שחף "נחשפה מתקפת סייבר ענקית של סין על ישראל" *ynet* 10.8.2021.

387 דודי סימן טוב ושמואל אבן "מלחמת הסייבר בין ישראל לאיראן עולה מדרגה" *מבט על* 1328 (המכון למחקרי ביטחון לאומי (INSS)) 2.6.2020.

388 לעיל בעמ' 37.

מצד אחד, התקיפה גרמה נזק פיזי דומה לזה שהיה נגרם אילו הייתה התקיפה קינטית – בשני המקרים הזרמו לים שפכים לא מטוהרים. מן הצד האחר, הנזק היה זמני (שלושה ימים) ולא היה כרוך באובדן חיים או בהרס רכוש. נוסף על כך, בין הפגיעה ובין הנזק עמדה גם החלטתם של מפעילי המתקן להזרים את השפכים לים. גם אם היא התקבלה בלידת ברירה, שכן כל חלופה הייתה גרועה יותר, יש בכך כדי להחליש מעט את הקשר הסיבתי בין הפגיעה לתוצאה. יתר על כן, התקיפה גרמה לפגיעה בסביבה, אבל לא ברור עד כמה פגיעה זו היא נרחבת. קשה אף יותר לראות בשיבוש התנועה באמצעות תקיפת אפליקציית הניווט התקפה חמושה – אומנם הנזק שנגרם משיבוש התנועה זהה לכאורה לנזק שהיה נגרם מתקיפה קינטית של צירי תנועה, אבל כאן הפגיעה אינה רק זמנית אלא גם נטולת אפקט פיזי (שלא כמו הפגיעה עקב הזרמת שפכים). סיכומו של דבר: יהיה קשה לטעון שתקיפת הסייבר הזאת היא "התקפה חמושה".

בהנחה שלא מדובר בהתקפה חמושה, מהן דרכי הפעולה הפתוחות לפני ישראל?

קיומה של התקפה חמושה הוא תנאי מוקדם למימוש הזכות להגנה עצמית. בהיעדרה לא תוכל ישראל להגיב בכוח צבאי אף אם יהיה אפשר לייחס את התקיפה לאיראן או לחזבאללה.³⁸⁹ עם זאת, אין פירוש הדבר שישראל אינה רשאית מבחינת המשפט הבינלאומי להגיב על התקיפה באמצעים שאינם כרוכים בשימוש בכוח. כאמור, למדינה הזכות לנקוט אמצעי נגד שאינם כוללים שימוש בכוח צבאי כלפי מדינה המפירה התחייבות בינלאומית כלפיה.³⁹⁰ תקיפת הסייבר מפירה את האיסור להתערב בענייניה הפנימיים של ישראל ולפגוע בריבונותה.³⁹¹ אמצעי הנגד המותרים הם אי-ביצוע זמני של ההתחייבויות

389 לעיל בעמ' 35-38. ייתכן שאם ישראל תגיב תגובה צבאית, אבל לא תחצה את הרף של "התקפה חמושה", גם אם תפר לכאורה את האיסור על שימוש בכוח לא יתקיים תנאי מוקדם לקיומה של הזכות להגנה עצמית של איראן או לבנון, ומבחינה מעשית האירוע יסתיים.

390 לעיל בעמ' 55.

391 הצהרת האו"ם בנוגע לעקרונות המשפט הבינלאומי, לעיל הי"ש 24.

הבינלאומיות כלפי המדינה המפירה.³⁹² אמצעי הנגד יכול להיות ממין הפגיעה – למשל, תקיפת סייבר של ישראל כנגד איראן; והוא יכול להיות גם בתחום אחר לחלוטין – למשל, בשוויץ מתנהל הליך בוררות בין איראן לישראל בנוגע להשקעות איראן בקצא"א בתקופת השאה.³⁹³ אם תחויב ישראל לפצות את איראן היא תוכל לכאורה להשהות את תשלום הפיצויים. עם זאת, על השימוש באמצעי נגד מוטלות מגבלות רבות. אסור לו להפר זכויות אדם יסודיות או התחייבויות הומניטריות, כגון האיסור על פעולות תגמול.³⁹⁴ עליו להיות מידתי ביחס לנזק שנגרם מהפרת האיסור הנדון ולחומרת אותה הפרה.³⁹⁵ נוסף על כך, הוא אינו הולם פעולה חשאית, שכן מטרתו אינה להעניש את המדינה המפירה אלא לגרום לה להפסיק את ההפרה ולתקן את הנזק שגרמה. לכן התנאים המקדמיים לנקיטת פעולות נגד הן החובה לקרוא למדינה המפירה להפסיק את ההפרה ולפצות עליה והחובה להודיע מראש למדינה המפירה על כוונה לנקוט אמצעי נגד ולהציע משא ומתן.³⁹⁶ יש לחדול משימוש באמצעי הנגד ברגע שהמדינה המפירה עומדת בחובותיה בנוגע להפרה.³⁹⁷ חובות אלו אינן מתמצות בהפסקת ההפרה, אלא כוללות גם התחייבות שהיא לא תישנה, מתן ביטחונות לכך ותיקון של הנזק או פיצוי עליו.³⁹⁸ נראה כי אין סיכוי ממשי שאיראן תעמוד בתנאים האלה כך שישראל תידרש להפסיק את אמצעי הנגד, אבל אם יקרה הבלתי צפוי יוכיח הדבר שאמצעי הנגד אכן היו אפקטיביים.

392 כללי אחריות מדינה, לעיל ה"ש 127, בס' 49(2).

393 אלוף בן "איראן מינתה להליך הבוררות עם ישראל בעניין קצא"א שופט לשעבר מתקופת השאה" הארץ 4.9.2020.

394 כללי אחריות מדינה, לעיל ה"ש 127, בס' 50. לאיסור על פעולות תגמול (reprisals) ראו לעיל ה"ש 78 והטקסט המלווה אותה.

395 כללי אחריות מדינה, לעיל ה"ש 127, בס' 51.

396 שם, בס' 52(1)(a),(b).

397 שם, בס' 53.

398 שם, בס' 30-31.

מסקנות

האם לישראל זכות להגן על עצמה מפני התקפות של חזבאללה משטח לבנון או סוריה? נראה שלמרות הדעה שהביע בית הדין הבינלאומי בחוות הדעת המייעצת בעניין הגדר, שזכותה של מדינה להגנה עצמית קיימת רק אם מדינה אחרת תוקפת אותה, הרי מבחינה מעשית אם יתקוף חזבאללה בעתיד את ישראל תהיה לישראל טענה חזקה שיש לה זכות להגן על עצמה ולפעול נגד חזבאללה בשטח המדינה שהוא תקף ממנה. זכות זו תעמוד לה גם אם סוריה או לבנון לא יהיו אחראיות להתקפה או שלא תהיה ראייה לכך שחזבאללה פועל מטעם ממשלת אותה מדינה. מלחמת לבנון השנייה הראתה שהעמדה המקובלת – ולא רק בקרב ידידותיה המסורתיות של ישראל ומדינות המערב – היא שלישראל יש במצב זה זכות להגנה עצמית. רק מדינות אסלאמיות ומדינות העוינות את ישראל באופן מובהק לא סברו כך. ואולם לישראל יהיה קשה יותר להגיב לתקיפה ולפגוע במטרות חזבאללה בלבנון או בסוריה אם התקיפה לא תצא מאותה מדינה.

עם זאת, נראה שישראל תתקשה יותר לשכנע את הקהילה הבינלאומית שהתקיימו התנאים האחרים למימוש הזכות להגנה עצמית:

(1) יש לשאול מהו סף השימוש של חזבאללה בכוח הנדרש כדי להפעיל את הזכות להגנה עצמית – היו שהביעו את העמדה שהתקיפה ב־12 ביולי, שכללה הרג חיילים, חטיפת חיילים אחרים וירי רקטות נרחב, לא חצתה את הסף הנדרש. אומנם זו עמדה קיצונית, אבל היא מחדדת את הצורך לבחון אם די בתקיפות נרחבות פחות כדי שתוכר זכותה של ישראל להגנה עצמית. גם השאלה אם ריבוי של תקיפות "קטנות" יכול להצטבר כך שיצדיק שימוש בכוח להגנה עצמית עדיין לא הוכרעה. עם זאת, נראה שהגישה העונה לשאלה זו בחיוב צוברת תמיכה.

(2) שאלת האחריות המדינתית של לבנון (או סוריה) עדיין רלוונטית. יש הסבורים שאם התוקף הוא ארגון לא מדינתי (חזבאללה), והמדינה שהוא פועל בה אינה אחראית לפעולותיו, דרישת המידתיות מחייבת לכוון את התגובה לארגון בלבד, ולא למדינה. דרישה זו מגבילה במיוחד כשמדובר במטרות תשתית דו־שימושיות (כגון גשרים או תחנות כוח). אלה הן מטרות שמעצם טבען אינן "שייכות" לחזבאללה גם אם הוא משתמש בהן למטרות צבאיות. אם לא תיתפס לבנון אחראית לתקיפת ישראל הרי הנכונות להכיר בלגיטימיות של תקיפת מטרות אלו עלולה להיות מצומצמת יותר. הוכחת האחריות של לבנון לפעולות חזבאללה עלולה להיות קשה, גם אם חזבאללה משתתף בממשלה כמו בזמן מלחמת לבנון השנייה, שכן רוב המבחנים לייחוס אחריות למדינה מצמצמים למדי.

(3) יש להביא בחשבון תרחישים שבהם חזבאללה או איראן יתקפו, אך יהיה קשה לזהות את האחראי לתקיפה, למשל תקיפה של מטרה ישראלית בחו"ל או תקיפת סייבר, והן אף לא יקבלו אחריות לפעולה. במקרה כזה תצטרך ישראל להוכיח מי התוקפן שהיא מבקשת לפעול נגדו להגנתה. לא ברור מה בדיוק נדרש ממנה לצורך הוכחה זו.

(4) מידתיות תגובתה של ישראל עלולה להיות המגבלה העיקרית על חופש הפעולה של צה"ל. התפיסה האומדת מידתיות על פי היחס בין עוצמת ההתקפה שהציתה את העימות לעוצמת התגובה (מידה כנגד מידה) עדיין נפוצה מאוד. לנוכח עוצמתה היחסית של ישראל, סביר להניח שתגובתה תיתפס בלתי מידתית. גם מי שמוכנים לבחון מידתיות במבחן המעריך את הכוח הנדרש להשגת מטרות המבצע (יחס אמצעי־מטרה) עלולים לפרש בצמצום את מטרותיה הלגיטימיות של הפעולה הצבאית של ישראל. על פי פרשנות כזו, יצירת תנאים ביטחוניים טובים יותר אינה נחשבת תכלית לגיטימית; פעולות נגד מטרות צבאיות של חזבאללה בסמוך לגבול, ונגדן בלבד, הן לגיטימיות.

(5) קושי נוסף עלול להיווצר עקב הנטייה לראות בריבוי נפגעים אזרחים ובפגיעה בתשתיות אזרחיות (גם דו־שימושיות) הפרה של חובת המידתיות בדיני השימוש בכוח. לא מדובר רק במחיקת ההבחנה בין מידתיות בהגדרתה בדיני השימוש בכוח (היחס בין ההתקפה על המדינה לתגובתה הצבאית הכוללת) ובין מידתיות בהגדרתה בדיני הלחימה (היחס בין התועלת הצבאית של פגיעה

במטרה מסוימת לנזק הצפוי לאזרחים מן התקיפה), אלא גם בבחינת המידתיות בדיעבד, כלומר במבחן התוצאה המתייחס למספר הנפגעים האזרחים בפועל ולא ליחס הצפוי מראש בין מספר הנפגעים לתועלת הצבאית. כאמור, אין זה המבחן הנכון מבחינת המשפט הבינלאומי, אבל דעת הקהל הבינלאומית היא עניין אחר, ובנסיבות אלו גינויים כנגד ישראל עלולים לכלול שימוש מוטעה במונחים משפטיים.

המלצות

כדי לבסס את הלגיטימיות של תגובה צבאית עתידית כנגד חזבאללה מומלץ לנקוט כמה צעדים:

1. שימוש במידע מודיעיני

מן הראוי לפרסם במידת האפשר מידע מודיעיני בדבר הטמעת תשתיות צבאיות של חזבאללה באזורים אזרחיים בדרום לבנון. גם אם לא יביא הפרסום להפעלת לחץ שיוביל להוצאת התשתיות מאזורים מאוכלסים, ישראל תוכל לטעון שהיא הזהירה מראש ואפשרה לקהילה הבינלאומית בכלל, ולמועצת הביטחון, ליוניפי"ל ולממשלת לבנון בפרט, לפעול להקטנת מספר הנפגעים בעימות עתידי.

חשוב לאסוף מידע גם על הקשר בין ממשלת לבנון לחזבאללה ולשקול את חשיפתו כדי להפעיל לחץ על ממשלת לבנון שלא לשתף עימו פעולה בעניינים צבאיים. על יסוד מידע זה יש לחזור ולהדגיש את מחדליה של ממשלת לבנון ביישום החלטה 1701 – פירוק חזבאללה כמיליציה חמושה והרחקתו מדרום לבנון. יש שסבורים שאם מדינה טריטוריאלית נמנעת מיישום החלטות מועצת הביטחון אפשר לייחס לה אחריות. במקרה זה יהיה אפשר לייחס ללבנון אחריות להתקפה של חזבאללה על ישראל.

ברור שחשיפת מידע מודיעיני חייבת להיעשות בזהירות כדי לשמור על ביטחון מקורות המידע ולא לחשוף את שיטות האיסוף. עם זאת, ככל שהמידע הנחשף מעובד יותר וחלקי יותר, כך קל יותר להטיל ספק במהימנותו. יש למצוא את

האיזון הנכון בין השיקולים. ישראל משקיעה משאבים רבים באיסוף מודיעין ומן הראוי שהם לא יתועלו אך ורק לצרכים טקטיים.

2. פעולה דיפלומטית עקבית מול מועצת הביטחון של האו"ם

מן הראוי לנקוט גישה אקטיבית כלפי מועצת הביטחון, והצורך לחדש מדי שנה את המנדט של יוניפי"ל במועצת הביטחון מספק לנו את ההזדמנות לחזור ולנצל במה זו. יש להצביע על הפרתה של החלטה 1701 ולעמוד על יישומה.

מוצע לנצל גם את הדיון השנתי במועצת הביטחון בנושא חידוש המנדט של כוח המשקיפים בגולן (אנדו"ף) כדי להתריע על הסיכונים שבנוכחות לוחמי חזבאללה סמוך לגבול ולנסות ללחוץ על מועצת הביטחון לכלול בהחלטה קריאה לסוריה להרחיקם מהגבול.

3. פעולות להקטנת הסיכון של עימות עתידי

אין להגביל את המערכה הדיפלומטית והמשפטית להצדקת חוקיות פעולה צבאית של ישראל במקרה של עימות עתידי. אפשר וראוי להשתמש בה להקטין את הסיכון של עימות עתידי. למשל, אפשר לנסות לגרום למדינות רבות יותר להכריז כי חזבאללה הוא ארגון טרור³⁹⁹ ולהגביר את הלחץ על איראן להצטרף לאמנה למניעת מימון טרור. התשתית להפעלת לחץ כזה כבר קיימת, שכן בהחלטות שקיבלה מועצת הביטחון לאחר פיגועי 11 בספטמבר היא קראה לכל המדינות להצטרף לאמנות למאבק בטרור ובכללן לאמנה זו.⁴⁰⁰ הצלחה במהלך משולב כזה תקשה על איראן לתמוך בחזבאללה, לפחות ישירות, שכן היא תסתכן בסנקציות בינלאומיות. היעדר תמיכה מצד איראן תחליש את חזבאללה ותרתיע אותנו מליזום עימות עתידי עם ישראל, בייחוד נגד אזרחים.

399 מאמצים אלו כבר הביאו להישגים. ראו "אוסטריה עיגנה בחוק: חיזבאללה, על כל זרועותיו, הוא ארגון טרור" *ynet* 14.5.2021.

דוגמה אחרת לפעולה שיש בה כדי להקטין את הסיכון של עימות עתידי היא קביעת הגבול הימי בין לבנון לישראל, שנדרשה לצורך ניצול מיטבי של משאבי הגז הפוטנציאליים באזור.⁴⁰¹ לבנון מצויה במשבר כלכלי חמור ומשוועת להכנסות. ייתכן שבארייה כוללת נהגה ישראל נכון כשהלכה לקראת לבנון בקביעת הגבול הימי מתוך כוונה לקדם יצירת "מחיר הפסד" ללבנון במקרה של עימות עתידי. אין הדבר מחייב איום ישיר בפגיעה ישראלית במתקני הגז במקרה של לחימה – צעד שהבעייתיות שבו הוסברה במחקר זה. פיתוח שדות הגז מצריך תשתית המצויה בידי תאגידים בינלאומיים גדולים. במקרה של עימות מזוין, יש להניח כי תאגידים אלו יימנעו מלסכן את אנשיהם וההפקה תיפסק. כלומר קביעת הגבול מתמרצת את כל הגורמים בלבנון לשמור על היציבות כדי שלא להפסיד הכנסות מהפקת הגז.

4. דילמות שיש לדון בהן

מקצת הפעולות הצבאיות של ישראל הן חשאיות. מדובר בפעולות שמקורות זרים מייחסים לישראל, אבל היא נמנעת מלקבל עליהן אחריות. לאופן פעולה כזה יש לעיתים יתרונות מדיניים בלתי מבוטלים. למשל, אם ישראל אינה מקבלת עליה אחריות על תקיפות בסוריה, משטר אסד יכול להתעלם מהן ולא להגיב. ואולם בתחום המשפט הבינלאומי יש לאי-קבלת אחריות גם מחיר, וחשוב שמקבלי ההחלטות יהיו ערים לו. המשפט הבינלאומי אינו מסתכם באמנות הכתובות שהמדינות חתומות עליהן. המנהג הוא מקור חשוב במשפט הבינלאומי בכלל, ובדיני השימוש בכוח בפרט. התנאים למימוש הזכות להגנה עצמית מקורם בעיקר במנהג.⁴⁰² מדינות יכולות להשפיע על יצירתו של מנהג ועל עיצובו באמצעות התנהגותן, אבל לא די בהתנהגות – פעולת המדינה צריכה להתבסס על תפיסה של זכות משפטית או חובה משפטית לפעול (*opinio juris*). אם מדינת ישראל אינה מקבלת עליה אחריות לפעולה צבאית מסוימת ואינה מסבירה מדוע על פי תפיסתה מדובר בפעולה חוקית לפי המשפט הבינלאומי,

401 לעיל ה"ש 290. אציין שהדברים נכתבו לראשונה כשנה לפני חתימת הסכם הגבול הימי בין ישראל ללבנון, עוד קודם שנסיבות חתימת ההסכם ואישורו עוררו מחלוקת פוליטית בישראל.

402 לעיל בעמ' 35, 39.

הרי אין היא ממלאת תפקיד בעיצוב המשפט הבינלאומי בסוגיה שהיא קריטית לביטחונה. דוגמה לסוגיה כזאת קשורה לשאלה אם מדינה רשאית להפעיל כוח להגנה עצמית כנגד ארגון חמוש לא מדינתי בשטחה של המדינה שממנה תקף, אם אין מדינה זו אחראית לתקיפה.⁴⁰³ סוגיה זו שנויה במחלוקת והיא מושפעת מהתנהגותן של מדינות אחרות המלווה בתחושת הזכות או החובה המשפטית, כמו שאירע בנוגע לתקיפות של מדינות מערביות שכוונו כלפי דאע"ש בסוריה. מן הראוי שהבחירה שלא להשתתף בשיח זה תיעשה מתוך מודעות למחיר.

טיעונים משפטיים מסוימים עלולים להיות חרב פיפיות ומן הראוי להיערך מראש לתוצאותיהם. אם למשל תשתמש ישראל בטענה שהיא שרויה בסכסוך מזוין מתמשך (למשל עם סוריה) בשילוב הטענה שבמקרים של סכסוך מזוין מתמשך אין חובה לעמוד בתנאים של דיני השימוש בכוח להגנה עצמית, היא תתקשה לטעון כנגד חוקיות התקפות פתע מצד אותם גורמים.

מטבע הדברים, ההיערכות לאפשרות של מלחמה עתידית עומדת במרכז עיסוקו של צה"ל. עם זאת, ההיערכות לאפשרות כזאת אינה צריכה להיות צבאית בלבד. המחקר התמקד בהיבטים של דיני השימוש בכוח במשפט הבינלאומי בכמה תרחישים של התלקחות צבאית בזירה הצפונית. מן הראוי שהסוגיות שנידונו – שהן אסטרטגיות באופיין, ולא טקטיות – יעסיקו את הדרג המדיני ואת הגורמים האזרחיים המסייעים לו, כגון המטה לביטחון לאומי ומשרד החוץ. חשוב לתת עליהן את הדעת לא רק בזמן לחימה אלא מראש – הן כדי להפחית את הסיכון למלחמה הן כדי לבנות מראש באופן מושכל לגיטימציה בינלאומית אם תידרש ישראל לחזור ולהגן על עצמה בתגובה למתקפה.



Policy Paper 184

DANGER FROM THE NORTH

**Challenges Regarding the Use
of Force in International Law**

Liron A. Libman

March 2023

ABSTRACT

It has now been around a decade and a half since the Second Lebanon War, fought between Israel and Hezbollah. Almost 4,000 rockets were fired at northern Israel in the space of 33 days, and on the Israeli side 163 people were killed, including 119 soldiers. Tremendous damage was done to property, and normal activity in the north—including economic activity—was disrupted. Many residents of the north abandoned their homes for safer places.

Since the war ended, things have generally been quiet, but from time to time there have been serious incidents involving exchanges of fire near the border. Security Council Resolution 1701, which formed the basis for the end of the war, was implemented only in part. Hezbollah was not disarmed, and according to intelligence reports it has even increased the number of rockets in its possession, their range, and—perhaps most worrisome of all for Israel—their accuracy.

Another important change since the end of the Second Lebanon War was the outbreak of civil war in Syria, a conflict which has resulted in Assad's allies—Russia, Iran, and Hezbollah—increasing their foothold in the country. Even if the Syrian civil war were to end soon, the situation in Syria is unlikely to return to what it was. The Syrian regime has been weakened and will continue to have only limited control of certain regions. Rebuilding what has been destroyed will take many years, and foreign forces—both state and non-state—may remain on Syrian soil. All these factors are liable to affect Israel in a future clash on the northern front.

Thus, the situation on Israel's northern border is far from stable. Escalation of a local incident, or a deliberate decision by Hezbollah or its Iranian sponsors, may instigate a wide-ranging conflict.

Against this backdrop, this study describes the international legal challenges that Israel is liable to face in several different scenarios of a future clash in the north, and proposes various courses of action to prepare for these challenges in advance.

A possible clash with Hezbollah in the north is not the same as a clash with Hamas or the other Palestinian terrorist organizations in Gaza, mainly due to the inherent involvement of foreign countries: Hamas operates in the Gaza Strip, where the question of sovereignty is unclear and is even controversial. Hezbollah, on the other hand, operates in Lebanon and Syria, two long-established, universally recognized states that are members of the United Nations. Under what circumstances could Lebanon and Syria be held responsible for Hezbollah's actions? What is the practical significance of such responsibility? These are some of the questions addressed by the study. Moreover, Iranian support for Hezbollah goes much deeper than its support for Hamas and the Islamic Jihad in Gaza: Iranian troops maintain an overt physical presence in Syria, but not in Gaza. Finally, a UN peacekeeping force (UNIFIL) is stationed in Lebanese territory and is another actor that must be taken into account in the event of a future clash.

This study focuses on the laws relating to the use of force (*jus ad bellum*). Unlike the laws governing war (*jus in bello*), these have not received much attention in Israeli public discourse. They regulate the prohibition on the use of force between states, and also cover the exceptions to this prohibition, primarily the right to self-defense. *Jus in bello* applies to the tactical plane and regulates the conduct of warfare, such as what targets may be attacked and what weapons and methods of warfare may be used; *jus ad bellum*, by contrast, operates on the strategic plane and determines when a country may use force against another country or in the territory of another country, and for what purpose.

International law regarding the use of force is part of the “topography” of war. Politicians who wish to achieve their aims in a military conflict should be thoroughly familiar with all sides of the territory in which the contest will take place and prepare in advance in a way that will further their goals.

After an overview of the relevant rules in international law governing the use of force, and an analysis of responses to the legality of Israel’s actions in the Second Lebanon War, the study analyzes five possible scenarios of aggression against Israel in the north: an attack by Hezbollah from Syria; the transfer of advanced weaponry from Iran to Hezbollah (via Syria or by sea); an attack by Hezbollah from Lebanon; an attack by Hezbollah on an Israeli target abroad; and a cyberattack against Israel. The study analyzes the legal situation created by each scenario and options for Israeli responses under international law.

Conclusions

If Hezbollah attacks Israel in the future, Israel will have a strong claim that it has the right to defend itself and to act against Hezbollah in the territory of the state from which it was attacked (Lebanon or Syria), even without evidence that this state is responsible for the attack. The Second Lebanon War demonstrated that the accepted position—and not only among Israel’s traditional friends and Western countries—is that in such a situation Israel has a right to defend itself. However, Israel would have a harder time responding by attacking Hezbollah targets in a country other than the one from which the attack came.

Israel will have more difficulty convincing the international community that the other conditions for exercising the right to self-defense were met:

(1) Hezbollah’s use of force must exceed a certain threshold in order to justify exercising the right to self-defense. Some have even maintained

that the attack on July 12 that started the Second Lebanon War—and which included the killing of soldiers, the kidnapping of other soldiers, and extensive rocket fire—did not cross the necessary threshold. Although this is an extreme viewpoint, it highlights the need to consider whether less extensive attacks would suffice for recognition of Israel’s right to self-defense. The question of whether an accumulation of many “small” attacks can justify the use of force in self-defense has not been decided either, though an affirmative answer to this question seems to be gaining support.

(2) The question of the state responsibility of Lebanon (or Syria) is still relevant. Some maintain that if the attacker is a non-state organization (Hezbollah) and the state from which it operates is not responsible for its actions, the principle of proportionality requires that the response target the organization only, and not the state. This requirement is especially restrictive in the case of dual-use infrastructure targets (such as bridges or power stations). By their very nature, such targets do not “belong” to Hezbollah, even if it uses them for military purposes. If Lebanon is not perceived as responsible for the attack on Israel, then international willingness to recognize the legitimacy of attacking these targets is liable to be more limited. Proving Lebanon’s responsibility for Hezbollah’s actions is likely to be difficult even if Hezbollah is part of the government, as it was at the time of the Second Lebanon War, since most of the tests for attributing responsibility to a state are fairly restrictive.

(3) Scenarios in which Hezbollah or Iran attacks but it is hard to identify who is responsible for the attack must be taken into account. An example would be an attack on an Israeli target abroad or a cyberattack, for which no one claims responsibility. In such a case Israel would have to prove who is the aggressor that it wishes to act against in its defense. It is not clear what exactly would constitute such proof.

(4) The proportionality of Israel’s response is liable to be the main limitation on the IDF’s freedom of operation. The idea that proportionality

is assessed by comparing the intensity of the attack that set off the clash with the intensity of the response (measure for measure) is still very widespread. Given Israel's relative strength, its response will presumably be perceived as disproportionate. Even those who are willing to consider proportionality in terms of the force necessary to achieve the objectives of the operation (means-end proportionality) are liable to interpret the legitimate goals of Israel's military action restrictively. According to such an interpretation, creating better security conditions is not considered a legitimate objective; only actions against Hezbollah military targets near the border are legitimate.

(5) Another difficulty is liable to arise due to **the tendency to view large numbers of civilian casualties and damage to civilian (even dual-use) infrastructure as a violation of the requirement of proportionality** under *jus ad bellum*. The issue here is not just the erasure of the distinction between the proportionality test under *jus ad bellum* (the overall military response compared to the attack on the country) and the proportionality test under *jus in bello* (the relation between the military advantage of an attack on a particular target and the anticipated harm to civilians from the attack), but also the assessment of proportionality *ex post facto*, i.e., based on the actual number of civilian casualties rather than the *a priori* anticipated relation between the number of casualties and the military advantage. As stated, this is not the correct test to apply under international law, but international public opinion is another matter, and in these circumstances denunciations of Israel may include incorrect use of legal terminology.

Recommendations

In order to establish the legitimacy of a future military response to Hezbollah, the following steps are recommended:

1. Use of intelligence

Intelligence regarding Hezbollah's embedding of its military infrastructures in civilian areas in southern Lebanon should be publicized as much as possible. Even if this does not lead to the removal of these infrastructures from populated areas, Israel will be able to argue that it issued advance warning and gave the international community—particularly the Security Council, UNIFIL, and the Lebanese government—the opportunity to take action to minimize casualties in a future clash.

It is also important to gather information about the Lebanese government's relationship with Hezbollah and consider disclosing it in order to exert pressure on the Lebanese government not to collaborate with Hezbollah on military issues. Based on this information, the Lebanese government's failure to comply with Resolution 1701—to disband Hezbollah as an armed militia and expel it from southern Lebanon—should be stressed repeatedly. This would contribute to the possibility of holding Lebanon responsible for an attack by Hezbollah on Israel.

Clearly, any disclosure of intelligence must be done cautiously in order to protect the sources of information and to avoid exposing the methods of information-gathering. However, the more processed and incomplete the information disclosed is, the easier it is to cast doubt on its reliability. The correct balance must be found between these considerations. Israel invests extensive resources in gathering intelligence, and these should not be channeled only to tactical objectives.

2. Consistent diplomatic activity vis-à-vis the UN Security Council

An active approach should be taken vis-à-vis the Security Council. The need for the Security Council to renew UNIFIL's mandate each year

offers a platform that should be taken advantage of on a regular basis. Israel should point out the violation of Resolution 1701 and insist on its implementation.

Israel should also take advantage of the annual Security Council meeting over the renewal of the mandate of the observer force on the Golan Heights (UNDOF) to warn against the dangers of the presence of Hezbollah fighters near the border, and to try to pressure the Security Council to include in its resolution a call for Syria to remove these fighters from the border area.

3. Actions to minimize the risk of a future conflict

The diplomatic and legal campaign should not be limited to justifying the legality of an Israeli military operation in the case of a future conflict. Israel can and should use it to minimize the risk of a future conflict, for example by encouraging more countries to declare Hezbollah a terrorist organization and to increase pressure on Iran to join the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, as required by Security Council resolutions following the 9/11 attacks. Success in such a combined effort would make it hard for Iran to support Hezbollah directly, which would weaken Hezbollah and deter it from initiating a future conflict with Israel, especially by attacking civilians.

Another example of an action that can minimize the risk of a future conflict is the agreement on the maritime border between Lebanon and Israel, which was needed for optimal exploitation of potential gas resources in the region. Lebanon is suffering from a severe economic crisis and is desperate for revenue. From an overall perspective, Israel may have acted correctly in making concessions to Lebanon over the maritime border, in that it has given Lebanon more to lose in the event of a future conflict.

Dilemmas that must be discussed

The price of not taking responsibility for military actions. On occasion, military actions are carried out which foreign sources attribute to Israel but for which Israel refrains from taking responsibility. This sometimes has political advantages, but in international law failure to take responsibility comes with a price. Custom is an important source of international law, and the conditions for exercising the right to self-defense originate primarily in custom. States may influence the development and shaping of custom through their actions, provided that their actions are accompanied by a declaration of their legal right or obligation to act (*opinio juris*). If Israel does not accept responsibility for a particular military action and does not explain why it believes this was a legal action under international law, it is not taking part in shaping international law on an issue that is critical to its security. The choice not to take part in this process should only be made based on awareness of the price.

Certain legal arguments may be double-edged swords and it is worth preparing in advance for their consequences. If, for example, Israel uses the claim that it is engaged in a protracted armed conflict with Syria, combined with the claim that in a protracted armed conflict *jus ad bellum* does not apply to self-defense, it will have difficulty arguing against the legality of a surprise attack against it by Syria.

Naturally, preparation for the possibility of a future war is the IDF's main concern. Nevertheless, not all the preparations for such a possibility must be military. The study focuses on international legal aspects of *jus ad bellum* in several scenarios involving an outbreak of fighting in the north. The issues discussed in it—which are strategic, not tactical—should be addressed by the political echelon and civilian agencies helping it, such as the National Security Council and the Ministry of Foreign Affairs.

It is important to consider these issues not only during hostilities but in advance—both in order to minimize the risk of war, and in order to develop international legitimacy judiciously before having to defend the country again in response to an attack.

Text Editor [Hebrew]: Meira Turetzky
Series and Cover Design: Studio Alfabeas
Typesetting: Irit Nachum
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN: 978-965-519-418-0

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express written permission of the publisher is strictly forbidden.

Copyright © 2023 by the Israel Democracy Institute (RA) and The Portland Trust
Printed in Israel

The Israel Democracy Institute
4 Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602
Tel: (972)-2-5300-888
Website: en.idi.org.il

To order books:
Online Book Store: <http://en.idi.org.il/publications>
E-mail: orders@idi.org.il
Tel: (972)-2-5300-800; Fax: (972)-2-5300-867

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

The views expressed in this policy paper do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

כעשור ומחצה חלפו מאז מלחמת לבנון השנייה זרעה מוות והרס בישראל ובלבנון. אף שמאז לרוב השקט נשמר, המצב בגבולה הצפוני של ישראל נותר בלתי יציב. החלטת מועצת הביטחון 1701, שהייתה הבסיס לסיום המלחמה, יושמה באופן חלקי בלבד; חזבאללה לא פורק ממשקו, ולפי דיווחי מודיעין הארגון אף התעצם; מלחמת האזרחים בסוריה החלישה את משטר אסד ושליטתו במדינה והעמיקה את דריסת הרגל בסוריה של איראן וחזבאללה. הסיכון של עימות נרחב בעקבות הסלמה של אירוע מקומי או החלטה מכוונת של חזבאללה או פטרוניו האיראנים הוא אפוא מציאותי.

על רקע זה המחקר המובא לפניכם מתאר את אתגרי המשפט הבינלאומי שישראל עלולה להתמודד איתם בתרחישים של עימות עתידי בצפון, וכיצד ניתן להיערך להם מראש.

המחקר מתמקד בדיני השימוש בכוח (*jus ad bellum*) המסדירים את האיסור על השימוש בכוח בין מדינות ואת החריגים לו, ובראשם הזכות להגנה עצמית. על רקע הצגת הכללים וניתוח התגובות לפעולותיה של ישראל במלחמת לבנון השנייה ולחוקיותן, המחקר מנתח חמישה תרחישים אפשריים של פעולות נגד ישראל בזירה הצפונית: תקיפה של חזבאללה משטח סוריה, העברת נשק מתקדם מאיראן לחזבאללה (דרך סוריה או דרך הים), תקיפה של חזבאללה משטח לבנון, תקיפה של חזבאללה נגד אובייקט ישראלי בחו"ל ותקיפת סייבר נגד ישראל.

ניתוח התרחישים מחדד את נקודות התורפה של ישראל בתחום זה, ולמולן המחקר מציג המלצות לפעולות שנקיטתן מראש עשויה להגביר את הלגיטימיות של פעולה צבאית ישראלית עתידית, אם תידרש, ואולי אף להקטין את הסיכון של עימות עתידי. מן הראוי שסוגיות אלה יעסיקו לא רק את צה"ל, אלא גם את הדרג המדיני ואת הגורמים האזרחיים המסייעים לו, כגון המטה לביטחון לאומי ומשרד החוץ.

אל"ם (מיל') ד"ר לירון א' ליבמן שימש בתפקיד התובע הצבאי הראשי וראש מחלקת הדין הבינלאומי בצה"ל. בעת כתיבת מחקר זה היה חוקר במכון הישראלי לדמוקרטיה; כיום הוא עורך דין פרטי, מגשר ומרצה במכללה האקדמית ספיר.



0 4500001261 5
דאנאקוד 450-1261