

להשיב את הצדק למלחמה

בניגוד למקובל בדוקטרינה העל-לאומית, מלחמה עשויה להיות צודקת גם כשהיא איננה הגנתית-גרידא. לקביעה זו בסיס הגותי נרחב, והיא חיונית במיוחד לנוכח חולשת האו"ם ומוסדותיו

האפשרות לבצע פעולות ענישה צבאיות בתגובה לתוקפנות, או להפרת חוקי הלחימה, נתפסה עד אמצע המאה העשרים כזכות מובנת-מאליה הנתונה למדינות ריבוניות ואף כחובה המוטלת עליהן כלפי אזרחיהן;¹ אולם מאז מלחמת העולם השנייה החלה מוסכמה זו להתערער – בעקבות מגמה הגותית-משפטית בשיח על אודות מוסר המלחמה – עד שכיום הפעלת כוח צבאי שאיננה הגנתית-גרידא סובלת מחוסר לגיטימיות הולך וגובר. יש לשאול: כיצד התרחש שינוי זה? כמו כן יש לשאול אם גם לפעולות המתבצעות לאחר הסרת האיום המיידי (ואינן הגנתיות באופן מובהק) – מה שמכונה כיום פעולות למטרות ענישה² – ישנו צידוק מוסרי.

בניגוד לרושם המתקבל מהתבוננות בשיח בן-ימינו, כאילו ישנו קונצנזוס לגבי פסלותן העקרונית-מוסרית של פעולות מלחמתיות למטרות ענישה, מדובר בנושא הנתון במחלוקת רבת שנים. לא עוד אלא שעד אמצע המאה העשרים שלטה בכיפה דווקא הדעה המצדדת במוסריותן של פעולות מסוג זה, והיא אף קיבלה ביטוי מעשי באמנות בינלאומיות שונות (כחלק מהמשפט המנהגי);³ אלא שמאז התחזק הזרם ההגותי-משפטי המבקש לפסול מכול וכול את כשרותן המוסרית של פעולות אלו, עד שכיום נדמה כאילו אין עמדה מוסרית קוהרנטית המצדיקה מעשים מלחמתיים ממין זה.

שלילת הלגיטימיות של פעולות ענישה נשענת על שני סוגי טענות: מצד אחד טענה בדבר חוסר המוסריות העקרוני של פעולות מלחמתיות שאינן נעשות לשם הגנה-

רפאל בן-לוי הוא דוקטורנט במחלקה למדעי המדינה באוניברסיטת בר-אילן. הוא חוקר את הממשק בין ערכים ותפיסות עולם לבין חשיבה ביטחונית-אסטרטגית, ובעל הבלוג 'חירות תחת האל'.

גרידא; ומצד שני, הטענה כי אף אם יש בסיס מוסרי-עקרוני לפעולות כאלו, קיומם של מוסדות על-לאומיים (באופן ספציפי: האו"ם) מייתר פעולות אלו וממילא מבטל כליל את הלגיטימציה הנתונה למדינות ריבוניות לתפקד כסוכני צדק, הרתעה וכיוצא בזה – בעבור אזרחיהן ובעבור העולם בכלל.⁴

במאמר זה אפרוש את הטענות שנאמרו בעד פעולות ענישה ונגדן כפי שהם מצויים בהגות הענפה שנכתבה על הנושא: אראה כי בהגות זו ישנם טיעונים התומכים בכשרותן המוסרית של פעולות ענישה מדינתיות; אוכיח כי טיעונים אלה נכונים כיום לא פחות מאשר בעבר; ואטען כי הם נכונים במיוחד לגבי מדינת ישראל והאיומים הביטחוניים-אסטרטגיים שהיא מתמודדת עימם. עוד אטען כי חרף השאיפה שהמוסדות הבינלאומיים יתפקדו כגופים על-לאומיים שסמכויותיהם דומות לסמכויות הממשלות במדינות לאומיות, בפועל למוסדות אלה אין יכולת למלא תפקיד שכזה. כפי שאוכיח בהרחבה, כיום אין בנמצא גוף בינלאומי המסוגל למנוע התקפות וליישב סכסוכים על פי אמות מידה של משפט וצדק המקובלות על כלל המדינות, וודאי שאין גוף בינלאומי המסוגל להרתיע גורמים סוררים על ידי אכיפה הולמת, כפי שממשלות לאומיות עושות בתוך תחומן; בהיעדרו, הזכות לפעול – גם כעונש – נגד תוקפים, או גורמים המפירים את חוקי הלחימה, צריכה להיוותר בידי מדינות הלאום.

שלום שלום ואין שלום

המסורת ההגותית על אודות המלחמה הצודקת התפתחה במסגרת המחשבה הנוצרית לדורותיה; ועקרונותיה של מסורת זו שימשו תשתית רעיונית בעבור חוקי הלחימה המודרניים ובעבור אמנות בינלאומיות דוגמת אמנת האג ואמנת ז'נבה.⁵

בימי ראשית הנצרות שללו מאמיניה את האפשרות כי תיתכן מלחמה צודקת (ולכל הפחות צמצמו מאוד את מידת היתכנותה): שילוב של פסימיות עמוקה בנוגע לתיקון העולם, שאותו תפסו כשרוי במצב מהותי של חטא, יחד עם ציפייה מילנריסטית לבואה המיידית של תקופה משיחית על-טבעית, הוביל את אבות הכנסייה לאמץ עמדה פציפיסטית-רדיקלית (או לכל הפחות פציפיסטית-עקרונית).⁶ טרטוליאנוס (חי בשנים 150–230), למשל, קרא לנוצרים למסור את נפשם כקדושים מעונים ולא להשתתף בקרב, וכתב: "האם בן שלום, שאף אינו אמור להגיע לחצר המלוכה, ישתתף בקרב?! האם אדם, אשר אף לא נוקם על עוולות שנעשו נגדו, ייטול חלק בשרשראות, בתי כלא, עינויים ועונשים?!"⁷ הוא הדין לגבי אוריגנס (184–253) שאף כי לא היה רדיקלי כטרטוליאנוס, התנגד באופן עקרוני למלחמה ובמסגרת ניסיונו להגן על דוקטרינת השלום הנוצרית (אל מול הטענה כי היא אינה ישימה) סבר שעל הנוצרים להימנע מהשתתפות בקרב בעצמם, הגם שעליהם להתפלל להצלחת קרבותיו של המלך – כל עוד מלחמתו "מוצדקת".⁸



אולם כמאה שנים לאחר מכן קיבלה המלחמה לגיטימציה גם במסגרת ההגות הנוצרית שבה החלו להתגבש עקרונות 'המלחמה הצודקת'. את ניצניה של הגות זו מקובל למצוא בכתביו של אוגוסטינוס (354–430) והם פותחו מאוחר יותר בידי הוגים ימי-ביניים כגון תומס אקווינס (1225–1274), ותומאס דה-ויו, קג'טאן (1468–1524).

לשם הדיון שלפנינו לא אתייחס לקריאה לפציפיזם מוחלט, הדוחה אף הגנה עצמית מיידית ורואה רע גמור בכל הפעלת כוח; תחת זאת אתמקד בטיעונים שהוצעו נגד פעולות ענישה. האוחזים בטיעונים אלה מניחים כנקודת מוצא את הפציפיזם הרך, שלדידו השלום הוא ערך עליון והמלחמה רע הכרחי ולפיכך יש לצמצמה ככל הניתן. לכן בעוד הפעלת כוח לשם נטרולו של איום מיידית היא מעשה צודק בעיניהם, כאשר התוקף כבר אינו מאיים על הנתקף אין כל הצדקה לאלימות נגדו.

אוגוסטינוס היה ההוגה הנוצרי הראשון שטען בפירוש כי תיתכן הפעלת כוח מוסרית שאף נוצרים יוכלו ליטול בה חלק. לעומת נטייתם הפציפיסטית של אבות הכנסייה, ביקש אוגוסטינוס להתוות תנאים מסוימים שבהתקייםם מלחמה תיחשב מוסרית (וכך למעשה לרסן את האלימות הנלווית למלחמות). גישתו כאמור הייתה שונה מזו של אבות הכנסייה, ועד היום סבורים זרמים נוצריים שונים כי הפציפיזם הוא-הוא המשנה המוסרית הנוצרית האמיתית ואוגוסטינוס אינו אלא מעין בוגד (או רפורמטור) שיש לבטל את דבריו; בעוד אחרים רואים בהגותו ובהגות ממשיכיו התפתחות טבעית של המשנה המוסרית הנוצרית.¹⁰

מכתבי אוגוסטינוס עולה כי לדעתו מלחמת ענישה היא מעשה מוסרי לחלוטין. כך כתב:

ככלל, מלחמות צודקות הן מלחמות הנוקמות על פגיעות – במידה שאומה או מדינה שנגדה מתנהלת מלחמה נמנעת מלהעניש עבירה שבוצעה על ידי אזרחיה או מלהחזיר דבר שנלקח ללא הצדקה.¹¹

הלגיטימיות שמעניק אוגוסטינוס לפעולות ענישה מלחמתיות – שלא לומר: החובה המוסרית שבפעולות ענישה כאלו – נגזרת מתפיסתו המוסרית העקרונית שלפיה התנהגות מוסרית אינה רק "להימנע מלפגוע באדם, אלא גם לשמור עליו מלחטוא, או להעניש אותו על חטאו, על מנת שהאדם הנענש יפיק תועלת מניסיונו או שאחרים יראו וייראו".¹² כדי להפוך לאדם מוסרי אין די אפוא להימנע מפשיעה אלא נדרש גם למנוע פשיעה נגד אחרים, בין השאר באמצעות ענישה והרתעה.

גישתו של אוגוסטינוס מבקשת להשיב את הסדר הציבורי (או "השלווה העולמית" כלשונו) על כנו אחר שהופר; לדעתו, מלחמות מגן הודפות את התוקפנות המיידית אולם אינן 'משקמות' את התוקף (שאינו לומד דבר מניסיונו הכושל) ואינן יוצרות הרתעה שתמנע מאחרים לשוב בעתיד על מעשה התוקפנות; כל זאת עושות רק

מלחמות ענישה. אוגוסטינוס מתבסס גם על מוסר 'המידה הטובה' ואינו מסתמך רק על מעלת השלום ואי-האלימות: לדעתו המלחמה אינה הדבר המרכזי שיש לחשוש מפניו; המידות הרעות, השנאה והרוע המחוללים אותה הם מה שיש לירא מפניו. לכן, אף שהשלום הוא יעד-העל, עיתים שאין להשיגו ללא מלחמה. בעיני אוגוסטינוס, תכליתה של המלחמה היא השבת הסדר המוסרי והיא כוללת יסוד ערכי: ענישה שתכליתה מיגור הרוע והשלטת הטוב.

דוקטרינת המלחמה הצודקת זכתה להרחבה ופיתוח כמה מאות שנים מאוחר יותר, בכתביו של תומאס אקווינס, שהסתמך על אוגוסטינוס וניסח את דבריו באופן המלווה את הדיון בנושא במאות השנים הבאות. בחיבורו המרכזי 'סומה תיאולוגיה' קבע אקווינס שלושה תנאים בסיסיים הנדרשים לשם יציאה למלחמה: סמכות ריבונית, עילה מוצדקת, וכוונה ראויה.¹⁵ את העילות המוצדקות ליציאה למלחמה, ביניהן גם ענישה, הוא קובע מתוך הבנה ששלום מותנה בהתקיימותם של שני ערכים: בראש ובראשונה ערך החסד שבלעדיו לא ייתכן שלום אמתי; ולצידו ערך הצדק הנדרש כדי ליצור את השלום ולשם תחזוקתו השוטפת. להלן תמצית מדבריו של אקווינס:

שלום הוא פרי של הצדק באופן עקיף, משום שהצדק מפנה את המכשולים לשלום; אך הוא פרי של החסד באופן ישיר, מכיוון שהחסד על פי טבעו מביא לשלום.¹⁴

מתוך תפיסה זו מתפלמס אקווינס עם פסוקים מהברית החדשה הקוראים לפציפזם ומפרש אותם מחדש. את הפסוק "כל הנוטל חרב ימות בחרב" (מתי כ"ו, 52), לדוגמה, מפרש אקווינס כמכוון אל מי שנוטל חרב "בחטא", כלומר מי שלוחם מלחמה בלתי-צודקת; "אולם מי שפועל [כישות ציבורית] מתוך קנאות לצדק ולפי הסמכות כביכול של אלוהים, אינו נקרא 'נוטל חרב'".¹⁵ באופן מעשי כתב אקווינס כי "נדרשת עילה מוצדקת [לפעולת לחימה], דהיינו שאלה המותקפים צריכים להיות מותקפים בדین כתוצאה מאשמה כלשהי".¹⁶ בהכירו בערכה של הפעלת כוח למען עשיית צדק וכאמצעי להשגת שלום, התרחק אפוא אקווינס מרחק נוסף מהפציפזם הנוצרי המקורי בנוסח טרטוליאנוס.

התמיכה במלחמות ענישה קיבלה את ביטויה המפורש-ביותר בדבריו של קג'טאן,¹⁷ שלדעתו צדקתה של מלחמת הגנה מובנת-מאליה ואינה זקוקה לתיאוריה מוסרית מורכבת; ואכן את עיקר מאמציו ההגותיים הפנה קג'טאן לגיבוש התנאים שבמסגרתם יש לאכוף צדק כלפי פושעים בינלאומיים.¹⁸ לשיטתו, חוק הטבע – או "התבונה הטבעית" כלשונו – מחייבים שמעשי רשע של רוצחים, שודדים ועריצים ייענו באופן שישב את הצדק:

שהרי אם מישהו יעשוק אזרחי ממלכה אחרת על ידי שדידתם או פגיעה בהם, והממלכה התמימה לא תוכל לנקום את נקמתה ואת נקמת אזרחיה על ידי לחימה בעושה – אזי

מעשי רשע היו נותרים ללא מענה והתבונה הטבעית... הייתה לוקה בכך שהיא לא העניקה לממלכה את היכולת לנקום.¹⁹

במסגרת דיוניו על מוסר המלחמה משווה קג'טאן בין נתיניה של ממלכה ריבונית לבין הממלכות הריבוניות בעצמן. לדבריו, לנתינים מותר להתגונן אך אסור להם לעשות צדק לעצמם (אלא עליהם לפנות לריבון כדי שיגיב למעשה העוול שבוצע נגדם); אולם כאשר מדובר בממלכה ריבונית, חוק הטבע מחייב שתהיה לה הזכות לשפוט את חברותיה ולהענישן. למעשה, לשיטת קג'טאן עשיית צדק היא ההצדקה העיקרית ליציאה למלחמה, והסמכות להוציא לפועל מלחמת ענישה נגד אויבים חיצוניים היא התכונה העיקרית המגדירה ישות פוליטית כישות עצמאית:

העובדה כי הוא [היוצא למלחמה צודקת] מתפקד כשופט פלילי ברורה מכך שלחימה צודקת היא מעשה של צדק ענישתי (*actus vindicativae iustitiae*)... ממלכה שחסרה לה היכולת להוציא לפועל צדק ענישתי – בין נגד פורעים פנימיים, בין נגד פורעים חיצוניים – לא תחשב ממלכה ריבונית. אם לא כן, כיוון שלא תיתכן שררה בין שווים, אזי כל מלחמה הייתה בלתי-מוצדקת למעט מלחמות הגנה.²⁰

יש לציין כי אף שקג'טאן מוצא צדק רב במלחמת ענישה, הוא עומד על כך שכאשר יוצאים למלחמה כזו נדרשת גם כוונה נכונה ואסור ללוחמים לפעול מתוך תחושת שנאה או פראות ברברית. באופן דומה, אף שלדבריו כאשר המלחמה מוצדקת, "אנו מניחים שכל המדינה עוינת, שכלל המדינה נחשבת אויב, ועל כן כולה אשמה ומותרת לבזוזה",²¹ הוא מציג עמדה מורכבת בנוגע ליעדים הספציפיים לפגיעה: מצד אחד הוא מזהיר מפני פגיעה מכוונת במי שמכונים כיום בלתי-מעורבים; ומצד שני הוא סבור כי פגיעה אגבית בגופם וברכושם של בלתי-מעורבים היא מעשה בלתי-נמנע ולכן מותר.

פנייה בלעדית לערך השלום, תוך התעלמות מערך הצדק, מפקירה את ניהול העולם ומוסרת אותו לידי גורמים תוקפניים; כך נוצר עיוות מוסרי חריף, לא רק עקרוני אלא גם תועלתני, שהרי באופן אירוני ההיצמדות הדוגמטית לאי-אלימות מולידה בסופו של דבר אלימות נוספת. ניתן אפוא לקבוע כי התוקף המוסרי של פעולות ענישה מעוגן בחובה לדאוג לשימור העולם ולהתממשות הצדק בחברה האנושית.

מי שמך לאיש שר ושופט?

טיעון אחר נגד פעולות ענישה פותח בהגותו של ז'אן-ז'אק רוסו (1712–1778) ובייחוד בהגותו של עמנואל קאנט (1724–1804). קאנט ורוסו לא כפרו במוסריותן העקרונית של פעולות ענישה, אולם הם שללו את הלגיטימיות הנתונה למדינה אחת להעניש את רעותה; לדידם, לא ייתכן כי מדינה ריבונית תתפקד כשופטת כלפי חברתה, תקבע בעבור עצמה האומנם פעולותיה המלחמתיות מוצדקות, ותחליט מהו העונש שראוי להשית על הפועלים נגדה. רוסו מיאן להשלים עם המצב האנרכי שבמסגרתו מצויות

המדינות הריבוניות, העושות כל אחת דין לעצמה, וכן עם הפער בין הסדר המשפטי הקיים במסגרת המדינה לבין היעדר מערכת משפטית בינלאומית. לדעתו, מצב זה אינו משקף אל-נכון את הטבע המקורי של האדם: "במצב הטבעי, אם כן, אין מלחמה כללית של כל אדם נגד כל אדם; הגזע האנושי לא נוצר על מנת להשמיד את עצמו".²² בעיני רוסו, המלחמה מנוגדת למצב הטבעי ורק התרבות שהולידה את הסדר הפוליטי של מדינות ריבוניות מובחנות היא המאפשרת – ולמעשה מחוללת – את מצב המלחמה השורר ביניהן.

רוסו קרא תיגר על החוק המנהגי הבין-לאומי שנהג בתקופתו – שכונה 'חוק העמים' – וטען כי אין לחוק זה כל תוקף מעבר למידה שבה המדינות מקבלות אותו, וכי למעשה כל מדינה פועלת למען האינטרסים שלה ולא מתוך דבקות בחוק כלשהו. מכוח תובנות אלו החל רוסו לערוך את כתביו של אבה דה סן-פייר (1658–1743) ובייחוד את ספרו 'התוכנית לשלום הנצחי'.²³ ספר זה קרא לכינון קונפדרציה עולמית של מדינות שנועדה להוציא אותן מהמצב האנרכי ולהפוך את המלחמה לבלתי-אפשרית. הגם שרוסו היה ביקורתי כלפי פרטים מסוימים של התוכנית, אין ספק שהוא הזדהה עם השאיפה הכללית המובעת בה.²⁴

במאמרו 'לשלום הנצחי' פיתח קאנט את רעיונותיהם של סן-פייר ורוסו בעניין הישות הפוליטית העולמית. קאנט יצא במפורש נגד דברי קודמיו – אוגוסטינוס, תומס אקווינס וג'סטאן – ודחה את זכותן של מדינות ריבוניות לבצע פעולות ענישה. בעיניו, לא ייתכן שהסמכות להעניש תהיה מופקדת בידי מדינות – שהן למעשה בעלות הדין – שהרי הן אינן יכולות להיות אובייקטיביות ביחס למידת הצדק של תביעותיהן. לדידו, ענישה תיתכן רק במסגרת של סדר משפטי שבו מצויה סמכות שיפוטית-ריבונית על-מדינתית שיש בידיה לשפוט באופן אובייקטיבי בין כל הצדדים בסכסוך.²⁵

לפי טענה זו, מצב שבו צד אחד בסכסוך משמש הן כתובע, הן כשופט, הן כתליין הוא מצב פסול מעיקרו. אין זה סביר לצפות ממדינה להעריך את הצדק של מעשיה בעצמה, שהרי כל המדינות נוטות להאמין שהצדק איתן, וכי יריביהן ביצעו מעשי זוועה בלתי-מוצדקים נגדן. על כן, גם כשהצדק והסדר העולמי דורשים פעולות ענישה, לא ניתן להצדיק פעולות כאלו כלפי גורם שאין לראות בו איום מייד. הדרך היחידה להצדיק פעולות ממין זה היא כאשר השיפוט נעשה בידי גורם שלישי, חיצוני לסכסוך. במילותיו של קאנט: "לא יעלה על הדעת לפתוח במלחמת ענישה בין מדינות (שכן לא קיים ביניהן יחס של שליט אל הכפוף לו)".²⁶

אל מול עמדתם של רוסו וקאנט, ניצבת עמדתם של הוגו גרוטיוס (1583–1645) וג'ון לוק (1632–1704). בעוד הראשונים ראו בחזונו מערכת משפט בינלאומית-ריכוזית זוהה באופייה למערכות המשפט המדיניות-לאומיות, האחרונים תפסו מערכת בינלאומית זו כגוף השונה מעיקרו מהמוסדות המדינתיים. ניגוד זה בא לידי ביטוי

בקביעתו של קאנט כי תפיסתו של גרוטיוס כלל אינה ראויה להיקרא בשם 'משפט':

כתביהם של גרוטיוס, פופנדורף, ואטל והאחרים (מנחמים מיותרים כולם), בין שהם כתבים פילוסופיים ובין שהם דיפלומטיים, מוזכרים שוב ושוב כדי להצדיק בתמימות את פעולות המלחמה, אף שאין להם שמץ כוח חוקי, ואף לא יכול להיות להם (מכיוון שמדינות, בהיותן כאלה, אינן יכולות להיות נתונות לכפייה חיצונית מאוחדת).²⁷

נפנה תחילה לטיעונו של גרוטיוס שלדידו – בדומה לאוגוסטינוס, אקווינס וק'ג'טאן – מטרותיהן של פעולות ענישה כוללות הבאת הפושע לשינוי התנהגותי, שימור החירויות של המותקפים (על ידי שלילת יכולתו של התוקפן לחזור על מעשיו) וכן ביסוס הרתעה כללית שתגן על הציבור ועל הסדר העולמי.²⁸ גישתו לאכיפת הסדר הבינלאומי מסתמכת על ביזור סמכות האכיפה בין המדינות ללא תלות במנגנון משפטי ריכוזי. במסגרת זו, החוק בינלאומי מתחזק דווקא כאשר המדינות הריבוניות פועלות מיוזמתן על מנת לאכוף אותו, לרבות ענישת הגורם המפר את החוק; הענשת גורמים בינלאומיים סוררים אינה זכות-גרידא ויכולה אף להיחשב כחובה מוסרית, בהיותה מחזקת את תוקף המשפט הבינלאומי. כך כתב גרוטיוס:

[למדינות ריבוניות] יש זכות להטיל עונשים לא רק על פגיעות בהן או באזרחיהן אלא אף על פגיעות שאינן נוגעות אליהן ישירות אך הן בכל אופן – יהיו הנפגעים אשר יהיו – הפרה בוטה של חוק הטבע או חוק העמים.²⁹

ההבדל בין גישתו של גרוטיוס לבין גישתם של רוסו וקאנט מובן (בין השאר) על רקע תפיסתם השונה לגבי חוק הטבע שקדם למציאות המדינית. לשיטת גרוטיוס, במצב הקדם-מדיני, היינו בהיעדר גוף שיפוטי בעל כוח וסמכות אכיפה, כל פרט רשאי לדרוש צדק בעבור עצמו ולפעול לשם מימושו של צדק זה; ולפיכך זכותן של המדינות הריבוניות (הנמצאות אחת ביחס לרעותה במצב הטבעי) לבצע פעולות ענישה מושתתת "לא על בסיס סמכות משפטית אזרחית, אלא על בסיס אותו חוק הטבע שהיה קיים לפני שהמדינות נוצרו ואף היום נאכף במקומות שבהם אנשים גרים בקבוצות משפחתיות ולא במדינות".³⁰

כדוגמה יישומית לשיטתו מביא גרוטיוס את שודדי הים שנחשבו בזמנו לאויביה של כלל האנושות ודינם היה הוצאה להורג מיידית בידי כל מי שתפס אותם. גרוטיוס סבור כי כשם שהחוקים נגד שוד ימי מצויים בקונצנזוס נרחב בין המדינות וכל מדינה רשאית להעניש שודדי ים בכל אשר ימצאו – וזכות זו אינה נתונה רק למי שהותקף על ידי השודדים אלא מוקנית לכל מדינה ומדינה על מנת לתמוך בסדר הבינלאומי הרצוי על ידי הרוב – כך ראוי לנהוג למדינות המארחות את מי שמפר את חוק העמים או תומכות בו ביודעין.

בדומה לגרוטיוס, גם לוק צידד במוסריותן של פעולות ענישה וסבר כי במצב הטבעי, היינו בהיעדר ישות פוליטית משותפת, לכל פרט יש זכות להגיב להפרות בוטות של חוק הטבע (כגון פגיעה בחייהם של אחרים, בחירותם או ברכושם) ולהעניש את הפוגע. על פי אותה סברה, מדינות העולם הריבוניות רשאיות להפעיל סנקציות זו כלפי זו כדי לשמור על חיי אזרחיהן, חירותם ורכושם:

כל הנסיכים והשליטים העומדים בראש ממשלות עצמאיות על פני כדור הארץ כולו, שרויים במצב טבעי... כי לא כל אמנה שמה קץ למצב הטבעי בין בני אדם, אלא אך ורק אמנה ממין כזה שעל פיה מסכימים הם הסכמה הדדית להתחבר יחד כעדה אחת ולכונן גוף מדיני אחד.³¹

בעיני לוק, סמכותן של ישויות פוליטיות נגזרת מן העובדה שהפרטים המתאגדים תחתיהן ויתרו על זכויותיהם הטבעיות ומסרו אותן לידיהן. לכן, אם במצב הטבעי אין לפרטים – וכפועל-יוצא למדינות – זכות להעניש את הפוגעים בהם, לא ייתכן כי לסמכות משפטית משותפת או על-מדינתית תהיה זכות כזו (שהרי אין מי שימסור אותה לידיה). כך כתב לוק:

אם נניח שאין החוק הטבעי מקנה לכל אדם את הסמכות לענוש עבירות על חוק זה כפי שיקול דעתו המיושב, איני רואה כיצד אפשר לקצינים בעדה מן העדות לענוש בן ארץ אחרת; כי ביחס להלה אין להם יתר כוח סמכות מכפי שיש לכל אדם בדרך הטבע ביחס לחברו.³²

לדעתו, רק עם הקמתה של ישות פוליטית היונקת את סמכויותיה מהסכמתן ההדדית של המדינות הריבוניות, ומסוגלת לאכוף את החלטותיה, יכול לפוג המצב הטבעי; רק אז תיתכן העברת הזכות-להעניש מהמדינות אל ישות זו. כל עוד לא הוקמה ישות כזו ובהיעדר שופט חיצוני מוסכם ובעל יכולת אכיפה, על כל מדינה לעשות מה שבידה לשם אכיפתו של הצדק הבינלאומי, בצל הידיעה כי "ביום הדין האחרון יבחן שופט כל הארץ [האל] את צפונות ליבי".³³

כלל ההוגים המודרניים שאת עמדותיהם סקרנו עתה מסכימים אפוא כי הענשת מפירי חוק ותוקפנים בינלאומיים היא מעשה נצרך ומוצדק, אלא שדעותיהם נחלקו באשר לאפשרות יישומו. רוסו וקאנט כפרו בחוק הטבע או במשפט-נוהג הקודם למערכת משפטית חיצונית, ולפיכך סברו כי ידינו כבולות ובהיעדר סמכות שיפוטית חיצונית אין יכולת לממש את הצורך הנזכר. גרוטיוס ולוק, לעומתם, סברו כי לא ייתכן שאין דרך לשמור על הסדר העולמי ועל הצדק; לדעתם יש להקיש מחוק הטבע השורר בין הפרטים במצב הקדם-מדיני אל המצב הבינלאומי, ולפיכך זכותה של כל ישות מדינתית לתבוע צדק לעצמה וגם לממשו.

לא יישא גוי אל גוי חרב

כפי שראינו, הלגיטימציה להעניש גורמים המפירים את כללי המלחמה היא בשר מבשרה של משנת המלחמה הצודקת זה מאות שנים, אלא שעם היוסדות האו"ם בשנת 1945 החל כרסום בלגיטימציה זו; ומה שהחל ככרסום הפך מאוחר יותר למגמה.

שורשיה של מגמה זו בפרשנות נפוצה, אך לא בלעדית, לשני סעיפים במגילת האו"ם: סעיף 2(4) הקובע איסור עקרוני על כל הפעלת כוח; וסעיף 51 המחריג מאיסור זה הגנה עצמית מיידית עד להתערבות מועצת הביטחון.³⁴ לפי הפרשנות האמורה, שאחזו בה משפטנים שונים כבר בשנות הארבעים של המאה הקודמת, פעולות ענישה אינן כלולות בהחרגה המצויה בסעיף 51 ולפיכך אסורות מכוח סעיף 2(4). להלן ניסוח תמציתי של פרשנות זו:

באופן דומה למשפט המוניציפלי, הגנה עצמית תחת סעיף 51 אינה אמצעי לאכיפת החוק, אינה מכוננת לשם הענשת התוקפן או השגת פיצויים, וגם אינה פעולת אכיפה של האו"ם; היא נועדה בעיקרה להדוף מתקפה לא-חוקית...

סעיף 51 אוסר מלחמת-מנע; ולפי סעיף זה, גם חשש ממתקפה אינו מצדיק הגנה עצמית. אומנם במסגרת המשפט המוניציפלי די בכך שסכנה תהיה מיידית – ואין צורך שתהיה זו סכנה בפועל – כדי שהגנה עצמית מפניה תהיה מוצדקת, אולם במסגרת סעיף 51 מיידיותה של סכנה אינה עילה המצדיקה הגנה עצמית...

[בידי מועצת הביטחון מופקדת] הסמכות והאחריות לנקוט בכל זמן בכל את הצעדים הנדרשים וכך להכריע מהו מעשה תוקפנות ובהתאם לקבוע מהי מידת חוקיותה של פעולת הגנה עצמית.³⁵

הלגיטימציה הנתונה לפעולות ענישה הלכה ונשחקה בעקבות רצף החלטות של מועצת הביטחון לגבי 'פעולות התגמול' – פעולות ענישה שביצעה ישראל החל משנות החמישים, בתגובה להתקפות עליה. בגין פעולות אלו, גינתה מועצת הביטחון את ישראל באופן קבוע וטענה במפורש כי אלו פעולות אסורות על פי החוק הבינלאומי ומגילת האו"ם;³⁶ ואילו מדינת ישראל טענה בתגובה כי שמורה לה הזכות לבצע פעולות אלו למען ביסוס ההרתעה במלחמה המתמשכת נגדה.

קביעה מפורשת דומה נאמרה על ידי מועצת הביטחון בשנת 1964 כאשר גינתה פעולת ענישה בריטית בתימן והורתה כי היא "מגנה פעולות ענישה ורואה אותן מנוגדות לתכליות שלשמה נוסד האו"ם ולעקרונותיו".³⁷ נטייה זו אומצה באופן רשמי על ידי הממסד הקתולי (באופן המהדהד את עמדותיהם הפציפיסטיות של מייסדי הקתוליות) במסגרת ועידת הוותיקן השנייה (שנערכה בין השנים 1962–1965) שבה נקבע כי "יציאה למלחמה כדי להעניש על עבירה או על מנת להשיג מטרה כלשהי

אינה מוצדקת; יציאה למלחמה מוצדקת רק כשהיא נעשית על מנת להדוף פגיעה או תוקפנות".³⁸

מגמה זו קיבלה ביטוי רשמי בפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנת ז'נבה, שנכנס לתוקף ב-1977 ואסר במפורש פעולות ענישה המכוונות נגד יעדים אזרחיים במדינה עוינת (ואף נגד רכוש) וצמצם את היעדים המותרים בתקיפה למטרות צבאיות – ללא תלות באופי הפגיעה שנגדה מכוונת הענישה.³⁹ כמה מדינות (ביניהן ארצות הברית, הודו, ישראל, טורקיה, איראן ופקיסטן) לא היו מוכנות לקבל על עצמן מגבלות אלו ולא אשררו את הפרוטוקול;⁴⁰ וכמה מדינות אחרות (בכללן בריטניה, איטליה, צרפת וגרמניה) אשררו אותו תוך הבעת הסתייגות מהסעיפים האוסרים פעולות ענישה – כדי לשמר לעצמן את הזכות לנקוט אמצעי ענישה אף נגד אוכלוסייה אזרחית בתגובה לפגיעה בוטה בבלתי-מעורבים בשטחן.⁴¹

המגמה הביקורתית כלפי פעולות ענישה מחלחלת לתודעה גם בישראל, ורבים סבורים כי פעולות אלו אסורות באופן גורף (אף שמפאת אופי האימים המופנים כלפיה, ישראל לא קיבלה על עצמה – כאמור – את מגבלות הפרוטוקול). לדוגמה במאמר שכתבו פרופ' אסא כשר ואלוף (במיל') עמוס ידלין, ובו ניסו להציע כללים למוסר לחימה עדכני בעבור ההקשר הישראלי, הם מבהירים כי לדעתם ענישה אינה עילה לגיטימית להפעלת כוח – אף לא נגד מחבלים:

חזקה על אדם שידוע כי תכנן פיגוע טרור לאחרונה כי הוא עלול לעסוק בכך שוב או לבצע את זממו... פעולה צבאית נגד אדם כזה על בסיס מעורבותו הישירה בעבר, ורק בהסתמך עליה, היא פעולת ענישה. פעולה צבאית על בסיס החשש למעורבות ישירה [בהווה], המבוססת גם על המעורבות בטרור בעבר, היא פעולה מונעת ולא ענישה. ההבדל בין שני סוגי הפעולות חיוני מבחינה מוסרית...⁴²

מתן הודעה מראש יחד וידגיש את ההבדל בין הכוונה להילחם בטרור, תכליתן הבלעדית של פעולות צבאיות, לבין הכוונה להעניש או לנקום, שלעולם אינה התכלית של פעולות צבאיות.⁴³

מנגד, רבים וטובים מן העוסקים בהגות המלחמה הצודקת מסכימים כי לפעולות ענישה מדינתיות יש צידוק מוסרי; אחד הבולטים ביניהם הוא מייקל ולצר, שספרו 'מלחמות צודקות ולא-צודקות' הוא מן היצירות החשובות שכתבו בנושא בעשורים האחרונים. ולצר קובע כי מאז ומתמיד כללה דוקטרינת המלחמה הצודקת את מרכיב הענישה, הגם שמטרות-העל של הענישה ויעדיה הלגיטימיים לא הוגדרו מעולם בצורה חד-משמעית. ולצר טוען (באופן המזכיר את גרוטיוס) כי מכיוון שתוקפנות היא פגיעה בחברה כולה, מדינה המגינה על עצמה מפני תוקפנות עושה זאת גם בשם כלל האנושות; ולפיכך הענשת המדינה התוקפנית (לאחר הדיפת המתקפה) אינה זכות השמורה למדינה המתגוננת לבדה אלא תפקיד המוטל על המדינות כולן

– גם בעידן שלאחר כינון האו"ם. "השלכותיה של פרדיגמה זו ברורות: אם מדינות הן חברות בחברה הבינלאומית ובעלות זכויות, הן חייבות להיות (בצורה כלשהי) יעדים לענישה".⁴⁴

ולצר מכיר בכך שהכללה של פעולות ענישה כעילה מוצדקת ליציאה למלחמה (jus ad bellum) עלולה לסתור את הענף האחר של כללי 'המלחמה הצודקת' העוסקים באופי פעולות הלחימה (jus in bello) שנועדו לצמצם את אכזריותה של המלחמה. אך לטעמו, כאשר בוצעה הפרה בוטה ואכזרית של כללים אלה ראוי להפר אותם בחזרה, כדי לחזק את ההרתעה ולהבטיח את המשך קיומם בעתיד. הוא מודה כי יש בעייתיות מסוימת במניעת מעשים אכזריים באמצעות מעשים אכזריים, אולם מראה כי להצדקה תועלתנית ונפוצה זו (לכל הפחות במסגרת הדיון התיאורטי) יש בסיס איתן ורק כך ניתן למנוע את הידרדרות המלחמה לכדי אכזריות פרועה עוד יותר.⁴⁵

השופט כל הארץ לא יעשה משפט?

דומה כי תהליך הדה-לגיטימציה שעברו פעולות ענישה מבוסס על תפיסה קאנטיאנית בכל הנוגע למוסדות הבינלאומיים (וכפועל-יוצא על דחייתה של גישה גרוטיאנית ביחס למוסדות אלו). בעיני האוחזים בגישה קאנטיאנית, חתימתן של מדינות העולם על מגילת האו"ם והצטרפותן של רוב המדינות למוסדות הבינלאומיים מקנות למוסדות אלו מעמד מחייב – בדומה לכינון חוקה בתוך מדינה – הגובר על הבנות שהתגבשו עד אז במסגרת המשפט המנהגי. לפי השקפה זו, אחר שהמדינות התאחדו והקימו מוסדות פוליטיים ומשפטיים, ניטלו מהן חלק מזכויותיהן הריבוניות; מעתה המוסדות הבינלאומיים הם הכתובת לבוררות בינלאומית ויש לקבל את הכרעותיהם בכל סכסוך – יהיו אופיו והמעורבים בו אשר יהיו. לעומתם, האוחזים בתפיסה גרוטיאנית סבורים כי למגילת האו"ם ולמוסדות העל-לאומיים ישנו אופי משפטי-מנהגי, ועל כן להחלטותיהם יש תוקף רק במידה שבה רוב ככל המדינות פועלות על פיהן.⁴⁶ עתה נפנה לביקורת תיאורטית ועובדתית על תפיסה זו.

כבר בשנות הארבעים של המאה הקודמת, תקופת שיא בפופולריות של רעיון המדינה העולמית, נמתחה על רעיון זה ביקורת נחרצת מפיו של ריינהולד ניבור; וביקורת זו ממשיכה ומהדהדת עד ימינו.⁴⁷ לדעתו, טעותם היסודית של שוחרי התפיסה הקאנטיאנית היא ניסיונם למסד קהילה גלובלית מלמעלה למטה באמצעות כלים משפטיים-חוקתיים, בעוד יכולתה של ממשלה לתפקד בהצלחה לאורך זמן אינה מושתתת על תוקפה המשפטי של חוקה אלא על האינטגרציה האורגנית והמוסרית של הקהילה – הקודמת למיסוד החוקתי. המרקם החברתי המגובש הוא התשתית לכל סדר פוליטי-משפטי; ואילו ממשלות וחוקות אינן יכולות לייצר קהילות לכידות יש מאין. הממשלה מקבלת את סמכותה מן הקהילה, שבה שוררות מוסכמות מסוימות לגבי מושג הצדק, ולא מעצם מעמדה המשפטי או מהכוח שבידיה. אזרחים מציינים

לחוק כאשר הוא משקף את כללי הכבוד ההדדי המצויים בין כה וכה בתוך הקהילה. כאשר זהו מצב העניינים, הפעלת כוח לשם אכיפת החוק נדרשת לעיתים רחוקות ורק כלפי מייעוט עברייני; ואילו כאשר מדובר בחוק כפוי, שאינו משקף את אמות המידה המוסריות המקובלות בקהילה, נדרשת הפעלת כוח בוטה ותמידית כדי לאכוף את החוק.⁴⁸

ניגוד זה – בין החוק הכתוב לבין הנורמות הנהוגות בקהילה – הוא הסיבה לכך שלמדינות רבות ישנן חוקות לתפארת, המכריזות על זכויות נשגבות, אך בפועל אינן שוות הרבה. במדינות אלו תוכן החוקה נקבע באופן מלאכותי והוא אינו נובע מהסכמות המושרשות בקהילה. חוקתה של סוריה, לדוגמה, מגדירה אותה כ"דמוקרטיה רפובליקנית ערבית" המגינה על חירות, שוויון, כבוד האדם ושלטון החוק.⁴⁹ חוקת ונצואלה מגדירה אותה כ"מדינה דמוקרטית וסוציאלית של חוק וצדק" ועוסקת בין היתר בערכי החיים, החירות והצדק, ובשוויון ופולרליזם פוליטי.⁵⁰ למותר לציין כי מדינות אלו אינן מקיימות את ההכרזות הנשגבות שבחוקותיהן.

הוא הדין לגבי רעיון הקהילה הגלובלית: מכיוון שאין הסכמה בין קהילותיה של האנושות בכל הנוגע לאמות מידה של צדק – מלבד עקרונות תיאורטיים ומינימליים ביותר – לא תיתכן כיום קהילה גלובלית אמיתית. לא עוד אלא שאין די בעקרונות תיאורטיים אלה כדי להכריע במקרים ממשיים, כאשר מתעוררות שאלות כגון: מיהו התוקף? מיהו המותקף? האם הפעלת הכוח הייתה הכרחית ומתקבל על הדעת? בלשונו של נייבור:

בבואם לארגן את העולם, אידיאליסטים אלה מתעלמים לחלוטין מבעיית העוצמה, או מתארים לעצמם מעין בריכה מרכזית של עוצמה מבלי לשאול מהיכן תתמלא. במקרה הראשון הם לעיתים קרובות חיים באשליה כאילו 'ריבונות לאומית' אינה אלא פרי המשגה לקויה של המשפט הבינלאומי. לו היו יכולים, היו כותבים חוקים בינלאומיים חדשים שבהם הייתה מבוססת הריבונות המוחלטת של העמים, שכן הם מאמינים ששליה משפטית של תביעות לאומיות תביא לעידון הרצון העצמי הנחוש של העמים ותעגן סדר של 'חוק ללא כוח'.⁵¹

נייבור הוסיף וטען כי אם נבחן מקרים שבהם התאחדו קהילות שונות לכדי ישות פוליטית אחת, ניווכח לדעת כי בכולם התרחשה האיחוד תוך הפעלת כוח מכריע של צד אחד, וכן ניווכח לדעת כי כאשר האיחוד הצליח (כמו במקרה של ארצות הברית לאחר מלחמת האזרחים), הצלחתו נבעה מכך שמלכתחילה היה בסיס משותף רחב בין הקהילות. לכן, בהיעדר קהילה עולמית אורגנית שלה מוסכמות מוסריות אחידות, התאחדותן של כל מדינות העולם תיתכן רק אם ישות פוליטית אחת תכבוש את כולן ותכפה עליהן את מושגי הצדק שלה. "בעיותיה של האנרכיה הבינלאומית הן רבות בהחלט", מסכם נייבור, "אך נדמה כי עודן עדיפות על פני עריצות בינלאומית".⁵²

נייבור כתב את דבריו מתוך התבוננות מפוכחת ותיאורטית; אולם אנו איננו נאלצים להסתפק בביקורת תיאורטית: מאחורינו שבעים שנות היסטוריה שמהן עולה בבירור כי החזון הקאנטיאני – השאיפה כי האו"ם ומוסדותיו ישמשו מעין מדינה עולמית – עודנו רחוק מכדי מימוש. בפועל, שני המוסדות הבינלאומיים המופקדים בימינו על שמירת השלום העולמי – הלוא הם מועצת הביטחון של האו"ם ובתי הדין הבינלאומיים – כושלים בתפקידם: אין להם יכולת לשפוט סכסוכים באופן אובייקטיבי, והם אינם מסוגלים לאכוף את החלטותיהם בצורה עצמאית.

אבחנתו של נייבור, בנוגע לקהילות שלא הבשילו לכדי גוף מגובש וסולידרי, באה לידי ביטוי בהחלטות מועצת הביטחון של האו"ם שאינן מבטאות חתירה משותפת לצדק בסכסוכים בין-מדינתיים אלא משקפות את האינטרסים של מדינות שונות ושל בעלות בריתן. מסיבה זו אין לשוות להחלטות אלו תוקף מוסרי ואין לצפות כי מדינות בעלות אינטרסים מנוגדים (לעיתים עד כדי עוינות) תשפוטנה בסכסוכים הבין-מדינתיים הרבים – הן כל אחת לעצמה הן כקולקטיב – באופן אובייקטיבי.

אם לא די בכך, הרי בתוך גוף מפולג וציני זה שורר אי-שוויון-בפועל בין המדינות החברות. חרף רצונם של שוחרי המדינה העולמית בשנות הארבעים, הרעיון לא זכה לתמיכה מספקת בקרב מדינות הלאום והן לא ויתרו על ריבונותן כלפי המוסד הבינלאומי שהוקם לאחר מלחמת העולם השנייה. למעשה, האו"ם הוקם מתוך פשרה פוליטית שהותירה את המילה האחרונה בהחלטותיה של מועצת הביטחון בידי המעצמות שיצאו ממלחמת העולם השנייה וידן על העליונה; הללו התנו את הצטרפותן למוסד הבינלאומי החדש בהיותן חברות קבועות במועצת הביטחון ובהותרת זכות וטו על החלטותיה בידיהן. למעשה, שום החלטה המתירה מעשי לחימה, המגנה מעשי לחימה, או המסמיכה את הקהילה הבינלאומית להתערב במצב מלחמתי, אינה יכולה להתקבל ללא הסכמתן של חמש מעצמות אלו שלפחות שלוש מהן – ארצות הברית, רוסיה וסין – נאבקות זו בזו על השליטה במרחב הבינלאומי ומעורבות בעצמן (באופן פעיל או עקיף) ברבים מהסכסוכים הנידונים במועצת הביטחון. הניסיון לראות בעצרת הכללית, לעומת מועצת הביטחון, כתובת לבוררות בסכסוכים אלימים מגוחכת עוד יותר, שהרי החלטותיה של העצרת הכללית (שאופן קבלתן מזכיר מעין דמוקרטיה ישירה-אתונאית שרירותית יותר מאשר גוף חוקי-שיפוטי כלשהו) משקפות תחרות פופולריות בינלאומית; הא ותו לא.

במקרים שבהם נדרשת התערבות בינלאומית, לא זו בלבד שנדרשת הסכמתן של המעצמות אלא שנדרש גם קונצנזוס ביניהן בנוגע לסוג ההתערבות ואופן הטיפול במקרה; די בכך כדי להפוך קבלת החלטה כלשהי לכמעט בלתי-אפשרית. אולם מכשול קבלת ההחלטה אינו היחיד – ואף לא הקשה-ביותר – בדרך אל הצדק הבינלאומי שבחסות מוסדות האו"ם: למוסדות אלו אין צבא או כל אמצעי לאכיפת החלטותיהם וביצוען. על מנת שהחלטה של מועצת הביטחון (הדורשת התערבות

בינלאומית) בסכסוך מזוין כלשהו תיאכף, מן ההכרח שאחת מחברות הקהילה הבינלאומית תחפוץ לממש את ההחלטה באמצעות כוחה הצבאי הלאומי. נוכח שני ההיבטים הללו, הסיכוי לקבלתה של החלטה רלבנטית, צודקת ויעילה – בזמן-אמת – הוא נמוך עד אפסי, והסיכוי שהיא תתבצע נמוך עוד יותר כפי שאכן מלמדת המציאות.

ברוב הסכסוכים שהתרחשו בעולם מאז הקמת האו"ם לא הגיעו המדינות בעלות הווטו להסכמה בשאלה מיהו הצד התוקפן, וממילא מובן כי לא הכריעו לטובת מי להתערב, וקל וחומר את מי יש להעניש. העימותים הצבאיים שמועצת הביטחון לא הצליחה למנועם (או להכריע מיהו התוקפן ולהיפרע ממנו) רבים מהימנות כאן. כדי לסבר את האוזן נציין כמה דוגמאות בולטות: האו"ם לא מנע את הפלישה של קוריאה הצפונית לקוריאה הדרומית בשנת 1950, ומועצת הביטחון אישרה את ההתערבות האמריקנית רק משום שוויינגטון איימה כי תתערב בכל מקרה (ואילו ברית המועצות החרימה את הדיון באותם ימים);⁵³ בפלישתה של וייטנאם הצפונית לוייטנאם הדרומית בשנת 1955 נותרה מועצת הביטחון משותקת מפאת הווטו הסובייטי;⁵⁴ בעת כיבוש צ'כוסלובקיה בידי מדינות ברית ורשה, בשנת 1968, הועלתה במועצת הביטחון הצעה לגינוי הפלישה אולם היא נחסמה על ידי הסובייטים;⁵⁵ מועצת הביטחון לא אפשרה התערבות בינלאומית בניסיון למנוע את הטבח בעם הבנגלי בשנת 1971 בידי פקיסטן, והטבח נמשך עד התערבותה של הודו (על דעת עצמה);⁵⁶ בשנת 1967 כוחות חירום מטעם האו"ם שהוצבו בסיני הוצאו מהאזור מיד לאחר שמצרים הסירה את הסכמתה לנוכחותם,⁵⁷ ובאותה עת לא הגיבה מועצת הביטחון לחסימת מיצרי טיראן.⁵⁸

דוגמה נוספת היא מלחמת איראן-עיראק. כאשר פלשה עיראק לאיראן בשנת 1980 (ובכך פתחה את מלחמתן הארוכה) מועצת הביטחון קראה להפסקת אש אך לא דרשה נסיגה עיראקית מהשטח הכבוש.⁵⁹ המלחמה נמשכה שמונה שנים, תוך מעורבותן העקיפה (ולעיתים הישירה) של המעצמות ומדינות-חברות שונות באו"ם; ורק בהמשך גינתה מועצת הביטחון את השימוש בנשק כימי שהתרחש במסגרת המלחמה שבמשך שנים לא הצליחה למנוע,⁶⁰ ולבסוף בשנת 1988 קראה לנסיגה לגבולות המקוריים. בשנת 1991, שלוש שנים לאחר סיום המלחמה, כתב המזכיר הכללי של האו"ם כי עיראק הייתה הצד התוקף.⁶¹

במהלך המלחמה הקרה, הפילוג הבין-גושי ששיתק את מועצת הביטחון היה ברור לעין כול, אולם לאחר נפילתה של ברית המועצות היו שקיוו כי קונצנזוס בסוגיות חשובות ייווצר ביתר קלות. הדוגמה שמרבים לציין כהצלחתו המשמעותית הראשונה של האו"ם היא מלחמת המפרץ הראשונה שנועדה לסיים את כיבוש כוית בידי עיראק. מבצע זה השיג את מטרתו, אולם זהו יוצא מן הכלל שאינו מעיד על הכלל, שכן כמו בהתערבויות קודמות המבצע הצליח רק משום שארצות הברית הייתה מוכנה לצאת למלחמה על מנת להגן על הריבונות הכויתית. ללא נכונותו של הממשל

האמריקני, שראה בהתערבות זו אינטרס לאומי אמריקני, עצם החלטתה של מועצת הביטחון נגד עיראק לא הייתה מועילה במאומה ולא הייתה מיטיבה עם העצמאות הכונית.

לעומת זאת, ברוב המקרים הנדירים – ביניהם מקרים קשים ביותר – שבמהלכם הצליחה מועצת הביטחון להגיע להחלטה ולהסמיך כוח בינלאומי לפעולה, פעולתה לא הועילה. האו"ם כשל במניעת רצח העם ברואנדה בשנת 1994 למרות נוכחותם של כוחות שמירת השלום של האו"ם במדינה.⁶² במהלך המלחמה בבוסניה והרצגובינה אישרה המועצה הכנסת כוח לשמירת שלום אך עובדה זו לא מנעה את הטבח בסרברניצה (אזור שהוגדר 'מרחב מוגן' של האו"ם) בשנת 1995; לאחר הטבח, אף שניתן אישור מהמועצה לאכיפת אזור ללא טיסה בלבד, החלו כוחות נאט"ו לבצע תקיפות קרקעיות על דעת עצמם וחרף התנגדותן של רוסיה וסין.⁶³

עובדות אלו אינן מפתיעות; הן נובעות מהוראתו של האו"ם לכוחותיו לפעול על פי דוקטרינת הניטרליות – כלומר לא להילחם בעד אחד מן הצדדים ולא לנקוט עמדה בסכסוך – אלא שדוקטרינה זו הופכת את כוחות האו"ם ללא יותר ממשקיפים.⁶⁴ עובדה לא-מפתיעה נוספת – הפעם מן העת האחרונה – היא שמועצת הביטחון לא הגיעה להסכמה בשאלת הצד התוקפן במלחמת גיאורגיה-רוסיה בשנת 2008,⁶⁵ והחלטתה הקוראת לשמירה על גבולות אוקראינה בזמן פלישתה של רוסיה לחצי-האי קרים בשנת 2014 הופלה באמצעות וטו של המעצמה הפולשת.⁶⁶

כשלים מובנים דומים מצויים במערכת בתי הדין הבינלאומיים שמאותן סיבות אינם מצליחים ליצור הרתעה נגד תוקפנות לאחר מעשה. דברים אלה נכונים הן לגבי בית הדין הבינלאומי לצדק, הן לגבי בית הדין הפלילי הבינלאומי.

בנוגע לבית הדין הבינלאומי לצדק, גם אם נניח שיש בידי שופטיו להכריע בין הניצים באופן אובייקטיבי (דבר המוטל בספק כשלעצמו),⁶⁷ הוא מוסמך לדון אך ורק כאשר שני הצדדים-לסכסוך פונים אליו,⁶⁸ ולאחר מתן פסק הדין, אכיפתו נמסרת למועצת הביטחון ונתונה לחסימה באמצעות הטלת וטו.⁶⁹ ברור אפוא כי בית דין זה אינו יכול לשמש כתחליף לצורכי הביטחון הלאומי של מדינה כלשהי.

ביחס לבית הדין הפלילי הבינלאומי, המצב שונה במקצת אך אין בכך כדי להועיל (לפחות לא במידה ניכרת). לבית דין זה ישנן בעיות רבות אך העיקרית שבהן לענייננו היא מגבלות הענישה שלו: גם כאשר תופס בית הדין פושע מלחמה ודן אותו לחובה (ומדובר במקרה נדיר ביותר), הוא יכול – לכל היותר – להטיל על הפושע עונש מאסר אישי.⁷⁰ ההיסטוריה מראה כי אפילו איומים בהפעלת כוח מידי על ידי מדינה חיצונית וחזקה אינם מספיקים כדי למנוע ביצוע פשעים נגד האנושות;⁷¹ וברור אפוא כי הסיכוי שאיום מאסר אישי ימנע פשעים נגד האנושות הוא קלוש. ואכן פשעים נגד האנושות נמשכים גם לאחר שכמה ממבצעייהם הושמו בכלא בשלהי חייהם.

אף שתחומי השיפוט של בית הדין הבינלאומי הפלילי כוללים לכאורה סוגיות שיש לגביהן קונצנזוס נרחב (כגון רצח עם, פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות), כשיורדים לפרטים מתברר שהמצב אינו כה חד-משמעי. בסיס ההגדרה למושג 'פשע מלחמה' המופיע באמנת רומא (1957) הוא אמנת ז'נבה הרביעית (1949), אולם באמנת רומא התווספו סעיפים שמקורם בפרוטוקולים הנוספים לאמנת ז'נבה – ואלה לא זכו לתמיכה הרחבה שקיבלה האמנה המקורית. האי-הסכמה בנוגע לטבעם של פשעי מלחמה מטילה בספק את הלגיטימציה של בית הדין הפלילי הבינלאומי וחושפת אותו לפוליטיזציה. דוגמה מייצגת היא הסעיף באמנת רומא הקובע כי העברת אוכלוסייה אזרחית של כוח כובש אל שטח כבוש היא פשע מלחמה שווה ערך להשמדת עם.⁷² סעיף שנוי-במחלוקת זה לקוח מהפרוטוקול הנוסף הראשון אך אינו הפרה חמורה של אמנת ז'נבה או של המשפט הבינלאומי המנהגי. אף שישראל טוענת שהחזקתה בשטחי יהודה ושומרון אינה נכנסת כלל להגדרה של החזקת שטח כבוש (וישראל גם אינה חתומה על הפרוטוקולים המגדירים מעשה כזה כפשע מלחמה) הסעיף הנזכר עשוי להיות עילה למעצרים של מנהיגים ישראלים.⁷³ הכללתם (או אי-הכללתם) של סעיפים שונים בהגדרת פשעי מלחמה משרתת את האינטרסים של מדינות שונות, וכך השיח על אמות המידה המקובלות לצדק הופך למאבק ציני בין פרטים חסרי לכידות בסיסית – בדומה למתרחש במועצת הביטחון ובעצרת הכללית של האו"ם.⁷⁴ בית הדין הודה בבעיה זו בפה מלא, בקשר לעבירות תוקפנות צבאית באופן כללי: מנסחי האמנה ביקשו לכלול גם עבירות כאלו בתחומי השיפוט של בית הדין; אך שופטיו טענו שאין ביכולתם לטפל בתיקים מסוג זה עד למציאת הגדרה מוסכמת לתוקפנות.⁷⁵

למעשה, הדמיון בין בתי הדין הבינלאומיים לבין בתי המשפט המדינתיים הוא דמיון שטחי בלבד. בית משפט מדינתי אינו פועל בחלל ריק והוא חלק מרשויות שלטון המתפקדות יחד ויוצרות משטר. על מנת ששלטון ייחשב 'שלטון החוק', ולו במובנו המינימלי של מושג זה, עליו להחזיק בסמכות חד-משמעית לחקיקה וליישב עימותים בין הפרטים הכפופים לו, עליו להקים מנגנוני חקיקה ושיפוט מסודרים, וכן להחזיק באמצעי אכיפה. אולם בתי הדין הבינלאומיים אינם מקיימים אף לא אחד מן התנאים הללו: הם מצויים אי-שם, מנותקים מהצורך בלגיטימציה ציבורית ומאחריות כלפי הציבור שנידון על ידם; אין להם מנגנונים ברורים לשינוי או פרשנות של החוק; ואין להם אמצעים לאכיפתו.⁷⁶

לסיכומו של עניין, המוסדות הבינלאומיים אינם מסוגלים לנקוט אמצעי ענישה נגד גורמים בינלאומיים סוררים, ולא היו מסוגלים גם לזו היו רוצים בכך; ולפיכך אין זה סביר כי המדינות תסמוכנה על מוסדות אלה בכל הנוגע לשמירה על ביטחון אזרחיהן.

הנרי קיסנינג'ר, מבכירי הממשל האמריקני במחציתה השנייה של המאה העשרים, ייצג עמדה זו היטב בדבריו הבאים:

תומכי הסמכות האוניברסלית טוענים שהמדינה היא הגורם הבסיסי למלחמות ולא ניתן לסמוך עליה לשם הבאת צדק; אם הפוליטיקה תוחלף בחוק, השלום והצדק ינצחו. אולם די בסקירה שטחית של ההיסטוריה כדי להיווכח שאין ראיות התומכות בתיאוריה שכזו. תפקידו של המדינאי הוא לבחור בברירה המיטבית תוך ניסיון לקדם את השלום והצדק ומתוך הבנה כי לעיתים קרובות ישנו מתח בין השניים וכי כל ניסיון פיוס יהיה חלקי.⁷⁷

בסופו של דבר, לא מגילת האו"ם היא שכוננה את זכותן של המדינות להתקיים אלא זכותן הטבעית של המדינות היא המקנה לאו"ם את סמכויותיו. אכן, יש המבקשים להקים את הגולם על יוצרו, אולם בין כך ובין כך דומה שאין ביכולתו של האו"ם ליטול מהמדינות את זכותן להגנה עצמית במובנה הרחב. אחת מן הזכויות שחייבות להיות ביד המדינות היא הזכות להעניש גורמים בינלאומיים סוררים, בייחוד גורמים המאיימים על ריבונותן הטריטוריאלית, על חיי אזרחיהן או רכושם, או על אינטרסים חיוניים אחרים.

והיה אם בן הכות הרשע

עד עתה דנו בעיקר בציודוקן המוסרי של פעולות ענישה, אלא שהלכה-למעשה הדברים מורכבים יותר שהרי פעולות ענישה מכוונות כלפי יעדים מסוימים ובחירתם היא מטבעה שאלה מורכבת. על רקע הדה-לגיטימציה שנעשתה לפעולות הענישה, מפתיע לגלות כי במשפט המנהגי מצויים כללים ברורים – המקובלים גם כיום – בנוגע לביצוען:⁷⁸

1. הפעולה צריכה להיעשות נגד המדינה שביצעה מעשה לא-חוקי נגד המדינה המענישה.
2. המדינה המענישה צריכה לנסות להשיג תגמול באמצעים אחרים קודם נקיטת הפעולה.
3. הנוק שייגרם מפעולת הענישה יהיה בהתאם לנוק שגרם המעשה הראשוני.⁷⁹

כלל 3 קובע אפוא כי מותרת ענישה מידה כנגד מידה, ובכלל זאת גם יעדי הענישה, אלא שבאמנות ז'נבה קיבלו המדינות על עצמן מגבלות מסוימות באשר ליעדים המותרים בפעולות ענישה: ב-1929 הוגדרו שבויי מלחמה כיעדים לא-לגיטימיים לפעולות ענישה; וב-1949 נוספו עליהם חיילים פצועים, בניינים רפואיים, ואזרחים בשטח כבוש ורכושם.

לצד זאת, אמנת ז'נבה הרביעית אינה אוסרת פעולות ענישה נגד אוכלוסייה אזרחית כאשר הן נעשות בשטח אויב;⁸⁰ ורק בפרוטוקולים הנוספים לאמנה, שנחתמו ב-1977, נאסרה הענשת אוכלוסייה אזרחית ורכושה בשטח אויב ומובן שמגבלות אלו מחייבות רק את המדינות שחתמו על הפרוטוקולים. כאמור, כמה מדינות סירבו לאשרר את

הפרוטוקולים (מבלי להוסיף להם סייגים משמעותיים) וטענו כי הם מוטים לטובת ארגוני גרילה וכי הניסיון להטיל מגבלות גורפות הופך את הפרוטוקולים ללא-מציאותיים ושכרם יוצא בהפסדם. כך טענה המשלחת האמריקנית לכנס שבמסגרתו נחתם פרוטוקול I:

במקרה של הפרות מתמשכות ורחבות היקף של אמנות ז'נבה והפרוטוקול, סדרת האיסורים על פעולות ענישה עלולה להיווכח כבלתי-ניתנת ליישום. תקיפות מסיביות ומתמשכות המכוונות נגד אוכלוסייה אזרחית של מדינה אינן יכולות להיוותר ללא מענה דומה. האיסור להגיב למעשה כזה, בלא שניתנת חלופה סבירה, הופך את הפרוטוקול לבלתי-מתקבל על הדעת ואין לצפות כי יעמוד במבחן המעשה בסכסוכים מזויינים עתידיים.¹⁸

מדינות שאינן חתומות על פרוטוקול I (או חתומות עליו בתוספת סייגים) שומרות לעצמן את הזכות לבצע פעולות ענישה – אף נגד אזרחי המדינה התוקפת – בתגובה לתקיפה חמורה נגד אזרחיהם (תוך עמידה בתנאים שפורטו לעיל). למותר לציין כי הן רשאיות לבצע פעולות ענישה נגד מטרות בעלות ערך צבאי שתקיפתן לא נאסרה כלל בפרוטוקולים. השלכותיה של קביעה זו נוגעות לתרחישים שונים, החל בתגובה לתקיפה גרעינית וכלה בתגובה לפיגועי טרור שפוטנו נגד אוכלוסייה אזרחית.

מובן כי רק במקרים חמורים ביותר ניתן להצדיק ענישה כלפי אוכלוסייה אזרחית בשטח אויב, וכן כי עצם העובדה שפעולה כזו מותרת מבחינה משפטית אין משמעה שבכל מצב אכן ראוי למצות את הדין ולבצע פעולות ענישה. כמו כן יש להבחין בין מידת האחריות של הממשלה לבין התקיפה הראשונית: קל יותר להצדיק פעולות ענישה כאשר אחריותה של ממשלת המדינה שמתחומה יצאה התקיפה הראשונית היא חד-משמעית; ואילו כאשר ייתכן כי הממשלה אינה שולטת באופן מלא בכל הטריטוריה שלה – בין היתר על גורמים סוררים בתוכה – מדובר בעניין מורכב יותר.

מכל מקום, עובדה היא שמאזן האימה השורר בין מדינות בעלות נשק גרעיני מוסיף לעמוד בבסיס הדוקטרינה הביטחונית שלהן שבכללה הודאה מפורשת כי הפצצת אוכלוסייה אזרחית תגרור תגובה דומה. לא זו אף זו: ייתכן שהצהרה מצד כמה מהמדינות הללו שלפיה הן אינן מוכנות להגיב מידה כנגד מידה לתקיפה גרעינית תוביל לערעור מאזן האימה העדין במצב חירום וכך תעלה את הסיכוי להפצצה גרעינית בפועל.

טענה אפשרית נוספת נגד פעולות ענישה היא הטענה כי פעולות אלו יוצרות סבבי לחימה מתמשכים אחר שהלחימה המקורית הסתיימה. ואכן, טענה זו צריכה להישקל היטב קודם שיוצאים לפעולות ענישה, אולם כנגדה יש לבחון סיכון אחר: הפגיעה בהרתעה. המדינאים נדרשים אפוא לבחון האם יש בידיהם עוצמה וחוסן אל מול האויב, הדרושים לביסוס ההרתעה או להתמודדות עם סבב נוסף של לחימה.

החלטות אלה אינן פשוטות והן משתנות ממקרה למקרה, אלא שאין בחשש המעשי מהתארכות הלחימה כדי לבטל את החשש המעשי מפני אובדן ההרתעה. ראוי לציין כי גם גרוטיוס, שצייד בזכות לבצע פעולות ענישה, התייחס לסיכון הנזכר והזהיר מפני קבלת החלטות פזיזות שעשויות לסכן את חיי האזרחים יותר מכפי שיגנו עליהם; הוא המליץ לצאת למלחמת ענישה אך ורק כאשר מאזן העוצמה נוטה באופן מובהק לטובת המעניש.⁸² בשולי הדברים יש לשים לב כמה רחוקה קביעה זו מן העמדה שלפיה על הצד החזק מוטלת חובה מוסרית לפעול בהבלגה וריסון עצמי מפאת חווקן היחסי.

עוד יש להעיר כי גם אם יוחלט שנדרשת פעולת ענישה, היא אינה חייבת להיות זהה בחומרתה לעבירה המקורית. פעמים שניתן להשיב את ההרתעה גם בנקיטת פעולת ענישה קלה יותר; וייתכן גם שמקבלי ההחלטות יעדיפו תגובה זהירה כדי לא להוביל לסבב נוסף של לחימה. לדוגמה, כאשר ישראל נדרשת להגיב לפגיעה חמורה באזרחיה, עקב פיגועי טרור או מטחי רקטות, היא יכולה לנקוט פעולות ענישה קלות באופן יחסי: תקיפת יעדים בעלי אופי צבאי גם כאשר הנזק האגבי יעלה על המקובל במסגרת מלחמה פעילה; סיכול ממוקד של מחבלים כעונש – הן המצויים בשטח אויב, הן אלה שנתפסו בידי ישראל (שהרי אין הצדקה מוסרית להחשיבם כשבוים מלחמה מוגנים כאשר הם אינם פועלים בהתאם לאמנת ז'נבה – אינם מזדהים כחיילים ואינם פועלים בשליחותה של מדינה החתומה על האמנה); פגיעה ברכוש ובתשתיות אזרחיות; וצעדים בעלי אופי מדיני הפוגעים באינטרסים של האויב (כגון החלת החוק הישראלי על שטחים שעד כה הוא לא הוחל עליהם). במקרים חמורים יותר, כגון שימוש בנשק להשמדה המונית הגורם לאבדות אזרחיות רבות, שמורה לישראל הזכות להגיב בחומרה אף נגד אוכלוסייה אזרחית (עם כל הקושי שבדבר), בוודאי כאשר המתקפה בוצעה על ידי גורם מדינת-ריבון.

מובן כי ההחלטה לבצע פעולות ענישה אינה יכולה להתקבל מתוך סערת רגשות ותאוה לנקמנות; תחת זאת עליה להתקבל מתוך שיקולים הגיוניים והערכה מציאותית של תוצאות הפעולה. נקמנות היא רגש הנובע מיצרים פרועים ובלתי-נשלטים, והיא פסולה הן בחיינו האישיים, הן בהחלטות הנוגעות להפעלת כוח מלחמתי. אכן, פעולות הענישה שבהן עוסק מאמר זה הן תוצאה של חשיבה מעמיקה ושיקול דעת רחב ומטרתן להשיב את הצדק לעולמנו – ובכלל זאת גם השבת ההרתעה – מתוך הבנה שהימנעות מענישת תוקפנים מפקירה את העולם ומחזירה אותו לתוהו ובוהו מוסרי.

החלום על עולם אידילי-פסטורלי, נטול אנרכיה, שבו שוררים יחסים מעודנים בין מדינות ועליהם מנצחת מערכת משפט על-לאומית, הוא אולי חזון נאה ונאצל; אלא שהדרך למימוש – אם אכן ישנה דרך כזו – עודנה ארוכה ומפותלת. באותו אופן,

ניסיון להעניק הגנות בלתי-תלויות לגורמים המתנגדים, באופן עקרוני, לרוח אמנת ז'נבה – ואף מפירים בבוטות את כללי הלחימה שהונהגו באמנה זו – מאיים בעצמו על ההישגים שהושגו עד כה במסגרת המאבק למזעור אכזריות המלחמה וההרס שבעקבותיה.

זאת ועוד: העידון המוסרי שארגוני זכויות אדם מבקשים לקדם לא יושג באמצעות כפיית החלטות משפטיות שהתקבלו במוסדות בינלאומיים; שלום זה יושג על ידי מדינות המאמינות כי צלם האלוהים שבו נברא האדם מחייב אותו להתנהג באופן מסוים – ולא רק מקדש את חייו. טוב היה לו אותם ארגונים היו למדים כי אחד משני ההקשרים המקראיים שבהם נזכר המושג 'צלם אלוהים' מחייב עונש מוות לרוצח: "שֵׁפֶךְ דַּם הָאָדָם בְּאָדָם דָּמוֹ יִשְׁפָּךְ: כִּי בְצַלְמֵ אֱלֹהִים עָשָׂה אֶת הָאָדָם" (בראשית ט', ו).

בהתנהלותה המעשית מרימה מדינת ישראל את תרומתה ליצירת המשפט המנהגי. לכן במקום שתחוש כבולה בידי מערכת מוסרית-משפטית זרה, עליה לקחת חלק בעיצובה של אותה מערכת – על ידי יניקה ממקורותיה-שלה וממיטב מקורות ההגות האנושית – יחד עם כל מי שסבור שבני אדם נבראו כדי לחיות כבני חורין. אֵל למדינת ישראל להיכנע בפני הלחץ החיצוני; בכוחה להיות מופת של צדק ושל קידום ניצחון המוסר והשלום.

1. David Luban, "War as punishment", *Philosophy & Public Affairs*, 39 (2011), pp. 299–330.
2. בספרות המקצועית מכונה מושג זה בשם reprisal או punishment ופעמים שהוא מכונה גם retaliation. כך או כך כוונתי כאן היא להפעלת כוח צבאי אחר שנהדפה המתקפה ובתגובה לה, ואינה פעולת הגנה במונחי הפשוט. יש לציין כי בחלק מהספרות המשפטית המודרנית, המונח reprisal התפרש באופן מצומצם יותר, כמתייחס לפעולה צבאית האסורה בדרך כלל, על פי כללי התוך-לחימה הרגילים, אך נעשית בתגובה לעבירה קודמת על כללי התוך-לחימה. עם זאת, בהגות הכללית על אודות המלחמה הצודקת, משמעותן של 'פעולות ענישה' או 'מלחמת ענישה' רחבה יותר שכן בעידן שבו נכתבה הגות זו טרם גובשו כללי הלחימה המודרניים (ראו Michael Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, (New York: Basic books, 2006th), p. 62 במאמר זה אני מתייחס לכלל הגות המלחמה הצודקת ולפיכך אשתמש במונח 'פעולות ענישה' במובנו הרחב, ואילו שאלת היעדים הלגיטימיים של פעולות כאלו תטופל בחלקו האחרון של המאמר. למעשה, הטיעונים שיוצגו כאן רלבנטיים הן למובנו הרחב של המושג, הן למובנו המצומצם.
3. Richard A. Falk, "The Beirut raid and the international law of retaliation", *American Journal of International Law*, 63 (1969), p. 431; Andrew D. Mitchell, "Does one illegality merit another? The law of belligerent reprisals in international law", *Military Law Review*, 170 (2001), pp. 158–159; William V. O'Brien, "Reprisals, deterrence and self-defense in counterterror operations", *Virginia Journal of International Law*, 30 (1989), pp. 422–423; Derek Bowett, "Reprisals involving recourse to armed force", *American Journal of International Law*, 66 (1972), p. 1.
4. Luban, "War as punishment", pp. 299–330; Christopher Greenwood, "The twilight of the law of belligerent reprisals", *Netherlands Yearbook of International Law*, 20 (1989), p. 61; Bowett, "Reprisals involving recourse", pp. 1–36; Burton M. Leiser, "The morality of reprisals", *Ethics*, 85 (1975), pp. 159–163.
5. Kenneth Anderson, "Who Owns the Rules of War?", *The New York Times Magazine*,

- .21 *Ibid*, p. 249
- .22 Jean-Jacques Rousseau, *The State of War*. מובא אצל Reichberg, *The ethics*, p. 484
- .23 Don E. Scheid, "Perpetual Peace: Abbé de Saint-Pierre", *Encyclopedia of Global Justice*, .Dordrecht: Springer, 2011, pp. 833–836
- .24 Reichberg, *The ethics*, p. 489
- .25 עמנואל קאנט, "על השלום הנצחי", בתוך מהי נאורות? מאמרים פוליטיים, מגרמנית: יפתח הרמן-כרמל, תל-אביב: רסלינג, 2009, עמ' 133.
- .26 שם.
- .27 שם, עמ' 139.
- .28 Shawn Kaplan, "Punitive warfare, counterterrorism and jus ad bellum", *Routledge Handbook of Ethics and War: Just War Theory in the 21st Century*, Routledge, 2013, p. 242
- .29 Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*, bk. II, chp. XX: On Punishments. מובא אצל Reichberg, *The ethics*, p. 407
- .30 *Ibid*, p. 408
- .31 ג'ון לוק, המסכת השנייה על הממשל המדיני, מאנגלית: יוסף אור, ירושלים: מאגנס, תשי"ט, עמ' 12–11.
- .32 שם, עמ' 8.
- .33 שם, עמ' 17.
- .34 Christine D. Gray, *International law and the Use of Force*, Oxford University Press, 2008. p. 6. הנוסח האנגלי של שני סעיפים אלה זמן במרשתת.
- .35 Josef L. Kunz, "Individual and collective self-defense in article 51 of the charter of the United Nations", *American Journal of International Law*, 41 (1947), pp. 876–879
- .36 O'Brien, "Reprisals, deterrence and self-defense", pp. 421–478
- .37 Falk, "The Beirut raid", pp. 415–443
- .38 Richard A. McCormick, "Morality of war", *New Catholic Encyclopedia*, 14, Washington D.C.: The Catholic University of America, 2008, p. 804
- .39 Michael L. Gross, "Killing civilians intentionally: Double effect, reprisal, 24.4.2003. עיסוק במוסר המלחמה מצוי גם במסורות מחשבה אחרות – דוגמת מסורת המחשבה היהודית והמוסלמית – אולם ההגות שהתפתחה במסגרת מסורת המחשבה הנוצרית היא זו שיצרה את חוקי הלחימה והיא המצויה בתשתית הדיון בן זמננו ועל כן תעמוד במוקד המאמר שלפניכם.
- .6 Gregory M. Reichberg et al., *The ethics of war: Classical and contemporary readings*, Blackwell Publishing, 2006, p. 61. מוקורות זו היא המוקד לרבים מהציטוטים להלן.
- .7 Tertullian, *On the Crown*, chp. 11. מובא אצל Reichberg, *The ethics*, p. 61
- .8 Origen, *Against Celsus*, bk. 8, chp. 73. מובא אצל Reichberg, *The ethics*, p. 65
- .9 Andrew Fiala, *The Just War Myth: The Moral Illusions of War*, Rowman & Littlefield, 2008, p. 9
- .10 Reinhold Niebuhr, *Christian Realism and Political Problems: Essays on Political, Social, Ethical and Theological Themes*, Scribner, 1953, pp. 119–147
- .11 Augustine of Hippo, *Questions on the Heptateuch*, bk. VI, chp. 10. מובא אצל Reichberg, *The ethics*, p. 82
- .12 Augustine of Hippo, *City of God*, bk. XIX, chp. 16
- .13 הקדמה לפרק על אקווינס אצל Reichberg, *The ethic*, pp. 169–170. אקווינס עוסק באופן נרחב בשאלת היציאה המוצדקת למלחמה (jus ad bellum) אך אינו מרבה לעסוק בשאלות של מוסר תוך כדי לחימה (jus in bello).
- .14 Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, II-II, Question 29: On Peace. מובא אצל Reichberg, *The ethics*, p. 175
- .15 Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, II-II, Question 40: On War. מובא אצל Reichberg, *The ethics*, p. 177
- .16 *Ibid*, p. 171
- .17 Luban, "War as punishment", p. 304
- .18 ראו גם בהקדמה לפרק על קג'טאן אצל Reichberg, *The ethics*
- .19 Cajetan (Thomas de Vio), *Commentary to Summa Theologiae*, II-II, Question 40. מובא אצל Reichberg, *The ethics*, pp. 242–243
- .20 *Ibid*, p. 247

- Reinhold Niebuhr, Westminster: John Knox Press, 1976, p. 208.
52. Niebuhr, *Christian realism and political problems*, p. 24.
53. Henry Kissinger, *World order*, Penguin Books, 2015, pp. 64, 290.
54. William N. Lobel, "The legality of the United States' involvement in Vietnam: A pragmatic approach", *University of Miami Law Review*, 23 (1968), p. 813.
55. Thomas M. Franck, *Nation against nation: What happened to the UN dream and what the us can do about it*, Oxford University Press, 1985, p. 73.
56. Thomas M. Franck and Nigel S. Rodley, "After Bangladesh: the law of humanitarian intervention by military force", *American Journal of International Law*, 67 (1973), p. 277.
57. Franck, *Nation against Nation*, p. 89.
58. מיכאל אורן, *שישה ימים של מלחמה*, מאנגלית: מנשה ארבל, דביר: אורי-הודה, 2004, עמ' 87-211.
59. Iraq war: Matthew J. Ferretti, "The Iran United Nations resolution of armed conflict", *Villanova Law Review*, 35 (1990), p. 205.
60. *Ibid*, p. 216.
61. Adam Tarock, *The Superpowers' Involvement in the Iran-Iraq War*, Nova Publishers, 1998, p. 208.
62. Dore Gold, *Tower of Babel: How the United Nations Has Fueled Global Chaos*, Crown Forum, 2005, p. 135.
63. Tarcisio Gazzini, "NATO coercive military activities in the Yugoslav crisis (1992-1999)", *European Journal of International Law*, 12 (2001), p. 404.
64. Gold, *Tower of Babel*, pp. 135-155.
65. Jim Nichol, *Russia-Georgia Conflict in August 2008: Context and Implications for U.S. Interests*, Congressional Research Service, Mar 2009, p. 8.
66. Kenneth Rapoza, "Russia vetoes Crimea resolution in U.N. Security Council", *Forbes*, 15.3.2014.
67. Eric A. Posner and Miguel F.P. De and necessity in the Middle East", *Political Science Quarterly*, 120 (2005), p. 568; Mitchell, "Does one illegality merit another?", p. 170.
40. International Committee of the Red Cross. *Treaties, States Parties and Commentaries. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts* (Protocol I), 8 June 1977.
41. Gross, "Killing civilians intentionally", p. 568.
42. Asa Kasher & Amos Yadlin, "Military ethics of fighting terror: An Israeli perspective", *Journal of Military Ethics*, 4 (2005), p. 16.
43. *Ibid*, p. 26.
44. Walzer, *Just and Unjust Wars*, pp. 62-63.
45. *Ibid*, pp. 207-209. יש לציין כי אף שוולצר מצדיק פעולות ענישה באופן עקרוני, הוא מסיק כי יש לצמצם את היעדים המקובלים של פעולות אלו ולהוציא בלתי-מעורבים; ומבחינה זו, שיטתו מחמירה יותר מהמסורת המקובלת ומדרישות המשפט הבינלאומי (כפי שפורט להלן בחלקו האחרון של המאמר). מנגד, לשיטתו מותרת הפגיעה בלוחמים שבעצמם הפרו את הכללים, ברכוש אזרחי וביעדים אחרים שהפרוטוקולים הנוספים לאמנת ז'נבה אוסרים פגיעה בהם. ניתן לומר כי ולצר נוקט שיטה גרוטאנית כלפי המערכת הבינלאומית אך משלב אותה עם שיטה מוסרית-קאנטיאנית כשהוא מבכר שיקולים דאונטולוגיים על פני שיקולים תועלתניים. בסופו של דבר הוא מעדיף לאטור באופן גורף הרג מכוון של בלתי-מעורבים וזאת על פני הטיעון התועלתני שלפיו הצורך להרתיע את מפירי הכללים ולצמצם את אכזריות המלחמה בעתיד מצדיק פגיעה מוגבלת ומידתית בבלתי-מעורבים.
46. Kaplan, "Punitive warfare", p. 241.
47. Charles W. Kegley and Eugene R. Wittkopf, *World Politics: Trend and Transformation*, Wadsworth, 2004th, p. 576.
48. Reinhold Niebuhr, *Christian realism and political problems*, pp. 15-30.
49. *Constitution of the Syrian Arab Republic*. זמין במרשתת.
50. *Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela*. זמין במרשתת.
51. Reinhold Niebuhr, *Love and Justice: Selections from the Shorter Writings of*

- מכיוון שאפשר לגרום נזק תדמיתי רב על ידי עצם פתיחת חקירה, גם אם לבסוף יזוכה הנחשד, חשוף התובע לאינספור לחצים פוליטיים מצד גורמים המעדיפים להישאר בהיחבא (26). *Ibid*, p. 26.
- .75 *Ibid*, p. 22.
- .76 Bolton, "The risks and the weaknesses", pp. 171–172.
- .77 Henry Kissinger, "The Pitfalls of Universal Jurisdiction", *Foreign affairs*, 80 (2001), p. 95.
- .78 Falk, "The Beirut raid", p. 431; Mitchell, "Does one illegality merit another?", pp. 158–159; O'Brien, "Reprisals, deterrence and self-defense", pp. 422–423; Bowett, "Reprisals involving recourse", p. 1.
- .79 יש לשים לב כי אין מדובר בהגדרה למידתיות שחלה על כללי התוך-לחימה הרגילים (ואמורה ביחס להישג הצבאי הצפוי) אלא במידה כנגד מידה ביחס לעבירה המקורית.
- .80 Mitchell, "Does one illegality merit another?", p. 164.
- .81 *Ibid*, p. 174.
- .82 Hugo Grotius. *De iure belli ac pacis*, bk. II, chp. XXIV, Warnings not to Undertake War Rashly, Even for Just Causes. אצל Reichberg, *The ethics*, p. 414.
- Figueiredo, "Is the International Court of Justice biased?", *The Journal of Legal Studies*, 34 (2005), pp. 599–630.
- .68 Shabtai Rosenne, *The World Court: What it is and how it Works*, Brill Academic Publishers, 2003th, p. 67.
- .69 Monroe Leigh, "Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). 1984 ICJ Reports 169", *American Journal of International Law*, 78 (1984), pp. 894–897.
- .70 Alan Baker, "The International Criminal Court: Israel's unique dilemma", *Justice*, 18 (1998), p. 24.
- .71 John R. Bolton, "The risks and the weaknesses of the International Criminal Court from America's perspective", *Virginia Journal of International Law*, 41 (2000), p. 175.
- .72 Baker, "The International Criminal Court", p. 25.
- .73 *Ibid*.
- .74 בעיה נוספת המאפיינת את בית הדין הפלילי הבינלאומי היא העובדה שלתובע עומדת הזכות לפתוח בחקירה נגד כל גורם שהוא חושד בו (אף ללא פנייה מפורשת מנציחו של נפגע כלשהו לבית הדין).