

## אבי לובין

### "סוף סוף תפסנו מלחמה צודקת"

**על סגנון משפטי ותקפות של טיעון, או: מי כתב את "גילוי הדעת"**

בעיצומה של מלחמת לבנון השנייה נשאלו אנשי רוח מה דעתם על הלחימה בצפון ובלבנון. ב־21 ביולי 2006 התפרסמו תשובותיהם במוסף "תרבות וספרות" של "הארץ". א"ב יהושע הסביר: "סוף סוף תפסנו מלחמה צודקת, אז לא צריך לגרם אותה יותר מדי עד שתהפוך ללא צודקת." תחילה חשבתי כי זוהי רק עמדתו המוסרית של יהושע (להבדיל, למשל, מעמדה משפטית). אולם כמעט שלושה שבועות לאחר מכן, כשהמלחמה שקעה כבר בבוץ רציני, פירסם א"ב, ביחד עם דוד גרוסמן ועמוס עוז, "גילוי דעת" בזו הלשון:

התוקפנות של ארגון החזבאללה כנגד ישראל, שהתבצעה בתוך שטח ישראל וכללה הרג וחטיפת חיילים וירי טילים כבד כנגד יישובים אזרחיים, חייבה את ישראל לנקוט פעולה צבאית רחבת היקף להגנתה הן נגד הארגון עצמו והן כנגד השלטונות הלבנוניים הנותנים חסות וסיוע מלאים לארגון רצחני זה, הרוגל בהשמדת ישראל. הפעולה הצבאית, זו לכשעצמה, היתה מוצדקת בעינינו מבחינה מוסרית, ותאמה את הלגיטימיות של הגנה עצמית מפני תוקפנותה של מדינת אויב. ואף שבפעולה זו נפגעים לצערנו אזרחים רבים של מדינת האויב, מטרתה לא היתה כלל הרג אזרחים לשמו, בניגוד לארגון החזבאללה, שבחסות שלטונות לבנון, ירה אלפי טילים על יישובים בישראל, והרג עשרות אזרחים, יהודים וערבים כאחד. בשלב זה של המלחמה אנו קוראים לממשלת ישראל להסכים להפסקת אש הרדית. וזאת מתוך הנחה שמטרותיה הסבירות והאפשריות של הפעולה הצבאית כבר הושגו, ואין הצדקה לגרום סבל ושפיכות דמים נוספים לשני הצדדים עבור מטרות שאינן אפשריות ואינן ראויות לסבל הזה. אין זכות לעם הלבנוני לדרוש שיכבדו את ריבונותו, אם הוא ממאן לפרוש את אחריותו המלאה על כל אזרחיו ועל כל שטחו. נחישותה של ישראל להגן בתוקף על גבולותיה ואזרחיה הובהרה לדעתנו דיה לעם הלבנוני, ולכן אין צורך להחריף עוד יותר את מכאובינו ומכאוביו. לפיכך, עם כל התמיכה העקרונית שלנו בפעולתה הצבאית של ישראל, אנו קוראים להסכים מיידית להפסקת אש הרדית ("הארץ", 6.8.2006).

בהעדר דיון משפטי רציני בשיח הישראלי באשר לגבולות ההגנה העצמית, טוב ששלושת הסופרים הללו הרימו את הכפפה וקבעו כי הפעולה של ישראל לא רק היתה מוסרית, אלא גם היוותה הגנה עצמית לגיטימית (כלומר, היתה מוצדקת מבחינה משפטית). סביר היה להניח שאנשי רוח בשיעור קומה כזה לא היו זורקים לחלל האוויר טיעון משפטי בלתי מבוסס ולא היו מסתתרים מאחורי טיעון כזה, רק כדי להימנע מדיון מוסרי או פוליטי מעמיק. דווקא בשל העובדה כי מדובר באנשי רוח הנחשבים (בצדק, כמובן) חלק מהשמאל, אשר אינו מצדיק "באופן אוטומטי" את השלטון, נראתה לי עמדתם בעלת חשיבות מבחינת ההסכרה הישראלית, ולכן גם הנחתי כי אם כל השלושה מצאו כי מדובר ב"הגנה עצמית לגיטימית", נראה שנוכל לשכנע בכך גם את אומות העולם. משום כך נראתה לי בחירתם בשפה משפטית בעלת חשיבות רבה, שהרי סביר להניח כי אם בחרו לפרסם "גילוי דעת" ספוג בטרמינולוגיה משפטית, אזי יודעים הם פרק בהלכות חוק ומשפט בינלאומי.

כמשפטן השתכנעתי כי עלי לבחון את עמדתי שלי בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, ששלושת הסופרים המליצו עליהם, ושאלתי את עצמי אם מתקיימים במקרה זה התנאים של ההגנה העצמית, כהגדרתה בסעיף 51 למגילת האו"ם.

ניגשתי לספרי החוק והמשפט, שם נכתב כי על מנת שהגנה עצמית תהיה לגיטימית, יש להראות שהתקפה חמושה מתרחשת בעת ההגנה העצמית. חזרתי ל"גילוי הדעת" וקראתי: "התוקפנות של ארגון החזבאללה כנגד ישראל, שהתבצעה בתוך שטח ישראל וכללה הרג וחטיפת חיילים וירי טילים כבד כנגד יישובים אזרחיים, חייבה את ישראל לנקוט פעולה צבאית רחבת היקף להגנתה הן נגד הארגון עצמו והן כנגד השלטונות הלבנוניים הנותנים חסות וסיוע מלאים לארגון רצחני זה, הדוגל בהשמדת ישראל." מי ניסח את זה, תמהתי, משפטנים או סופרים? כך או כך, נראה כאילו באמת "סוף סוף תפסנו מלחמה צודקת". לא ממש. הכתוב בספרי המשפט סיבך אותי קצת: הסגנון סגנון משפטי, אבל התוכן לא משהו. זאת אומרת, משהו לא הסתדר. התקפה חמושה משמעה שימוש בכוח משמעותי, והתרחשות משמעה שבעת ההגנה העצמית לא הסתיימה התקפת האויב. אכן, חטיפה והרג הם שימוש בכוח משמעותי בלי ספק, וגם אין ספק שמדינת ישראל מסכימה אתי – כלומר, רק כאשר מדובר בחטופים או בהרוגים מן הצד שלנו, כמובן.

לרגע חשבתי שאולי משפטן בעל שם חיבר את "גילוי הדעת" הזה והסופרים רק חתמו עליו, אבל מצד שני משפטן הרי היה יודע כי על-פי המשפט הבינלאומי אסור לתקוף בצעד עונשין, וכי כדי להצדיק פעולה כהגנה עצמית יש להראות כי ההתקפה "מתרחשת", וכי זו לא הסתיימה כאשר החלה "ההגנה העצמית". האם צה"ל באמת התגונן, או שמא ביצע רק "פעולת תגמול" רחבת היקף, ואולי אפילו נקמה בקנה מידה אדיר?

חזרתי ל"גילוי הרעת" וקראתי, שהאויב הוא "ארגון רצחני" וכי הוא "דוגל בהשמדת ישראל". אהה, אולי כאן אפשר למצוא התאמה בין דרישת החוק הבינלאומי להתקפה מתמשכת, מה גם ש"השלטונות הלבנוניים", כנאמר ב"גילוי הרעת", "נותנים הסות וסיוע מלאים לארגון". אולי כאן יש התאמה כלשהי בין לשון החוק ללשון המומחים של "גילוי הרעת"? מצד שני, הרגשתי כאילו הטענה שמדובר בהתקפה מתמשכת היא בעייתית מבחינה משפטית, ושהרחבת המונח "מתרחשת" בצורה כזו חורגת ממה שנקרא "הגנה עצמית". אם לשון משפטית, אמרתי לעצמי, אז לשון משפטית ולא סגנון משפטי.

ואולם, לא יכול להיות ששלושה סופרים יאמצו סגנון בלי להתחייב למה שמונח מאחוריו. לכן חשבתי לעצמי שאולי – דרך חלופית להצדקה המשפטית הרעועה תהיה אימוץ הדוקטרינה של הגנה עצמית "מונעת", ברומה למה שנאמר ב"דוקטרינת בוש", המציעה פעולה חריצת של ארצות הברית, כאשר הסיכון הניצב בפניה (לרעתה) הוא סיכון חמור המחייב לנקוט תגובה מונעת גם כאשר אין ודאות לגבי מועד התקיפה. ארצות הברית, עליפי דוקטרינה זו, אינה צריכה להמתין עד למימושו של איום, אלא היא יכולה לתקוף "מדינות מאיימות" גם כאשר מדובר באיום עתידי. עלי להודות כי פתרון זה נראה לי קוסם, אבל התעמקות נוספת הובילה אותי למחשבה כי הוא איננו מתאים לסיטואציה. ראשית, כלל לא ברור אם הרעיון של הגנה עצמית מונעת תקף מבחינת המשפט הבינלאומי, שכן מלבד הצהרת ארצות הברית, ישראל היא המדינה היחידה שנטלה לעצמה את הזכות הזאת, כאשר הפציצה את הכור בעיראק, ועל כך זכתה לגינוי מאומות העולם; שנית, דומה שהדוקטרינה הזאת אמורה להקנות לארצות הברית זכויות מיוחדות משום שהיא המעצמה היחידה בעולם, ומשום (שלטענתה) היא פועלת באופן כמעט בלעדי להגנה על שלום העולם; שלישית, הדוקטרינה הזאת נועדה להתמודד עם איומים חמורים, דוגמת נשק להשמדה המונית, ואין היא מכוונת להתמודדות עם ארגונים כמו החזבאללה, שברשותו אמצעי לוחמה פחותים מנשק להשמדה המונית.

ובכל זאת, הרי "סוף סוף תפסנו מלחמה צודקת", ובוודאי קיימת דרך משפטית להצדיקה, ואם באמת משפטן כתב את "גילוי הרעת" הזה, הרי מוכרח להיות היגיון משפטי מעבר לטקסט. החלטתי להשהות את ההתמודדות עם הסעיף הזה ולהמשיך בבדיקה.

ובכן, מן הספרים לא ברורה תחולת עקרון ההגנה העצמית ביחס להתקפה שאינה מתבצעת בידי מדינה; מצד אחד, הזכות להגנה עצמית קיימת רק אם התקיפה מיוחסת למדינה (כך לפי החלטת בית הדין בהאג בנוגע לגרר ההפרדה בישראל). מצד שני, החלטות האו"ם בנוגע לפיגועי 11/9 הכירו בזכותה של ארצות הברית להגנה עצמית

ולתקיפה באפגניסטן, למרות שההתקפה היתה מצד ארגון אליקאעידה ולא מצד אפגניסטן. כאן אנחנו נכנסים למבוך הקרוי בלשון המשפטית – ואין ספק שכותבי "גילוי הרעת" ידעו משהו עליו – זהות התוקף. אין שום ספק שמחבר(י) "גילוי הרעת" מצויים – אמרתי לעצמי – ברזי הסוגיות של המשפט הבינלאומי שהתעוררו בעיקר בשנות בוש.

ובכן, בעניין זה נטייתי לחשוב כי על לבנון לדאוג לכך שמשטחה לא יתבצעו פעולות הפוגעות בריבונות הישראלית. לכאורה אפשר להאשים את ממשלת לבנון בכך שאי פעולתה נגד החיזבאללה מגבשת את אחריותה. לחילופין אפשר לטעון, כי לבנון היא מדינה כושלת (failed state) ואין היא יכולה להשליט את מרותה בשטחה שלה, על כן יש הצדקה להתערבות ולפגיעה בריבונותה, בדומה להצדקות המוזכרות ב"דוקטרינת בוש". טענה זו מורכבת ובעייתית מבחינה משפטית, שכן לא ברור מה הופך מדינה ל"מדינה כושלת", ואני מקווה שכותבי "גילוי הרעת" מתמצאים היטב בוויכוח הציבורי הניטש בעניין זה בפקולטות למשפטים בעולם ואפילו בארצות הברית, משום שצידוקיה המשפטיים מפוקפקים ביותר.

מעבר לספקות שהתעוררו בי, הקשתה עלי העובדה שבמלחמה הזאת נהרגו אזרחים רבים, בהם מספר רב של ילדים, ושישראל גרמה להרס מאסיבי של רכוש אזרחי בלבנון. זכרתי שההגנה העצמית צריכה לקיים תנאים של צורך, יחסיות ולגיטימיות של המטרה. חזרתי ל"גילוי הרעת" וקראתי: "אף שבפעולה זו נפגעים לצערנו אזרחים רבים של מדינת האויב, מטרתה לא היתה כלל הרג אזרחים לשמו, בניגוד לארגון החזבאללה, שבחסות שלטונות לבנון, ירה אלפי טילים על ישובים בישראל, והרג עשרות אזרחים, יהודים וערבים כאחד." טיעון משכנע מבחינה משפטית, ללא ספק. הרגשתי ששלושת הכותבים או החותמים נתנו מכת מחץ לכל אוהדי ציר הרשע.

אולם אז חזרתי לספרי המשפט והחכמת: מידתיות מוכרת כעיקרון כללי של המשפט הבינלאומי. אך מהי מידתיות? כדי לבחון מידתיות, לפי כללי המשפט, ישנם שלושה מבחני משנה עקרוניים: (1) התאמה בין המטרה לבין האמצעי; (2) בדיקה אם ישנו אמצעי שפגיעתו פחותה; (3) מידתיות במונח הצר – יחס ראוי בין הנזק שנגרם לבין התועלת שיביא השימוש באמצעי.

ניסיתי לשאול: מהי המטרה של פעולת ישראל? האם המטרה היא כיבוש לבנון? האם המטרה היא חיסול החזבאללה? האם המטרה היא השבת החיילים החטופים? לא ידעתי לענות על השאלה ולכן התקשיתי להחליט אם מתקיים מבחן המשנה הראשון: התאמה בין המטרה לאמצעי. חזרתי ל"גילוי הרעת" וקראתי: "נחישותה של ישראל להגן בתוקף על גבולותיה ואזרחיה הובהרה לדעתנו דיה לעם הלבנוני, ולכן אין צורך להחריף עוד יותר את מכאובינו ומכאוביו." כלומר, מטרתה של המלחמה (לפי שלושת

אנשי הרוח) היא להבהיר לעם הלבנוני את נחישותה של ישראל להגן בתוקף על גבולותיה. שמחתי – המבחן הראשון מתקיים. אמצעים של הרס לבנון, הרג של מאות אזרחים, כולל ילדים, וזריעת בהלה וייאוש בקרב העם הלבנוני, בהחלט יבהירו לעם הלבנוני את הנחישות הישראלית.

עברתי למבחן השני: האם ישנו אמצעי שפגיעתו פחותה? האם, למשל, יכולה היתה הידרברות בין ישראל ללבנון לפתור את הסכסוך בצורה פוגענית פחות? האם ניתן היה לפנות לגורמים בינלאומיים או למדינות צד שלישי כדי שינסו לפשר ולגשר? האם החלטה על מתקפה (בהנחה ששתי האפשרויות הקודמות אינן רלוונטיות) לא יכולה היתה להיות פחות נרחבת ולפגוע בעם הלבנוני בצורה פחות נוראה? מצד אחד קבעו שלושת אנשי הרוח כי התוקפנות של החיזבאללה "חייבה את ישראל לנקוט פעולה צבאית רחבת היקף להגנתה", אך מצד שני עמד השכל הישר. חששתי שמא השלושה באו לברך וקיללו: ההסברה הישראלית תינזק, חשבתי, בגלל טיעון ריק.

עברתי למבחן השלישי: יחס ראוי בין הנזק שנגרם לבין התועלת שיביא השימוש באמצעי. תהיתי אם התועלת שתיווצר בעקבות המלחמה, כאשר יגיע כוח בינלאומי וכאשר צבא לבנון יתפרס על הגבול, אכן מצדיקה את הנזק המאסיבי שנגרם לשני הצדדים.

לא ירעתי להשיב על כל השאלות הללו ושמחתי ששלושת אנשי הרוח הבהירו לי את עמדתם בצורה משפטית משכנעת. יחד עם זאת, נותרה שאלה שטרם ענית עליה ושחששתי כי ארגוני הטרור עלולים להיתלות בה: יכול מי לבוא ולטעון כי העובדה שנגרם נזק כה רב למטרות שאינן צבאיות הופכת את התגובה הישראלית לבלתי לגיטימית? שלושת אנשי הרוח אמנם הבהירו כי מטרתה של ישראל "לא היתה כלל הרג אזרחים לשמו", אבל לא הייתי בטוח שהשאלה – ועוד בניסוח משפטי כזה – דנה רק בכוונה. הרגשתי כי אי־אפשר להתעלם מן התוצאה בפועל, בייחוד לאור העובדה שבשונה מאנשי הרוח המבקשים צדק אובייקטיבי, אנשי הטרור מהצד השני מבקשים לעוות את המציאות ונוהגים להציג רק חלקי דברים. כדי לספק תשובה מברעת, שאלתי את עצמי אם התקיפה הישראלית היתה נגד יעד צבאי לגיטימי. מצד אחד, אומרים היום – וגם כאן הוכיחו מחברי "גילוי הדעת", תהיה זהותם אשר תהיה, כי הם מתמצאים היטב בפני השטח של דיוני המשפט הבינלאומי – כי כאשר הצבא (או הארגון התוקף) יושב בקרב אוכלוסיה אזרחית אי־אפשר להפריד לגמרי בין המטרות, ולכן פגיעה מסוימת במטרות אזרחיות היא לגיטימית. מצד שני, במקרה שלפנינו, העובדה שהפגיעה במטרות אזרחיות הפכה להיות העיקר ולא הטפל מעוררת תמיהה אם אכן היתה הבחנה כזאת. כישראל ידעתי שהצד השני יעדיף להסיט את תשומת הלב העולמית באופן מלאכותי דווקא להרג הרב של הילדים, ולא יסתכל בעיניים מפוכחות

על העובדה שלישראל לא היתה מטרה של הרג ילדים לשמו, כמו שאמרו כותבי "גילוי הרעת".

על כל השאלות הללו נשארתי בלא תשובה, אבל הרגשתי, אולי באופן לא רציונלי, שאיכשהו, כמו שחשש אחד משלושת הסופרים, הצלחנו "לגרם" את המלחמה עד שהפכה כמעט ללא צודקת. פחדתי שמא תצטייר ישראל כתוקפנית ושמחתי ששלושת אנשי הרוח קראו, אחרי הכל, ב־6 באוגוסט, שלושה שבועות אחרי שהמלחמה החלה, להפסקת אש. הנחתי שהם הגיעו למסקנה זו דווקא מתוך ניתוח משפטי ומוסרי של לגיטימיות הזכות להגנה עצמית ומתוך הבנה כי אף על פי שסוף סוף תפסנו מלחמה צודקת, יהיה קשה להצדיקה מול עולם עוין, שלא לדבר על עולם המשפט.