

## מגנים אנושיים וחובות מיוחדות

עידית שפרן גיטלמן

טיוטא

### 1. מבוא:

אחת השאלות המורכבות הנבחנות במסגרת הדיון במוסר המלחמה, נוגעת לאופן ההתמודדות הראוי עם השימוש שעושה האויב במגנים אנושיים. שאלה זו עולה ביתר שאת במערכות מול ארגוני טרור וצבאות לא מאורגנים, אשר פעמים רבות מהוות מלחמות א-סימטריות בהן לאחד הצדדים עליונות ברורה. במערכות כאלה, שימוש כזה נתפס לעיתים בעיני הצד הנחות, כדרך היחידה המאפשרת לו לנצח במלחמה.<sup>1</sup>

במקרים המכונים "מגנים אנושיים", האויב מגן על לוחמיו או נשקו באמצעות אזרחים, באופן שבו לא ניתן להבחין בין האזרחים לבינם. כך שפגיעה בלוחמים או בנשק, גוררת בהכרח גם פגיעה באותם אזרחים מגנים. בעשותו כך, מבקש האויב להשיג מטרות שונות. לעתים הוא מניח שהצד השני יימנע מלפגוע במי שמוחזק חף מפשע ובכך תימנע גם הפגיעה בלוחמים עצמם או בנשק המוגן על ידי אותם אזרחים, ולעתים הוא מקווה כי הפגיעה באזרחים תסייע לגייס את דעת הקהל העולמית לטובתו או תוביל להפעלת לחצים בינלאומיים על הצד שמנגד. דוגמאות שכיחות לשימוש כזה הן הצבת אמצעי לחימה במבנים אזרחיים, הסתתרות לוחמים בסביבה הומת אדם, ובמקרים מובהקים יותר - הצבת אזרחים כמגנים של ממש.<sup>2</sup> פעמים רבות, הימנעות מפגיעה באזרחים המגנים, משמעותה עבור הצד השני היא וויתור על השגת מטרות צבאיות החיוניות לניצחון המלחמה, ולעיתים אף וויתור על סיכול מידי של פגיעה בעורף המדינה. וכך, הדילמה בפניה ניצבים מקבלי ההחלטות והחיילים הנתקלים במגנים אנושיים, היא בין חובת ההגנה שהם חבים לאזרחי מדינתם ובין חובת ההימנעות מפגיעה שהם חבים לאותם אזרחים מגנים הנחשבים לחפים מפשע.

כיצד אם כן על מדינה לנהוג במקרים כאלה בהם האויב עושה שימוש באזרחים כמגנים אנושיים? מהו מעמדה של החובה שלא לפגוע באזרחים חפים מפשע בקרב האויב, במקרים בהם מי שחושף את חייהם של האזרחים לסכנה הוא האויב עצמו? האם חובה זו כלל חלה במקרים כאלה, ואם כן, האם היא חלה באותו אופן שבו היא חלה במקרים אחרים במהלך המלחמה, בהם האויב אינו מעורב בסיכון לחיי אזרחיו ואין ביכולתו להצילם? ובמילים אחרות: האם העובדה שהאויב עצמו

<sup>1</sup> אף שבאופן רשמי, הדין הבינלאומי אינו מבחין בין מלחמות "רגילות" הנערכות בין שתי מדינות ריבוניות, ובין מלחמות אסימטריות, נראה ברור שהלחימה מול ארגונים שאינם מהווים צבאות רשמיים ושאינם מציינים על פי רוב לכללי המלחמה, היא לחימה שונה. במאמר זה אינני דנה בשימוש במגנים אנושיים דווקא כחלק מסכסוך אסימטרי, אלא מבקשת לבחון אותה כתופעה כללית. במקומות בהם תהיה משמעות להבחנה בין סכסוכים רגילים לאסימטריים לעניין זה, אציין כי כך. על הבעייתיות הכרוכה בהחלת דיני הלחימה באופן זה במלחמות בין מדינות ובסכסוכים מול ארגוני טרור, ראו למשל אצל דאגלס פישר: Douglas H Fischer, "Human Shields, Homicides, and House Fires: How a Domestic Law Analogy Can Guide International Law Regarding Human Shield Tactics in Armed Conflicts," American University Law Review 57 (2) (2007) p. 488.

<sup>2</sup> ולדיון בלחימה אסימטרית ובלוחמה מול טרור, ראו למשל: Yitzhak Benbaji, "Justice in Asymmetric Wars: A Contractarian Analysis," Law and Ethics of Human Rights 6 (2) (2012); David Rodin, "Ethics of Asymmetric War," in The Ethics of War Shared Problems in Different Traditions War R. Sorabji and D. Rodin eds (London: Ashgate, 2005); Eyal Benvenisti, "The Law on Asymmetric Warfare," in: Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, Mahoush H. Arsanjani, ed. (London: Martinus Hijhoff Publishers Press, 2010). השוה עם פישר (שם) עמוד 481.

"The definition of "human shields" is not totally consistent among States and Intergovernmental organizations, but the Statute of the International Criminal Court says the war crime of using human shields encompasses "utilizing the presence of a civilian or other protected person to render certain points, areas, or military forces immune from military operations".

הוא זה שחושף את אותם אזרחים לסכנה, משנה במשהו את מעמדם המוסרי של אזרחים אלה לעניין האיסור על הפגיעה בהם, או שהחסינות המוענקת להם מכוח עקרון ההבחנה, חלה גם תחת הנסיבות המיוחדות המאפיינות מקרים מסוג זה?

כידוע, הדין הבינלאומי וכללי המוסר מצווים על הבחנה בין מטרות אזרחיות ובין מטרות צבאיות ומתירים פגיעה רק באחרונות. אזרחים ומטרות שאינן צבאיות, נהנים מחסינות ואסור לפגוע בהם (עקרון ההבחנה). על אף הביקורות שהבחנה זו מעוררת, ככלל, מוסכם שאזרחים חפים מפשע שאינם מעורבים בשום דרך בענייני המלחמה, חסינים בפני פגיעה ואסור לכוון לעברם התקפות. אזרחים המשמשים מגנים אנושיים שלא מרצונם הם אזרחים ממין זה, ולפיכך, לפחות לכאורה - חסינותם עומדת להם.<sup>3</sup>

אך בעוד שבאופן רגיל החובה להימנע מפגיעה באזרחים חפים מפשע נתפסת כחובה בסיסית ומוצדקת, במקרים בהם האויב עצמו הוא זה שחושף את אזרחיו לסכנה, הדרישה לציית לעקרון ההבחנה ולכבד את חסינותם של האזרחים המגנים, מלווה בתחושת אי צדק בולטת: האויב מפר את הכללים ועושה בהם ובעובדה שהצד שמנגד שומר עליהם שימוש ציני, ומי שמשלם על כך את המחיר הוא דווקא הצד המקיים את כללי המלחמה. התחושה המתעוררת היא כי נכון אמנם שאזרחי האויב המשמשים כמגנים הם אזרחים חפים מפשע ולפיכך אסור לפגוע בהם, אך כאשר האויב הוא זה שמעמיד את חייהם בסכנה בכוונת תחילה, ראוי שהוא יהיה זה שישא בהשלכות על כך. זאת ועוד, שמירה על עקרון ההבחנה במקרים מעין אלה יוצר, לכאורה, תמריץ לצדדים המעורבים במלחמה לערב אזרחים בלחימה ויש בכך כדי להביא לנפגעים אזרחים רבים יותר.

אולם, השאלה שיש לברר היא, האם מעבר לתחושת אי הצדק המתעוררת באופן טבעי, העובדה שהאויב משתמש באזרחיו כמגנים אנושיים היא גם בעלת השלכות נורמטיביות, למשל כאלה המבחינות בין מקרים כאלה למקרים אחרים בהם אזרחים חפים מפשע צפויים להיפגע. אחרי הכל, פעמים רבות אנו מרגישים שנעשה לנו או לאחרים עוול, אך הרגשה כזו איננה מספיקה על מנת להצדיק פעולות לתיקון מה שנתפס בעניינו כעוולה. זאת ועוד - גם אם תחושת אי הצדק אכן משקפת אי צדק קיים, יש לברר האם ואילו פעולות מוצדקות לתיקונו של אותו אי צדק.

הדין הבינלאומי, אף שהוא אוסר בחומרה שימוש במגנים אנושיים,<sup>4</sup> אינו מספק תשובה ברורה לשאלה זו ואינו מורה באופן ברור כיצד יש לנהוג במקרים בהם האויב מפר את הכללים ומשתמש באזרחיו כמגנים.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> כאן, ובכל מקום אחר שלא אציין אחרת, אייחס חפות למגנים האנושיים ואניח כי הם אינם משמשים מגנים מרצונם החופשי או מעורבים במלחמה באופן שיש בו בכדי להטיל ספק בחפותם. אזרחים המשמשים מגנים באופן וולונטרי נתפסים לרוב כאלה שהחסינות האזרחית אינה עומדת להם. כך על פי סעיף 31(3) לפרוטוקול הראשון לאמנת ז'נבה משנת 1977:

"Civilians shall enjoy the protection afforded" by the laws and customs of war unless and for such time as they take a direct part in hostilities."

לדין ההבחנה בין מגנים וולונטריים ולא וולונטריים ראו למשל: Michael N Schmitt, "Human Shield in International Humanitarian Law," Columbia Journal of Transnational Law 47 (2009) p.241; Yoram Dinstein, The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict (Cambridge: Cambridge University Press, 2004).

<sup>4</sup> האיסור על שימוש במגנים אנושיים בא לידי ביטוי במקורות שונים במשפטי הבינלאומי ובעיקר בפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנת ז'נבה משנת 1977. כך למשל בסעיף 51 (7) לפרוטוקול:

"The presence or movements of the civilian population or individual civilians shall not be used to render certain points or areas immune from military operations, in particular in attempts to shield military objectives from attacks or to shield, favour or impede military operations. The Parties to the conflict shall not direct the movement of the civilian population or individual civilians in order to attempt to shield military objectives from attacks or to shield military operations".

וראו גם בסעיף 58 לפרוטוקול זה.  
<sup>5</sup> ראו למשל אצל דאגלס פישר (לעיל, הערה 1) עמוד 481:

ככלל, על אף חסינותם של הלא-לוחמים, מקובל לפרש את דיני המלחמה ככאלה המתירים תחת תנאים מסוימים פגיעה באזרחים או במטרות אזרחיות, אם זו מתקיימת שלא במכוון כתוצאה מהתקפה על מטרה לגיטימית, כל עוד היא עומדת בתנאים של צורך ומידתיות. כיצד בדיוק יש לברר האם נזק הנלווה לפגיעה אמנם עומד בתנאים אלה והאם הפגיעה הינה פרופורציונאלית, הן שאלות מורכבות שאין להן תשובה אחת מקובלת. בהיעדר נוסחה כללית לחשוב מידיות זו, שאלות אלה נאמדת לרוב על ידי איזון בין סך הטעמים העומדים על הפרק באופן אד הוקי.

השאלה שאבקש לבחון במאמר זה היא, האם במקרים מסוג מגן אנושי, על חישוב המידתיות להיות שונה בהשוואה למקרים אחרים בהם מתקיימת פגיעה בחפים מפשע אשר אינם נחשפים לסיכון בידי בני עמם. כלומר: האם התנאים המיוחדים המתקיימים במקרים בהם האויב הוא זה שחושף את אזרחיו לסיכון וביכולתו למנוע את הפגיעה בהם, משפיעים על השאלה כיצד מותר לצד שמנגד לפעול ביחס לאותם אזרחים.

הדרך הטבעית ביותר לבחון שאלה זו, היא לברר האם דין אזרחים המשמשים כמגנים אנושיים בידי בני עמם, הוא כדין אזרח עובר אורח שנקלע למקום קרב וצפוי להיפגע מפעולה צבאית (הנחשבת לכשעצמה לגיטימית) מתוכננת. בשני מקרים אלה מתקיימים תנאים דומים, למעט הנסיבות שהובילו לסיכונם של האזרחים המעורבים בהם, ולמעט נוכחותו של האויב במקום האירוע. בשניהם הפעולה הישירה המבוקשת נתפסת כפעולה לגיטימית, ובשניהם המחיר הכרוך בפעולה כזו, הוא פגיעה אגבית באזרחים חפים מפשע.<sup>6</sup> אך בעוד שבמקרה עובר האורח הנקלע למקום, מי שחושף את האזרח לסכנה הם אלה המבצעים את הפעולה, כלומר: החיילים, במקרה של מגנים אנושיים, אותם אזרחים נחשפים לסכנת חיים על ידי האויב עצמו. מי שאמור להיות אמון על ביטחונם.

להלן אכנה את המקרה הראשון: מגן אנושי, ואת השני: אזרח לכוז. אתייחס למקרים אלה כמייצגים של המקרים בדוגמאות הבאות:<sup>7</sup>

### מגן אנושי

כוח צבאי א' ממדינה א' (להלן, כוח א'), בדרכו להשמדת מנהרת טרור ממנה משוגרים טילים אל עבר מדינתו ומאיימים על אזרחיה (אזרחי א'). בדרכו למנהרה הוא נתקל בכוח צבאי של האויב

---

"International law is not silent on what responses are justified when a state is attacked by an opponent who launches attacks while hiding among civilians. Rather, international law offers ambiguous and potentially contradictory guidance to states faced with this situation by broadly authorizing the use of force in self-defense while also declaring such uses of force illegal in certain situations where actors".

<sup>6</sup> אני מתייחסת לפגיעה במגנים כאל פגיעה אגבית המהווה תוצאת לוואי לפגיעה (המותרת) בכוח הצבאי או במטרה הצבאית. אולם, יש הטוענים כי ניתוח זה אינו עולה בקנה אחד עם טענות ההגנה הנשמעות מצד אלה הפוגעים באותם מגנים. כך למשל טוענת פרנסיס קאם (F.M.Kamm):

"A final concern ... is what is meant by "deliberate targeting." One of the claims repeatedly made by Israeli leaders is that Hamas uses civilians as "human shields" because it deliberately places rocket launchers in the midst of civilian areas, presumably when it could do otherwise... Suppose the Gazan civilians really are used as such deliberate shields...This suggests that if Israel were to attack the rocket launchers, it would kill civilians in a way comparable to shooting through a hostage attached to the front of an attacking tank; it would need its shots to occupy the same physical space as the human shield occupies, on the shot's way to reaching the military target. This seems to be a form of "deliberate targeting" of the civilian shield rather than a side effect death, even though it is not as a civilian but merely as an occupant of a certain physical space that the civilian must be aimed at...Hence, it seems that the more accurate the Israeli claim is that Palestinian civilians are used as actual human shields, the less accurate it is to say that those civilians are not being "deliberately targeted," ... Nevertheless, this should not, I think, necessarily imply that the attacks are morally impermissible. F.M.Kamm, "Taking Just War Seriously in Gaza," in: <http://bostonreview.net/books-ideas/fm-kamm-taking-just-war-seriously-gaza>.

<sup>7</sup> כאמור, השימוש במגנים אנושיים מתבצע באופנים שונים ובכמה דרכים. על מנת למקד את הדיון ולשם הבהירות, אתייחס במאמר זה למקרה כפי שהוא מתואר בהצגה זו של מגן אנושי.

ממדינה ב' (להלן, כוח ב').<sup>8</sup> כוח ב' מחזיק עמו אזרחים ממדינה ב' (להלן, אזרחי ב') המשמשים לו כמגנים אנושיים. על מנת להגיע אל המנהרה ולחסלה, על כוח א' לפגוע בכוח ב', דבר שיוביל גם לפגיעה באזרחי ב' המשמשים כמגנים אנושיים.

#### אזרח לכוז

כוח צבאי א' ממדינה א' (להלן, כוח א'), בדרכו להשמדת מנהרת טרור ממנה משוגרים טילים אל עבר מדינתו ומאיימים על אזרחיה (אזרחי א'). בדרכו למנהרה הוא מבחין לפתע בקבוצת אזרחים ממדינה ב' (להלן, אזרחי ב') הלכודה בשטח סמוך. השמדת המנהרה תגרור הדף, וכתוצאה ממנו צפויה פגיעה גם באזרחים אלה.

הניחו להלן כי מספר האזרחים הצפויים להיפגע בעגן אנושי, זהה למספר האזרחים הצפויים להיפגע באזרח לכוז וכי כל שאר התנאים שווים.

השאלה שאבקש לברר אם כן, היא האם אכן קיימת הבחנה בעלת משמעות מוסרית בין המקרים והאם אמנם הבחנה זו מספיקה על מנת לבסס הבחנה גם במעמד החובה המוסרית להימנע מפגיעה באזרחים המעורבים בכל אחד מהם. כלומר: האם הנסיבות המיוחדות המבחינות בין שני המקרים, יכולות להצדיק פגיעה רחבה יותר באזרחי ב' בעגן אנושי מאשר זו באזרחי ב' באזרח לכוז.

אטען כי ככלל, התשובה לשאלה זו חיובית, וכי הנסיבות המבחינות בין שני המקרים הן בעלות משמעות מוסרית כזו, שלעתים בהתקיימן יהיה מותר לפעול במקרים מסוג עגן אנושי באופן שונה מזה המותר במקרים מסוג אזרח לכוז ולהתיר בו פגיעה גדולה יותר מזו שהיתה מותרת אלמלא היה האויב אזה שחושף את האזרחים לסכנה, כשהוא נמצא במקום באופן שביכולתו לסייע להם. אציע טיעון לטובת טענה זו, ואבקש להראות כי בעוד שגם בעגן אנושי קיימת חובה להימנע מפגיעה לא פרופורציונאלית באזרחים חפים מפשע המשמשים מגנים, העובדה שהאויב הוא בעל החובה הישירה והמיוחדת לדאגה לחייהם של אותם אזרחים והוא נמצא במקום הפעולה וביכולתו להגן עליהם, עשויה להשפיע על האופן בו תחושב פרופורציונאליות הפגיעה בפעולה זו. וכך יתכן שבמקרים אלה תותר פגיעה אגבית רחבה יותר מזו שהיתה מותרת במקרים מסוג אזרח לכוז. טיעון זה נשען על טיעון המכונה הטיעון מהחובות המיוחדות.

על פי הקריאה שאציע לטיעון זה, בנוסף לאופן המסורתי בו הוא נקרא לרוב, ועל פיו מערכות יחסים מיוחדות גוררות חובות הדדיות מיוחדות של אלה הלוקחים בהן חלק, קיומן של חובות מיוחדות משפיע לא רק על אלה עליהם הן מוטלות, אלא, הוא עשוי להשפיע גם על הסובבים אותם. העובדה ש'א' נושא בחובה מיוחדת כלפי ב', על פי קריאה זו, משפיעה לעתים, גם על חובותיו של ג' כלפי ב'.

וכך, במקרים מסוג עגן אנושי הימצאותם של בעלי החובה המיוחדת לדאגה לחייהם של המגנים בסביבה, ויכולתם לממש את חובתם כלפיהם, משפיעה על חובותיהם של חיילי כוח א' הנתקלים

<sup>8</sup> אני משתמשת כאן בדוגמא העוסקת במלחמה בין שתי מדינות. אולם הטיעון תקף לכל מלחמה או מאבק בין שני צדדים, זאת בכפוף לסייגים, כפי שיפורטו בהמשך המאמר.

בהם, כלפי אותם מגנים. ומשכך – האופן שבו עליהם לפעול, עשוי להיות שונה מזה שבאזרח לכוז, שם בעלי החובה כלפי האזרחים המגנים, אינם נמצאים.

אולם, יש להדגיש – גם אם חובתם של חיילי א' כלפי אזרחי ב' במגן אוושי היא בעלת משקל נמוך מזו באזרח לכוז, אין בעובדה זו לבדה בכדי להצדיק פגיעה באותם אזרחים. כשם שמכך שהחובה לא להרוג חמורה מהחובה שלא לגנוב, לא ניתן ללמוד שמותר לגנוב. האפשרות להימנע מפגיעה קיימת במגן אוושי באותו אופן שבו היא קיימת באזרח לכוז, ולפחות לכאורה: היא זו שצריכה להיות ברירת המחדל.

כמו כן, אין בכוונתי לקבוע כעת היררכיה בין החובה המוטלת על כוח א' להימנע מפגיעה במגנים (אזרחי ב'), ובין החובה המוטלת עליהם להגן על אזרחי מדינתם (אזרחי א'). השוואה בין החובה להימנע מפגיעה באזרחי האויב והחובה להגן על אזרחי המדינה הינה השוואה נפרדת ולא אדון בה באריכות כאן.<sup>9</sup> בשלב זה אינני מבקשת לטעון כיצד על כוח א' לנהוג כשהוא נתקל במגנים האנושיים, אלא רק לבסס את הטענה כי האופן שבו עליו לנהוג במגן אוושי, שונה מזה שבו עליו לנהוג באזרח לכוז, וזאת על בסיס הרציונאליים עליהם נשען הטיעון מהחובות המיוחדות, אותם אפתח בהמשך מאמר זה.

ראשית אפתח בהצגת שני טיעונים מקובלים אחרים התומכים גם בהם בטענה הכללית כי יש לראות במגן אוושי מקרה מיוחד. כזה שהנסיבות המתקיימות בו מקלות על החובה להימנע מפגיעה באזרחים המשמשים מגנים, בהשוואה לפגיעה דומה באזרחים המעורבים במקרים מסוג אזרח לכוז. לאחר שאעמוד על הקשיים בכל אחד מטיעונים אלה ואעמוד על ההבחנה העקרונית בין טעמים אינסטרומנטליים וטעמים אינטרינזיים להבחין בין מקרים, אציג את הטיעון מהחובות המיוחדות ואטען לטובתו.

## 2. טיעונים לטובת ההבחנה בין מגן אוושי ואזרח לכוז:

מה אם כן מבחין בין מקרים מסוג מגן אוושי ומקרים אחרים של פגיעה צפויה באזרחים חפים מפשע? איזו מן הנסיבות המיוחדות למגן אוושי היא זו שמהווה את הטעם המרכזי למעמד מוסרי שונה של החובות החלות על המעורבים בו, ובעיקר של האיסור על הפגיעה באזרחים החפים מפשע? כפי שראינו מעלה, שני המקרים – מגן אוושי ו אזרח לכוז, הם דוגמאות למצבים בהם פעולה הנדרשת להצלת אזרחי מדינת הכוח הלוחם א', עתידה לגרור פגיעה באזרחים חפים מפשע ממדינה ב'. בשני המקרים חפותם של האזרחים זהה,<sup>10</sup> ובשניהם, אופי הפגיעה באזרחים זהה ומספר האזרחים הצפויים להיפגע זהה גם הוא. לכאורה, אין טעם שיצדיק הבחנה בין האופן שבו מותר לכוח הלוחם של מדינה א' לפעול בכל אחד מהמקרים. במגן אוושי, כמו גם באזרח לכוז, מדובר

<sup>9</sup> ניתן אמנם לטעון שאם מעשה חמור ממחל באופן המביס טעמים מסוג חובות מיוחדות ובכל מקרה האיסור על פגיעה בחפים מפשע גובר על החובה המיוחדת להגן על חיי הקרוב, הרי שהבחנה בין מגן אוושי ושאר מקרים בהם מעורבים אזרחים חפים מפשע הצפויים להיפגע, מתערערת. בכל המקרים, על פי הבחנה זו, אופן הפעולה הראוי דומה, והוא: הימנעות מהפגיעה באזרחים. כלומר: במגן אוושי כמו גם באזרח לכוז, חובת חיילי כוח א' להימנע מפגיעה באזרחי ב' גוברת על חובתם להגן על אזרחי מדינתם, אזרחי א', ולכן, עליהם להימנע מפעולת השמדת מנהרת הטרור העתידה לגרור פגיעה כזו. אולם כפי שאני מראה בהמשך, גם אם הבחנה זו נכונה, אין משמעותה שתמיד, בכל הנסיבות, מעשה חמור ממחל. נסיבות שונות תשפעה על משקלה של ההבחנה ועל השאלה האם טעמים אחרים יוכלו לגבור עליה, ויתכן שניסיבות המקרה של מגן אוושי הן מהסוג המביס את ההבחנה המסורתית בין מעשה ומחל.

<sup>10</sup> זכרו שאני מניחה לצורך הדיון כי חפותם של אזרחי מדינה ב' בשני המקרים אינה מוטלת בספק, וכי אין בין המגנים האנושיים כאלו שהתנדבו לשמש ככאלה.

בהרג אגבי של אזרחים חפים מפשע הנגרר כתוצאה מפעולה הנדרשת להצלתם של אזרחים חפים מפשע בצד השני. אלה הם הנתונים הרלוונטיים למעמד החובה להימנע מהרג כזה, והם כאמור - שווים.

אולם כאמור, רבים מאתנו חולקים אינטואיציה לפיה בכל זאת קיים הבדל בין מגן אווירי לאזרח לכוף, וראוי שתהיינה להבדל זה גם השלכות נורמטיביות. ניתן להצביע על שתי הנחות העומדות בבסיס אינטואיציה זו. ראשית, פעולות מסוג מגן אווירי נתפסות כפעולות של מניפולציה מוסרית המנצלת את מוסריותו של הצד שמנגד, והתעלמות מתכונות אלה משמעותה מתן כח בידי הצד המפר את הכללים וקיפוח בוטה של הצד המקיים אותם. שנית, נראה כי מרגע שנפגעו אזרחים שהושמו כמגנים אנושיים, לפחות חלק מהאחריות צריך ליפול על מי שהפכם לכאלה וסיכן את חייהם מלכתחילה. כלומר, על האויב. במילים אחרות: בעוד שאזרח לכוף הוא מקרה של נסיבות מלחמה רגילות הגובות לעתים מחיר משני הצדדים,<sup>11</sup> הרי שמגן אווירי מייצג מקרה של מניפולציה מוסרית מכוונת מצד האויב, וראוי שמניפולציה זו תהא מאוזנת, בין היתר על ידי הגדלת אפשרויות הפעולה בידי הצד המנוצל.

אציג כעת שני טיעונים מרכזיים לטובת הטענה לפיה גם בהנחה שחפותם של האזרחים המשמשים מגנים אנושיים איננה מוטלת בספק, הנסיבות המיוחדות של האירוע מבססות טעמים המצדיקים הקלה מסוימת באיסור לפגוע בהם ביחס לאירועים דומים בהם האויב אינו מעורב בסכנה הנשקפת לחיי האזרחים. כלומר: הן משפיעות על האופן שבו יש לשקול האם הפגיעה האגבית במגנים הינה מידתית.

טיעון אחד מתמקד באחריות האויב ליצירת הסכנה הנשקפת לאזרחים, ואילו הטיעון האחר, מדגיש את משמעות ההדדיות בשמירה וציות לכללי מלחמה, ובהשלכות הפרת הכללים בידי אחד מהצדדים.

## 2.1 העברת אחריות או אחריות משותפת:

### 2.1.1 העברת אחריות:

אחד הטיעונים המרכזיים לטובת הטענה כי יש להקל בחובה להימנע מפגיעה באזרחים במקרים מסוג מגן אווירי, מתמקד בשאלת האחריות לפגיעה באותם אזרחים. על פי המשמיעים טיעון זה, העובדה שהאויב עושה שימוש באזרחיו היא זו שחושפת אותם לסיכון מלכתחילה. ללא חשיפה זו, חייהם של אותם אזרחים לא היו בסכנה, וממילא הם לא היו נפגעים. לפיכך, האחריות לפגיעה בחייהם, מוטלת על כתפיי מי שהעמידם בסכנה. כלומר: על האויב. כך למשל טוען מייקל וולצר:

"When civilians are used – not incidentally endangered but deliberately used – the people who are using them must accept responsibility for their deaths"<sup>11</sup>

כאשר מדינה ממקמת ילדים סמוך למטרה צבאית ובעקבות זאת אותם ילדים צפויים להיפגע כתוצאה מהתקפת המטרה הצבאית, הוא טוען, אי אפשר לטעון שמספר האזרחים הצפוי להיפגע

<sup>11</sup> אין הכוונה לחוסר מזל מסוג מזל מוסרי, כזה שיתכן שיש בו בכדי להשפיע על מעמדה המוסרי של הפעולה, אלא פשוט על הצטרפות מקרים קשה המעמידה את החילים בפני סיטואציה הדורשת מהם הקרבה מסוימת. על ההבחנה בין מזל מוסרי וסתם מזל, ראו David Enoch, "Luck, Between Morality, Law and Justice" Theoretical Inquires in Law vol. 9:23 (2007).

מתקיפת אותו יעד לגיטימי להתקפה, אינו פרופורציונאלי ביחס ליתרון הצבאי שבהשמדתו. ילדים אינם אמורים להיות נוכחים בקרבת מטרות צבאיות, ומי שמיקם אותם בסמוך אליהם, הוא זה שצריך לשאת באחריות הראשית למותם. הוא, ולא מי שהשמיד את אותן מטרות.<sup>12</sup> וולצר מבקש אמנם להטיל חובה על הצד המתקיף לעשות מאמצים אקטיביים ולנקוט באמצעים משמעותיים על מנת להימנע מפגיעה באזרחים, והוא אינו מקבל את התפיסה המסורתית לפיה כל שנדרש מהצד המתקיף הוא לא להתכוון לפגיעה בחפים מפשע, אולם, לאחר שננקטו מאמצים אלה, הוא מטיל את האחריות לפגיעה באותם אזרחים מגנים על מי שחשף אותם לסכנה מלכתחילה.<sup>13</sup>

טיעון זה משקף גם את עמדתה הרשמית של ישראל לאורך השנים, ביחס לטענות כלפיה על נפגעים רבים במהלך מבצעים ולחימות בעזה. כך לדוגמה טענו בצה"ל בתגובה לירי ותקיפות מוקדי טרור בדרום ובצפון הרצועה:

"במהלך התקיפה זוהו פגיעות מזויקות במטרות, אך נגרמו פיצוצים נוספים, כתוצאה מאמצעי לחימה שאוחסנו בסמוך למגורי אוכלוסייה. חמאס משתמש באוכלוסייה האזרחית כ"מגן אנושי" - ועליו האחריות.<sup>14</sup>

גם במבצע צוק איתן, טענה ישראל כי יש לראות בחמאס, אשר ממקם במכוון את נשקו ואנשיו בסביבות אזרחיות ועושה באזרחיו שימוש כמגנים, ולא בצה"ל, את האחראי למותם של האזרחים הרבים.

"*Hamas is responsible for the destruction in civilian areas in Gaza. Not only did Hamas draw the IDF into a battle by refusing to cease its indiscriminate rocket fire on Israelis, Hamas also brought the battle right into the heart of Gaza's civilian areas.*"<sup>15</sup>

העמדה המושמעת בטענות אלה, מבקשת כאמור להעביר את האחריות מהפוגע עצמו - החיילים, הצבא, או מקבלי ההחלטות, למי שיצר את הסיכון עבור הקורבן. אילולא היה מציב חמאס את אזרחיו בעמדת סיכון תוך שהוא מודע היטב לסכנה המיידית לחייהם, טוענת ישראל, הרי שאזרחים אלה לא היה נפגעים. לפיכך, משעה שהציבם בפני אותה סכנה ועשה בהם שימוש כמגנים אנושיים, האחריות על חייהם מוטלת על כתפי הארגון, וכך גם הנשיאה באחריות על מותם.

טיעון זה עולה גם כחלק מתזה המבקשת להשוות בין סיטואציות מסוג מגן אנושי, ובין תרחישים מוכרים של החזקה בבני ערובה. במקרים בהם מחזיק חוטף בבן ערובה ומאיים להורגו אם למשל יתקרבו לעברו, על פי תזה זו, לא נטיל את מרכז האחריות למותו של החטוף על מי שהתקרבו לחוטף אשר מימש את איומו. הוא הדין, גם במקרים בהם מחזיק האויב באזרח כמגן אנושי ואינו

<sup>12</sup> Michael Walzer, "Coda: Can the Good Guys Win?," *European Journal of International Law* 24 (2013) p. 437

<sup>13</sup> "When civilians are used - not incidentally endangered but deliberately used - the people who are using them must accept responsibility for their deaths, whether or not the number of likely deaths is proportionate to the expected military advantage... It is not possible to argue that the number of children who may be killed if the factory is bombed is 'not disproportionate' to the value of deterring the attack. The children should not be there. And it is the people who put them there, not the people who attack the factory, who bear primary responsibility for their deaths".

<sup>14</sup> וולצר לא מפרט אמנם על מי מוטלת האחריות במידה והצד המתקיף אינו מקיים את חובת הזהירות האקטיבית, אך לצורך הדיון במאמר זה ניתן להניח כי חובה זו אכן קוימה.

<sup>15</sup> מתוך אתר צה"ל (09\12\11) <http://www.idf.il/1133-14081-he/Dover.aspx>

<sup>16</sup> מתוך אתר צה"ל (04\08\14) <https://www.idfblog.com/blog/2014/08/04/hamas-fires-rockets-everywhere-gaza>

מזיז אותו כאשר החיילים שמולו פותחים לעברו באש. כשם שהאחריות למותו של החטוף מונחת על כתפיי החוטף, כך האחריות למותו של המגן, מונחת על כתפי מי ששמו ככה.<sup>16</sup>

זהו אכן טיעון אינטואיטיבי. מי שסיכן את הקורבן, הוא זה שצריך לשאת באחריות למותו. הוא, ולא אחר. לכן, מקרים מסוג עגן אוושי, בהם מי שחשף את האזרחים לסכנה הוא האויב עצמו והוא מי שעליו לשאת באחריות לחייהם, שונים ממקרים מסוג אזרח לכוז, בהם לא ניתן להטיל את האחריות לחיי האזרחים על אותו אויב. אולם, באופן כללי העברת אחריות היא בעייתית מכמה בחינות, וכך גם במקרים מסוג עגן אוושי. בראש ובראשונה היא בעייתית, היות שכלל לא ברור האם וכיצד ניתן להעביר אחריות על פעולה שבוצעה באופן מודע בידי מי שהיה בעל אפשרות בחירה, למישהו אחר. קשה להבין כיצד ניתן לסחוט את הדק הנשק, לירות באדם ביודעין וכאשר קיימת אפשרות מעשית להימנע מכך, ובה בעת לטעון "אינני אחראי למותו". מבצע הפעולה עצמו אשר היה בידו להימנע מפעולת הפגיעה, אינו יכול להיות נקי מאחריות, גם כאשר לא הוא זה שיצר את הסכנה מלכתחילה.<sup>17</sup>

אך בנוסף, גם אם ניתן להעביר אחריות למי שיצר את הסכנה, העובדה שקיים אחראי נוסף לפגיעה באדם לכשעצמה, אינה מלמדת דבר על אחריותם של צדדים נוספים לאותה פגיעה, ואיננה משחררת מאחריות שותפים נוספים למעשה.<sup>18</sup> בוודאי לא את מי שפגע באדם בעצמו. אחריות היא איננה משחק סכום אפס, כזה שבו קיומו של אחראי אחד לפגיעה מבטלת את אפשרות קיומם של אחראיים נוספים. כך למשל טוען סת' לזר ביחס לטענת ישראל כי האחריות לנפגעים הרבים בקרב האוכלוסייה האזרחית במהלך מבצע צוק איתן מוטלת על אנשי חמאס אשר שמו אותם כמגנים אנושיים:

"The (first) argument rests on the spurious assumption that responsibility is zero-sum. Hamas being fully responsible for the civilian deaths does not preclude Israel also being fully responsible. This point is so familiar from criminal law—otherwise we could not try more than one person for the same murder—that it is surprising that it needs to be repeated"<sup>19</sup>

על פי לזר, כשם שניתן להפליל בעבירה יותר מחשוד אחד, כך לא ניתן לשחרר מאחריות את הפוגע רק בשל הימצאותו של אחראי נוסף. הסרת אחריות כרוכה בהצגת טעמים מספקים הקשורים לפוגע עצמו ולעובדה כי לא ניתן לייחס לו אחריות למעשה, ואיננה קשורה לשאלה האם ניתן לייחס אחריות לגורם אחר מלבדו. החובה להימנע מפגיעה בחפים מפשע חלה על החיילים, גם כאשר חשיפתם של אותם אזרחים לסכנה נעשית בידי אחר, וגם אם ניתן לייחס לאותו אחר אחריות דומה

<sup>16</sup> כך למשל טוען אלן דרשוביץ:

"The laws of war and the rules of morality must adapt to these realities. An analogy to domestic criminal law is instructive: A bank robber who takes a teller hostage and fires at police from behind his human shield is guilty of murder if they, in an effort to stop the robber from shooting, accidentally kill the hostage. The same should be true of terrorists who use civilians as shields from behind whom they fire their rockets. The terrorists must be held legally and morally responsible for the deaths of the civilians, even if the direct physical cause was an Israeli rocket aimed at those targeting Israeli citizens." Alan M. Dershowitz, "Arithmetic of Pain," WALL ST. J., July 19, 2006.

דני סטטמן מציג עמדה דומה, כשהוא בוחן טיעונים אפשריים להצדקת פעולות הכרוכות בפגיעה בחפים מפשע במצבי חירום: Daniel Statman, "Supreme Emergencies Revisited," Ethics 117 (2006) p.69.

<sup>17</sup> ראה אצל סטטמן: "Beyond a certain proportionality limit responsibility tends to shift back to the agent" (שם, עמוד 70).  
<sup>18</sup> ראה למשל: Victor Tadros, "Permissibility in a world of wrongdoing," Philosophy and Public Affairs 44 (2) (2016) p.107-110.  
<sup>19</sup> Seth Lazar, "On Human Shields," Boston Review <http://www.bostonreview.net/world/seth-lazar-human-shields>



(או אחרת) לפגיעה. מה שרלוונטי לאיסור הפגיעה על פי לזר, הוא חפותם של האזרחים. וזו כאמור, מתקיימת גם במגן אנושי. טענה דומה מועלית גם אצל סטטמן כשהוא דן בטיעון מהעברת האחריות המצביע גם הוא על המשמעות שיש לייחס לחפותם של האזרחים. לטענתו, אם הטיעון מהאחריות תקף, ניתן להסיק ממנו כי כל אימת שנכפית עלי בחירה בין חיי ובין חייו של אדם אחר אשר אדם שלישי אחראי להיווצרותה, מותר לי להרוג את האדם מולי. זאת ללא קשר לאשמתו או חלקו ביצירת הסכנה.<sup>20</sup>

### 2.1.2 אחריות משותפת:

טיעון דומה לטיעון מהעברת האחריות, הוא הטיעון מהאחריות המשותפת. על פי טעון זה, במקרים מסוג מגן אנושי, האחריות לפגיעה באזרחים משותפת למי שחשף אותם לסכנה מלכתחילה, כלומר: לאויב, ולמי שפגע בהם בפועל, כלומר: לחיילים. העובדה שמדובר באחריות משותפת, על פי הטיעון, הופכת את אחריותו של כל צד לקטנה יותר מאחריות מלאה לפגיעה דומה. החיילים והאויב חולקים ביניהם את האחריות לפגיעה באופן שמקטין את חלקו של כל אחד מהצדדים. גם אם לא ניתן להעביר את מלוא האחריות לפגיעה באזרחים למי שהעמידם בסכנה מלכתחילה, טוענים המחזיקים בטיעון זה, ניתן בוודאי לייחס לו לפחות חלק מהאחריות לאותה פגיעה, ובכך, להפחית במשהו את האחריות המוטלת על הפוגע בפועל. העובדה שקיימים שותפים שבלעדיהם פגיעה כזו לא הייתה מתרחשת, לכל הפחות מחלקת את האחריות בין הצדדים.

זוהי למשל טענתו של משה הלברטל:

"...However, one could say that in a case where the opponent deliberately establishes bases in the heart of the civilian population there is a distribution of causal responsibility. The opponent who deliberately positions himself in densely populated areas also carries causal responsibility for the deaths of civilians, and so, if a genuine and serious effort is made to avoid such damage, then causal responsibility falls as well on the enemy who places himself in proximity to innocent civilians"<sup>21</sup>

הלברטל מדבר על אחריות סיבתית. כלומר: על השאלה מי נושא באחריות לנסיבות הפגיעה באזרח. ואכן נראה כי את זו חולקים שני הצדדים. אולם, גם כאן, כמו בביקורת על טעון העברת האחריות, לא ברור כיצד מהעובדה שקיימים שותפים לאחריות הסיבתית, נובע שהאחריות המוסרית על הפגיעה בפועל, פוחתת, ובוודאי שלא ברור כיצד מלכתחילה יש בכך בכדי להשפיע על חסינותם של אותם אזרחים.

גם ביחס לטיעון זה, יש שמבקשים להקביל בין מקרים של מגן אנושי למקרים של בני ערובה, באופן הבא: במקרים בהם חוטף מחזיק בבני ערובה ומאיים לפגוע בהם אם יפרצו כוחות החילוף, ברור כי

<sup>20</sup> כך במילותיו:

"If the permission to shoot at human shields can be widened in the way suggested by ASR, it seems to imply that any time the responsibility for a forced choice between my life and that of some person, P, lies in the hands of some third agent, A (rather than in the hands of nature), I am allowed to kill P in order to save my life, regardless of P's blameworthiness or innocence in creating the threat".

סטטמן (לעיל, הערה 16) עמוד 70.

<sup>21</sup> ניתן לקריאה ב: p.20 Moshe Halbertal, "Moral Challenges in Asymmetric Warfare,"

[http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/Moral%20Challenges%20in%20Asymmetric%20Warfare.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Moral%20Challenges%20in%20Asymmetric%20Warfare.pdf).

האחריות הראשית לפגיעה, כשזו מתרחשת בעקבות פריצת הכוחות, מוטלת על החוטף. אחריות הפורצים הגורמים בפריצתם לפגיעה, לכל היותר נתפסת כאחריות משנית. הפורצים אינם אלה שפוגעים בבני הערובה בפועל, והם גם אינם אלה שחשפו אותם לסיכון מלכתחילה. לפיכך, אחריותם לפגיעה בהם קטנה באופן משמעותי מאחריותו של החוטף.<sup>22</sup>

אולם גם הצעה זו ספגה ביקורות רבות אשר בדומה לביקורות שהועלו ביחס לטיעון מהעברת האחריות, התרכזו בעיקר בדרישה לראות בחפותם של האזרחים את הנתון המרכזי שיש להביא בחשבון.<sup>23</sup> במרכזן של ביקורות אלה עומדת הטענה לפיה חסינותם מפני פגיעה של האזרחים המשמשים כמגנים אנושיים אינה מושפעת מהעובדה שקיים יותר מאחראי אחד לסכנה לחייהם, והיא איננה מאבדת מתוקפה בשל כך. לכן, קיומם של שותפים נוספים לאחריות איננה משנה את החובה של כל אחד מהם להימנע מפגיעה בהם, והיא מוטלת באופן מלא על כל צד בנפרד.

יחד עם זאת, ניתן לטעון כי דחיית הטיעון מהעברת אחריות או מהאחריות המשותפת על בסיס הטענה כי אחריות אינה ניתנת להעברה או לחלוקה בלבד פשטנית מדי, באופן הבא: גם אם אחריות איננה משחק סכום אפס, וגם אם קשה להבין כיצד ניתן להסיר אחריות ממי שפעל ביודעין, יתכן עדיין שנסיבות מיוחדות משנות את מערך הזכויות והחובות באופן שמשפיע גם על חלוקת האחריות. חשבו למשל על הניתוח החוזי לדיני המלחמה, לפיו משטר שמתיר את קיומם של צבאות צייתנים, כאלה בהם החילים נדרשים למלא את פקודות הממונים עליהם גם בלא לברר באופן אקטיבי האם פקודות אלה צודקות, הוא משטר יעיל יותר ממשטר הדורש מחיילים לוודא את צדקת הפקודות הניתנות להם ומתיר להם ללחום רק במלחמות צודקות. בהתאם לניתוח זה, החיילים בצבאות הצייתנים אינם נושאים באחריות לפעולותיהם גם כאשר המלחמה בה הם נלחמים אינה צודקת, ועוולות המלחמה מיוחסים למדינה בשמה נלחמו. כך למשל טוען בנבג'י: "בחלוקת העבודה בין המדינה לחייליה, המדינה היא שאחראית לוודא כי מלחמתה צודקת, ואילו החיילים משוחררים מהאחריות לתוקפנותה של המדינה. אולם המלחמה עצמה היא פעולה של המדינה. אם המלחמה היא נפשעת, ההרג שחייליה של המדינה הפושעת מבצעים בחיילי האויב הוא הפרה של המדינה – היא זאת שמפרה את הזכות לחיים של חיילי האויב. לא החיילים שלוחמים מלחמה נפשעת הם שמפרים את תביעתו המוסרית של חייל אויב חף מפשע שהם הורגים; המדינה שפועלת באמצעותם היא שמפרה את התביעה הזו". אותו עקרון המעביר את האחריות למדינה, חל לטענת בנבג'י גם על תליין שהוציא להורג אדם חף מפשע. התליין, אף שהוא זה שהביא בעצמו למותו של אותו חף מפשע, אינו נושא באחריות למותו או לעוול שנעשה לו. ככל שלא עליו מוטלת החובה

---

22 ראו למשל אצל סטטמן, (לעיל, הערה 16) עמוד 69.

<sup>23</sup> כך לדוגמה סת' לזר (לעיל, הערה 19):

"Innocent people's lives have weight in the proportionality calculation because of their moral status—their right to life. This status, and these protections, cannot be diminished by the impermissible actions of some third party. And even if you reject that fundamental commitment, hostages are not analogous to human shields: it surely makes a difference to the argument whether the enemy's involvement is genuinely intervening. If side A threatens harm to hostages unless side B withdraws, then the harm to those hostages is not solely caused by side B's actions, but is the product of a subsequent voluntary choice by A. But if side A uses innocent civilians as human shields, then side B's decision to use force that will harm those civilians is necessary and sufficient for them to be harmed. This must make a difference".

לברר את אשמתו של המוצא להורג והוא פועל רק כשליחה של המדינה, האחריות עוברת ממנו, למדינה. וזאת למרות שפעולתו שגרמה לאי צדק, לא נכפתה עליו והוא יכול היה להתנגד לה. שלוחי המדינה מאפשרים למדינה לפעול בתווך שהם יוצרים עבורה כשהם מהווים את זרועה הארוכה. בהיותם כאלה, הם אינם נדרשים לקחת אחריות אישית על פעולות שביצעו ואינם נשפטים כאינדיבידואלים, אלא כחלק מהגוף אותו הם מייצגים. וכך, גם האחריות לפעולותיהם מושתתת על אותו הגוף, כלומר: על המדינה.

ניתוח כזה מלמד אם כן, שלעתים תיתכן בכל זאת העברת אחריות מהגורם המבצע לגורם אחר.

אולם, האנלוגיה מחלוקת העבודה בין המדינה לחיילים ובין התליין למדינה, למקרה של מגנים אנושיים, איננה טריוויאלית. ראשית, בניגוד לחיילים ולתליינים אשר על פי הטיעון, ברוב המקרים אין בידם מספיק גישה למידע שיעזור להם להכריע בשאלה האם המלחמה אליה נשלחו צודקת, או האם האסיר אכן אשם, החיילים ומקבלי ההחלטות יודעים שהאזרחים המגנים חפים מפשע (או לפחות מניחים זאת), ושפעולתם צפויה לפגוע בהן. אין מדובר בהתרת מנגנון יעיל שמאפשר פעולה גם ללא השקעת משאבים בבירור העובדות. העובדות, במקרה זה – ידועות. אך יתרה מכך, הטיעון מהחוזנות מבקש להעביר את האחריות ממבצעי הפעולה – החיילים או התליינים, למי שבשמו הם פועלים – המדינה. במקרה של מגנים אנושיים לעומת זאת, לא לגמרי ברור מי המקבילה למדינה. העברת האחריות מהחיילים למדינה אינה מסייעת כאן, היות שעל אחריות המדינה אנו מדברים מלכתחילה. כאשר אנו דנים במעמד החובה להימנע מפגיעה באזרחים, אנו דנים במעמד חובתה של המדינה, או של החיילים כשליחיה.

באופן אינטואיטיבי, כאשר אנו מבקשים להסיר את האחריות לפגיעה במגנים האנושיים או להפחית בה, אנו מתכוונים כי יש להעבירה מהחיילים, אל מי שחשף את האזרחים לסיכון, כלומר: לאויב. אולם, לא זו ההשוואה המתבקשת מההקבלה לחלוקת העבודה מעלה. החיילים אינם פועלים בשליחות האויב ומקבלי ההחלטות אינם מציינים להנחיותיו. על פי מבנהו, המקבילה למדינה בטיעון, היא הקהילה הבינלאומית או המשטר המבסס את כללי המלחמה. אולם, על בסיס קריאה כזו, קשה להבין כיצד ניתן להעביר את אחריות המדינות לאותו משטר. מדינות אינן שלוחות של הקהילה הבינ"ל וגם אם הן פועלות במסגרתו של משטר המנחה את פעולותיהן, הרי שכאשר המשטר דורש מהן להימנע מפגיעה באזרחים, הן אינן יכולות להיסב את האחריות לפגיעה כזו, בחזרה אליו.

נראה אם כן, כי על אף האינטואיטיביות שבו, הטיעון מהעברת האחריות ומהאחריות המשותפת, ניצב בפני קשיים ומתקשה לכשעצמו להסביר את ההבחנה הנורמטיבית בין מעמדה המוסרי של החובה להימנע מפגיעה באזרחים חפים מפשע במגן אנושי, ובין מעמדה של החובה הדומה באזרח לכוז.

נבחן כעת טיעון אפשרי נוסף לטובת הבחנה זו:

## 2.2. הטיעון מההדדיות:

טיעון נוסף שניתן להעלות ביחס לדילמה המתעוררת במקרים מסוג מגן אנושי, מתמקד בממד ההדדיות בשמירה על חוקי על המלחמה, וביחס בין הפרת כללים אלה בידי צד אחד, ובין לגיטימיות הפרת הכללים על ידי הצד השני בתגובה לכך. על פי טיעון זה, שימוש במגנים אנושיים מהווה הפרה בוטה של כללי המלחמה, וההפרה עצמה מספקת טעם טוב להקל בחובת הצד השני לציית הוא לאותם כללים, ובמקרה שלפנינו – להקל בחובתו לכבד את חסינות הלא לוחמים, המהווה חלק מכללים אלה.

אחת הפרשנויות לחוקי המלחמה היא הפרשנות ההסכמית.<sup>24</sup> על פי פרשנות זו, הדרך הנכונה לפרש את עקרונות הלחימה היא לראותם כחלק מהסכם בין הצדדים שנועד לצמצם פגיעה בחפים מפשע ולמקסם את האפשרות לנצח במלחמה. תפיסה כזו מעניקה משקל רב לעקרון ההדדיות שעליו היא נסמכת, והיא עשויה לתמוך בטיעון זה. אם הכלל האוסר על פגיעה באזרחים חפים מפשע מתבסס על ההנחה שציות הדדי לכלל זה מיטיב עם כל הצדדים למלחמה ולכן כדאי לכולם לציית לו, הרי שמצב בו צד אחד מפר את הכלל, שומט את הקרקע מתחת לאיסור עצמו. כלומר: החוזה שעל בסיסו נקבע האיסור מאבד מתוקפו, ועמו גם תוקפם של הכללים המעוגנים בו.

את הטיעון מההדדיות ניתן להעלות לא רק תחת פרשנות חוזית של כללי המלחמה. ניתן לנסח שאלה דומה גם במסגרת פרשנות מוסרית הרואה את השמירה על חוקי המלחמה כחלק ממחויבות כללית לשמירה על עקרונות מוסריים, כמו למשל על האיסור על פגיעה בחפים מפשע. השאלה שיש לשאול במסגרת פרשנות זו היא האם חוסר הדדיות בשמירה על חוקי המלחמה, הוא טעם מוסרי מספק להפחתת אחריות לשמירה על כללים אלה בידי הצד השני.

אם כן, על פי הטיעון מההדדיות מה שמבחין בין אזרח לכוד ומגן אנושי הוא שב אזרח לכוד איש לא סיכן במכוון את האזרחים המעורבים בו ולא מתקיימת בו הפרה של כללי המלחמה מצד האויב. לכן, האיסור על הפגיעה באזרחים המוחזקים חפים מפשע – נותר על כנו בצורתו המקורית.<sup>25</sup> במגן אנושי לעומת זאת, כוח ב' מפר במכוון את הכלל האוסר על שימוש באזרחים כמגנים, והוא סומך על כך שהצד השני ישמור על הכללים ויימנע מפגיעה באותם אזרחים. בהפרתו את הכלל, על פי טיעון זה, מתיר למעשה כוח ב' את החוזה בין הצדדים, ושוב אין כוח א' מחויב לכללים המעוגנים בו. לכל הפחות – הוא רשאי להביא הפרה זו בחשבון. גם אם אין ההפרה מצדיקה הפרה הדדית כוללת של חוקי המלחמה בידי הצד השני, הוא רשאי לייחס משמעות נורמטיבית לעובדת ההפרה, ולהביאה בחשבון. למשל, לעניין בחינת עקרון המידתיות.

תמיכה ברציונאל העומד בבסיס טיעון זה, ניתן למצוא למשל ב United Kingdom's Manual of the Law of Armed Conflict:

<sup>24</sup> ראו למשל: George I. Mavrodes, Convention and the Morality of War, in INTERNATIONAL ETHICS 75 (Charles Beitz, Marshall Cohen, Thomas Scanlon & A. John Simmons eds.; Benbaji@@@

<sup>25</sup> מהי תכולתו בדיוק אותו איסור. מהם החריגים לו ומהי תחולתו הם נושאים מורכבים הנדונים בהרחבה במקומות שונים. במאמר זה, במקומות בהם לא מצוין אחרת, אני מתייחסת לאיסור זה כפשוטו: ככלל, בהיעדר נסיבות מיוחדות, איסור לפגוע באזרחים חפים מפשע במלחמה.

"Even where human shields are being used, the proportionality rule must be considered. However, if the defenders put civilians or civilian objects at risk by placing military objectives, this is a factor to be taken into account in favor of the attackers in considering the legality of attacks on those objectives."<sup>26</sup>

וכן בהנחיות ה ICRC:

"The attacking commander is required to do his best to protect (civilians used to shield) but he is entitled to take the defending commander's actions into account when considering the rule of proportionality."<sup>27</sup>

ואכן, עקרון ההדדיות מהווה עקרון מרכזי גם בדין הבינלאומי והוא בא לידי ביטוי בין היתר בהחלת אמנות בינלאומיות הכפופות לו. הדין הבינלאומי מכיר בחשיבות ההדדיות כבסיס לשמירה על כללים הסכמיים, ומתנה את החלת אותן אמנות בקיומו של בסיס כזה.

אולם, כאשר מדובר בזכויות אדם בסיסיות ובעקרונות הומניטריים מרכזיים כמו הגנה על אזרחים חפים מפשע במלחמה, התפיסה המקובלת היא, שהחובה להגן על זכויות אלה אינה תלויה בהדדיות והיא אינה נובעת מתפיסה הסכמית או מתוקף חוזה. מדובר אפוא בהגבלות דאונטולוגיות, אשר אינן מושפעות מקיומן או הפרתן בצד האויב. האיסור העקרוני על פגיעה באזרחים חפים מפשע מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי (HIL) שאינו כפוף לתנאי הדדיות למיניהם.<sup>29</sup> עקרון ההבחנה ועקרון המידתיות מהווים משפט בינלאומי מנהגי, ובהתאם לכך האמנות המגנות על הזכויות העולות מהן, מחייבות את כל המדינות והן חלות על כל הצבאות כלפי כל המדינות, ללא תלות בהצטרפות אליהן.<sup>30</sup>

ואכן, בעוד שכללי המלחמה מונים חוקים היכולים להיקרא תחת תפיסה חוזית, ומשכך – הפרתם בידי צד אחד עשויה להצדיק הפרה הדדית בידי הצד השני (כמו למשל האיסור על ירי על צנחנים), כללים אחרים אינם כאלה והפרתם לכשעצמה איננה מהווה עילה מוצדקת להפרה מקבילה.

U.K. Ministry of Defence, The Manual of the Law of Armed Conflict (2004). Para.2.7.2.<sup>26</sup>  
ICRC, Fight it Right: Model on the Law of Armed Forces 58 (1999).<sup>27</sup>

<sup>28</sup> דברים דומים ניתן למצוא גם אצל יורם דינשטיין: "...המשפט הבינלאומי הוא חד-משמעי בעניין זה: השימוש במגנים אנושיים מהווה פשע מלחמה. אם נניח, בכל זאת, שצד לוחם אחד משתמש במגנים אנושיים, מה פירוש הדבר לגבי הצד השני? ישנה אפנה בינלאומית, שעלי להתוודות כי היא גורמת לי לחריקת עצמות בכל פעם שאני קורא אותה, הקובעת שגם אם צד אחד עושה שימוש במגנים אנושיים, על הצד השני להפשיך לשמור על כל כללי המשפט הבינלאומי. לאטור, היריב שלי מפר את המשפט הבינלאומי, אבל אני חייב לשמור על הכללים ובכך להעניק לו בעצם פרס. הקביעה הזו פופרית. עקרון המידתיות תלוי ועומד בתיאוריה, אבל הוא משתנה לגמרי בעת ההתמודדות עם שימוש במגנים אנושיים. לדעתי, בעת ההתקפה על מטרה שעושה שימוש במגנים אנושיים, יש לשמור על עקרון המידתיות, אבל לא בצורתו הרגילה. במקרה של שימוש במגנים אנושיים, אין ברירה אלא לפגוע לעיתים גם באזרחים יורם דינשטיין, "מגבלות המשפט הבינלאומי בהתמודדות מול טרור",

<http://jcpa.org.il/2009/06/%D7%9E%D7%92%D7%91%D7%9C%D7%95%D7%AA-%D7%94%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98-%D7%94%D7%91%D7%99%D7%A0%D7%9C%D7%90%D7%95%D7%9E%D7%99-%D7%91%D7%94%D7%AA%D7%9E%D7%95%D7%93%D7%93%D7%95%D7%AA-%D7%9E%D7%95%D7%9C>

<sup>29</sup> ראו למשל אצל עדו רוזנצוויג: "...המשפט הבינלאומי ההומניטרי אינו כפוף לתנאי הדדיות לתיניהם, ולכן עצם הטענה שהאויב מפר כללים אלה אינה מהווה גושפנקא להפרה או להקלות כלשהן ביחס לעקרונות ההבחנה והמידתיות העצוינים לעיל. כללים אלה מהווים משפט בינלאומי מנהגי, ולכן הם חלים על כל הצבאות הסדירים וארגוני הגרילה, והפרתם עשויה להגיע לכדי פשעי מלחמה." עדו רוזנצוויג, "סיכולים ממוקדים בלחימה בעצימות גבוהה", בתוך: משפט וביטחון לאומי סוגיות נכרות פנינה שרביט ברוך וענת קורץ (עורכות), (המכון למחקרי ביטחון לאומי, 2014). עמוד 37.

<sup>30</sup> כך בסעיף 81(8) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנת ג'נבה משנת 1977:

"Any violation of these prohibitions shall not release the Parties to the conflict from their legal obligations with respect to the civilian population and civilians, including the obligation to take the precautionary measures provided for in article 57."

לעיון נוסף, ראו גם: Sean Watts, "Reciprocity and the Law of War," Harvard International Law Review Vol.50 (2009)

המקרה המובהק ביותר של כללים שאינם מושתתים על הדדיות ואינם תלויים בה, הם אותם איסורים המכונים איסורי יוס קוגנס (jus cogens). איסורי יוס קוגנס הם איסורים אשר הקהילה הבינלאומית מכירה בהם כאיסורים מוחלטים שלעולם אין להפר. איסורים אלה אמנם אינם מופיעים ברשימה סדורה ואין קונצנזוס לגבי אילו מן האיסורים הם אך כאלה או כיצד נקבע מתי איסור עולה כדי איסור יוס קוגנס, אך קיימת הסכמה כי איסורים אלה כוללים לדוגמה את האיסור על רצח עם, עבדות, עינויים ואפליה גזענית. אלה איסורים מכל וכל, גם תחת הפרתם בידי הצדדים האחרים.<sup>31</sup> אך האם האיסור בו אנו דנים מהווה סוג כזה של איסור?

הפגיעה הצפויה באזרחים המגנים בפגן אוושי, הינה פגיעה אגבית המהווה נזק בלתי נמנע כתוצאה מפעולה הנחשבת לפעולה לגיטימית. פגיעה כזו עשויה להיות מותרת על פי חוקי המלחמה בנסיבות מסוימות. וכך, על אף שעליה להיות כפופה לתנאים של צורך ומידתיות, היא איננה מהווה הפרה של חוק בל יעבור, ולפיכך האיסור עליה לפחות לכאורה, אינו מהווה איסור מסוג יוס קוגנס.

כיצד אם כן יש להתייחס לאיסור על פגיעה באזרחים חפים מפשע, במצב בו אחד הצדדים אינו עומד בהתחייבות לכאורה, אינו מקיים את חוקי המלחמה ומשתמש באזרחיו כמגנים אנושיים? האם הצד השני הנתקל במגנים אלה אמנם משוחרר מההסכם ורשאי לפעול באופן דומה גם הוא, או שהאיסור על פגיעה אגבית בחפים מפשע, אף שאינו איסור מוחלט, הוא מסוג האיסורים שאינם מושפעים מנסיבות כמו הפרת כללים בידי האויב?

כאמור, אף שנראה כי איסור זה אינו עולה כדי איסור יוס קוגנס, גם על פי פרשנות מקובלת של תפיסה הסכמית, מקור הטעמים המבססים אותו אינו בחוזה, אלא בעקרון הכללי לפיו אסור לפגוע במי שהוא חף מפשע. בהתאם לכך, החובה להימנע מפגיעה כזו אינה תלויה בהדדיות השמירה עליה. חפים מפשע חסינים מפני פגיעה היות שלא עשו דבר שיש בו בכדי לאבד את זכותם לחיים, והעובדה שצד אחד מפר את הכללים אינה משנה דבר במעמדה של זכות זו. אם אמנם זהו הבסיס לאיסור לפגוע באזרחים חפים מפשע במלחמה, איסור זה נותר בעינו גם תחת הפרת איסור זה ממש בידי הצד השני.<sup>32</sup>

ואולם, בעוד שקשה אמנם לעמוד על טעמים אינטרינזיים להפרה מקבילה של כללי המלחמה, ניתן בהחלט להצביע על מספר טעמים אינסטרומנטליים שלא לאפשר את הפרת הכללים מלכתחילה, ומשאלה הופרו – להגיב בהתאם לכך, גם באופן שעולה לעתים כדי הפרה הדדית של הכללים.

הטענה המרכזית הנשמעת בהקשר זה היא כי בדרישה לשמירה על כללי המלחמה גם מול הפרה מנצלת שלהם, יש בהכרח מתן כח בידי ה"רעים", ועשויות להיות לכך השלכות חמורות. הערך האינסטרומנטלי השלילי של לתת לניצול ציני להצליח חמור במיוחד, על פי טענה זו, בגלל השלכות עקיפות. למשל, השלכות על המלחמות הבאות. כשם שמקובל לטעון כי אין לנהל משא ומתן עם חוטפים על מנת שלא ליצור מצב בו פעולות חטיפה תצטיירנה יעילות ותהפוכנה בכך לפעולות שגרתיות, כך, כניעה למניפולציות ולהפרת חוקי המלחמה, מעודדת את הפרתם של כללים אלה גם

<sup>31</sup> לסקירה ועיון בנושא זה, ראו למשל: Even J Criddle and Evan Fox-Decent, "A Fiduciary Theory of Jus Cogens," *The Yale Journal of International Law* vol.34 (2009).

<sup>32</sup> לסיכום מתח זה, ראה אצל: רובי סיבל, "האם תיתכן הדדיות במלחמה נגד טרור?", בתוך: מפשט וביטחון לאומי סוגיות נכרות פנינה שרביט ברנד וענת קורץ (עורכות), המכון למחקרי ביטחון לאומי (2014). עמוד 25-26.

בעתיד. בנוסף, יש הטוענים עוד כי כניעה כזו פוגעת במעמדם של חוקי המלחמה ושמה אותם ללעג. על פי טענה זו, מדינות הנן בעלות מחויבות לקהילה הבינלאומית. חוקי המלחמה מושתתים על קונבנציה של קהילה זו, ואי ציות להם עשוי להביא להתפוררותה. אי ציות כזה מהווה קריאת תיגר על הקונבנציה ועל הקהילה הבינלאומית המתקפת אותה, ולפיכך אסור להיכנע לו.<sup>33</sup>

אולם, טעמים אינסטרומנטליים דוגמת אלה, יתקשו להסביר אינטואיציות לפיהן הפעולה המותרת בפג אנושי, תהיה מותרת באותו מצב עניינים גם אילו היה מדובר ב"מלחמה האחרונה", כאשר אנו יודעים בוודאות שאחריה לא תהייה עוד מלחמות, וגם ביחס לפעולה האחרונה של מלחמה זו. במקרים אלה, טעמים הקשורים בניסיון למנוע השלכות חמורות במלחמות עתידיות, אינם יכולים להסביר אינטואיציות לפיהן גם בהינתן שלא תתקיימה מלחמות נוספות, הנסיבות המתקיימות בפג אנושי מצדיקות תגובה שונה מזו באזרח לכוז.

קושי נוסף בקבלת טיעונים אינסטרומנטליים קשור באינטואיציה אפשרית באשר להבחנה בין מקרה רגיל של פג אנושי ומקרה של פג אנושי ממדינת צד שלישי. על פי אינטואיציה זו מקרה סטנדרטי של פג אנושי בו האזרחים מושמים כמגנים בידי בני עמם (האויב), שונה במהותו ממקרים של מגנים אנושים בני צדדים שלישיים, בהם האויב עושה שימוש במגנים אנושיים על ידי אזרחי צד שלישי שאינו חלק מהסכסוך. למשל – מסתתר מאחורי ילדים שבדים, בסכסוך ישראלי-פלסטיני. במקרה של שימוש באזרחים מצד שלישי, על פי אינטואיציה זו, אין משמעות מוסרית לעובדה שהם מושמים כמגנים אנושיים בידי האויב, והחובה להימנע מפגיעה בהם זהה לחובה להימנע מפגיעה באזרחים באזרח לכוז. טעמים אינסטרומנטליים יתקשו כאמור להסביר אינטואיציה זו, שכן אותה הפרה של כללי המלחמה מתקיימת בשני סוגי המקרים, והטעמים האינסטרומנטליים שלא לאפשר אותה, לפחות לכאורה – מקיימים בשניהם.

נסכם עד כה:

ראינו כי קיימים מספר טיעונים מרכזיים המבקשים להסביר מדוע במקרים מסוג פג אנושי החובה להימנע מפגיעה באזרחים היא בעלת משקל נמוך מהחובה להימנע מפגיעה במקרים מסוג אזרח לכוז, ועמדנו על הקשיים בקבלה של כל אחד מטיעונים אלה. ההתנגדות המרכזית לטיעונים אלה נסובה בעיקר סביב הטענה כי חפותם של אותם אזרחים שחייהם בסכנה, היא שמגדירה את חסינותם ואת החובה שלא לפגוע בהם, וזו אינה שונה בין שני המקרים הנדונים.<sup>34</sup> בנוסף עמדנו על

<sup>33</sup> פילוסופים אחדים מקבילים בין תפיסה הסכמית של חוקי המלחמה ובין ציות לחוקי תנועה. על פי הקבלה זו, עצם הציות לכללים הוא בעל חשיבות מרכזית בשמירה על האינטרסים של כלל הציבור גם אם הם עצמם אינם אידיאליים. כך למשל, גם אם יסתבר שנסיעה בצד שמאל של הכביש עדיפה במקום שבו החוק מורה על נסיעה בצד ימין, הידיעה שהציבור ימשיך לציית לכלל זה, היא שמאפשרת את הנסיעה הבטוחה שהיא האינטרס המשותף. הדבר נכון גם ביחס לציות לכללי המלחמה. רעיון זה מוצג למשל אצל מוורודס (Mavrodse), שמוסיף:

"I have already called attention to the fact that conventions of warfare are not, like traffic rules, embedded in a more massive social structure. This makes them especially precarious... But it also bears on the way in which they may be adopted. One such way, perhaps a rather important way, is for one party to the hostilities to signal his willingness to abide by such a convention by undertaking some unilateral restraint on his own part. If the opponent does not reciprocate, then the offer has failed and it goes no further. If the opponent does reciprocate, however, then the area of restraint may be broadened, and a kind of mutual respect and confidence may grow up between the belligerents. Each comes to rely on the other to keep the (perhaps unspoken) agreement, and therefore each is willing to forgo the immediate advantage which might accrue to him from breaking it. If this happens". George I Mavrodes, "Conventions and the Morality of War," *Philosophy and Public Affairs* 4 (1975) p. 129-30.

<sup>34</sup> בהקשר זה עולה שאלה נוספת הקשורה ביחס שבין זכויות המדינה כמדינה, וזכויות האינדיבידואלים בה, ובין תפיסה קולקטיביסטית לתפיסה אינדיבידואליסטית של מוסר ומשפט במלחמה. במסגרת דיון זה, ניתן לטעון כי בעוד שמדינה המפרה את כללי המלחמה מאבדת אמנם מזכויותיה כמדינה (למשל, את זכותה לא להיות מותקפת), הרי שלפרטים החיים בה המשמשים כמגנים, נשמרת הזכות שלא להיפג.

הבעייתיות שבהעברת אשמה או חלוקתה, בין מי שפוגע באזרחים בפועל (החיילים הנתקלים במגנים האנושיים), ובין מי שמסכן את אותם אזרחים מלכתחילה (האויב).

בסעיף הבא אציג את הטיעון מהחובות המיוחדות אותו אני מבקשת להציע כאלטרנטיבה אפשרית לטיעון מההדדיות ולטיעון מהעברת האחריות והאחריות המשותפת, ואבחן האם ניתן על בסיסו להבין את ההבחנה בין מקרים מסוג פגן אנושי ובין כאלה מסוג אזרח לכוז.

### 3. הטיעון מהחובות המיוחדות:

בניגוד לטיעון מהעברת האחריות או מהאחריות המשותפת, הטיעון מהחובות המיוחדות אינו תולה את החובה המופחתת לחיי המגנים בפגן אנושי בעובדת קיומם של שותפים אחרים לפגיעה, אלא, הוא מתמקד באפשרות פניעת הפגיעה ובכך שהאחראי לחיי האזרח המעורב - בעל החובה המיוחדת כלפיו - נוכח במקום האירוע ויכול להצילו מפני הפגיעה הצפויה. במצב כזה על פי הטיעון, חובת הדאגה המוטלת על חיילי הצד השני (כוח א'), פחותה מזו המוטלת עליו בהיעדרו של אותו בעל חובה, כמו מקרים מסוג אזרח לכוז, בהם בעל החובה המיוחדת לדאגה לחיי האזרחים המעורבים אינו נמצא וכלל אינו מעורב, וממילא אין ביכולתו לממש את חובתו זו.

הטעם המרכזי לתפיסת החובה להימנע מפגיעה באזרחים בפגן אנושי, בשונה מזו באזרח לכוז, על פי טיעון זה, קשור בתפיסת חלוקת חובות כללית המתבססת על דוקטרינת החובות המיוחדות. על פי דוקטרינה זו, על כל אדם מוטלות חובות דאגה שונות כלפי בני אדם שונים, וכך ככלל, חובתו של אדם כלפי הקרובים אליו היא בעלת משקל גבוה יותר מחובתו כלפי אלה שאינם קרוביו.<sup>35</sup> ייחודה של חובה זו הוא בכך שהיא קיימת אך ורק מתוקף הקשר ביניהם, ועל כן היא מכונה "חובה מיוחדת". כך למשל, הורים הם בעלי חובות מיוחדות כלפיי ילדיהם, חברים הם בעלי חובות מיוחדות אחד כלפי השני, וחיילים הם בעלי חובות מיוחדות כלפי אזרחי מדינתם.

יחד עם זאת, גם על פי עקרון זה, העובדה שבני אדם מחזיקים בחובות מיוחדות כלפי קרוביהם אינה פוטרת אותם מחובת דאגה בסיסית כלפי שאר בני האדם, ועליהם לגלות אכפתיות ביחס לכל בן אנוש. מה בדיוק משמעותה של חובה בסיסית זו ומה היא כוללת, הן שאלות מורכבות, ובשלב זה של הדיון אסתפק בהנחה כללית ברוח דברי נייגל, לפיהם:

"Common sense suggests that each of us should live his own life (autonomy), give special consideration to certain others (obligation), have some significant concern for general good (neutral values), and treat the people he deals with decently (deontology)".<sup>36</sup>

ואולם, גם כאשר כל אדם דואג לאלה הקרובים אליו, ישנם כאלה שאין מי שידאג להם. לעתים מדובר במצב קבוע, למשל ביחס ליתומים שאין איש מחזיק בחובות הוריות כלפיהם, אך לעתים קרובות מדובר במצב זמני שבנסיבותיו בעל החובה המיוחדת כלפי אדם מסוים נעדר. על פי הקריאה שאני מציעה כעת לטיעון מהחובות המיוחדות, חובת הדאגה הכללית בה אנו מחזיקים כלפי כלל בני האדם, משתנה בהתאם לנסיבות אלה, ובאופן דומה משתנה גם משקלה. וכך, החובה

<sup>35</sup> הכוונה כאן היא להשוואה בין חובות דומות כלפי בני אדם שונים. מובן שחובתי לדאוג להשכלה גבוהה לילדיי (אם קיימת כזו) יכולה להיות בעלת משקל נמוך יותר מחובתי להימנע מהריגת עובר אורח זר.  
<sup>36</sup> Thomas Nagel, The View from Nowhere (New York: Oxford University Press, 1986) p.166.



המוטלת עלינו לדאוג לאותם אלה אשר אינם קרובינו אך אין מי שידאג להם, חזקה מחובתנו כלפי אחרים שאינם קרובים אלינו אך יש מי שדואג להם ומחזיק עצמו בחובות מיוחדות כלפיהם. וככלל: מקום שבו יש בעל חובה מיוחדת מוגדר כלפי אדם, האחרים הסובבים נסיבתית את אותו אדם הם בעלי חובת דאגה מופחתת כלפיו, משל היו בהיעדרו של אותו בעל חובה מיוחדת.

לשם הבהרה, חישבו על הדוגמא הבאה:

### טיול שנת

כיתת ילדים יוצאת לטיול שנתי. כל ההורים מוזמנים לצאת לטיול כמלווים אך בפועל רק חלק מההורים מתלווים לטיול. (הסיבות בגינן לא יצאו שאר ההורים כמלווים, אינן רלוונטיות בשלב זה של הדיון). א' ו ב' מצטרפים לטיול ללוות כל אחד את בתו. ג' לעומתם, אינו מלווה את בתו שנמצאת אף היא בטיול. הטיול מתחיל, ובשלב מסוים מתחילה מפולת המדרדרת סלעים אל שביל ההליכה בו צועדת הכיתה. ההורים וצוות בית הספר מפנים בזריזות את הילדים משביל ההליכה אל עבר שביל צדדי בטוח.

הבה נשקול את חובותיו של א' לסייע בפניו הילדים השונים בטיול לשביל הצדדי. נניח לעת עתה כי כל הילדים זקוקים לסיוע זה במידה שווה.

על פי הקריאה שאני מציעה כאן לטיעון מהחובות המיוחדות, כאשר כל התנאים שווים, לצד חובתו של א' לסייע לבתו מוטלת עליו גם חובה כללית לסייע לשאר הילדים הזקוקים לעזרה. למשל לבתו של ב', או לבתו של ג'. אף שחלה עליו אמנם חובה לסייע לשתייהן, חובתו כלפי בתו של ב' - הנמצא בטיול, היא בעלת משקל נמוך יותר מחובתו לסייע לבתו של ג', אשר הוריה אינם בסביבה ואין מי שנושא בחובת סיוע מיוחדת כלפיה.

אולם הדברים כמובן מורכבים הרבה יותר, ונתונים שונים ישפיעו באופן שונה על מדרג חובות זה ועל האופן בו יש לפעול על בסיסו. כך למשל, חובתו של א' כלפי ילדים שהוריהם נמצאים בטיול אך ברור שאינם יסייעו להם, תהיה בוודאי שונה מחובתו כלפי ילדים שהוריהם המלווים מסייעים בפניו. בנוסף, מצב בו סיוע לילד אחד יהיה כרוך בפגיעה בילד אחר, עשוי לטרוף את הכללים ולשנות את האופן שבו מותר או ראוי למלא את חובות הדאגה השונות. ואכן, הנסיבות במגן אנושי דומות יותר למצב בו ההורים המלווים אינם מסייעים וסיוע לילד אחד כן כרוך בפגיעה באחר. אשוב לדון בנקודות אלה בהמשך, אך ראשית, להבהרת הרציונאל העומד בבסיס הטיעון, בשלב זה אניח כי כל ההורים המלווים מתפקדים, וכי אין ילדים הנפגעים כתוצאה מסיוע הורים לילדיהם.

שאלה נוספת שאשאיר בשלב זה מחוץ לדיון היא מהו היחס בין חובת ההורים המלווים לסייע לילדיהם לבין חובתם לסייע לילדים שהוריהם אינם בטיול. מה שרלוונטי בשלב זה לעניינו, הוא כי שתי חובות אלה (כלפי ילדיהם וכלפי ילדים ללא הורים מלווים), הן בעלות משקל גבוה יותר מחובתם לסייע לילדים שהוריהם נמצאים במקום ויכולים לסייע לילדיהם.

נשוב כעת למגן אנושי ולאזרח לכוד ונבחן כיצד חלוקה זו באה לידי ביטוי בדילמה שם.

הטענה הניצבת בבסיס הטיעון מהחובות המיוחדות כפי שאני מציעה לקרוא אותו כאן, היא כי גם במישור הלאומי חלה חלוקת חובות על בסיס אותו עקרון שהחלנו בטיול שנתי. למשל, בשעת מלחמה. בהתאם לחלוקה זו, כל צד מהצדדים למלחמה חב חובת דאגה מיוחדת לאנשי הצד שלו והיא קודמת לחובתו כלפי אנשי הצד השני (או השלישי אם קיים). יחד עם זאת, בנוסף לחובה מיוחדת זו של כל צד כלפי אנשיו, על כל הצדדים מוטלת חובה כללית לדאוג למי שאין מי שידאג לו.<sup>37</sup> גם כאן, חובה כללית זו משתנה בהתאם לנסיבות, ומשקלה משתנה ביחס אליהן.

אדגים:

כזכור, במגן אוושי, בעל החובה הישירה לדאגה לחייהם של אזרחי ב', הוא כוח ב'. זה אשר משתמש בהם כמגנים. הוא נמצא במקום האירוע וביכולתו להציל אותם, והוא זה שאליו יש לפנות בדרישה לכך. הנקודה המרכזית הרלבנטית לטיעון איננה מי נושא בחובה גדולה יותר כלפי אזרחי ב' – כוח א', או כוח ב', החובה של כוח ב' כלפי אזרחי ב' היא בוודאי בעלת משקל רב יותר מהחובה של כוח א' כלפיהם. הנקודה המשמעותית לדיון כאן היא ההשוואה בין חובתו של כוח א' כלפי אזרחי ב' במגן אוושי ובין חובתו של כוח א' כלפי אזרחי ב' באזרחי לכוז. מה שרלבנטי לטיעון מהחובות המיוחדות הוא, שהחובה של כוח א' לדאוג לחייהם של אזרחי ב' במגן אוושי, חלשה יותר משהייתה חובתו לדאוג לחייהם, אלמלא היה נוכח כוח ב' באזור. כלומר: היא חלשה יותר מחובתו של כוח א' כלפי אזרחי ב' באזרח לכוז. באזרח לכוז, אזרחי ב' נחשפים לסכנה כדרך מקרה,<sup>38</sup> וכוח ב' – בעל החובה המיוחדת לדאגה לחייהם, כלל אינו מעורב באירוע ואינו נמצא במקום. ממילא, אין ביכולתו לממש את חובתו כלפיהם ולסייע להם. לכן, החובה של כוח א' לדאוג לאותם אזרחים היא בעלת משקל רב יותר מחובתו במגן אוושי, שם נמצא כוח ב' במקום האירוע. זאת, כשם שחובת ההורים המלווים בטיול שנתי לדאוג לילדים שהוריהם נעדרים, היא בעלת משקל רב משהייתה לו הוריהם של אלה היו מצטרפים לטיול. חיילי כוח א' באזרח לכוז, כמו ההורים המלווים הנוכחים בטיול, הם היחידים אשר ביכולתם לסייע לאלה הנמצאים בסכנה, ומשכך, מוטלת עליהם החובה לעשות זאת.

עקרון זה מספק גם הסבר לאינטואיציה לפיה מקרים של מגנים אוושיים של צדדים שלישיים, כמו המגן השבדי, שונים ממקרים מסוג מגן אוושי מקובלים בהם האזרח המשמש מגן הוא אזרח מדינתו של זה אשר מסכן את חייו. בניגוד למגנים אוושיים הנחשפים לסיכון בידי בני עמם, במגנים אזרחי צד שלישי, בעל החובה המיוחדת כלפיהם, אינו נוכח. לכן, חובת הדאגה לחייהם המוטלת על החיילים הצפויים לפגוע בהם, היא בעלת משקל גבוה יותר.

הבה נסקור שוב בקצרה את ההשוואה בין מגן אוושי ואזרח לכוז, ונסכמה:

1. במגן אוושי כמו באזרח לכוז – מטרת כוח א' זהה: השמדת מנהרת הטרור.
2. במגן אוושי כמו באזרח לכוז – השגת המטרה כרוכה בפגיעה אגבית של מספר זהה של אזרחי ב' אשר מהווים אזרחים חפים מפשע.

<sup>37</sup> ניתן לייחס לחובות דאגה אלה מעיין חוזה היפותטי לא כתוב, ואפשר לפרשן גם בהיעדר קריאה חוזית שלהן, כייצוג של החלוקה הנכונה מוסרית. במאמר זה אניח כי חלוקה זו משקפת את החלוקה הנכונה והצודקת.

<sup>38</sup> הכוונה היא כי הם נמצאים באזור הסכנה בדרך מקרה ובכך נחשפים אליה. כמובן שכוח א' הוא זה שמהווה את מקור הסכנה לחייהם ולא יד המקרה.

3. בפגן אנושי כמו באזרח לכוד – הימנעות מהשמדת מנהרת הטרור, תוביל בסבירות גבוהה ביותר, לפגיעה באזרחי א'.

4. בפגן אנושי, כוח ב' הוא מי שחשף את אזרחי ב' לסיכון וביכולתו גם להגן עליהם מפני סיכון זה, ואילו באזרח לכוד, אזרחי ב' נמצאים באזור הסכנה במקרה, והם אינם יכולים להגן על עצמם מפני אותו סיכון. כוח ב' גם הוא אינו יכול להגן עליהם.<sup>39</sup>

נשקול כעת שתי דוגמאות נוספות שעשויות להיות מועילות בהבנת הגורמים המבחינים בין פגן אנושי ואזרח לכוד.

ראינו כי מה שמבחין בין שני המקרים הוא שבעוד שבאזרח לכוד, כוח א' הוא זה שחושף את אזרחי ב' לסכנה ואילו כוח ב' אינו מעורב בה וגם אין ביכולתו להגן על אזרחים אלה, בפגן אנושי, אזרחי ב' נחשפים לסכנה בידי כוח ב' עצמו אשר יכול גם לנטרל סכנה זו ולהגן על חייהם. מדובר אם כן בשני משתנים: 1. גרימת הסכנה 2. יכולת אפקטיבית למנוע את התממשותה.

כעת אבקש לבחון כל אחד ממשתנים אלו בנפרד ולהוסיף לדיון שני תרחישים נוספים. אחד בו האויב הוא זה שחושף את אזרחיו לסכנה (כמו בפגן אנושי), אולם משעה שעשה זאת, שוב אין ביכולתו להגן עליהם. ומקרה נוסף בו האויב אינו זה החושף את אזרחיו לסכנה (כמו באזרח לכוד), אך למרות זאת, ביכולתו להגן עליהם.

כך בדוגמאות הבאות:

#### פגן אנושי ללא אויב

כוח צבאי א' ממדינה א' (להלן, כוח א'), בדרכו להשמדת מנהרת טרור ממנה משוגרים טילים אל עבר מדינתו ומאיימים על אזרחיה (אזרחי א'). על מנת להגיע למנהרה עליו לעבור דרך מבנה מסוים. כשהוא מגיע לפתח המבנה הוא נתקל באזרח אליו מוצמד מטען נפץ שיתפוצץ אם ימשיך הכוח בדרכו.

#### אזרח לכוד ליד אויב

כוח צבאי א' ממדינה א' (להלן, כוח א'), בדרכו להשמדת מנהרת טרור ממנה משוגרים טילים אל עבר מדינתו ומאיימים על אזרחיה (אזרחי א'). בדרכו למנהרה הוא מבחין לפתע בקבוצת אזרחים ממדינה ב' (להלן, אזרחי ב') הנמצאת בשטח סמוך ואין ביכולתו להזהירם. השמדת המנהרה תגרור הדין, וכתוצאה ממנו צפויה פגיעה קטלנית גם באזרחים אלה. אולם, כוח ממדינה ב' (כוח ב') נמצא סמוך לאזרחים. הוא יודע על כוונת כוח א' להשמיד את המנהרה וביכולתו להזהיר את האזרחים ולסלקם מהאזור, אך הוא מסרב לעשות זאת.

בפגן אנושי ללא אויב, האויב מפר את כללי המלחמה ובוודאי שאינו נוהג על פי החובה המיוחדת המוטלת עליו להגן על אזרחיו. הוא משתמש באזרחיו כמגנים אנושים, מעמידם בסכנה ומנצל את העובדה שהצד שמנגד מציינת לכללים. כל זאת באופן דומה לפעולתו בפגן אנושי. אולם בניגוד

<sup>39</sup> שימו לב כי אינני מדברת כעת על הסיכון מרגע הירייה שהנושאים באחריות לו בו בשני המקרים הם החיילים הירורים, אלא לסיכון בהימצאותם של האזרחים במקום הקרב מלכתחילה.

לנסיבות בפגן אנושי, בפגן אנושי ללא אובי, היחידים שיכולים להציל את אותו אזרח ברגע הסכנה, הם כוח א'.

על פי הטיעונים מהאחריות המשותפת ומההדדיות, לא אמורה לחול הבחנה בין פגן אנושי ופגן אנושי ללא אובי. בשני המקרים חוסר ההדדיות שבשמירה על כללי המלחמה זהה, ובשניהם - האחריות לסכנה לחייהם של האזרחים המגנים נופלת על אותם מעורבים באופן זהה. לעומת זאת, על פי הטיעון מהחובות המיוחדות המתמקד ביכולתו של האויב לממש את חובתו להגן על אזרחיו, העובדה שברגע הפעולה האויב אינו נוכח ואין ביכולתו להגן על האזרח המשמש כמגן, היא בעלת משמעות נורמטיבית המעבירה את חובת ההגנה על אותו אזרח, לכוח א', ובכך שונים המקרים זה מזה.

עיקרון זה תומך בהבחנה המקובלת בין שני מושגים שונים של אחריות אשר נוטים לבלבל ביניהם: המושג הראשון מתייחס לשאלה - מי אחראי להיווצרותו של נזק או עוולה קיימת, ואילו המושג השני מתייחס לשאלה - באחריותו של מי לתקן את הנזק את העוולה. דיוויד מילר לדוגמה מבחין בין שני מושגים אלו כשהוא מכנה את המושג הראשון המציין את האחראי לתוצאה: *outcome responsibility*, ואילו את המושג השני המתאר את מי שנדרש לפצות על התוצאה, הוא מכנה: *Remedial Responsibility*.<sup>40</sup>

אף שפעמים רבות קיים קשר בין השניים, למשל כאשר מי שאחראי לנזק הוא גם זה הנושא באחריות לתיקונו, לעתים אין זה המקרה. כך לדוגמה, בנסיבות מסוימות המדינה נושאת באחריות לתקן נזק שלא היא אחראית להתרחשותו.

על פי הטיעון מהחובות המיוחדות, הטעם לחובה המופחתת של החיילים הנתקלים במגנים אנושיים (ביחס לחובתם כלפי האזרחים באזרח לכוד), איננו טמון בעובדה שהם אינם אחראים להיווצרות הסכנה, אלא בעובדה שהם אינם האחראים הטבעיים לסילוקה.

נדון כעת באזרח לכוד ליד אובי. בדוגמה זו, האויב (כוח ב') אמנם אינו זה החושף את אזרחיו לסכנה, אך ביכולתו להגן עליהם ועליו לעשות זאת בהתאם לחובה המיוחדת שהוא נושא כלפיהם. לכאורה, על פי הטיעון מהחובות המיוחדות, מקרה זה דומה לפגן אנושי, שכן בעל החובה המיוחדת הישירה לדאגה לחייהם של המגנים נמצא באזור האירוע וביכולתו לממש את חובתו כלפיהם. אולם מסקנה זו איננה מתיישבת עם האינטואיציה המבחינה בין שני התרחישים ורואה בחובתם של החיילים להימנע מפגיעה באזרח באזרח לכוד ליד אובי, חובה בעלת משקל גבוה יותר מחובת להימנע מפגיעה באזרחים בפגן אנושי. ואם אכן כך, נראה כי אחרי הכל, לא נוכחותו של בעל החובות המיוחדות במקום האירוע היא הגורם המכריע בדילמה העולה בפגן אנושי, כפי שהטיעון מהחובות המיוחדות מניח, אלא העובדה שהאויב הוא שחושף את המגנים לסכנה מלכתחילה. כפי שהטיעונים האחרים המקובלים מניחים.

<sup>40</sup> David Miller, *National Responsibility and Global Justice* (New York: Oxford University Press, 2007); ראו גם: Toni Erskine, "Assigning Responsibility to Institutional Moral Agents: The Case of States and 'Quasi-States'," in *Can Institutions Have Responsibilities? Collective Moral Agency and International Relations* Toni Erskine ed. (New York: Palgrave. Erskine, 2003).

דוגמא זו אכן מאתגרת את הטיעון מהחובות המיוחדות, אך אני סבורה שלא באופן שמביסו. ראשית, גם אם יש להעניק משקל משמעותי לשאלה מי חשף את המגנים לסיכון אין זאת אומרת כי זהו הנתון היחידי שיש לשקול. כפי שראינו במגן אנושי ללא אויב, יש מקום להבחין בין מקרים בהם האויב - בעל החובות המיוחדות כלפי אזרחיו, חושף את אזרחיו לסיכון וביכולתו לממש את חובתו כלפיהם ולהצילם, ובין מקרים בהם האויב חושף את אזרחיו לסיכון אך אינו יכול לממש את חובתו כלפיהם. בנוסף, יש לשאול האם החובה הראשית לדאגה לחייהם של אזרחי ב' באזרח לכוז ליד אויב, אמנם מוטלת על כוח ב' והם בעלי החובה המיידית להצילם. כלומר: לברר האם העובדה שכוח א' הוא האחראי היחידי לסכנה שנוצרה לחייהם של אזרחי ב', איננה בעלת משמעות כזו שהופכת אותנו להיות בעל החובה הישירה להגן עליהם (במקום את כוח ב')? מכוח ב' מצופה אמנם להצילם כאשר ביכולתו לעשות זאת, ובהימנעותו מעשות כן, הוא מפר את חובתו המיוחדת כלפיהם, אולם, קיומה של חובה מיוחדת אינה הופך אותה בהכרח לחובה הראשית. כאשר מישהו גונב מבני את ארוחת הערב שלו, מוטלת עלי חובה לדאוג שבני לא יהיה רעב ואף שלא אני זו שגרמה לחסרונו, עלי להאכילו. אולם, אם מי שגנב מבני את ארוחת הערב נוכח, חובתו לדאוג לבני לארוחת ערב, קודמת לחובתי לדאוג לכך. כלומר: הוא בעל החובה הראשית להאכיל את בני. מובן שאם יפר את חובתו, יהיה עלי לדאוג לבני, אך זוהי חובה שתחול עלי רק נוכח הפרה של בעל חובה אחר. באופן דומה, באזרח לכוז ליד אויב, החובה של כוח ב' להזהיר את אזרחי ב' חלה רק במקרה שכוח א' יפר את חובתו כלפיהם. כלומר, היא משנית לו. וכך, אף שהיא חלה עליו, בעל החובה הראשית לחייהם של האזרחים, הוא כוח א'.

אדגיש שוב - הקריאה שאני מציעה לטיעון מהחובות המיוחדות בהקשר למגנים אנושיים, אינה מבקשת לבסס הצדקה כללית לפגיעה באזרחים המושמים כמגנים. הטענה הנבחנת כאן היא כי שקילת החובה שלא לפגוע באזרחי ב' מול החובה המיוחדת להציל את חייהם של אזרחי א' במגן אנושי, שונה משקילת החובה שלא לפגוע באזרחי ב', מול החובה המיוחדת להציל את חייהם של אזרחי א', באזרח לכוז. כאמור, ההשוואה בין החובה שלא לפגוע והחובה להציל הינה השוואה מורכבת, בין היתר בשל ההבחנה בין סוגי החובות השונות. הבחנה זו הנשענת על ההבחנה המסורתית בין מעשה ומחדל, מעניקה ככלל משקל גבוה יותר לחובות שליליות (למשל: הימנעות מפגיעה) מאשר לחובות חיוביות (למשל: הצלה). ואולם, גם אם הרציונאל העומד בבסיס ההבחנה נכון ומעשים אכן חמורים ככלל ממחדליהם, קיימים מקרים בהם המשמעות המוסרית של ההבחנה נראית קטנה ביותר, אם בכלל קיימת.

כך למשל בצמד הדוגמאות שמציג ג'יימס רייצ'לס, בו במקרה אחד מבוגר מטביע תינוק באמבט מים, ואילו במקרה השני מבוגר צופה בתינוק טובע באמבט מים מבלי להצילו.<sup>41</sup> בשני המקרים מניעיו של המבוגר דומים והוא חפץ במותו של התינוק באותו אופן. רייצ'לס טוען כי קשה להצביע על הבחנה מוסרית של ממש בין הטבעתו של התינוק על ידי המבוגר, והתבוננות המבוגר בו טובע מבלי להצילו. בשני המקרים התנהגותו של המבוגר המעורב נתפסת כפסולה כמעט באותה מידה.

<sup>41</sup> James Rachels, "Active and Passive Euthanasia," *New England Journal of Medicine* 292 (1975).

זאת על אף שבמקרה האחד התינוק הוטבע על ידי המבוגר במעשה, ואילו במקרה השני מותו של התינוק יוחסה למבוגר השני על דרך המחדל.

ואם כך - אם יתכנו מקרים בהם אין כמעט משמעות מוסרית להבחנה בין מעשה ומחדל, יש מקום לברר האם אין זהו המצב גם במקרה עגן אושי שלפנינו, ולבחון האם הנסיבות המיוחדות המתקיימות ב עגן אושי, הן גם כאלה אשר לאורך ההבחנה בין החובה שלא לפגוע והחובה להציל אינה בעלת משקל מוסרי משמעותי גבוה מספיק, כדי להביס את טעמם של החיילים להציל את אזרחי מדינתם.

אציע כעת פרשנות אפשרית לתרחיש עגן אושי, אשר מצמצמת באופן ניכר את ההבחנה בין סוג החובות (לעניין מעשה ומחדל) החלה על חיילי כוח א'.

על מנת לבחון פרשנות זו, שקלו שוב את מקרה עגן אושי, אך הפעם שקלו אותו כחלק ממערכה שכבר החלה. כלומר: כאירוע המתקיים במהלך מלחמה המהווה קמפיין אחד מתמשך. במסגרת פרשנות כזו, ניתן לטשטש את ההבחנה בין החובה כלפי אזרחי א' והחובה כלפי אזרחי ב', בשני אופנים נגדיים:

על פי טענה אפשרית אחת, כאשר המלחמה כבר החלה והחיילים נתקלים במקרה מסוג עגן אושי, ניתן לטעון כי עצם ההימנעות מפגיעה באזרחים המגנים, עולה כדי מעשה. ואז, בהינתן שהיא גוררת פגיעה באזרחי א', הרי שהחיילים מאפשרים פגיעה באזרחים אלה (א') במעשה. אסביר: אם נחזור לפרטי עגן אושי, הנתון הרלוונטי כעת הוא כי המנהרה אותה מבקש כוח א' להשמיד, כבר פעילה. במקרה כזה הסכנה לאזרחי מדינה א' כבר קיימת והכוח בדרכו לנטרלה. הימנעות מפגיעה באזרחי ב' המובילה לביטול פעולת השמדת המנהרה, היא למעשה פניית פרסה המסכנת את האזרחים במדינה א'. מכיוון שהמערכה כבר החלה וחשוב מכך - הכח כבר בדרכו להשמדה הנדרשת לסיכול הפגיעה באזרחים, יש לראות בפניית פרסה זו כלומר, בהימנעות החיילים מהשמדת המנהרה מאפשרת את הפגיעה באזרחי א' - מעשה.

ניתן אמנם לטעון כי אי מייעה במעשה, אינה עולה תמיד כדי המעשה עצמו. הריגה עדיין נתפסת לרוב כשונה מאי מניעת מוות, גם אם אי המניעה כרוך במעשה. כך למשל, ניתוק ממכשירי החיאה - אף שכרוך בפעולה - נתפס על פי רוב כ letting die ולא כ killing. אך גם אם תפיסה זו נכונה, אין בהכרח פירושה כי הפעולה המעורבת איננה משנה כלל למעמד המוסרי. ואז, כאשר משווים בין שתי חלופות אשר בשתיהן מעורבים מעשים הגורמים לפגיעה, גם כאשר קיימת הבחנה מושגית בין השתיים, ההבחנה המוסרית ביניהן, כך אני מבקשת לטעון, מטשטשת מאוד.<sup>42</sup>

לפי טענה זו אם כן, במגן אושי כוח א' ניצב בפני בחירה בין האפשרויות הבאות: מעשה המוביל לפגיעה באזרחי מדינתו, או מעשה הפוגע באזרחי האויב. טענתי היא כי במקרה כזה, ההבחנה בין אופן הפגיעה היא בעלת משמעות מוסרית קטנה וספק אם משקלה גבוה מספיק בכדי להביס את טעם החיילים לממש את חובותיהם המיוחדות כלפי אזרחי מדינתם.

<sup>42</sup> קיימים אמנם כאלה הטוענים כי תפיסת המלחמה כקמפיין מתמשך מנוגדת לעקרונות מוסר בסיסיים. אני כעת תזה לפיה ניתן לקבל תפיסה כזו.

על פי טענה אפשרית אחרת, כאשר בוחנים את מקרה פגן אנושי כחלק ממערכה מתמשכת, ניתן לראות את הפגיעה באזרחים המשמשים מגנים (אזרחי ב') כהימנעות מהצלה הדומה להימנעות מהצלת אזרחי א', ובכך שוב לטשטש או לבטל את ההבחנה בין החובה להגן והחובה להימנע מפגיעה.

שקלו את הדוגמא הבאה:

צד א' עומד להפציץ מחסן תחמושת שהפצצתו חיונית לניצחוננו במלחמה. מטוסיו באוויר והוא משגר את הפצצה. בידי הטייס אפשרות להסיט את הפצצה למוקד אחר גם לאחר שיגורה. מיד עם שיגור הפצצה, מציב האויב אזרחים בסמוך למחסן התחמושת באופן שלא ניתן לפגוע במחסן מבלי לפגוע בהם.

האם על הטייס ומפקדיו לוותר כעת על ההתקפה ולהסיט את הפצצה על מנת להימנע מפגיעה במגנים האנושיים? אם לא יסיט את הפצצה, האם לא יהיה מדובר במקרה של אי מניעת פגיעה, כאשר הפגיעה עצמה תהיה מיוחסת למי שהעמידם במכוון במקום הסכנה? אם נשוב לתמונת המלחמה המלאה – על פי טענה זו, כך בעצם נוהג האויב גם בתרחיש הסטנדרטי של פגן אנושי. רגע לאחר שהמלחמה מתחילה, הוא מציב את אזרחיו כמגנים אנושיים ואז מאלץ את הצד השני לשנות את תכנית פעולתו על מנת למנוע את הפגיעה בהם. הצבת המגנים בפגן אנושי, אינה שונה מהותית מהצבת האזרחים בסמוך למחסן התחמושת, ובהתאם לכך – הימנעות משינוי התכנית והריגת כוח ב' (ומגניו), אינה שונה מהותית מאי הסטת הפצצה והפצצת מחסן התחמושת (והאזרחים שהוצבו בסמוך אליו לאחר שיגור הפצצה). על פי פרשנות זו, הכדור הקטלני נורה אמנם מנשקו של כוח א', אך לא ברור מדוע יש להניח כי עובדה זו לבדה היא בעלת משמעות מוסרית כל כך גבוהה בעלת השלכות נורמטיביות כה חמורות.

אלה המבקשים להקביל בין פגן אנושי ומקרים של החזקת בני ערובה, טוענים למעשה טענה דומה. לפי טענתם, בשני המקרים מי שמסכן את האזרחים הוא זה המחזיק בהם – כמגנים, או כבני ערובה, ובשני המקרים הצד השני אינו מעוניין במותם של אזרחים אלה והעובדה שהוא שותף לפגיעה בהם נכפית עליו.

למשל כך:

### בן ערובה

מחבל מחזיק אזרח בחדר ומכוון אקדח לראשו. כאשר כוח החילוץ מנסה לפרוץ לחדר, הוא מאיים להרוג את האזרח אם הכוח יתקדם. הכוח נכנס לחדר, והמחבל הורג את האזרח.

### פגן אנושי 1

מחבל חוסם את דרכו של כוח חילוץ ומחזיק עמו אזרח כמגן אנושי. הוא מאיים לא להזיז את האזרח אם כוח החילוץ יירה לעברו. כוח החילוץ יורה והאזרח מת.

אכן, בין המקרים לא מתקיימת שקילות או זהות. בבו ערוכה המחבל הוא זה שיורה, ובמגן אנושי 1, כוח החילוץ הוא זה שיורה. אך השאלה שיש לשאול היא, האם הבחנה זו אמנם בעלת משמעות מוסרית חזקה כל כך, עד שעל בסיסה אופן הפעולה הראוי בכל אחד מהמקרים שונה מהותית.<sup>43</sup>

חשבו על דוגמא נוספת: כוח חיילים בדרכו להשמדת מנהרת טרור. לפתע נתקל הכוח באויב החוסם את דרכם למנהרה כשהוא מחזיק באזרח כמגן אנושי. ברשות החיילים נשק בעל מנגנון השהייה מיוחד המאפשר להם להשהות את נזק הפגיעה גם לאחר שהכדור נורה, כך שביכולתם של החיילים לירות לעבר האזרח באופן המותיר להם מספיק זמן לאחר הפגיעה לטפל בו. הניחו לצורך הדיון, כי הטיפול שיתאפשר יהיה כזה שאחריו לא יוותר לאזרח כל נזק. החיילים מכוונים את הירי לעבר האויב ופוגעים גם באזרח המגן. הם ממהרים לנסות להגיש לאזרח הפגוע עזרה, אך האויב מונע מהם לגשת אליו ולהצילו (הניחו כי חלק מהאויב נפגע בפעולה וחלקו האחר והוא זה שמונע כעת את הטיפול באזרח).

האם לא ניתן במקרה זה לטעון כי החיילים אינם הורגים את האזרח, אלא הם אינם פוגעים את מותו?

לכאורה, ניתן היה לתאר באופן דומה גם את המקרה הקלאסי של מגן אנושי. בתרחיש הרגיל, כאשר החיילים יורים לעבר האויב המחזיק לפניו אזרח מגן, ניתן היה לייחס להם את ההנחה הסבירה שהאויב יזיז ברגע האחרון את האזרח וימנע את הפגיעה בו. כך בני אדם נורמטיביים נוהגים כלפי אלה הקרובים אליהם, ובעיקר כלפי מי שיש להם חובת הגנה כלפיו. לכאורה טבעי מצד החיילים להניח שזוהי תהיה גם ברירת המחדל עבור האויב.

אולם, תיאור זה כמובן מטעה. לרוב, החיילים יודעים שהאויב לא נוהג לממש את חובת ההגנה שלו ושהוא מניח למגניו למות. זאת במיוחד במקרים בהם אחת המטרות אותן הוא מנסה להשיג על ידי שימוש במגן האנושי, היא גיוס דעת קהל או הפעלת לחצים בינלאומיים על הצד שמנגד. לפיכך, ובהתבסס על מידע שיש ברשות החיילים לגבי מקרים דומים בעבר, טבעי יותר שיצפו כי כך ינהג האויב גם הפעם, ולא יניחו כי ברגע האחרון יסלק את המגן ממקום הסכנה.

אם נחזור לדוגמת מנגנון ההשהיה, כעת יש לשאול: בהינתן שהחיילים יודעים שלא תתאפשר להם דרך להגיש עזרה, מה ערך העובדה שהיו עושים זאת לו היו יכולים? בפועל, מדובר בעוד מקרה שבו פעולתם גוררת בהכרח פגיעה בחפים מפשע, וככזו עליהם להתייחס אליה. כאמור, במגן אנושי חיילי כוח א' יודעים כי כוח ב' לא יזיז את האזרחים המגנים (אזרחי ב'), וכי בניגוד למה שאפשר היה לצפות, הוא יאפשר את הפגיעה בהם. כיצד אם כן העובדה שבני אדם מוסריים היו נוהגים באופן שונה משפיעה על האופן שבו על כוח א' לנהוג? מדוע העובדה שמי שמוטלת עליו החובה לדאוג לאזרחים המשמשים מגנים, נמצא במקום האירוע וביכולתו להצילם, צריכה לשנות במשהו את חובת החיילים שלא לפגוע באותם אזרחים, אם ידוע לחיילים שאותו בעל חובה לא ימלא את חובתו

<sup>43</sup> כמו שמציג את השאלה דני סטטמן (לעיל, הערה 16) עמוד 69:

" After all, how much moral weight can be assigned to the fact that in one case, the aggressor intends to kill the child hostage by holding her in the line of fire, while, in the other, he intends to do so by using his own gun?"



כלפיהם ויאפשר את מותם? העובדה שבנסיבות אחרות, ניתן היה לבצע את הפעולה גם ללא הפגיעה הצפויה, איננה מעלה ואיננה מורידה מלגיטימיות הפעולה שלגביה ידוע שאותה פגיעה צפויה להתרחש. מה שיש להביא בחשבון הוא מה שהחיילים צופים שיקרה ולא מה שראוי שיקרה.

השאלה האם יש להביא בחשבון את חובת האויב כלפי אזרחיו במקרה מסוג מגן אוושי, קשורה בסוגיה פילוסופית רחבה יותר הדנה בשאלה כיצד יש לקחת בחשבון הפרות צפויות של אחרים. הדיון בסוגיה זו מבקש לברר האם כאשר אני שוקלת כיצד עלי לפעול בסיטואציה בה מעורב אדם נוסף אשר התנהגותו עשויה להשפיע על תוצאות פעולתי, עלי לפעול בהתאם לאופן בו צפוי שאותו אדם ינהג, או בהתאם לאופן בו ראוי שאותו אדם ינהג.

אינטואיטיבית, נראה כי מה שיש להביא בחשבון הוא מה שצפוי שיקרה בפועל. כלומר: עלי לפעול בהתאם לאופן שבו אני צופה שאותו אדם ינהג, גם אם ראוי שינהג אחרת. המציאות הרלוונטית במקרים אלה, היא זו האקטואלית ולא זו ההיפותטית.<sup>44</sup>

שקלו למשל את הדוגמא הבאה המבוססת על דוגמא המובאת אצל דוד אנוך:<sup>45</sup>

אני נמצאת במתחם ובו בריכה ובה מציל. בזמן שאני צופה באנשים השונים שוחים, אני שמה לב לאדם העומד לטבוע, אך יודעת שאם אקפוץ להצילו הדבר יגבה ממני מחיר שאינו גבוה במיוחד אך גם אינו זניח (נניח שזה עתה ידי גובסה ומגע עם מים ישחית את הגבס, והשבר בידי יחמיר כתוצאה מכך). אני מכירה היטב את הבריכה ואת המציל ויודעת שמדובר במציל רשולן אשר באופן קבוע אינו ממלא את חובתו. אני צופה לכן, שגם הפעם לא יקפוץ להציל את האדם הטבוע, למרות שאין לכך טעם מוצדק.

האם עלי לקפוץ להציל את האדם הטבוע?

התשובה לשאלה זו נראית ברורה: בהינתן הפרטים הידועים לי, עלי להציל את האדם מטביעה, גם במחיר הריסת הגבס והחמרת השבר. כאמור, מה שרלוונטי לשאלה כיצד עלי לפעול, הוא מה אני

---

<sup>44</sup> אולם מנגד עולה טענה כי פעולה המסתמכת על הפרה של חובות בידי אחרים עלולה להיות בעייתית מבחינה מוסרית. כך למשל נטען בדיון סביב הזכות לסרבנות מצפון. אחת הביקורות המושמעות נגד סרבנות כזו היא כי על פי עקרון האוניברסליות של קאנט, אם אני סבורה שסרבנות היא הפעולה הנכונה מוסרית, עלי לקבל כי על כולם לסרב. אולם מצב בו כולם מסרבים עשוי להיות מצב בעייתי. לפיכך - סרבנותי למעשה תלויה בכך שאחרים יפרו את חובתם המוסרית, ולכן, על פי הביקורת, היא פסולה. ביקורת זו מוזכרת אצל דוד אנוך כך:

"The intuitive thought underlying this challenge from universalizability runs as follows: If I think I morally ought to refuse (to enlist, or to serve in the occupied territories, or something of this sort), then by universalizability I must accept that everyone ought to refuse. But if everyone refuses, horrible results are sure to follow (there will be no one protecting innocent Israeli civilians from terrorism, and so on). So I cannot reasonably accept that everyone ought to refuse. So - on pain of a violation of universalizability - I cannot really think that I ought to refuse."

בהמשך מתנגד אנוך לטענה זו וטוען כי הטענה שמדובר בעקרון כללי לפיו תמיד פסול לנהוג באופן מסוים תוך הסתמכות על כך שאנשים לא ינהגו באופן דומה או על כך שיפרו את הדרשה שאני לא מוכנה להפר, היא טענה שקרית. מה שיש להביא בחשבון לטענתו, הוא את הנסיבות הצפויות להתקיים בכל סיטואציה באופן נפרד. ולכן, לעניין סרבנות, בהינתן שאנו יודעים היטב שהרוב הגדול ימשיכו לשרת, אין טעם לחשוב שסרבנות המתבססת על ידיעה זו היא בעייתית מבחינה מוסרית. David Enoch, "Some Arguments against Conscientious Objection and Civil Disobedience Refuted," *Israel Law Review* 36 (2002) p. 245.

<sup>45</sup> ראו אצל אנוך:

"...For instance, if you are a decent-but-not-great swimmer, and you are standing near a swimming pool, and a child is drowning, you are presumably required to jump in and save him (I'm assuming, for simplicity, that you can do that without a serious risk to yourself). If, however, there's a lifeguard on duty, perhaps you're no longer required to jump. But if you know that the lifeguard will not jump (thereby violating her duty to jump in), you are again required to jump and save. The fact that the lifeguard won't jump becomes an important piece of the circumstances triggering your duty to jump, of course. But the fact that she ought (and so, that her failure to do so is a violation) is just neither here nor there". David Enoch, (Draft) "Ideal Theory, Utopianism, and What's the Question (in Political Philosophy)".@@@

Liam Murphy, *Moral Demands in Nonideal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2000); Victor Tadros, "Permissibility in a world of wrongdoing," *Philosophy and Public Affairs* 44 (2) (2016).

צופה שיקרה, ולא מה ראוי שיקרה. אני יודעת שאם לא אקפוץ לבריכה האיש יטבע, ולכן, עלי למנוע זאת אם ביכולתי להצילו. העובדה שיש מציל בקרבת מקום שביכולתו להציל את אותו אדם מבלי שאיש ישלם על כך מחיר, מלמדת על חובתו של אותו מציל אכן להצילו, אך היא איננה פוטרת אותי מחובתי להציל את אותו אדם הטובע, אם אני יודעת שהמציל יפר את חובתו ולא יעשה זאת.

מסקנה זו אכן אינטואיטיבית ונדמה כי קשה לחלוק עליה. העובדה שעל המציל מוטלת חובת הצלה לכאורה איננה רלוונטית למעמד החובה שלי להציל את מי שאני יודעת שאם לא אקפוץ להצילו – ימות. במידה ולא אציל את אותו אדם, לא אוכל לטעון כי סמכתי על המציל שיעשה זאת ולא אוכל להצביע על טעם ראוי שיצדיק את הימנעותי מהצלתו. כאמור, צפיתי שהמציל לא ינהג על פי חובתו והנחתי שאם לא אקפוץ אני להצילו, אותו אדם ככל הנראה יטבע.

אם כך, על פי עקרון זה, הרי שגם במגן אוושי העובדה שעל כוח ב' מוטלת חובת דאגה לאזרחי ב' ושעליו לסלקם ממקום הסכנה ולמנוע את פגיעתם, איננה רלוונטית למעמד החובה של כוח א' להימנע בעצמו מפגיעה בהם. כוח א' צופה כאמור שכוח ב' לא יגן על אזרחיו אלא יאפשר את הפגיעה בהם, וזה הנתון שעליו להביא בחשבון. כשם שבדוגמה על אודות המציל, חובת המציל איננה פוטרת אותי מחובתי להציל את האדם הטובע אם אני צופה שהמציל יפר את חובתו, כך במגן אוושי, חובתם של כוח ב' לסלק את אזרחי ב' ממקום הסכנה, אינה פוטרת את כוח א' מחובתו שלא לפגוע בהם, אם צפוי שכוח ב' יפרו את חובתם וישאירו אותם באזור הסכנה.

אולם השאלה שיש לשאול גם כאן היא האם אמנם מדובר בעקרון כללי, או שיתכן מקרה אשר בנסיבות המתקיימות בו מה שיהיה עלינו להביא בחשבון, הוא דווקא מה שראוי שיקרה ולא את מה שאנו צופים שיקרה. ובנוסף יש לשאול, האם גם בהנחה שדוגמת המציל אכן מעידה על הכלל, חובתו המקורית של המציל כלפי הרוחצים בבריכה שבאחריותו, לגמרי חסרת משקל, או שהיא בכל זאת בעלת משקל מסוים, אך כזה הנמוך ממשקל חובתי להציל את האדם הטובע.

נחשוב שוב על הנסיבות הנתונות בדוגמת המציל. כזכור, בדוגמה זו, המחיר שעלי לשלם על מנת להציל את חיי האדם הטובע, אינו גבוה במיוחד. לפיכך, הטעם לקפוץ להציל את האדם הטובע, חזק בהרבה מהטעם שלא לעשות זאת (החמרת השבר בידיו). לכן, העובדה שעל המציל מוטלת חובת הצלה, היא כמעט חסרת משמעות. יש לי טעם טוב להציל את האדם הטובע וטעם הרבה פחות חזק לא להצילו, משכך, נראה ברור כי עלי להצילו. אולם, לא תמיד זהו המצב. לעיתים הטעם לעשות מעשה מסוים שקול לטעם שלא לעשותו, או לעשות במקומו מעשה אחר. במקרים כאלה קיומו של גורם שלישי שעליו מוטלת חובה לעשות את אותו המעשה, יכולה להטות את הכף ולהוות טעם שובר שוויון לטובת ההחלטה שלא לעשותו. זאת מתוך מחשבה ראשונית שהפעולה תעשה על ידי אותו בעל החובה, גם אם ברגע המכריע מתברר כי היא לא תעשה. חשבו למשל שוב על דוגמת המציל, אך הניחו כעת כי אני נמצאת בסביבת שתי בריכות כאשר רק באחת מהן נמצא מציל משגיח. אני מוטרדת מהעובדה שבבריכה נטולת המציל שוחים ילדים ומחליטה להשגיח על השוחים בה בעצמי. לפתע אני מבחינה בשני ילדים טובעים בו זמנית. ילד אחד טובע בבריכה בה נמצא המציל, והילד האחר טובע בבריכה נטולת המציל בה אני משגיחה כאמור על השוחים מיוזמתי. אני

מחפשת את המציל האחראי הנמצא בבריכה השנייה, אך רואה שדעתו מוסחת וצופה שהוא לא יספיק לזנק לעבר הילד הטובע בבריכה שבאחריותו.<sup>46</sup>

האם במקרה כזה עלי לבחור רנדומאלית לאיזו בריכה לקפוץ ואיזה ילד מבין השניים להציל? האם מנקודת המבט שלי, אין כלל הבחנה בין טעמי להציל כל אחד מהילדים? אם אמנם כל שעלי להביא בחשבון הוא את האופן בו צפוי המציל לנהוג, נראה כי אין הבדל בין חובתי להציל את הילד הטובע בבריכה בה אני משגיחה, ובין חובתי להציל את הילד הטובע בבריכה השנייה. אך האם אמנם כך?

כאמור, שאלה זו קשורה בשאלה הכללית האם עצם קיומה של חובה בידי צד אחר – אף שידוע שתופר – משנה נורמטיבית את חובתם של צדדים אחרים. אולם, אבקש כעת לבחון האם גם אם לא ניתן לבסס את הטענה לפיה עצם קיומה של החובה משנה נורמטיבית, ניתן למצוא טעמים אינסטרומנטליים לכך.

חשבו שוב על דוגמת שתי הבריכות, והניחו כי ההחלטה שקבלתי להשגיח על הבריכה השנייה, התבססה בין היתר על הידיעה כי בבריכה האחרת מצוי מציל, ועל ההנחה כי במקרה הצורך, הוא יציל את הילדים השוחים בבריכה עליה הוא מופקד. משכך, להחלטה שלי להשגיח בעצמי על השוחים עשויות היו להיות השלכות רלוונטיות לדין. למשל, יתכן שחלק מההורים הבחינו בנוכחותי סמוך לבריכה וסמכו עלי שאשגיח על הילדים השוחים בה. אף שלא התחייבתי בפניהם בשום שלב שאכן אשגיח על ילדיהם, לא מובן מאליו שעובדות אלה חסרות כל משקל.

גם אם אין זה ברור שעלי להישאר בבריכה שנטלתי על עצמי את ההשגחה על השוחים בה, באותה מידה, אין זה ברור לדעתי, כי עלי להטיל מטבע על מנת להכריע לאיזו בריכה לקפוץ. העובדה שבבריכה השנייה קיים מציל אשר מוטלת עליו החובה להציל את הילד הטובע, והעובדה שעל בסיס הנחה זו קבלתי החלטות היכולות להיות בעלות השלכות רלוונטיות, עשויות להטות את הכף לטובת הישארותי בבריכה האחרת. ואם כך, דוגמא זו ממחישה כי לא תמיד עלינו להניע את פעולותינו בהתבסס על האופן שבו אנו צופים שיתנהלו הדברים בלבד, וכי לעיתים, לאופן שבו ראוי שיתנהלו, יכול להיות משקל מכריע.

נברר כעת כיצד יש לראות את הפרתה הצפויה של החובה המוטלת על כוח ב' במגן אנושי, ולנסות לברר אילו מהמקרים מעלה מייצגים מקרה זה באופן הקרוב ביותר. כלומר: להשוות את הנסיבות המתקיימות במגן אנושי, עם אלו המתקיימות בכל אחת מהדוגמאות. על מנת להכריע איזה מן המקרים קרוב יותר, ראשית יש לזהות מה מבין הנסיבות המבחינות בין מקרים אלה, היא שהופכת את קיומה של החובה באחד מהם, אך לא בשני, לבעלת משקל. לשם כך נחזור לנקודות העיקריות בשתי מהדוגמאות:

בדוגמת המציל המקורית, הדגשנו כי המחיר שהיה עלי לשלם על מנת להציל את האדם הטובע, היה מחיר זניח יחסית, ושלמעשה, כלל לא היתה אמורה להתעורר דילמה. הטעם להציל את האדם הטובע היה חזק בהרבה מהטעם שלא להציל אותו, ומשקלה של עובדת קיומה של חובת הצלה על

<sup>46</sup>הניחו לצורך הדיון שאני צופה בוודאות מוחלטת שהמציל לא יתפקד. כך שאין זה מצב בו בעוד שאינני בטוחה שהמציל לא יקפוץ להציל את הילד, אני יודעת בוודאות שאם אעזוב את הבריכה שאני משגיחה עליה, יטבע הילד האחר הנמצא בה.

המציל – גם לו היה נלקח בחשבון – לא היה מכריע את המשוואה. לכן הסקנו, עלי לנהוג אך ורק על פי האופן שבו אני צופה שינהג המציל, כלומר: להביא בחשבון כי הוא צפוי להפר את חובתו להציל את אותו אדם, ולנסות להצילו בעצמי.

בדוגמת שתי הבריכות לעומת זאת, המחיר שבהצלת הילד הטובע בבריכה עליה היה מופקד המציל המתרשל, היה טביעתו של הילד בבריכה האחרת. הטעמים לטובת כל אחת מאפשרויות במקרה זה היו כאמור חזקים במידה דומה והאיזון ביניהם לא סיפק תשובה מובהקת, וכך נוצרה הדילמה. במצב כזה טענתי, יתכן שקיומה של החובה בצד אחד, מהווה טעם שובר שוויון במשוואה בין הטעם לקפוץ להציל את הילד בבריכה האחת – עליה אני מופקדת, ובין הטעם להציל את הילד הטובע בבריכה השנייה – עליה מופקד המציל ועליו מוטלת החובה להציל את הטובעים בה. למשל במקרים בהם הידיעה על קיומה של חובה כזו, משפיעה על קבלת החלטות באופן בעל השלכות על הנסיבות שהתהוו. לדוגמא במקרה בו הימצאותו של המציל וחובת ההצלה המוטלת עליו בבריכה האחת, היא זו שגרמה לי להשגיח על הבריכה השנייה, וכתוצאה מכך, להורים לסמוך על נוכחותי בה.

נחזור כעת אם כן למגן אנושי:

כזכור, בנסיבות שאנו שוקלים במגן אנושי, הימנעות כוח א' מפגיעה באזרחי ב', משמעותה אי מניעת פגיעה באזרחי א'. גם אם פגיעה חמורה מאי מניעת פגיעה, הרי שלא מדובר במחיר זניח, כזה שכלל לא מעורר את הדילמה כמו בדוגמת המציל המקורית. לכן, בשונה מדוגמת המציל, במגן אנושי, כוח א' כן ניצב בפני דילמה, ושאלת משקל החובה המיוחדת המוטלת על כח ב' כן עולה בנסיבותיו. לפיכך, דוגמת המציל המקורית אינה נראית כדוגמה המייצגת באופן מיטבי את המקרה שלפנינו ושעל בסיסה נכון יהיה להסיק מסקנות ביחס אליו.

בדוגמת שתי הבריכות לעומת זאת, מחיר הצלת הילד הטובע בבריכת המציל, היה טביעתו של הילד בבריכה השנייה. זהו כמובן מחיר גבוה ובשל כך התעוררה הדילמה. מבחינה זו דוגמת שתי הבריכות קרובה למגן אנושי ונסיבותיה דומות לנסיבותיו יותר מאשר דוגמת המציל. אך מה שעוד היה רלוונטי למשקל החובה הצפויה להיות מופרת בדוגמא זו, היה העובדה שקיומה של אותה חובה היה בעל השלכות על אופן התנהלותי והוא שהביא אותי להחלטה להשגיח בבריכה השנייה, ואת ההורים לסמוך על השגחתי בה. האם ניתן לומר כי באופן דומה, קיומה של חובת הדאגה של כוח ב' כלפי אזרחי ב' השפיעה על התנהלותו של כוח א' באופן בעל השלכות רלוונטיות במגן אנושי? קשה להשיב לשאלה זו מבלי להיכנס לבחינה אמפירית פרטנית של תרחישים שונים מסוג בהם נעשה שימוש במגנים אנושיים, ולשאלות על אודות תכנון מערכות המלחמה ומבצעה. יתכן בהחלט כי במקרים שונים תתקבלנה תשובות שונות. אולם אני סבורה כי מעבר להשלכות קונקרטיים מידיות, ההנחה שכל צד דואג לאזרחיו, היא הנחת מוצא מקובלת, והיא ההנחה המונחת בבסיס ההתנהלות המדינית באופן רגיל, וכן בזמן מלחמה. מדינות נערכות למלחמה בהתבסס על חובותיהן כלפי אזרחיהן ומתוך הנחה כי כך יעשה גם האויב. שלטון שאינו רואה לנגד את עיניו את טובת אזרחיו ושמנתער מחובותיו כלפיהם, נתפס כשלטון שאינו לגיטימי ובמקרים קיצוניים – ככזה שיש לשאוף להחלפתו. אף שבאופן רשמי חוקי הדין הבינלאומי חלים על משטר כזה ועל אופן

הלחימה מולו בדומה ללחימה מול שלטון רגיל, בפועל, סכסוכים כאלה נערכת בכלים שונים ותחת נקודות מוצא שונות, ולא רק על פי מערכת הכללים המקובלת. עניין זה מטופל באינטנסיביות תחת דיונים על אודות מלחמות אסימטריות. כאמור, שימוש במגנים אנושיים מאפיין פעמים רבות סכסוכים ממין זה והדיון בו צריך שיעשה בכפוף למגבלותיהם של אלה. אולם ככלל אני סבורה כי כאשר האויב מהווה שלטון המוכר כשלטון לגיטימי המקיים קשר הדוק מספיק עם האוכלוסייה, כזה שאין לשקול התערבות בינלאומית בניהולו ואשר מקובל באופן עקרוני על אזרחיו, יש לראות בסכסוך מולו סכסוך רגיל בין שתי מדינות. במקרה כזה, מותר יהיה לצד השני לנהוג על פי החזקה כי מדובר בשלטון תקין הממלא את חובותיו לאזרחיו. זאת גם כאשר ברגע הפעולה, ידוע שיפר את חובות אלה, ואף שתפיסה זו נוגדת את האינטואיציה לפיה לא די בכך שהשלטון מתנכר לחובותיו כלפי אזרחיו, חסינותם מפני פגיעה על ידי האויב, נפגעת גם היא. ארחיב על נקודה זו בהמשך, תחת סעיף הביקורות. מאידך, כאשר לא מתקיים קשר בסיסי כזה בין השלטון לאזרחיו והוא נתפס כמנותק מהאוכלוסייה האזרחית, נשקול סיטואציות של שימוש במגנים אנושיים כמגנים אנושיים של צדדים שלישיים.

אם כך, בהינתן המחיר הכרוך בהימנעות מפגיעה באזרחי ב', וכאשר אנו מניחים כי חובתו של כוח ב' כלפי אזרחים אלה היא בעלת השלכות רלוונטיות, נראה כי מבין שתי הדוגמאות, הדוגמה המייצגת טוב יותר את פגן אנושי, היא דוגמת שתי הבריכות. בדוגמה זו כזכור, קיומה של החובה המוטלת על המציל הייתה בעלת משקל בשאלה כיצד עלי לפעול, ואף שלא הכרענו בשאלה מהו בדיוק משקלה, קבענו כי הוא לא נעלם מהמשוואה וכי יש להביאו בחשבון.

כזכור, נדרשנו למסקנה זו היות שעל פי הטיעון מהחובות המיוחדות מה שמבחין בין פגן אנושי ואזרח לכוח, הוא העובדה שבפגן אנושי בעל החובה כלפי האזרחים המושמים כמגן (כוח ב'), נמצא במקום, ומשכך, החובה המוטלת על כוח א' הנתקל במגנים אלה, היא בעלת משקל נמוך יותר מזו שהייתה אלמלא נוכחותו במקום. אולם, העובדה שהפרתה של החובה המיוחדת בידי כוח ב' הייתה צפויה לכוח א', הטילה ספק במשמעות שניתן לייחס לקיומה של אותה חובה. שכן באופן אינטואיטיבי, עלתה השאלה מה ערך קיומה של חובה, אם ידוע שזו תופר. אולם, משעה שראינו כי לעתים גם כאשר ידוע שחובה קיימת תופר, עדיין יש להעניק משקל מסוים לטעמים אינסטרומנטליים הנובעים מעצם קיומה של החובה וזו עשויה להיות טעם שובר שוויון, ניתן לטעון כי גם בהינתן שכוח א' צופה שכוח ב' יפר את חובתו כלפי אזרחיו, אין משמעות הדבר כי חובתו של כוח ב' חסרת משקל לגמרי בשאלה כיצד עלי לפעול. בהינתן שכמו בדוגמת שתי הבריכות, גם בפגן אנושי קיימים טעמים בעלי משקל קרוב לטובת כל אחת מהאפשרויות (השלמת נטרול מנהרת הטרור או חדילה ונצירת הנשק), קיומה של החובה המיוחדת המוטלת על כוח ב', עשויה להיות הטעם המטה את הכף לטובת נטרול המנהרה.

נסכם עד כה:

מספר טיעונים הועלו על מנת לתמוך באינטואיציה לפיה במקרים בהם האויב משתמש באזרחיו כמגנים אנושיים, מותר לצד השני לנהוג באופן שונה מזה המותר לו במקרים אחרים, בהם צפויה פגיעה בחפים מפשע שלא מעורבת בה מניפולציה מכוונת מצד האויב. שני הטיעונים המרכזיים

שהצגתי במאמר זה, התמקדו בהעברת האחריות לפגיעה באזרחים המגנים, מהחיילים, אל האויב המסכן את חייהם, ובמשמעות ההדדיות בשמירה על כללי המלחמה. טענתי כי שני טיעונים אלה נתקלים בקשיים משמעותיים, היות שהחובה להימנע מפגיעה בחפים מפשע, היא חובה דיאונטולוגית שאינה תלויה בהדדיות, ומכיוון שהעובדה שקיימים אחראים נוספים לפגיעה בחפים מפשע אינה מסירה לכשעצמה את האחריות מהשותפים הנוספים לפגיעה. הצעתי לכן קריאה נוספת לטיעון מהחובות המיוחדות, ולפיה, הטעם העיקרי הרלוונטי להבחנה הנורמטיבית בין המקרים, נעוץ בכך שרק במגן אוושי האויב הוא בעל החובה המיוחדת והישירה לדאגה לחיי האזרחים בסכנה, והוא מעורב ונמצא במקום וביכולתו למנוע את הפגיעה בהם. טענתי כי בדומה לעקרון הכללי, גם במלחמה, ההנחה שכל צד דואג לקרובים אליו היא בעלת השלכות נורמטיביות, ויש להביא בחשבון כאשר מתעוררת דילמה בין חובות מיוחדות כלפי קרובים, וחובות כלליות כלפי אחרים. כמו למשל בדילמה הניצבת בפני כוח א' במגן אוושי, בין חובתו להגן על אזרחי מדינתם וחובתו להימנע מפגיעה באזרחי האויב. לכן, הסקתי, על אף שצפוי שהאויב במגן אוושי (כוח ב') יפר את חובתו כלפי אזרחיו המשמשים מגנים ולא ימנע מהם את הפגיעה כפי שראוי שיעשה, מותר לכוח א' להביא בחשבון את עצם נוכחותו של כוח ב' במקום ואת יכולתו להציל את אזרחיו, כשהוא מאזן בין טעמיו לכל אחת מאפשרויות הפעולה. זאת כאמור, בהינתן שהימנעות מפגיעה באזרחי ב' המגנים, צפויה לגרור פגיעה באזרחי א', כלפיהם חיילים כוח א' מחזיקים בחובת דאגה מיוחדת.

בסעיף הבא, אדון במספר התנגדויות אפשריות נוספות לטיעון.

#### 4. התנגדויות:

בסעיף הקודם הצגתי את הטיעון מהחובות המיוחדות וביקשתי להגן עליו בעיקר מפני הביקורת על הפרתם הצפויה של בעלי החובה המיוחדת כלפי האזרחים המגנים, את חובת ההגנה עליהם.

נשקול כעת שתי התנגדויות אפשריות נוספות לטיעון מהחובות המיוחדות המוצע.

#### 4.1 ההשוואה אינה מדויקת:

על פי ביקורת אחת, ההקבלה בין פגן אוושי וטיול שנתי המבססת את הטיעון מהחובות המיוחדות, איננה נקיה. כלומר: ההבדלים בין הדוגמאות הם הבדלים בעלי משמעות מוסרית חזקה, ולפיכך לא ניתן להסיק מסקנות לגבי מקרה אחד, ממסקנות על אודות המקרה האחר. בטיול שנתי, על פי ביקורת זו, נתון כי כל ההורים מתפקדים וכי סיוע לילד אחד אינו גורר פגיעה בילד אחר. לכן, ניתן לקבל את התזה לפיה על כל הורה לדאוג בראש ובראשונה לילדו, ואחר כך לאלה שהוריהם אינם נמצאים. כלומר: ניתן להחיל על טיול שנתי את הרציונאל העומד בבסיס הטיעון מהחובות המיוחדות. אולם, על פי הביקורת, פגן אוושי הוא סיפור לגמרי שונה. במגן אוושי בעל החובה (כוח ב') אינו מתפקד וידוע לכל שהוא אינו מקיים את חובתו לדאוג לחיי אזרחי מדינתו. בנוסף, שלא כמו ההנחה בטיול שנתי, במגן אוושי, מימוש חובת הדאגה לקרוב (אזרחי מדינה א') בידי כוח א', כן כרוך בפגיעה באחר (באזרחי מדינה ב' המשמשים כמגן אוושי). הבדלים אלו משמעותיים והם בעלי השלכות מוסריות. לפיכך, בהתקיימם, אין מדובר במקרים מקבילים ולא ניתן להסיק את תקפותו של הטיעון מהחובות המיוחדות במגן אוושי, מתקפותו בטיול שנתי.

אכן, הבדלים אלה בין המקרים משמעותיים ומטילים אמנם ספק באפשרות להסיק באופן חד משמעי מסקנות ממקרה אחד ביחס לשני. אולם, דעתי היא כי ניתן בכל זאת להחיל את הטיעון מהחובות המיוחדות על מגן אוושי. נשקול כעת דוגמא שניה של טיול שנתי: טיול שנתי 1. טיול שנתי 1 זהה לטיול שנתי, אלא שבו שני המשתנים שהבחינו על פי הביקורת בין טיול שנתי ומגן אוושי, נערכו כך שניתן יהיה להקביל בין המקרים.

טיול שנתי 1:

כיתת ילדים יוצאת לטיול שנתי. כל ההורים מוזמנים לצאת לטיול כמלווים אך בפועל רק חלק מההורים מתלווים לטיול. (הסיבות בגינן לא יצאו שאר ההורים, אינן רלוונטיות לדיון). א' ו ב' מצטרפים לטיול ללוות כל אחד את בתו. ג' לעומת זאת, אינו מלווה את בתו שנמצאת אף היא בטיול. הטיול מתחיל, ובשלב מסוים מתחילה מפולת סלעים והסלעים מדרדרות אל שביל ההליכה בו צועדת הכיתה. ההורים וצוות בית הספר מפנים בזריזות את הילדים משביל ההליכה, לשביל צדדי בטוח (שביל 2).

מחשש להידרדרות הסלעים לשביל הצדדי מסיטים ההורים באמצעות הצבת רכב ההסעות את הסלעים הנופלות לעבר שביל צדדי שלישי מרוחק יותר (שביל 3). אולם, ב' מסרב לפנות את בתו על פי ההנחיות לעבר שביל 2, ומפנה אותה במקום זאת לעבר השביל הצדדי המרוחק שאליו מוסטות כעת הסלעים (שביל 3).

נחזור כעת להשוואה למגן אוושי. בטיול שנתי 1 כמו במגן אוושי, מדובר במקרה בו בעל החובה אינו מתפקד באופן ברור, ובמקרה בו הדאגה לקרוב כרוכה בפגיעה באחר. על מנת להציל את בתו, על א' להסיט את הסלעים לעבר שביל 3 המרוחק, דבר שעתידי לגרור פגיעה בבתו של ב' אשר פינה אותה, שלא בצדק, לשביל זה.

בנוסף, כזכור, אחת הבעיות עם האנלוגיה להורים המלווים בטיול שנתי היא שהם אינם מייצגים נאמנה את בעלי החובה במגן אוושי, אשר בניגוד להורים המלווים, אינם נוהגים על פי חובתם. הבעיה המרכזית עמה עלינו להתמודד היא שלא ברור כיצד יש להתייחס למשטר העושה שימוש בבני עמו בתור מגנים אוושיים. אף שמשטר כזה מחזיק בחובות מיוחדות כלפי אזרחיו, ברור כי לא ניתן ליחס לו את אותן תכונות שאנו מייחסים למשטר שדואג לאזרחיו באופן שבו ההורים המלווים הדואגים לילדיהם. נראה שהמקבילה למשטר כזה בטיול, היא הורים מלווים לא מתפקדים, כדוגמת ב' בטיול שנתי 1.

נראה אם כך, כי טיול שנתי 1 הוא המקביל בנסיבותיו למגן אוושי, באופן שניתן להסיק מהאחד מסקנות לגבי האחר. אולם כעת השאלה שעל הפרק היא, כיצד בנסיבות החדשות על ההורים המלווים בטיול שנתי 1 לפעול?

השאלה מהי מידת האחריות של ההורים המלווים האחרים (אלה המתפקדים) כלפי ילדיהם של אותם הורים לא מתפקדים, היא אכן שאלה מורכבת. הנקודה המרכזית שיש לברר היא, האם דין ילדים שהוריהם אינם נמצאים בטיול, כדין ילדים שהוריהם נמצאים אך אינם מתפקדים, או שלנוכחות הוריהם קיימת משמעות כלשהי על אף חוסר תפקודם. נניח כי בשביל המרוחק (3)

נמצאות שתי ילדות. אחת היא בתו של ג', שהוריה כזכור לא יצאו ללוות את הטיול, ואילו השנייה היא בתו של ב' שנמצא בטיול אך אינו מתפקד. האם חובותיו של א' כלפי שתי הילדות זהות? האם לעובדה שב' נמצא ליד בתו וביכולתו לסייע לה, אין שום משמעות?

כאמור, התשובה לשאלה זו אינה חד משמעית והיא תלויה בגורמים משתנים. השאלה **מדוע** ב' לא מפנה את בתו לדוגמא, היא שאלה חשובה לדיון, והתשובה לה עשויה להשפיע על מעמד החובות כלפי בתו. כך למשל, אם ב' עצמו נפצע במהלך הטיול ואין ביכולתו הפיזית לסייע לבתו, בהיעדר טעמים נוספים, לפחות לכאורה נראה כי אין הבדל בין חובתו של א' כלפי בתו של ב', וחובתו כלפי בתו של ג'. שתיהן זקוקות לעזרה באותה המידה, ולשתיהן אין מי שיסייע מלבדו. אולם, כפי שראינו בסעיף הקודם ביחס להפרות צפויות, גם כאן, לעתים יתכנו תנאים בהם עצם הימצאותו של ב' באזור, תפר את האיזון בין חובותיו של א' כלפי בתו וכלפי בתו של ג', גם תחת ההנחה שהחובה המיוחדת כלפי בתו של ב', תופר על ידי אביה. כך למשל, יתכן ש ג' ידע שבתו חברה טובה של בתו של א', שכזכור נמצא בטיול, והניח שמכוון שתטיילנה יחד, במקרה ותידרש עזרה, א' ימהר לסייע לה סמוך לסיוע לבתו. הנחה זו היוותה שיקול בהחלטתו שלא להצטרף לטיול. אף שנתונים אלה אינם מספיקים כמובן על מנת לבסס טענה כלפי א' במידה ולא יקדים לסייע לבתו של ב', הם יכולים, אולי, להוות טעם בעל משקל שיהיה בו כדי להכריע.

ככלל אם כן, אני סבורה שחובת ההורים המלווים לדאוג לילדים שהוריהם אינם בטיול שונה ובעלת משקל גבוה יותר מחובתם כלפי הילדים שהוריהם בטיול, גם אם הוריהם אינם מתפקדים כראוי ואינם ממלאים את חובתם המיוחדת כלפי ילדיהם. אולם, יש לסייג עיקרון זה ולהבחין בין ילדים שהוריהם לא מתפקדים, אך חוסר תפקודם אינו עולה כדי ערעור על המסוגלות ההורית שלהם, לבין ילדים שהוריהם אינם מתפקדים כלל, עד שלגיטימיות חזקתם על ילדיהם מוטלת בספק.

אסביר: במקרים בהם ההורים אינם מתפקדים כלל, באופן שהיינו שוקלים את הוצאת הילדים מחזקתם, יש לראות את ילדיהם ככאלה שאין מי שמחזיק בחובה מיוחדת כלפיהם. כלומר: אין מי שדואג להם. לפיכך, חובת הדאגה כלפיהם גבוהה כמו חובת הדאגה כלפי אותם ילדים שהוריהם אינם נמצאים כלל בטיול. אולם, כל עוד ההורים נתפסים כאחראיים הישירים לילדיהם תחת חזקה שהם ממלאים את תפקידם באופן מספק, החובה לדאוג לחיי ילדיהם מוטלת על כתפיהם ומשכך, הורים אחרים הם בעלי חובה מופחתת כלפיהם. תפקודם הלקוי של ההורים אמנם יטיל על ההורים אחרים חובה גדולה יותר לדאוג לילדיהם, למשל חובה זו תהיה גדולה יותר מחובתם לדאוג לילדיהם של ההורים המתפקדים, אך היא עדיין תהיה בעלת משקל קטן יותר מחובתם לדאוג לילדים שהוריהם לא נמצאים או לא מתפקדים כליל.

המקבילה להורים הלא מתפקדים עד כדי הוצאת ילדיהם מחזקתם במגן אנושי 1, היא מדינות שבהן השלטון נתפס כלא לגיטימי באופן שעשוי למשל לדרוש התערבות בינלאומית (בדומה להתערבות סוציאלית אצל ההורים הלא מתפקדים).<sup>47</sup> במקרה כזה, כאשר לוחמי השלטון הלא

<sup>47</sup> על השפעת היחס שבין השלטון לאוכלוסייה האזרחית, על לגיטימיות התערבות הומניטרית או התערבות צד שלישי, ראו: Michael Walzer, "The Moral Standing of States: A Response to Four Critics," *Philosophy & Public Affairs* 9 (1980). Reprinted in Michael Walzer, *Thinking Politically: Essays in Political Theory* David Miller ed. (New Haven, Conn.: Yale University Press, 2007); Charles R. Beitz, "The Moral Standing of States: Revisited," *Ethics and International Affairs* 23 (2009); Ned Dobos, "State to Call Their Own: Insurrection, Intervention, and the Communal Integrity Thesis," *Journal of Applied Philosophy* 27 (2010).



לגיטימי עושים שימוש במגנים אנושיים מקרב בני עמם, נתקשה אכן להחיל את הטיעון מהחובות המיוחדות, ונראה את האזרחים הנתונים בסכנה בדומה לאותם מגנים אנושיים בני צדדים שלישיים אשר בעל החובה הישירה כלפיהם כלל אינו נמצא. אולם כפי שטענתי בסעיף הקודם, ככל שבין הלוחמים לאוכלוסייה האזרחית מתקיים קשר של הכרה וקבלה, כך ניתן לתת משקל לחובה המיוחדת החלה על הלוחמים כלפי אזרחיהם. כלומר: קיים יחס רציף בין הלגיטימיות המיוחדת למשטר, ובין החובה להימנע מפגיעה באזרחים המושמים כמגנים אנושיים על ידו. יחס זה יבוא לידי ביטוי באופן שבו נחשב את מידתיות הנזק שמותר לחיילים לגרום לאזרחים, כאשר הם נתקלים במגנים אנושיים. משטר שבו הפרופורציונאליות לא רגישה לסיפורים של מגנים אנושיים, הוא משטר שנתפס כמשטר שאינו תקין. כזה שאינו מקיים את חובותיו המיוחדות כלפי אזרחיו. ובהינתן שזו המציאות, החובה לדאוג לאזרחיו מוטלת על אחרים, ובכללם על חיילים הנתקלים באזרחיו המגנים.

ניתן כמובן להקשות על קביעה זו ולשאול כיצד ניתן להתייחס למשטר שמשמש באזרחיו כמגנים, כאל משטר תקין, כאשר אנו יודעים שהוא אינו כזה. ובמילים אחרות, לטעון כי לא יתכן מקרה מסוג מגן אנושי שבו מעורב משטר תקין, היות ששלטון הדואג לאזרחיו לא עושה בהם שימוש כמגנים אנושיים. אני סבורה אחרת. אני סבורה כי יתכן מצב בו שלטון או כוחות לוחמים מקיימים קשר תקין עם האוכלוסייה האזרחית, אשר תופסים את השימוש במגנים אנושיים כאסטרטגיה שעתידה להיטיב עם בני עמם. בנוסף, יתכן שלטון לגיטימי ומוכר שבאופן כללי מנהל קשר חזק עם אזרחיו ומקיים את חובותיו כלפיהם באופן כללי, אך בכל זאת מטעמים שונים, מפר מדי פעם חובות אלה, ולמשל, עושה בהם שימוש כמגנים אנושיים בשעת קרב. במקרה כזה, כפי שטענתי מעלה, מה שיש להביא בחשבון הוא החזקה שיש ללוחמים מנגד, על אותו שלטון. זאת גם כאשר הם צופים ברגע ההתרחשות, כי אותו שלטון או אותם לוחמים יפרו את חובותיהם המיוחדות כלפי אזרחיהם.

חשוב להדגיש, אין הכוונה כאן להטיל ספק בחפותם של האזרחים המשמשים מגנים או להטיל עליהם אחריות כלשהי לעובדה שחייהם בסכנה, מתוקף הקשר בינם לבין השלטון. זוהי טענה על האופן שבו מותר לחיילים הנתקלים במגנים האנושיים לפעול על בסיס הנחות מוצא כלליות המונחות ערב היציאה למלחמה, גם תחת ההנחה שאותם אזרחים מגנים הנם אזרחים חפים מפשע.

4.2 טענת החפות:

ביקורת נוספת שניתן להעלות כנגד טיעון החובות המיוחדות (או כנגד כל טיעון אחר לטובת הקלה בחובת ההימנעות מפגיעה באזרחים המשמשים מגן אנושי), היא זו שעלתה גם ביחס לטיעונים האחרים שהוצגו מעלה. על פי ביקורת זו, הנתון המרכזי שיש לראות לנגד עניינו כשאנחנו מתלבטים בפעולה המותרת במגן אנושי, הוא חפותם של האזרחים המעורבים בו, ולא משתנים אחרים. היחס לפגיעה בזכותו של אדם לחיים ובחובה להימנע מפגיעה כזו, צריך להיות כפוף למעמדו המוסרי של אותו אדם, ולא להתבסס על נסיבות משתנות. במגן אנושי, כמו באזרח לכה, אנו שוקלים את מעמד החובה להימנע מפגיעה באזרחים חפים מפשע. חפותם של אותם אזרחים זהה בשני המקרים, ולפיכך, מעמד חסינותם בפני פגיעה, צריך להיות זהה גם הוא.

אותו העיקרון חל גם על פי טענה זו, למשל כשאנו שוקלים את הפרופורציונאליות של פעולה שגררה פגיעה ההיקפית באזרחים. אנו מעמידים אז את חיוניות הפעולה ההתקפית ואת הנזק שמנעה, אל מול הפגיעה בכלל האזרחים החפים מפשע שנגרמה בעקבותיה. אנו לא מעניקים בחישוב זה משקל למשל לאופן שבו נהרגו אותם אזרחים (זאת כמובן, בהנחה שלא מדובר בהרג מכוון, שכן זה נתפס כאסור בכל מקרה). לצורך בחינת מידתיות הנזק, העובדה שהאזרחים נהרגו כנזק היקפי, כזה שעשוי להיות מותר, אינה משנה לתחשיב הפרופורציונאליות. כלומר: אומדן הנפגעים אינו נמוך יותר בשל העובדה שהפגיעה בהם מותרת. הנתון היחידי הרלוונטי הוא היותם חפים מפשע. כך, על פי הטיעון, יש לנהוג גם בתחשיב הפרופורציונאליות בהשוואה בין פגן אנושי מול אזרח לכו. בשניהם מעורבים אזרחים בעלי מעמד מוסרי זהה המקנה להם חסינות מפני פגיעה, ואין טעם שיצדיק הבחנה בין החובה להימנע מפגיעה באזרחים במקרה אחד, לבין החובה להימנע מפגיעה באזרחים במקרה השני. זאת ועוד - בהינתן שהאפשרות שלא לירות כלל קיימת בכל אחד מהמקרים, לכאורה, היא זו שצריכה להיות ברירת המחדל בשניהם. ואם כך, הרי שלעניין ההשלכות הנורמטיביות, אין הבדל בין פגן אנושי ואזרח לכו. בשני המקרים החובה שלא לפגוע באזרחים חפים מפשע חלה על החיילים, והפעולה הנדרשת בשניהם היא הימנעות מפגיעה. כלומר: נצירת הנשק.

אולם, הטענה לפיה כל שיש להביא בחשבון הוא חפותם של האזרחים, הזוהה בשני המקרים, על אף היותה אינטואיטיבית, איננה מדויקת כלל וכלל. החוק וכללי המוסר מתייחסים באופן שונה למקרים שונים של פגיעה בחפים מפשע שחפותם זהה, אך נסיבות אחרות מבחינות ביניהם. כאמור, בעוד שפגיעה ישירה ומכוונת בחפים מפשע אסורה, פגיעה אגבית בכאלה, לעיתים תחשב מותרת. בשני המקרים מדובר באזרחים חפים מפשע שאינם נבדלים ביניהם לעניין החפות עצמה, ובכל זאת - את הפגיעה בראשונים אנו אוסרים, בעוד שהפגיעה באחרונים עשויה להיות מותרת. זאת הן על פי הדין הבינלאומי, והן תחת עקרון כפל התוצאות. ואמנם, פילוסופים רבים מבחינים בין שלוש קטיגוריות מקובלות של חפים מפשע: תוקף תמים, סכנה תמימה ועובר אורח תמים. אף שחפותם של האזרחים בשלוש הקטיגוריות זהה, ההיתר לפגוע בהם כחלק מפעולה של הגנה עצמית נתפס באופן שונה ביחס לכל אחת מקבוצות אלה, ובעוד שישנם אמנם כאלה הסבורים כי אין הבדל מוסרי רלוונטי בין הקבוצות ולפיכך האיסור על הפגיעה באלה הנמנים על כל אחת מהן זהה, העמדה הרווחת היא כי בעוד שפגיעה ישירה בתוקף תמים ובסכנה תמימה יכולה לעיתים להיחשב מוצדקת, פגיעה ישירה בעוברי אורח תמימים אסורה תמיד. נסיבות המקרה, כך על פי תפיסה מקובלת זו, עשויות להשפיע על החובה להימנע מפגיעה בחפים מפשע, וכך על אף שחפותם של המעורבים משלוש הקבוצות זהה, מעמד החובה שלא לפגוע בהם, עשוי להיות שונה.

תפיסה כזו מלמדת כי לעיתים אכן יש להביא בחשבון משתנים נוספים פרט לחפות מוסרית, וכי משתנים אלה עשויים להשפיע על הפעולה הראויה מוסרית.<sup>48</sup> הטענה לפיה מעמד מוסרי זהה תמיד גורר השלכות נורמטיביות זהות לעניין האיסור על פגיעה אם כן, איננה נכונה.

<sup>48</sup> Jonathan Quong, "Killing in Self-Defense," *Ethics* 119 (2009) Judith Jarvis Thomson, "Self-Defense," *Philosophy and Public Affairs* 20 (1991) דיון בביקורת על הבחנה זו המתעלמת לכאורה ממעמד המוסרי הזה של המעורבים בשלוש הקטיגוריות, ראו: Daniel Statman, "Moral Luck and the Problem of the Innocent Attacker," *Ratio* 28 (2015).

ואם כך, הנסיבות והתנאים הספציפיים המתקיימים במגן אוושי ושאינם מתקיימים באזרח לכוז, עשויים לכוון חובות שונות כלפי האזרחים המעורבים בכל אחד מהמקרים. יש אמנם להסביר מה מיוחד באותן נסיבות שיש בהן בכדי לקיים הבדל נורמטיבי, כפי שהטעון מהחובות המיוחדות מנסה לעשות, אולם הטענה כי חפותם של האזרחים אינה שונה מחפותם של האזרחים באזרח לכוז לכשעצמה, אינה מספיקה בכדי לפסול את הטעון מהחובות המיוחדות על הסף.

## 5. סיכום:

השימוש במגנים אוושיים הולך ונעשה טקטיקת לחימה מקובלת בעת האחרונה, וזאת בעיקר בסכסוכים אסימטריים ובמאבקים בהם מעורבים ארגוני טרור. השאלה כיצד יש להתמודד עם מצבים בהם האויב עושה באזרחיו שימוש כמגנים אוושיים, היא שאלה מורכבת שמעלה מתח מוסרי ומציבה בפני המתמודדים עמה דילמה קשה.

הכל מסכימים כי בהינתן שאותם אזרחים לא התנדבו לשמש כמגנים אוושיים, חפותם עומדת להם ולכן ככלל אסור לפגוע בהם. אך מנגד, רבים חולקים אינטואיציה לפיה מצב בו צד אחד מפר את הכללים באופן כל כך ציני ומנצל והצד השני עומד מנגד ומקריב את שלום אזרחיו בתגובה, הוא אינו המצב הראוי. כאשר האויב אינו שומר בעצמו על כללי המלחמה, נראה כי לא ראוי לדרוש מהצד השני להמשיך לכבול עצמו אליהם ולהגביל את יכולת הלחימה שלו, שעה שהוא מסכן בכך את האזרחים שעל הגנתם הוא אמון.

כדברי סין ווטס:

"Few would consider practicable a legal regime that required one side to "fight with one hand tied behind its back" while its enemy exercised free reign."<sup>49</sup>

במאמר זה ביקשתי להגן על תפיסה לפיה העובדה שמי שמסכן את חיי האזרחים הם בני עמם עצמם, מהווה טעם רלבנטי בשאלה כיצד מותר לצד השני לפעול בתגובה והיא מכוננת הבחנה בין תרחישים של מגנים אוושיים, ותרחישים בהם מעורבים אזרחים הצפויים להיפגע באופן מקרי. טענתי כי הנסיבות המיוחדות המתקיימות במקרים בהם האויב חושף במכוון את אזרחיו לסכנה ואינו מונע את הפגיעה בהם אף שביכולתו לעשות זאת, משפיעות על האופן בו מותר לצד שמנגד לפעול. דחיתי את הטענות המקובלים כיום לטובת עמדה זו המתרכזים בהעברת האחריות לאויב ובעצם הפרתו את הכללים, והצעתי במקומם קריאה נוספת לטעון מהחובות המיוחדות. על פי קריאה זו, הטעם להבחנה בין המקרים טמון בעובדה שרק במקרים מסוג מגן אוושי, בעל החובה המיוחדת לחייהם של האזרחים שבסכנה, מעורב ונמצא במקום האירוע וביכולתו לממש את חובתו ולמנוע מהם את הפגיעה הצפויה. נסיבות אלה, טענתי, הן שהופכות את חובת החיילים שלא לפגוע באזרחים המגנים לבעלת משקל נמוך יותר מזו שהייתה מוטלת עליהם, בהיעדרו של בעל החובה כלפיהם, כלומר: האויב. עוד טענתי כי העובדה שהחיילים צופים שהאויב יפר את חובתו המיוחדת ויאפשר את הפגיעה באזרחים המשמשים מגנים, אינה מביסה לכשעצמה את הטעון מהחובות

<sup>49</sup> Sean Watts, "Reciprocity and the Law of War," Harvard International Law Review Vol.50 no.2 (2009) p. 366

המיוחדות, שכן הטעמים האינסטרומנטליים שקיומה של החובה יוצרת, נותרים גם תחת הנחת הפרתה, וזאת כל עוד השלטון נתפס כשלטון המקיים קשר לגיטימי עם אזרחיו.