

## לוחמה רובוטית ובעיית הכבילה של שיקול-הדעת

מאת

אליאב ליבליך\* ואיל בנבנישת\*\*

### תקציר

כלי-נשק אוטונומיים – קרי, מערכות נשק שביכולתן לבחור ולתקוף מטרות ללא מעורבות אנושית בזמן-אמת – עשויים להיכנס בשנים הקרובות לשימוש מבצעי בצבאות מתקדמים ברחבי העולם. לצד ההתקדמות הטכנולוגית המאפשרת כלי-נשק אלה מתקיים בעת האחרונה דיון ער לגבי חוקיותם תחת דיני הלחימה הבינ-לאומיים. המתנגדים לכלי-נשק אוטונומיים מעלים טענות תועלתניות ודאונטולוגיות, בניסיון לבסס החלת איסור מוסרי וחוקי על פיתוח נשק מסוג זה ושימוש בו. אולם אל מול טענות אלה עומדות טענות תועלתניות המובילות לתוצאה הפוכה. במאמר זה אנו מנתחים את אתגרי האסדרה של הלחימה בעת הנוכחית, ולאורם מציעים נקודת-מבט נוספת לבחינת חוקיותם של כלי-הנשק האוטונומיים – היא נקודת-המבט של המשפט הציבורי. לטענתנו, לחימה הינה פעולה שלטונית, ולכן עליה להיות כפופה לעקרונות-היסוד של הדין המנהלי המקובלים הן במשפט הישראלי, הן במשפט המנהלי ההשוואתי והן, לטענתנו, במשפט הבינ-לאומי שעניינו דיני לחימה. בין עקרונות אלה נודעת חשיבות מיוחדת לחובה להפעיל שיקול-דעת המוטלת על בעל הסמכות לפעול. בהקשר של לחימה חובה זו מחייבת, בין היתר, לשקול את עניינו של הפרט העלול להינזק כתוצאה מהפעולה. התכנות הקבוע מראש של הנשק האוטונומי כובל למעשה את שיקול-הדעת של המפעיל. לכן הפעלתו בהקשרים שבהם הפרט עלול להינזק הינה אסורה.

\* מרצה, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

\*\* מופקד הקתדרה ע"ש יואל (Whewell), אוניברסיטת קיימברידג'; מופקד הקתדרה לזכויות האדם ע"ש אני ופול ינוביץ, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

מאמר זה הינו עיבוד ופיתוח של עבודתנו המשותפת: *The Obligation to Exercise Discretion in Warfare: Why Autonomous Weapon Systems are Unlawful*, in *AUTONOMOUS WEAPONS SYSTEMS: LAW, ETHICS, POLICY* (Nehal Bhuta et al. eds., forthcoming 2016). תורתנו נתונה לדניאל הסל, לליה יונה, לקרן ילין-מור, לאיתמר מן, לרבקה קרוטוף, לאדם שנער, למשתתפי פורום על-מ"ה למשפט בינ-לאומי הומניטרי ולמערכת עיוני משפט על ההערות המועילות, וכן לרביע אגבריה ולסתיו לביא על העזרה במחקר. המחקר נתמך על-ידי מענקי מחקר של הקרן הלאומית למדע (מס' 1027/13) ושל European Research Council (Advanced Grant) (No. 323323).

## הקדמה

- א. כלי-נשק אוטונומיים: הגדרתם ותמריצים לפיתוחם
1. הגדרתם של כלי-נשק אוטונומיים – אוטונומיה מהותית ואוטונומיה טכנית
  2. התמריצים העיקריים לפיתוח נשק אוטונומי
- ב. הדיון המעגלי בדבר כלי-נשק אוטונומיים
1. השיח האינסטרומנטליסטי
  2. השיח הדאונטולוגי
- ג. לחימה כהפעלת סמכות מנהלית
1. המלחמה כסדרה של פעולות שלטוניות והערך המוסרי השווה של אזרחים
  2. עקרונות משפטיים-מנהליים בדין הבין-לאומי הפוזיטיבי
  3. נשק אוטונומי ככבילת שיקול-דעת
  4. לוחמה כמעשה שלטוני והחובה להפעיל שיקול-דעת: ביקורות אפשריות
  5. כמה מילים על חובות "אלכסוניות" כלפי לוחמים וכבילת שיקול-דעת
- סיכום

## הקדמה

במכתב פומבי שכתבו ביולי 2015, הזהירו דמויות בכירות כסטיבן הוקינג, נעם חומסקי וסטיב וזניאק כי פיתוחם הנמרץ של כלי-נשק אוטונומיים – קרי, מערכות נשק אשר בוחרות ותוקפות מטרות ללא מעורבות של מפעיל אנושי בזמן-אמת – עתיד להוליד את "המהפכה השלישית בלחימה", שתהיה שוות-ערך בחשיבותה להמצאת אבק-השרפה ולפיתוח החימוש הגרעיני, ואשר עלולות להיות לה השלכות שליליות רבות ומגוונות.<sup>1</sup> לא בכדי מצאו לנכון אינטלקטואלים כה רמי-דרג ומומחי בינה מלאכותית להביע עמדה פומבית בנושא זה. אכן, בעת האחרונה מוקדשת תשומת-לב רבה – הן בספרות והן בשיח הציבורי ובמשפט העולמי – לסוגיות אתיות ומשפטיות העולות מפיתוחם של "רובוטים לוחמים" מסוג זה. לכאורה, אנו עוסקים במדע בדיוני. גורמים רשמיים נוטים להמעיט בסיכויים שבעתיד הקרוב יוקנה למערכות אוטונומיות הכוח לומר את "המילה האחרונה" בשדה-הקרב, בפרט בכל הקשור לקבלת החלטות בנוגע לתקיפת מטרות (targeting).<sup>2</sup> אולם מהצהרות הניתנות בהזדמנויות שונות, כמו-גם מהתנהגויות של מדינות בפועל, ניתן להבין בדיוק את ההפך. כלי-נשק בעלי מידה מסוימת של אוטונומיה כבר נמצאים בשימושם של הצבאות המתקדמים

1 *Autonomous Weapons: An Open Letter from AI & Robotics Researchers*, FUTURE OF LIFE INST. (July 28, 2015), [http://futureoflife.org/AI/open\\_letter\\_autonomous\\_weapons#signatories](http://futureoflife.org/AI/open_letter_autonomous_weapons#signatories) (להלן: המכתב הפומבי).

2 U.S. Dep't of Def., dir. 3000.09, *Autonomy in Weapon Systems* § 4(a) (Nov. 21, 2012) (להלן: צו משרד ההגנה).

בעולם – האמריקני, הבריטי, הדרום-קוריאני, הישראלי, והיד עוד נטויה.<sup>3</sup> למעשה, שמה של ישראל מופיע פעמים רבות כמדינה שפוטנציאל הפיתוח שלה בהקשר זה גבוה במיוחד.<sup>4</sup> כך, למשל, על-פי חזונו של הרמטכ"ל לשעבר רא"ל בני גנץ, בשנת 2025 יפעיל צה"ל "כמויות של כלים אוטונומיים, רובוטיים ולא מאוישים באוויר, בים וגם ביבשה, משולבים זה עם זה, נשענים על יכולות מזעור וננו-טכנולוגיה".<sup>5</sup> בדיוק בשל האינטרס החזק של ישראל בפיתוח נשק מסוג זה – בצירוף העדרו של שיח ביקורתי משמעותי בציבוריות הישראלית בנוגע לאפשרות זו<sup>6</sup> – יש צורך מיוחד לדון באופן מעמיק וביקורתי בהשלכותיו של תהליך זה. משרד ההגנה האמריקני אומנם השעה בשלהי שנת 2012 את פיתוחן של מערכות אוטונומיות מלאות, בהדגישו כי מערכות נשק "יפותחו באופן שיאפשר למפקדים ולמפעילים להפעיל רמה ראויה של שיפוט אנושי בנוגע לשימוש בכוח".<sup>7</sup> אולם מעצם העובדה שמשרד ההגנה מצא לנכון להשעות (לעת עתה) את פיתוחן של מערכות אלה ניתן ללמוד כי קיים לחץ משמעותי לפתח אותן בפועל. בהתאם, יש כיום הסכמה רחבה בקרב מומחים כי בסופו של דבר יגברו התמריצים לפתח נשק אוטונומי על המחסומים האסדרתיים הזמניים הללו.<sup>8</sup> יש אף הטוענים כי פיתוחן של מערכות אלה אינו עניין של עשורים, אלא של שנים ספורות.<sup>9</sup> לנוכח כל זאת דומה כי העיסוק המשפטי והמוסרי בדילמות העולות מנשק אוטונומי נדרש כבר עתה, שאם לא כן יוצב העולם בעתיד הלא-רחוק בפני עובדה מוגמרת. השיח בנוגע לגיטימיות של מערכות נשק אוטונומיות מסתמך במידה רבה על אינטואיציות. כך, בקרב המתנגדים למערכות אלה נפוצה האינטואיציה הבסיסית (והמפתה, יש לומר) שלפיה אין זה ראוי שמכוונות יקבלו "החלטות" שבכוחן להוביל להרג בני-אנוש. רעיון-

3 Christof Heyns (Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions), *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions* 45, U.N. Doc. A/HRC/23/47 (Apr. 9, 2013) (להלן: דוח נשק אוטונומי).

4 ראו, לדוגמה: Frank Sauer, *Banning Lethal Autonomous Weapon Systems (LAWS): The Way Forward* (June 13, 2014), <http://icrac.net/2014/06/banning-lethal-autonomous-weapon-systems-laws-the-way-forward>.

5 נעם ויטמן "מבט לעתיד: אמצעי הלחימה של שנת 2025" אתר צה"ל (15.2.2015) [www.idf.il/1806-21852-he/Dover.aspx](http://www.idf.il/1806-21852-he/Dover.aspx).

6 כך, למשל, מחקר של המכון למחקרי ביטחון לאומי בנושא ממליץ לישראל באופן חד-משמעי לפתח יכולות בתחום הנשק האוטונומי, ללא עיסוק רב בשאלות-היסוד האתיות והמשפטיות העולות משימוש בכלי-נשק אלה. ראו יואב זקס ולירן ענתבי "השימוש בכלים צבאיים בלתי מאוישים עד שנת 2033: המלצות למדיניות לאומית על בסיס חיזוי טכנולוגי – הערכת מומחים" 33-34 (המכון למחקרי ביטחון לאומי, מזכר 145, 2014). ככל שהמחקר מתייחס לסוגיות אתיות, הרבר נעשה בעיקר בהקשר של האינטרס הבטחוני הישראלי.

7 צו משרד ההגנה, לעיל ה"ש 2.

8 ראו, לדוגמה: Noel E. Sharkey, *The Evitability of Autonomous Robot Warfare*, 94 INT'L REV. RED CROSS 787, 788 (2012); Michael N. Schmitt & Jeffrey S. Thurnher, "Out of the Loop": *Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict*, 4 HARV. NAT'L SEC. J. 231, 237 (2013); Rebecca Crootof, *The Killer Robots Are Here: Legal and Policy Implications*, 36 CARDOZO L. REV. 1837 (2015).

9 ראו המכתב הפומבי, לעיל ה"ש 1.

יסוד זה מנחה את פעילותה של חזית רחבה הכוללת ארגוני זכויות אדם ורובוטיקאים, אשר חבריה קוראים לאסור באופן מוחלט את פיתוחן של מערכות מסוג זה.<sup>10</sup> בידי חזית זו עלה לאחרונה לשכנע את המדינות החברות באמנה בדבר כלי-נשק קונוונציונליים מסוימים (CCW) לפתוח בהתדיינות מקיפה בנוגע להתמודדות המשפטית הראויה עם נשק אוטונומי.<sup>11</sup> אולם אין לכחד שקיימים תמריצים רציונליים חזקים לפיתוח נשק אוטונומי. אי-אפשר להתעלם מכוחות השוק המשמעותיים ומהדינמיקות של מירוץ החימוש הנלוות אליהם, אשר דוחקים לפיתוח נשק אוטונומי,<sup>12</sup> וכן אין לפטור כלאחר-יד את האינטרס החזק להגן על חיי חיילים באמצעות החלפתם במערכות אוטונומיות. לנוכח תמריצים אלה אי-אפשר להסתפק באינטואיציות כדי להתמודד עם הדילמה החריפה של הנשק האוטונומי. ככל שיש בעיות מהותיות העולות ממערכות אלה, יש לבררן באופן יסודי ומנומק. בהקשר זה השיח הנוכחי לוקה בחסר.

ככלל, השיח בנושא מתאפיין בהתנגשות חזיתית בין שתי גישות, אשר מתווכחות זו עם זו על בסיס קווי טיעון תוצאתניים, מחד גיסא, ודאוטולוגיים, מאידך גיסא. כפי שנראה, גישות אלה נבדלות זו מזו לא רק בתפיסת-עולמן המוסרית, אלא גם בתפיסת המציאות העובדתית לגבי יכולותיהן הצפויות של מערכות אוטונומיות. על-פי הגישה הראשונה, אם נניח כי מערכות אוטונומיות עשויות להניב תוצאות מיידיות טובות בכל הקשור לקידום אינטרסים מבצעיים והומניטריים, אזי אין כל סיבה לאסור את פיתוחן ואת השימוש בהן; אדרבה, יש לעודד את פיתוחן של מערכות אלה. במישור העובדתי, המחזיקים בעמדה זו אף אופטימיים לגבי היכולת הטכנולוגית לפתח מערכות שאכן יניבו תוצאות כאלה. האוחזים בגישה בשנייה, לעומתם, טוענים כי אף אם אפשר לדמיין מערכות נשק אוטונומיות שיניבו תוצאות ראויות – לכל-הפחות כפי שתפיסה צרה של הדין הבינ-לאומי ההומניטרי מגדירה תוצאות ראויות – יש לאסור בכל-זאת את פיתוחן, בין משיקולים משפטיים ובין משיקולים מוסריים. באופן שאינו מפתיע, בעלי עמדה זו יהיו ספקנים בדרך-כלל גם בנוגע לאפשרות המעשית לפתח מערכות כאלה מלכתחילה. אם כן, השיח הנורמטיבי בדבר נשק אוטונומי כולו במעגל של טענות תוצאתניות ותגובות דאוטולוגיות, אשר מתערבבות בהנחות מנוגדות לגבי טכנולוגיה עתידית. הנחות מנוגדות אלה הינן במידה רבה חלק מהוויכוח הכללי בין

10 2014 Mission Statement, INT'L COMM. FOR ROBOT ARMS CONTROL (ICRAC) (Sept. 2009, July 2014), <http://icrac.net/statements> (להלן: הצהרת ה-ICRAC).

11 Fourth Review Conference of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects (CCW), *Final Report*, U.N. Doc. CCW/MSP/2014/9 (Nov. 27, 2014).

12 ראו, למשל: Megan Eckstein, *Navy to Accelerate Artificial Intelligence Development for Warfighting, Support Roles*, USNI News (June 15, 2015, 9:21 AM), <http://news.usni.org/2015/06/15/navy-to-accelerate-artificial-intelligence-development-for-warfighting-support-roles>.

אופטימיזם לפסימיזם בהקשר של תיאוריה טכנולוגית, והוויכוח מתמקד בתפיסות נוגדות לגבי יכולתה של הטכנולוגיה לשפר את מצב האנושות ככלל.<sup>13</sup>

מאמר זה אינו מבקש להכריע בין הגישות השונות או להציע פתרון כולל לרבות מהדילמות שמערכות נשק אוטונומיות מציבות בפנינו. בכוונתנו אך להצביע על מסגרת המסבירה טוב יותר את הבעיה הנורמטיבית העקרונית העולה משימוש בנשק אוטונומי, אף אם יוצאים מנקודת המוצא שלפיה נשק זה יכול להניב תוצאות מיידיות שניתן להגדין כסבירות. אנו מציעים אפוא נקודת-מבט נוספת לניתוח הסוגיה, והיא נקודת-המבט של הפעלת שיקול-דעת שלטוני. גישה זו בוחנת את הלחימה המודרנית כפעולה קולקטיבית המורכבת מרצף של החלטות שלטוניות, שבגדרן אורגנים מדינתיים מפעילים סמכות שלטונית שבכוחה לפגוע בזכויותיו של הפרט. שימוש במערכות נשק אוטונומיות הוא אם כן מקרה שבו סמכות שלטונית מופעלת על-פי "החלטה" ממוחשבת. לפיכך יש לשאול אם הפעלת סמכות כזו עולה בקנה אחד עם עקרונות-יסוד של המשפט הציבורי, אשר מצדיק אצילת סמכויות שלטוניות לאנשי הרשות המבצעת, אך בכפוף לכך שהם יפעילו שיקול-דעת. אותו עיקרון, של החובה להפעיל שיקול-דעת, קיים גם בבסיסם של דיני הלחימה, המחייבים את מי שמשתמש בכוח להפעיל שיקול-דעת בכל שלבי הפעלתו של הכוח. כפי שנטען, תפיסה זו – שנקרא לה כאן "נקודת-המבט המנהלית" – צריכה להדריך אותנו בכוונתנו לפרש את הנורמות המשפטיות המסדירות את הלחימה, ובראשן דיני הלחימה (או המשפט הבינ-לאומי ההומניטרי) ודיני זכויות האדם הבינ-לאומיים.

נקודת-המבט המנהלית מטעימה כי אי-אפשר לאצול את ההכרעות לגבי בחירה ותקיפה של מטרות למכונה. ההכרעות הללו חייבות להיעשות על-ידי מפעיל אנושי בזמן-אמת. ככל שמערכות אוטונומיות אינן מסוגלות לשנות את האלגוריתמים העומדים בבסיס פעולותיהן, ולכן חסרות את היכולת לקיים תהליך למידה המאפיין חשיבה אנושית, אי-אפשר לומר כי מערכות אלה מפעילות שיקול-דעת במובנו האמיתי, כנדרש ממי שמפעיל סמכויות שלטוניות. המאמר בנוי כדלהלן. בחלק א נגדיר מהי "אוטונומיה" לצורך דיוננו כאן, ונדון בקצרה בהתפתחותם של כלי-נשק אוטונומיים בשנים האחרונות ובתמריצים העיקריים לפיתוחם. בחלק ב נציג את השיח הקיים בנוגע לנשק אוטונומי, על מגבלותיו השונות. בחלק ג נציע לבחון את סוגיית כלי-הנשק האוטונומיים מנקודת-המבט המנהלית, אשר חושפת, לטעמנו, בעיות-יסוד במערכות אלה כאשר הן מעמידות את אזרחי האויב בסיכון. בחלק זה אף נעלה באופן ראשוני את הסברה כי נקודת-מבט זו מעוררת בעיות אף כאשר נשק אוטונומי מופעל נגד לוחמי האויב. טענתנו העיקרית – אשר מבוססת על הדין הבינ-לאומי אך גם מתבטאת במושכלות-יסוד של הדין המנהלי הישראלי והמשווה – היא כי לנוכח האיסור הבסיסי המוטל במשפט המנהלי על כבילת שיקול-דעת, כל החלטה סופית לעשות שימוש בכוח קטלני צריכה להתקבל על-ידי בן-אנוש ובזמן-אמת.

13 ראו בהקשר אחר: James E. Krier & Clayton P. Gillette, *The Un-Easy Case for Technological Optimism*, 84 MICH. L. REV. 405 (1985); Andrew D. Basiago, *The Limits of Technological Optimism*, 14 ENVIRONMENTALIST 17 (1994); CHARLES E. HARRIS, JR. ET AL., *ENGINEERING ETHICS: CONCEPTS AND CASES* 80–86 (4th ed. 2013).

## א. כלי-נשק אוטונומיים: הגדרתם ותמריצים לפיתוחם

### 1. הגדרתם של כלי-נשק אוטונומיים – אוטונומיה מהותית ואוטונומיה טכנית

אם כן, מהו נשק אוטונומי? לשם מתן מענה לשאלה זו, מובן שיש לעמוד ראשית על הגדרתה של "אוטונומיה". זו אינה משימה פשוטה כלל ועיקר, משום שכל הגדרה מבוססת במידה כזו או אחרת על הנחות-יסוד שנויות במחלוקת,<sup>14</sup> ועלולה להיסחף לדיונים טכניים (או פילוסופיים) יתר על המידה.<sup>15</sup> מסיבות אלה הציע נואל שרקי (Sharkey) – מומחה לבנייה מלאכותית וממובילי המאבק נגד נשק אוטונומי – לוותר על הניסיון להגדיר אוטונומיה על-פי מאפייניו הטכניים של הנשק עצמו, ותחת זאת להתמקד ברמת השליטה האנושית בכלי-הנשק.<sup>16</sup> אולם רוב השיח מתמקד עדיין במאפיינים הטכניים של המערכות עצמן כמדד לאוטונומיה, והתפיסה המקובלת כיום היא שיש להתייחס לאוטונומיה כאל טווח של אפשרויות.<sup>17</sup> רבקה קרוטוף (Crotoof) מציעה אפוא להבחין בין ארבע רמות של אוטונומיה. ברמה הבסיסית ביותר נמצאים כלי-נשק אינרטיים, אשר מחייבים הפעלה רציפה של אדם. הדוגמה המובהקת ביותר לכך היא נשק קר, כגון סכין. ברמה השנייה מצויים כלי-נשק אוטומטיים, שהם כלים ריאקטיביים אשר לאחר פרישתם פועלים ברגע שמתקיימים תנאים פיזיים נוקשים וקבועים מראש, ללא כל "בחירה" (ולו נחזית). הדוגמה המובהקת ביותר לנשק מסוג זה היא המוקש. ברמה השלישית מצויים כלי-נשק אוטונומיים למחצה, אשר יכולים לבחור מטרה מסוימת (target selection) או לתקוף אותה (engagement) אך אינם מסוגלים לבצע את שניהם. לדוגמה, כלי-טיס בלתי-מאויש (כטב"ם) יכול לזהות מטרה מסוימת ולעקוב אחריה, אך אינו יכול לתקוף אותה ללא הוראה ספציפית של מפעיל. כלי-נשק אוטונומיים, לעומת זאת, שהם הרמה הרביעית והעליונה, מסוגלים לבצע את שתי המטרות הללו ללא התערבות מפעיל, קרי, הם גם בוחרים את המטרה וגם תוקפים אותה.<sup>18</sup> בהתאם, ההגדרה המקובלת כיום לכלי-נשק אוטונומיים, כפי שאימץ אותה משרד ההגנה האמריקני, מתייחסת למערכת נשק אשר "מרגע שהופעלה מסוגלת לבחור ולתקוף מטרות ללא כל התערבות נוספת של מפעיל אנושי".<sup>19</sup>

אך האם זו הגדרה מספקת? דומה שלא, משום שהיא אינה מגדירה באופן מהותי מהי אותה יכולת "לבחור". למשל, האם די לומר כי כאשר מערכת ממוחשבת פועלת לפי אלגוריתם

Noel Sharkey, *Staying in the Loop: Human Supervisory Control of Weapons*, in AUTONOMOUS WEAPONS SYSTEMS: LAW, ETHICS, POLICY (Nehal Bhuta et al. eds., forthcoming 2016) 14

Jean-Hugues Simon-Michel (Chairperson of the Meeting of Experts), *Report of the 2014 Informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS)*, 19–20, U.N. Doc. CCW/MSP/2014/3 (June 11, 2014) 15

Sharkey, לעיל ה"ש 14. 16

ARMIN KRISHNAN, *KILLER ROBOTS: LEGALITY AND ETHICALITY OF AUTONOMOUS WEAPONS* 4 (2009) 17

Crotoof, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1864–1865. 18

צו משרד ההגנה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 13. 19

כזה או אחר ניתן לקבוע כי מדובר ביכולת בחירה אשר הופכת אותה לאוטונומית? הצבת השאלה הזו מובילה מייד להבנה כי למונח "אוטונומיה" יש למעשה יותר ממשמעות אחת. מכיוון שלהבחנה בין אוטונומיות שונות יש חשיבות לבעיית-היסוד שעליה נצביע במאמר זה, אנו מציעים הבחנה נוספת בתוך הקטגוריה של כלי-הנשק האוטונומיים, והיא בין אוטונומיה מהותית לבין אוטונומיה טכנית.

אוטונומיה מהותית מתקיימת כאשר ניתן לומר כי למערכת כלשהי יש "מודעות" במובנו החזק של המונח (בהמשך נדון בקצרה למה כוונתנו במודעות כזו). במאמר זה לא נתייחס למערכות מסוג זה, ולו רק משום שמערכות כאלה אינן צפויות להתקיים בעתיד הנראה לעין או בכלל. אך יש גם סיבות מהותיות להניח בצד את הדיון באוטונומיה מהותית. זאת, משום שאם נקודת-ההתייחסות שלנו תהיה מערכות בעלות מודעות במובן החזק, לא יהיה מנוס מהיסחפות לדיונים פילוסופיים בלתי-פתורים לא רק בנוגע למהותן של מערכות אלה, אלא אף לגבי מהותה של האנושיות עצמה (ככל שיש כזו). כך, למשל, יש לשאול אם יהיה אפשר לומר שמערכות מסוג זה הן "מכונות" או שמא הן כבר חוצות את הקו לעבר קטגוריית-ביניים מעין-אנושית. מובן שלא כאן המקום לעסוק בשאלות אלה.<sup>20</sup> כמו-כן איננו עוסקים בחזונות דוגמת ה"סינגולריות" (singularity) מבית-מדרשו של ריי קורצווייל (Kurzweil), שבהם אנושיות וטכנולוגיה מתאחדות באופן שכבר אי-אפשר להבחין ביניהן,<sup>21</sup> או בקטסטרופות הוליוודיות שבהן מכונות נהפכות ל"צורת החיים" השלטת בכדור-הארץ. לכן אנו מניחים בצד את התסריט הבלתי-סביר של פיתוח מערכות בעלות אוטונומיה מהותית.

דיוננו כאן מוגבל אפוא למערכות שניתן להגדירן כבעלות אוטונומיה טכנית בלבד. אוטונומיה מסוג זה פירושה אך היכולת "לבחור" במובן זה שהמערכת מסוגלת, במובן הטכני בלבד, לקבל החלטות בנוגע לבחירה ולתקיפה של מטרות ללא מעורבות אדם בזמן-אמת ("humans out of the loop").<sup>22</sup> הסיבה שמערכת כזו אינה אוטונומית במובן המהותי טמונה בכך שהאדם מצוי בכל-זאת במעגל הרחב של קבלת ההחלטה ("humans in the wider loop"), אף אם אין הוא שולט בכל פעולה ופעולה.<sup>23</sup> מעורבות אנושית זו מתבטאת בתכנות האלגוריתמים הקובעים מראש את אופן הפעולה של המערכת, אף שדרך פעולה זו אינה נחזית תמיד מראש לפריטה. מכיוון שמערכות אוטונומיות במובן הטכני אינן מסוגלות לשנות את האלגוריתמים העומדים בבסיס פעולותיהן, באופן מקביל לתהליך הלמידה האנושי, אי-אפשר לומר כי הן מפעילות שיקול-דעת במובנו האמיתי: תהליך קבלת ההחלטות שלהן נכבד למעשה מראש על-ידי כללים אשר נקבעו על-ידי בני-אדם. אכן, ניתן לומר כי מערכות ממוחשבות אינן מסוגלות, ככלל, לקיים "חשיבה על חשיבה" או מטקוגניציה.<sup>24</sup> מטקוגניציה מניחה כי לסובייקט יש מודעות לגבי התהליך הקוגניטיבי עצמו. מודעות זו, כדי שתהיה

20 לשאלות מסוג זה ראו: Nick Haslam et al., *Subhuman, Inhuman, and Superhuman: Contrasting Humans with Nonhumans in Three Cultures*, 26 Soc. COGN. 248 (2008).

21 ראו באופן כללי: RAY KURZWEIL, *THE SINGULARITY IS NEAR: WHEN HUMANS TRANSCEND BIOLOGY* (2005).

22 דוח נשק אוטונומי, לעיל ה"ש 3, פס' 27 ו-39.

23 שם, פס' 39-40.

24 Michael T. Cox, *Metacognition in Computation: A Selected Research Review*, 169 *ARTIFICIAL INTELLIGENCE* 104 (2005).



מלאה, דורשת "ידיעה" בכמה מישורים, שאינם קיימים במערכות בעלות אוטונומיה טכנית בלבד.<sup>25</sup> מעבר ליריעה ולמודעות, מטקוגניציה מלאה מחייבת את היכולת לקיים "אסדרה" של ההליך הקוגניטיבי, המתבטאת ביכולת לשלוט בתהליך הלמידה.<sup>26</sup> לטעמנו, שתי רמות הידיעה הללו נדרשות כדי לקיים שיקול-דעת מעין-אנושי. במובן מסוים, שיקול-דעת הוא בדיוק תהליך של הפעלת בקרה עצמית לגבי הנחות-היסוד שלנו, בין ככלל ובין לגופו של מקרה מסוים. אוטונומיה טכנית, מעצם הגדרתה, אינה כוללת יכולות כאלה.<sup>27</sup> היא נבדלת מאוטונומיה מהותית בדיוק בכך שהיא אינה כוללת את היכולת להפעיל שיקול-דעת. ניתן, כמובן, לחלוק על הבחנה זו. כך, ניתן לטעון כי ההבחנה בין אוטונומיה מהותית לאוטונומיה טכנית מבוססת על תפיסה מהותנית של שיקול-הדעת האנושי. לפי גישה זו, יישום ממוחשב של אלגוריתמים מורכבים במיוחד אינו כה שונה, בפועל, מהפעלת שיקול-דעת לכל דבר ועניין.<sup>28</sup> טענה זו עשויה לקבל חיזוק משמעותי אם נאמץ תפיסת-עולם דטרמיניסטית: אם גם לבני-אנוש אין יכולת בחירה אמיתית, אזי גם שיקול-דעת אנושי כבול מראש על-ידי מאפייניו התרבותיים והביולוגיים של הפרט.<sup>29</sup> אם זו נקודת המוצא, הדרך קצרה לטענה כי אין הבדל של ממש בין פעולה על-פי תוכנה לבין פעולה אנושית, שאינה אלא תולדה של רצף גנטי כזה או אחר או של ריאקציה כימית. טענות אלה יורדות לטענה מהותית של התודעה האנושית, ומובן שאיננו יכולים למצותן כאן. אנו נצא מנקודת-המבט כי אכן ניתן לייחס לבני-אדם אחריות לבחירותיהם, ולו מכיוון ששליטת תפיסה זו מכחישה למעשה את עצם היתכנותו של שיפוט נורמטיבי, ואולי אף של המשפט עצמו.<sup>30</sup>

Gregory Schraw, *Promoting General Metacognitive Awareness*, 26 INSTRUCT. SCI. 25 (1998) 113, 114 (המתייחס ל"ידיעה" ביחס לקוגניציה כמורכבת מידיעה "דקלרטיבית", "פרודורלית" ו"מותנית").

שם. 26

יצוין כי למרות ההתקדמות הניכרת בעשורים האחרונים בתחום ה"Machine Learning – קרי, תהליכים המאפשרים למכונות "ללמוד" מ"ידע" נצבר – אי-אפשר לומר כי למידה טכנית כזו עולה כדי מטקוגניציה במובן שמזכיר שיקול-דעת אנושי. כפי שציין Cox, לעיל ה"ש 24, בעמ' 131 (ההדגשות במקור):

"[A]n introspective system is one whose domain is itself... in essence a metacognitive reasoner is a system that *reasons* specifically about itself (its knowledge, beliefs, and its reasoning process), not one that simply *uses* such knowledge."

ראו, למשל: Thomas J. Barth & Eddy Arnold, *Artificial Intelligence and Administrative Discretion: Implications for Public Administration*, 29 AM. REV. PUB. ADMIN. 332, 334–336 (1999).

ראו: Carl Hofer, *Causal Determinism*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., 2016), <http://plato.stanford.edu/entries/determinism-causal>

להתייחסות קלסית לחשיבותה של היכולת לייחס אחריות כיסוד מכונן של המשפט ראו: HANS KELSEN, INTRODUCTION TO THE PROBLEMS OF LEGAL THEORY §§ 15–16 (Bonnie L. Paulson & Stanley L. Paulson trans., Clarendon Press 1992).



לנוכח כל אלה, להתמקדותנו באוטונומיה טכנית – תוך הבנה כי מאפיינה המרכזי של אוטונומיה מסוג זה הוא העדר היכולת להפעיל שיקול-דעת – יש חשיבות מתודולוגית כמו-גם נורמטיבית. מבחינה מתודולוגית, היא מאפשרת לנו להעתיק את השיח מדיון מטפזי במאפייניה המהותיים של האוטונומיה (ואולי אף של האנושיות עצמה) לדיון ארצי יותר בפרוצדורה הראויה של קבלת החלטות. מבחינה נורמטיבית, כפי שנראה, להתמקדות זו יש משמעות כאשר מנתחים את השימוש בנשק אוטונומי תחת עקרונות המשפט הציבורי ביחס להפעלת סמכויות שלטוניות. זאת, משום שההכניה הנוקשה של קבלת ההחלטות באמצעות אלגוריתמים מתוכנתים מקבילה למעשה לכבילה מראש של שיקול-הדעת השלטוני.

## 2. התמריצים העיקריים לפיתוח נשק אוטונומי

התפתחותם של כלי-הנשק למן המהפכה התעשייתית שזורה במידה רבה בהתפתחות הטכנולוגית המואצת המאפיינת תקופה זו. מאז הומצא אבק-השרפה, ואף לפני כן, צרדים לוחמים שוקדים על פיתוחה של טכנולוגיה אשר תאפשר להם להפעיל כוח הרס נרחב יותר ויותר, תוך הקטנת הסיכון לכוחותיהם.<sup>31</sup> לכן, הגם שקיימת מחלוקת בין מומחים אם ניתן לומר שכבר קיימות מערכות אוטונומיות "אמיתיות" בשימוש מבצעי,<sup>32</sup> המגמה ההיסטורית, כמו-גם התמונה בהווה, תומכות בסברה כי אנו מתקדמים בצעדים בטוחים לאוטונומיזציה גוברת.<sup>33</sup> כך, כבר כיום קיימות מערכות המשמשות למילוי פונקציות "שאינן קריטיות", כגון ניווט ושליטה בחיישנים כאלה ואחרים,<sup>34</sup> ומשאבים רבים מושקעים בפיתוח יכולות אוטונומיות משמעותיות גם לצורך בחירת מטרת ותקיפתן. מערכות כאלה – אשר חלקן כבר קיימות כיום, גם בצבא הישראלי – עשויות לכלול, למשל, נשק "משוטט" (loitering) אשר שוהה באוויר ותוקף מטרת על-פי זיהוי;<sup>35</sup> מערכות תת-ימיות לאיתור ולתקיפה של ספינות; ומערכות קרקעיות נייחות (או ניידות) לזיהוי ולתקיפה של מטרות ("sentry weapons").<sup>36</sup> גם מערכות הגנה אקטיביות נגד טילים ורקטות (דוגמת "כיפת ברזל") עשויות להיחשב מערכות אוטונומיות, ככל שהן מופעלות ללא אישור אנושי לפני רגע השיגור. אולם במאמר זה לא נדון במערכות הגנה אקטיביות מסוג זה, משום שעל פני הדברים הן

31 ראו באופן כללי: ROBERT L. O'CONNELL, OF ARMS AND MEN: A HISTORY OF WAR, WEAPONS, AND AGGRESSION (1989).

32 Crootof, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1837 ו-1863.

33 ראו זקס וענתבי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 15-27.

34 INT'L COMM. OF THE RED CROSS, AUTONOMOUS WEAPON SYSTEMS: TECHNICAL, MILITARY, LEGAL AND HUMANITARIAN ASPECTS (2014).

35 רבים מביאים כדוגמה לכך את ה"שיאון" (Harpy), מתוצרת התעשייה האווירית הישראלית, אשר משוגר ומאתר באופן עצמאי מערכות מכ"ם של צבא האויב ותוקף אותן. ראו: Harpy NG, ISRAEL AEROSPACE INDUSTRIES, [http://www.iai.co.il/2013/36694-16153-en/Business\\_Areas\\_Land.aspx](http://www.iai.co.il/2013/36694-16153-en/Business_Areas_Land.aspx).

36 רוח מפגש המומחים, לעיל ה"ש 15. ראו גם ענבל אורפז "הכירו את איי-דרייב וגאודיום – הרובוטים שנלחמים בעזה" *TheMarker* 23.7.2014 [www.themarker.com/technation/1.2385569](http://www.themarker.com/technation/1.2385569).

אינן מכוונות כלל נגד מטרות אנושיות, ומשכך פוטנציאל הסיכון לחיי אדם אשר טמון בשימוש בהן נמוך במיוחד.<sup>37</sup>

התמריצים החזקים לפתח מערכות אוטונומיות ברורים על פניהם. התמריץ המובן מאליו ביותר הוא הרצון לחסוך בחיי לוחמים.<sup>38</sup> כמובן, הגנה על חיי חיילים אינה אך אינטרס ערכי ואלטרואיסטי מצד המדינה, שכן צמצום הפגיעה בחיילים מאפשר גם חופש פעולה רחב יותר למקבלי ההחלטות בבואם לשקול שימוש בכוח. עם זאת, קשה לטעון כי צמצום הפגיעה בחיילים הינו התמריץ העיקרי לפיתוח נשק אוטונומי, וזאת בשל הסיבה הפשוטה שניתן להגן על חיי חיילים גם באמצעות כלי-נשק הנשלטים מרחוק, שאינם בהכרח אוטונומיים, כגון כטב"מים ונשק מונחה. היתרון המבצעי הישיר הטמון באוטונומיזציה הוא אפוא יעילות ומהירות, ואילו שיקולים הומניטריים-פנימיים, כגון טובת החייל, הינם משניים כנראה. בניגוד לכלי-נשק הנשלטים מרחוק, כגון כטב"מים, מערכות אוטונומיות אינן נדרשות לפיקוח של מפעיל צמוד, ועל-כן מאפשרות לצבאות לקצץ בכוח-אדם או להקצותו למשימות אחרות.<sup>39</sup> נוסף על כך, מהירות התגובה של מערכות אוטונומיות גבוהה בהרבה מזו של בני-אדם.<sup>40</sup> תגובה מהירה מיתרגמת באופן מידי ליתרון מבצעי משמעותי, בפרט בלוחמה אסימטרית שבה זיהוי המטרות אינו פשוט כלל ועיקר. אם כן, נראה כי התמריץ העיקרי לפיתוח כלי-נשק אוטונומיים הוא יעילות מבצעית. עולה השאלה, כמובן, אם יעילות מבצעית בפני עצמה עשויה להוות שיקול מכריע לנוכח העלויות המשמעותיות של הנשק האוטונומי, שעליהן נצביע בהמשך.

## ב. הדיון המעגלי בדבר כלי-נשק אוטונומיים

כפי שצינינו, הדיון העכשווי בנשק אוטונומי משקף למעשה ויכוח קלסי בין (ובתוך) תפיסות מוסר תוצאתניות (או אינסטרומנטליסטיות) לבין תפיסות מוסר דאונטולוגיות; ובחפיפה לא-מבוטלת, גם התנגשות בין תפיסות אופטימיות לתפיסות פסימיות לגבי יכולותיה של הקדמה הטכנולוגית. כדי להבין טוב יותר את תרומתה המיוחדת של הזווית המנהלית בהקשר זה, נסקור בקצרה את אופיו המעגלי של הדיון הנוכחי בנושא.

### 1. השיח האינסטרומנטליסטי

השיח האינסטרומנטליסטי בנוגע לכלי-נשק אוטונומיים עוסק, ככלל, בארבעה היבטים עיקריים של הסוגיה: ראשית, בהשפעות הישירות על הפרט – על חייו, על שלמות גופו ועל שלמות רכושו – של שימוש בנשק אוטונומי בעת לחימה; שנית, בשאלת הגורם אשר לו תיחס האחריות ל"החלטות" של מערכות מסוג זה; שלישית, בהשפעתם האפשרית של כלי-

37 אם כי סיכון זה אינו נעדר לחלוטין. ניתן לטעון שקיים סיכון ליירוט שגוי של מטרה אזרחית או לפיזור של רסיסים. אולם דומה כי סיכון כזה הינו טכני במהותו, וקשור פחות להפעלת "שיקול-דעת" אוטונומי. מכיוון שסיכון זה הינו בשולי הדברים, לא נעסוק בו במאמר זה.

38 Crootof, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1866.

39 שם, בעמ' 1867.

40 דוח נשק אוטונומי, לעיל ה"ש 3, פס' 53.

הנשק האוטונומיים על נכונותן של מדינות לעשות שימוש בכוח (במישור ה־*jus ad bellum*), בהנחה שכל־יִנְשֵׁק אלה יקטינו במידה רבה את הסיכון לחייליהן;<sup>41</sup> ורביעית, בחשש מפני זליגה של נשק אוטונומי – אשר יפותח למטרות לחימה "לגיטימיות" לכאורה – גם לגורמים מפוקפקים העוסקים בטרור, בדיכוי ובמעשי זוועה.<sup>42</sup> מכיוון ששלוש הסוגיות האחרונות, למרות חשיבותן, אינן מאפיינות באופן מובהק דווקא דילמות הקשורות לאוטונומיזציה של כלי־נשק, נפרט יותר בסוגיה הראשונה, שלגביה נשק אוטונומי מעלה דילמות ייחודיות יותר. אם כן, השיח האינסטרומנטליסטי על־אודות נשק אוטונומי הוא בראש ובראשונה עימות בין תפיסות פסימיות לתפיסות אופטימיות לגבי טכנולוגיה. ההתנגדויות הפסימיות ספקניות באופן עמוק לגבי סיכוייהן של מערכות ממוחשבות להגיע אי־פעם לרמת התחכום הנדרשת כדי לעמוד במבחנים המשפטיים המורכבים והעמומים הקבועים בדין ההומניטרי.<sup>43</sup> במונחים תורת־משפטיים, גישה זו גורסת למעשה כי בעוד אין לשלול אפריורית את האפשרות שמערכות ממוחשבות עתידיות יוכלו ליישם כראוי "כללים" משפטיים בסיסיים ובהירים, קשה עד בלתי־אפשרי לדמיין מחשבים שיִישְמו כראוי "סטנדרטים" משפטיים, קרי, נורמות אשר מלכתחילה אינן מתימרות לקבוע את התוצאה המשפטית ה"נכונה" בכל מקרה ומקרה.<sup>44</sup> אכן, ההבחנה המקובלת בין כללים לסטנדרטים עשויה לסייע לנו להבין מדוע במקרים מסוימים "החלטות" ממוחשבות ייתפסו כלגיטימיות – אפילו כאשר מדובר בעניינים הרי־גורל – ואילו במקרים אחרים הן יעוררו התנגדות. כך, למשל, לא ייצא מתנגדים רבים לשימוש הנפוץ במחשבים לצורך קביעת מסלולי ירי ארטילרי,<sup>45</sup> וזאת אף שחישוביהם עשויים להשפיע על חיי אדם, משום שחישובים אלה מבוססים על כללים טכניים שאינם מצריכים שיפוט מורכב. לעומת זאת, קשה יותר להשלים עם החלטות ממוחשבות בנוגע להתקיימותה של השתתפות ישירה של אדם במעשי איבה אשר חושפת

---

41 ש.ם.

42 המכתב הפומבי, לעיל ה"ש 1. הכותבים אף טוענים כי שימוש ברובוטיקה למטרות הרג יכתים ענף מדעי זה, ויפגע ביכולתם של מדענים לפתח רובוטיקה למטרות ראויות.

43 ראו, לדוגמה, Sharkey, *The Evitability of Autonomous Robot Warfare*, לעיל ה"ש 8, בעמ' Noel Sharkey, *Cassandra or False Prophet of Doom: AI Robots and War*, 23 ;790-788 IEEE INTELLIGENT SYSTEMS 14 (2008); Peter Asaro, *On Banning Autonomous Weapon Systems: Human Rights, Automation, and the Dehumanization of Lethal Decision-Making*, 94 INT'L REV. RED CROSS 687, 697 (2012).

44 ראו, למשל: Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992); Amichai Cohen, *Rules and Standards in the Application of International Law*, 41 ISR. L. REV. 41 (2008); Asaro, *Humanitarian Law*, לעיל ה"ש 43.

45 ראו, למשל, "מערכת שו"ב: ערמון" [mazi.idf.il/4977-5614-HE/IGF.aspx](http://mazi.idf.il/4977-5614-HE/IGF.aspx).

אותו לתקיפה,<sup>46</sup> בנוגע לתחשיב המידתיות בזמן לחימה<sup>47</sup> וכדומה, בדיוק משום שהחלטות כאלה נשלטות על-ידי סטנדרטים משפטיים. הדבר נכון במיוחד ביחס לעקרונ המידתיות, אשר מתבסס, כפי שציין הנשיא (בדימוס) ברק בפרשת הסיכולים הממוקדים, על הכרעה ערכית-מוסרית.<sup>48</sup> הכרעה בדבר מידתיות, על-כן, היא החלטה אנושית באופן מובהק, ולו משום שהיא מוכרעת על-פי מבחנים של "שכל ישר" ושל "המפקד הצבאי הסביר", שהם מבחנים משפטיים קלסיים שאינם עולים בקנה אחד עם אוטונומיה במובנה הטכני.<sup>49</sup> אם כן, הלוח של הגישה האינסטרומנטליסטית-הפסימיסטית לגבי נשק אוטונומי הוא שהמגבלות לעיל יובילו לפגיעה רחבה יותר בבני-אדם, ומשכך יש לאסור את פיתוחו של נשק כזה ואת השימוש בו.

אף שיש ממש בביקורת אלה, מבחינה אנליטית חולשתן כביקורת עקרונית טמונה בכך שהן חשופות לטענות-נגד המסתמכות על אופטימיזם טכנולוגי: מכיוון שאין לשלול את האפשרות שטכנולוגיה עתידית תאפשר לפתח נשק אוטונומי שיצמצם את הפגיעה בבני-אדם, איננו יכולים לאסור אפריורית את פיתוחו ואת השימוש בו. המחזיקים בעמדה זו מניחים כי טכנולוגיה כזו לא רק אפשרית, אלא אולי אף בלתי-נמנעת,<sup>50</sup> וכי היא עשויה לצמצם את פגעי המלחמה באופן מוצלח יותר מבני-אנוש.<sup>51</sup> כך, למשל, הוצאת בני-אדם משדה-הקרב תצמצם, מטבע הדברים, את הצורך להפעיל כוח לשם הגנה על חייליים ("force protection") – כוח אשר עלול להיתרגם לפגיעה באוכלוסייה האזרחית.<sup>52</sup> אולם

- 46 השאלה מתי מתקיימת השתתפות ישירה במעשי איבה שנויה במחלוקת, ומכל מקום מורכבת. השו, לרוגמה, בין שני החיבורים הבאים: *Interpretive*, Nils Melzer (Legal adviser, ICRC), *Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* (2009); Kenneth Watkin, *Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Interpretive Guidance*, 42 NYU J. INT'L L. & POL. 641 (2010). יש הטוענים כי בעיה זו חריפה יותר בהקשר של נשק אוטונומי, משום שעל פניו הקביעה כי מתקיימת השתתפות ישירה דורשת הערכת כוונות אנושיות. ראו Asaro, לעיל ה"ש 43, בעמ' 697-698.
- 47 דוח נשק אוטונומי, לעיל ה"ש 3, פס' 70-73, Asaro, לעיל ה"ש 43.
- 48 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, פס' 45 לפסק-דינו של הנשיא (בדימוס) ברק (2006) (להלן: פרשת הסיכולים הממוקדים).
- 49 HUMAN RIGHTS WATCH, LOSING HUMANITY: THE CASE AGAINST KILLER ROBOTS 32-33 (2012) (להלן: דוח HRW); דוח נשק אוטונומי, לעיל ה"ש 3, פס' 70-73.
- 50 ראו: Kenneth Anderson & Matthew Waxman, *Law and Ethics for Robot Soldiers*, 176 POL'Y REV. (2012), <http://www.hoover.org/research/law-and-ethics-robot-soldiers>; RONALD C. ARKIN, GOVERNING LETHAL BEHAVIOR IN AUTONOMOUS ROBOTS 65-66 (2009); John O. McGinnis, *Accelerating AI*, 104 Nw. U. L. REV. 1253, 1256-1260 (2010). ראו גם Schmitt & Thurnher, לעיל ה"ש 8, בעמ' 239-240 ו-262. השו Asaro, לעיל ה"ש 43, בעמ' 699.
- 51 McGinnis, לעיל ה"ש 50, בעמ' 1267-1265.
- 52 U.N. Indep. Comm'n of Inquiry on the 2014 Gaza Conflict, *Report of the Detailed Findings of the Independent Commission of Inquiry Established Pursuant to Human Rights Council Resolution S-21/1*, 392, U.N. Doc. A/HRC/29/CRP.4 (June 24, 2015)

ההנחות האופטימיסטיות הללו נתקלות, בתורן, בביקורת הפסימיסטית שלפיה אי-אפשר לבסס הנחות נורמטיביות בהווה על ספקולציות בנוגע לטכנולוגיה שאינה צפויה בעתיד הקרוב, אם בכלל.<sup>53</sup> יוצא, אפוא, שהגישות התוצאתניות לשאלת הנשק האוטונומי מתבססות במידה רבה על ספקולציות לגבי טכנולוגיה עתידית, ולכן מבטלות זו את זו.

השיח האינסטרומנטליסטי מתאפיין לא רק בהנחות מנוגדות לגבי יכולות טכנולוגיות עתידיות, אלא גם בתפיסות סותרות לגבי השפעתו של הגורם האנושי – או טבע האדם ככלל – על שדה-הקרב. מובן שאם הגורם האנושי חיובי ביסודו, יש לשמר את נוכחותו בשדה-הקרב, ולהפך. בהקשר זה הצדדים היריבים במסגרת השיח האינסטרומנטליסטי משקפים תמונת מראה זה של זה. כך, האופטימיים לגבי התפתחות הטכנולוגיה מראים דווקא פסימיות רבה כלפי הגורם האנושי בשדה-הקרב, ואילו הפסימיים לגבי הטכנולוגיה נוטים דווקא לרומנטיזציה מסוימת של ההתנהלות האנושית בזמן לחימה. בהתאם, האופטימיסטים טוענים כי האנושות תרויח מכלי-נשק אוטונומיים, משום שאלה יהיו חסונים מפני ההיבטים השליליים של נפש האדם, כגון הרצון לנקום, הנטייה לדעות קדומות או סדיזם,<sup>54</sup> וכן מפני נטיות טבעיות, כגון פחד, שעלולות להוביל לפגיעה באזרחים.<sup>55</sup> הפסימיסטים, לעומתם, יענו מייד כי הוצאת היסוד האנושי משדה-הקרב תנטרל לא רק את ההיבטים השליליים של הטבע האנושי, אלא גם את אלה החיוביים – כגון "שכל ישר" וחמלה – אשר עשויים להניע בני-אדם לפעול במידת הרחמים בשדה-הקרב אף במצבים שבהם יהיה מותר להם לכאורה (מבחינה חוקית) להרוג את האויב.<sup>56</sup>

אם כן, חסרונותיו של השיח האינסטרומנטליסטי במובן שהוצג כאן גלויים על פניהם. גדרי הדיון בסוגיית כלי-הנשק האוטונומיים אינם יכולים להיקבע על-ידי חזונות אופטימיים לגבי טכנולוגיה, מצד אחד, ועל-ידי פסימיות יתרה, מצד אחר. אכן, נדרשת מידה של צניעות כאשר עוסקים בספקולציות בדבר טכנולוגיות עתידיות.<sup>57</sup> באופן דומה, הנחות לגבי טבע האדם ו"אופיו האמיתי" – ככל שיש כזה – אינן מקדמות רבות את הדיון, משום שהן אינן ניתנות להכרעה.<sup>58</sup> לכן הניסיון להסיק מ"טבע האדם" אמירה לגבי תוצאות הוצאתו של הגורם האנושי משדה-הקרב יהיה ספקולטיבי ונגוע במידת-מה של שרירותיות.

לטיעון משפטי המשקף היטב את הגישה האופטימיסטית לגבי נשק אוטונומי ראו Schmitt & Thurnher, לעיל ה"ש 8. עם זאת, יש לציין שגם שמיט ותרנר סבורים כי בעתיד הקרוב לא יהיה מנוס מלהשאיר החלטות בדבר מידתיות, למשל, בידי בני-אדם.

53 ראו Asaro, לעיל ה"ש 43, בעמ' 703; דוח HRW, לעיל ה"ש 49.

54 דוח נשק אוטונומי, לעיל ה"ש 3, פס' 54.

55 שם, פס' 70.

56 דוח HRW, לעיל ה"ש 49, בעמ' 37-39.

57 אפילו נואל שרקי, מגדולי המתנגדים לנשק אוטונומי, מודה כי אי-אפשר לשלול קטגורית פיתוח עתידי של מערכות כאלה אשר יהיה בכוחן להוציא לפועל סטנדרטים משפטיים מורכבים.

58 Peter Loftson, *Theories of Human Nature* 19-29 (1995). ויכוחים בנוגע ל"טבע האדם" Sharkey, *The Evitability of Autonomous Robot Warfare*, לעיל ה"ש 8.

2 Hugo Grotius, *On the Law of War and Peace* 13 (Clarendon Press 1925) (1625); Hersch

## 2. השיח הדאונטולוגי

כאמור, בעוד השיח האינסטרומנטליסטי עוסק בתוצאות הישירות של שימוש במערכות אוטונומיות, מתנהל דיון מקביל במישור הדאונטולוגי. תורות מוסר דאונטולוגיות בוחנות את מוסריותה של פעולה במנותק מהשפעותיה, – בבחינת "המטרה אינה מקדשת את האמצעים".<sup>59</sup> בהקשר של נשק אוטונומי הטענה הדאונטולוגית הבסיסית היא כי אף אם נניח שמערכות אוטונומיות יתגברו על המכשולים הטכנולוגיים הנוכחיים, ויוכלו להניב תוצאות טובות במובן של קידום הזכויות והאינטרסים שראוי להגן עליהם במהלך לחימה, עדיין אין לפתח אותן או להשתמש בהן, משום שיש משהו פסול מעיקרו בהריגת בני-אדם בכפוף ל"החלטה" ממוחשבת. בלשון פשוטה, גישה זו טוענת כי "אין להתיר למכונות לקבל את ההחלטה להרוג אנשים".<sup>60</sup>

הטיעון הדאונטולוגי בעניין זה מתבסס, ככלל, על שתי משפחות של טענות. האחת מתייחסת לאופייה של המלחמה עצמה כפעולה אנושית. טענה זו יוצאת מנקודת-הנחה כי מלחמה מוסרית היא אך כזו שיש בה יסוד של סיכון הדדי, משום שכאשר צד אחד פועל בהעדר סיכון, מדובר בהרג הדר-צדדי שאינו מוסרי.<sup>61</sup> תפיסה זו מבוססת על הקביעה כי כל הרג – בלחימה כמו בסיטואציות אחרות – יכול להיות מוצדק מוסרית רק אם הוא נעשה כפעולה של הגנה עצמית או הגנה על אחרים.<sup>62</sup> לכן, ככל שלוחמה באמצעות נשק אוטונומי מסירה את הסיכון לחייהם של הכוחות התוקפים, ההרג שיבוצע על-ידי מערכות אלה יהיה בלתי-מוצדק. אין זה המקום לדון בשאלת הקשר בין מלחמה מוסרית לסיכון הדדי, משום שהביקורת בדבר אי-התקיימותו של סיכון הדדי אינה מצביעה על בעיה ייחודית לנשק אוטונומי. למעשה, ביקורות מסוג זה מלוות באופן תדיר התפתחויות טכנולוגיות בשדה-הקרב. בעבר הועלו טענות דומות כלפי שימוש ברובים ובארטילריה,<sup>63</sup> וכיום דילמות זהות עשויות לעלות גם ביחס לשימוש בכלי-טיס בלתי-מאוישים או בחימוש מונחה, ואולי אף כלפי שימוש בחיל אוויר במתווה לוחמה אסימטרי. אף-על-פי-כן אין כמעט קולות הקוראים להטלת איסור דאונטולוגי מוחלט על שימוש בכלי-נשק אלה. נראה אפוא כי שורשה של הדילמה סביב נשק אוטונומי הוא בבעיה אחרת.

משפחת הטענות האחרת מתמקדת במאפייניה של "קבלת החלטות" הממוחשבת ובהשפעתה על כבוד האדם. כך, למשל, ניתן לטעון כי נשק אוטונומי מגדיל את הריחוק בין בני-האדם לבין התוצאות ההרסניות של מעשיהם, וכי אין להשלים עם מצב שבו אדם

Lauterpacht, *The Grotian Tradition in International Law*, 23 BRIT. Y.B. OF INT'L L. 1, 24–26 (1946).

Larry Alexander & Michael Moore, *Deontological Ethics*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., 2015), <http://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/ethics-deontological>

60 הצהרת ה-ICRAC, לעיל ה"ש 10.

61 דוח נשק אוטונומי, לעיל ה"ש 3, פס' 60.

62 ראו: Paul W. Kahn, *The Paradox of Riskless Warfare*, 22 PHIL. & PUB. POL'Y Q. 2 (2002); JEFF McMAHAN, *KILLING IN WAR* (2011).

63 Kahn, לעיל ה"ש 62, בעמ' 2 ו-6.

נהרג באופן שאינו משאיר כל עקבה מנטלית בקרב מי שאחראי להרג, אף אם ההרג עצמו מוצדק. כאשר מדובר בנשק אוטונומי, ריחוק זה גדול במיוחד – יותר, למשל, מזה הנוצר משימוש בנשק שנשלט מרחוק, כגון כלי-טיס בלתי-מאויש – משום שהניתוק כאן אינו אך פיזי, אלא מלווה ניתוק מנטלי, בשל האשליה כי כלי-הנשק מקבל "החלטות" בעצמו.<sup>64</sup> למעשה, נשק אוטונומי מאפשר הרג, בין אם מוצדק ובין אם לאו, מבלי שאדם כלשהו יישא על מצפונו את האחריות לכך.

אך גם השיח הדאונטולוגי אינו חף מבעיות. ראשית, כתמיד, דאונטולוגיה עלולה להיקלע למבוכה כאשר יאלצה להתעמת עם תסריטים קיצוניים. כך, תוצאתנים עשויים להציג לפני הדאונטולוגיה תסריט היפותטי שבו ברור כי שימוש בנשק אוטונומי בסיטואציה מסוימת יוביל לפגיעה נלווית ב-5 אזרחים בלבד, למשל, ואילו שימוש בכני-אנוש יוביל לפגיעה נלווית ב-100 אזרחים. במקרה כזה יש לדאונטולוגיה שלוש אפשרויות תגובה, שכולן אינן אטרקטיביות במיוחד: לכפור בהיתכנותו של התסריט כבסיס לדיון, לסגת בצורה כזו או אחרת מעמדתה המוחלטת (threshold deontologism) או "לבלוע את הגלולה המרה" ולהכיר בכך שאובדן חיים נרחב עשוי להיות עדיף על אובדן חיים מצומצם אך משום שהאחרון הינו תולדה של קבלת החלטות ממוחשבת.<sup>65</sup>

פיטר אסרו (Asaro), ממייסדי ICRAC, מציג עמדה דאונטולוגית מתוחכמת, המבוססת הן על עקרונות הדין ההומניטרי והן על טענות מתחום האתיקה. טענתו הבסיסית היא כי אי-אפשר לאצול את הסמכות להפעיל כוח קטלני למחשב.<sup>66</sup> על-פי אסרו, מסקנה זו עולה מהדין ההומניטרי הפוזיטיבי, אשר לדירו "דורש באופן מפורש מלוחמים, בהיותם אנושיים, לשקול את משמעויות מעשיהם ולפעול בחמלה ובשיקול-הדעת".<sup>67</sup> בעיניו, הדין ההומניטרי – למשל, בכל הקשור לעקרונות המידתיות – אינו שם את הדגש ב"תחשיב המידתיות" במובנו הטכני, אלא דווקא ב"מחשבה המודעת" המאפיינת קבלת החלטות אנושית.<sup>68</sup> "צדק", על-פי אסרו, "אינו יכול להיות אוטומטי": כאשר מחשב מחליף חשיבה אנושית, עקרונות של הליך ראוי מתערערים עד היסוד, משום ששיפוט אנושי הינו תנאי מוקדם לקיומה של כל מערכת של צדק.<sup>69</sup>

אכן, קו טיעון זה מקרב אותנו לדילמה המיוחדת העולה מנשק אוטונומי, משום שהוא עוסק באופן קבלת ההחלטות בעת לחימה, בדומה לעיסוקו של המשפט המנהלי בהסדרת אופן הפעלתו של שיקול-הדעת המנהלי. אולם עמדתו של אסרו לוקה בחסר, משום שהתייחסותו למושגים כגון "צדק" אינה מתבססת על אמירה תיאורטית רחבה יותר בדבר הקשר שבין הסדרת הלחימה לבין תפיסות של צדק הליכי המאפיינות את המשפט הציבורי. מבלי לעמוד על אופיו של קשר זה יהיה קשה לשאוב מהדין ההומניטרי לברו דרישה שיווית להפעלת שיקול-הדעת אנושי, אם נניח לצורך העניין כי מדובר במערכת אוטונומית שמסוגלת להניב

64 דוח נשק אוטונומי, לעיל ה"ש 3, פס' 26-27.

65 השוו Alexander & Moore, לעיל ה"ש 59.

66 Asaro, לעיל ה"ש 43, בעמ' 689.

67 שם, בעמ' 700.

68 שם.

69 שם, בעמ' 701.



תוצאות סבירות. לשון אחר, גישתו של אָרְוֵי אינה מְסַפֶּקת קישור תיאורטי מוצק בין מערכת הדינים הבינ-לאומיים המסדירים את התנהגות הצדדים בעת עימות מזוין – אשר במהלכו הקשר העיקרי ביניהם מובן בדרך-כלל כמתבטא במעשי איבה הדדיים – לבין מושגים של "צדק פרוצדורלי", "הגינות" או "הליך ראוי", שהשימוש הרגיל בהם נעשה בהקשר של המשפט הפנימי בעת שלום. אכן, אָרְוֵי מסביר מדוע נשק אוטונומי עשוי לפגוע ברעיונות של צדק פרוצדורלי, אך הוא אינו מסביר מדוע עקרונות אלה רלוונטיים מלכתחילה בעת לחימה. לסיכום-ביניים, הגישה האינסטרומנטליסטית כמו-גם זו הדאונטולוגית אינן משכנעות דיין, כפי שהודגם לעיל. בחלקו הבא של המאמר נציע גישה שלישית לבחינת הדילמה המורכבת של נשק אוטונומי – גישה שביכולתה לגשר באופן תיאורטי בין לחימה לבין עקרונות משפטיים-מנהליים של הליך ראוי.

### ג. לחימה כהפעלת סמכות שלטונית

1. המלחמה כסדרה של פעולות שלטוניות והערך המוסרי השווה של אזרחים

כפי שראינו, חלק מהטיעונים הדאונטולוגיים בנוגע לנשק אוטונומי מתייחסים לעקרונות של צדק פרוצדורלי ושל הליך ראוי. אולם חסרונם של טיעונים אלה טמון בכך שהם אינם מסבירים מדוע מסגרת חשיבה זו רלוונטית לדינים המסדירים פעולות לחימה. אכן, כדי לטעון כי עקרונות אלה רלוונטיים בזמן מלחמה, עלינו לומר משהו אף על מאפייניה הנורמטיביים של המלחמה עצמה. כפי שנפרט בהמשך, בעינינו, את המלחמה המודרנית יש להבין כצורה של הפעלת סמכות שלטונית, אשר נדרשת, ככזו, לעמוד בכללים בסיסיים של המשפט הציבורי.<sup>70</sup> אכן, למשפטנית הישראלית רעיון זה עשוי להישמע מוכר. כבר בפרשת ג'מעית אסכאן פסק השופט ברק כי בעת פעילותו בגדה המערבית, "כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי, שענינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי".<sup>71</sup> עם זאת, יש לזכור כי דברים אלה נאמרו ביחס להפעלת סמכויותיו של המפקד הצבאי לאור דיני הכיבוש, אשר באופן מפורש מקנים בידו סמכויות (וחובות) מנהליות נרחבות.<sup>72</sup> לעומת זאת, תפיסות כמו-מנהליות של הליך ראוי אינן נתפסות, לפחות בחשיבה המסורתית, כרלוונטיות ללחימה אקטיבית, בפרט כאשר זו מתקיימת במצבים שאינם עולים כדי כיבוש. כך, לדוגמה, יש הטוענים כי למן "ההתנתקות"

70 ראו: Benedict Kingsbury et al., *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 L. & CONTEMP. PROBS. 15, 17 (2005); Eyal Benvenisti & Amichai Cohen, *War is Governance: Explaining the Logic of the Laws of War from a Principal-Agent Perspective*, 112 MICH. L. REV. 1363 (2014); Eliaiv Liebl ich, *Show Us the Films: Transparency, National Security and Disclosure of Information Collected by Advanced Weapon Systems under International Law*, 45 ISR. L. REV. 459, 483 (2012).

71 בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתעאוניה אלמחרודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, פס' 33 לפסק-דינו של השופט ברק (1983).

72 שם.

אין עוד לישראל חובות כמו־מנהליות כלפי תושבי רצועת עזה, משום שלטענתם ישראל אינה שולטת עוד בשטח הרצועה.<sup>73</sup>

הדברים האחרונים אינם מפתיעים. באופן מסורתי דיני הלחימה לא נתנו ככלל את דעתם לתפיסות של הליך ראוי, כפי שאנו מבינים אותן כיום בדין הפנימי. לדוגמה, קוד ליבר משנת 1863 (The Lieber Code) – מקבץ פקודות שהסדיר את פעולותיו של צבא הצפון במלחמת־האזרחים האמריקנית, ואשר נחשב אחד מציוני־הדרך הראשונים של המשפט ההומניטרי – קבע באופן נחרץ כי "אזרח או יליד של ארץ עוינת... חשוף, ככזה, למצוקות המלחמה".<sup>74</sup> ברי כי גישה הכורכת פרטים יחדיו על־פי השתייכותם הפורמלית לישות פוליטית מסוימת, ובכך מטילה עליהם, בפועל, אחריות למעשי מדינתם, אינה עולה בקנה אחד עם מאפייני־יסוד של צדק הליכי או הליך ראוי, אשר מושתתים על אינדיווידואליזציה של החברים בקולקטיב הפוליטי. אכן, באופן מסורתי מושג הצדק לא היה מצוי במרכז עיסוקו של המשפט הבין־לאומי הפוזיטיבי, אשר מבחינה היסטורית שאף להתבסס על ניטרליות ערכית.<sup>75</sup> בהתאם לכך נתפסה המלחמה כ"מאבק בין מדינות לשם התגברות זו על זו",<sup>76</sup> וההתייחסות אליה לא נוסחה בשפה של צדק. גם כיום ההבדל התפיסתי בין עשיית צדק לבין לחימה נמצא ביסוד ההבחנה המקובלת בין הדינים החלים על פעולות של אכיפת חוק (law enforcement) לבין אלה המסדירים מעשי איבה בעת לחימה.<sup>77</sup> אכן, תכליתם המקובלת של האחרונים אינה עשיית צדק, אלא צמצום מרבי של הנזק שנוצר עקב מצב שאינו צודק בהגדרתו.<sup>78</sup> כמונחים רולסיאניים דיני הלחימה משקפים תיאוריה "שאינה אידיאלית"

73 כך, מדינת־ישראל טענה ביחס לחובותיה לאוכלוסיית רצועת עזה לאחר ההתנתקות כי אלה מתמצות בחובות הומניטריות "מצומצמות" הנובעות ממצב הלחימה, ואינן כוללות חובה פוזיטיבית לפעול למען תושבי עזה, כפי שנדרש על־פי דיני הכיבוש. ראו בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, פס' 12–13 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 30.1.2008), שם קיבל בית־המשפט עמדה זו, אף אם בהסתייגות מסוימת. יצוין כי גישתה של מדינת־ישראל שלפיה עוזה אינה עוד שטח כבוש שנויה במחלוקת. ראו, למשל: Int'l Crim. Ct. (ICC) – The Office of the Prosecutor, *Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia* – Article 53(1) Report, 26–29 (Nov. 6, 2014).

אנו שמים בצד, לעת עתה, תפיסות מתפתחות של "כיבוש פונקציונלי" ואת השפעתן על הלחימה האקטיבית אף לפני השתכללותו של כיבוש במובנו המסורתי. על כיבוש פונקציונלי ראו: Aeyal Gross, *Rethinking Occupation: The Functional Approach*, *Opinio Juris* (Apr. 23, 2012), <http://opiniojuris.org/2012/04/23/rethinking-occupation-the-functional-approach> 74 *General Orders No. 100, Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (24 April 1863)*, in *THE LAWS OF ARMED CONFLICT: A COLLECTION OF CONVENTIONS, RESOLUTIONS, AND OTHER DOCUMENTS* 3, 7, art. 21 (Dietrich Schindler & Jiri Toman eds., 2nd ed. 1981) (להלן: קוד ליבר) (ההדגשה הוספה).

75 1. LASSA OPPENHEIM, *INTERNATIONAL LAW* § 11 (1912)

76 שם.

77 ראו: Eliav Liebllich, *Quasi-Hostile Acts: The Limits on Forcible Disruption Operations*, *under International Law*, 32 B.U. INT'L L.J. 101, 110–117 (2014)

78 דיני הלחימה נתפסים על־ידי הזרם המרכזי של המומחים כמערכת דינים "שתכליתיה צמצום הסבל האנושי למינימום מבלי לחתור תחת האפקטיביות של הפעילות הצבאית". YORAM

(non-ideal theory), בכך שהם אינם שואפים להביא את החברה למצב אידיאלי, אלא אך לצמצם את הפגיעה במצב נתון.<sup>79</sup> לנוכח כל אלה, ללא הרחבה תיאורית משמעותית, הדין ההומניטרי אינו נתפס כמערכת של עשיית צדק, כפי שעולה מדבריהם של השואפים להשתית איסור נשק אוטונומי על תפיסות של צדק והליך ראוי.<sup>80</sup> התפיסה המסורתית של המלחמה כללה, אם כן, הנחה מסוימת של קולקטיביות: מלחמה הייתה התנגשות "אופקית" בין קבוצות פוליטיות, ו"האויב" כלל הן את מנגנוני המדינה והן את אזרחיה.<sup>81</sup> מנקודת מוצא כזו היה אפשר לכפור בקלות בקיומן של חובות כלשהן במישור היחסים שבין המדינה לבין אזרחי האויב. כל מדינה הייתה אחראית, ככלל, להגן על אזרחיה אל מול הפעולות הלוחמתיות של הצד שכנגד.<sup>82</sup> הסדרת הלוחמה התבססה, אם כן, על מערכת "אנכית" של חובות הגנה בין הריבון לבין אזרחיו. מערכת חובות זו הועברה מריבון אחד לריבון אחר רק כאשר טריטוריה מסוימת נכבשה.<sup>83</sup> ברי כי תחת הנחה זו קיים קושי אמיתי להתייחס לנשק אוטונומי לאור עקרונות של "הליך ראוי" בזמן לחימה. אכן, הגישה המסורתית הציבה את עקרון הצורך הצבאי כתכלית העליונה של דיני הלחימה: מקום שניתן להצביע על צורך צבאי כזה, ואין דרך אחרת להשיגו, שיקולים הומניטריים ייסוגו (מעין "איזון אנכי").<sup>84</sup> על-פי דייוויד לובן (Luban), גישה זו<sup>85</sup> -

"...assigns military necessity and the imperatives of war-making primary, axiomatic status. In this vision, the legal regulation of warfare consists of adjustments around the margins of war to mitigate its horrors. Those adjustments [are]... logically secondary, and [they yield] to the *force majeure* of military necessity."<sup>86</sup>

במידת-מה גישה זו משקפת עדיין מחנה בר-השפעה בקרב הקהילה המשפטית-הביין-לאומית, אשר באופן לא-מקרי רוב התומכים כיום בנשק אוטונומי נמנים עימו.

- 
- DINSTEIN, THE CONDUCT OF HOSTILITIES UNDER THE LAW OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICTS 17 (2004)
- 79 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 7-8 (6th ed. 2003)
- 80 Asaro, לעיל ה"ש 43, בעמ' 701.
- 81 ראו OPPENHEIM, לעיל ה"ש 75, § 57; Janina Dill, *Should International Law Ensure the Moral Acceptability of War*, 26 LEIDEN J. INT'L L. 253, 259 (2013)
- 82 W. Hays Parks, *Air War and the Law of War*, 32 A.F. L. REV. 1, 21 (1990)
- 83 Hague Convention (IV) Respecting Laws and Customs of War on Land, arts. 42-43, Oct. 18, 1907, 36 Stat. 2227, (להלן: אמנת האג הרביעית).
- 84 לדוגמה, ראו קוד ליבר, לעיל ה"ש 74, ס' 15, אשר קובע את גרדי הפעולות הנדרשות כדי לממש את הצורך הצבאי מבלי להגבילן, למשל, אל מול נזק אנכי לאזרחים.
- 85 אשר ניתן לשייכה למחנה שאפשר לתייגו כמחנה "דיני העימות המזוין" (law of armed conflict) LOAC (-), הפועל מול מחנה "המשפט ההומניטרי", אשר שם את הדגש בצרכים הומניטריים. ראו: Eyal Benvenisti, *Human Dignity in Combat: The Duty to Spare Enemy Civilians*, 39 ISR. L. REV. 81, 83 (2006)
- 86 David Luban, *Military Necessity and the Cultures of Military Law*, 26 LEIDEN J. INT'L L. 315, 316 (2013)

אולם תפיסה זו של המלחמה הייתה בת-הגנה (אף אם לא לחלוטין משכנעת) בעידן שבו צורת המלחמה הנפוצה הייתה בין צבאות סדירים של מדינות. כיום המצב שונה מן היסוד. רוב-רובן של המלחמות במערכת הבין-לאומית הינן מערכות אסימטריות בין מדינות לבין שחקנים שאינם מדינתיים.<sup>87</sup> במצב דברים זה ניתן בהחלט להניח כי שימוש בנשק אוטונומי ייעשה ברובם הגדול של המקרים על-ידי צבאות מתקדמים נגד שחקנים לא-מדינתיים הפועלים במדינות או בטרטוריות נחשלות. בנסיבות אלה עלול להיווצר פער משמעותי בהגנה על אזרחים באזורי העימות – תופעה שאנו מכירים היטב גם באזורנו.<sup>88</sup> הפער הזה הוא למעשה תוצר של ארבעה מאפיינים שכיחים בלוחמה אסימטרית. ראשית, סכסוכים אלה מתאפיינים בהתערבות בין אוכלוסייה אזרחית לבין לוחמים, אשר באופן טבעי מובילה לפגיעה משמעותית יותר באזרחים. התערבות זו היא תולדה של טקטיקות הלחימה של ארגונים חמושים, בין שהן ננקטות מתוך כוונה לנצל את האוכלוסייה האזרחית לרעה ובין שהן ננקטות בשל שיקולים מבצעיים שעשויים להיות לגיטימיים.<sup>89</sup> שנית, במקרים רבים ארגונים חמושים אינם חשופים ללחצים דומים לאלה המופעלים על מדינות. המשטר הנורמטיבי החל עליהם לוקה במגבלות משמעותיות,<sup>90</sup> והם אינם פועלים בסביבה פוליטית אשר מעודדת אחריותיות. משכך, ארגונים חמושים עלולים להעמיד את האוכלוסייה האזרחית בסיכון רב. שלישית, הלחימה אינה מתוחמת לא בזמן ולא במרחב.<sup>91</sup> הלחימה הא-סימטרית נהפכת לתופעה יומיומית, ממש כמו הפשיעה המאורגנת. היא מתקיימת במקביל במדבריות סוריה ובמרכזי הערים באירופה, והגבולות בין לוחם לאזרח הולכים ומיטשטשים. רביעית, בעימותים אסימטריים המושג "ניצחון", במובנו המסורתי, אינו קיים.<sup>92</sup> בשל הקושי להכריע את הגורם הלא-מדינתי, מושגים עמומים כגון "הרתעה", "צריכת תודעה" ו"תמונת ניצחון"

- 
- 87 למספרם העולה של עימותים מסוג זה ראו: *Uppsala Conflict Data Program (UCDP) Armed Conflict Dataset v.4-2015, 1946–2014*, UPPSALA UNIVERSITET (June 22, 2015), [http://www.pcr.uu.se/research/ucdp/datasets/ucdp\\_prio\\_armed\\_conflict\\_dataset](http://www.pcr.uu.se/research/ucdp/datasets/ucdp_prio_armed_conflict_dataset)
- 88 על הקשיים האתיים שבלוחמה אסימטרית ראו גם משה הלברטל "אתגרים מוסריים בלחימה א-סימטרית" *משפט ועסקים* יז 525 (2014).
- 89 לדיון במאפיינים אלה של העימות האסימטרי ראו: ELIAV LIEBLICH & OWEN ALTERMAN, TRANSNATIONAL ASYMMETRIC ARMED CONFLICT UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW: KEY CONTEMPORARY CHALLENGES 18–19 (2015).
- 90 ראו, באופן כללי, הלברטל, לעיל ה"ש 88; LIESBETH ZEGVELD, ACCOUNTABILITY OF ARMED OPPOSITION GROUPS IN INTERNATIONAL LAW 526–527 (2002).
- 91 ראו באופן כללי: Rosa Ehrenreich Brooks, *War Everywhere: Rights, National Security, Law, and the Law of Armed Conflict in the Age of Terror*, 153 U. PENN. L. REV. 675 (2004).
- 92 זאת, משום שהתמודדות מוצלחת עם גורמים לא-מדינתיים תחייב בדרך-כלל שינוי לטווח ארוך, ולא הישגים טקטיים מקומיים. ראו: Gabriella Blum, *The Fog of Victory*, 24 EUR. J. INT'L L. 391, 391–394 (2013).

תופסים מקום מרכזי בשיח המדינתי, והניסיון להשיגם עלול להיתרגם – באופן ישיר או עקיף – לנזק נרחב לאזרחים.<sup>93</sup>

לסיכום, בסכסוכים אסימטריים רבים הפרט המצוי באזור פעולה של גורם לא-מדינתי לא ייחנה מכל הגנה מדינתית מוסדרת. הפערים הללו בהגנה על הפרט, בד בבד עם ההתחזקות הכללית של שיח זכויות האדם בעשורים האחרונים,<sup>94</sup> הובילו למחשבה מחודשת על היחס שבין צרכים צבאיים לבין שיקולים של הגנה על הפרט, והתכלית העליונה של הדין – אשר ביחס אליה נערך אותו איזון אנכי – כבר אינה בהכרח הצורך הצבאי, אלא האינטרס ההומניטרי.<sup>95</sup> דייוויד לופן אף מרחיק לכת וטוען כי כיום יש להבין את הצורך הצבאי עצמו ככולל בתוכו שיקולים הומניטריים.<sup>96</sup> שינוי זה באופי האיזון עשוי להקים חובות הגנה "אלכסוניות" בין הכוח התוקף לבין הפרט שמצוי "בצד האחר" ואשר שרוי בסכנה, בין היתר בשל התקפותיו.<sup>97</sup> ניתן כמובן להעלות את השאלה מדוע הפער בהגנה מיתרגם לחובות נוספות דווקא על הצד התוקף. לטעמנו, גישה הומניסטית מחייבת להכיר בכך שעמידה של בעל כוח אל מול חסר אונים המושפע מהכוח מקימה אפריורית חובות מיוחדות.<sup>98</sup>

מרגע שאנו מכירים בכך שיש להכיר בחובות "אלכסוניות" מסוג זה, נפתח הפתח להביט על הלוחמה המודרנית – וביתר שאת לנוכח מאפייניה האסימטריים – כצורה של הפעלת

93 השוו גיורא איילנד "מלחמת לבנון השלישית: המטרה – לבנון" עדכן אסטרטגי 11(2) 9 (2008). המושג "הרתעה" הינו עמום וספקולטיבי, כמובן, ועל-כן ניתן לעשות בו שימוש כדי להצדיק כמעט כל נזק אגבי שנגרם לאזרחים. הסכנה הטמונה במושגים עמומים כגון זה היא שבכוחם לרוקן מתוכם סטנדרטים של מידתיות. מסיבה זו הפרשנות המקובלת של הדין ההומניטרי נוטה לפרש את הצורך הצבאי הלגיטימי באופן צר, כמורכב אך מ"החלשת כוחותיו הצבאיים של האויב". ראו: Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight (St. Petersburg Declaration), 1868. באותה רוח דברים, היתרון הצבאי שניתן לשכללו בתחשיב המידתיות אל מול נזק לאזרחים צריך להיות "קונקרטי וישיר". ראו: Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), art. 51(5)(b), June 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 3.

94 ראו: SAMUEL MOYN, THE LAST UTOPIA 176–211 (2010).

95 ראו Luban, לעיל ה"ש 86, בעמ' 328–336. כך, למשל, התכלית הצבאית נסוגה כאשר הנזק האגבי לאזרחים העולה ממנה אינו מידתי. ראו הפרוטוקול הראשון, לעיל ה"ש 93, ס' 51(5)(b). גם בפסיקתו של בית-המשפט העליון הישראלי נקבע כי הצורך הצבאי עשוי לסגת כאשר הנזק לאזרחים הנגרם מהשגתו רב על התועלת. ראו בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, פס' 43–36 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2004).

96 Luban, לעיל ה"ש 86, בעמ' 339.

97 ראו באופן כללי: Eyal Benvenisti, *Rethinking the Divide Between Jus ad Bellum and Jus in Bello in Warfare Against Nonstate Actors*, 34 YALE J. INT'L L. 541 (2009).

98 יצוין כי על-אף העובדה שפערי ההגנה המנויים לעיל חמורים בעיקר בהקשר של לוחמה אסימטרית – הן לנוכח מאפייניה והן לנוכח שכיחותה כיום – תהליך האינדיווידואליזציה של הלחימה רלוונטי במישור העקרוני גם לסכסוכים סימטריים, ככל שאוכלוסייה אזרחית עלולה להיפגע במסגרתם. ההבדל בין סכסוכים אסימטריים לבין סכסוכים סימטריים לענייננו הוא על-כן הבדל כמותי, ולא מהותי.

סמכות מדינתית שבכוחה לפגוע בפרט, ולא דווקא כעימות אופקי בין ריבונים. נקודה זו מתחזקת לנוכח פערי הכוחות והיכולות הטכנולוגיות המאפיינים את הלוחמה המודרנית, אשר מאפשרים – לפחות במצבים מסוימים – לחימה ללא סיכון משמעותי לחיי חייליו של הגורם המדינתי. בתנאים אלה ניתן לומר כי בעת הלחימה קיימות נסיבות שבהן יש שהות להפעיל שיקול-דעת מקיף לא תחת איום על החיים, באופן שמוכר במידת-מה הליך קבלת החלטות מנהלי מסודר.<sup>99</sup> מרגע שמביטים על הלחימה מנקודת-מבט זו, המושג האחד "מלחמה" מתפרק לרצף של פעולות שלטוניות. ככאלה עליהן להיות מוכפפות לכל אותן נורמות בסיסיות המסדירות את המעשה השלטוני – במישור הפנימי ובמישור הבין-לאומי כאחד.<sup>100</sup>

איננו טוענים, כמובן, כי יישומה של נקודת-המבט המנהלית כלפי אזרחים זרים בזמן לחימה יהיה זהה לחלוטין ליישומה כלפי אזרחי המדינה בזמן שלום. הדין בכל הקשור להפעלת כוח שלטוני רגיש לסיטואציות עובדתיות שונות. אכן, ניתן לומר שעצם החלת הדין ההומניטרי משנה במידה רבה את נקודת האיזון הקיימת בעת שלום.<sup>101</sup> אולם העובדה שהאיזון בין הערכים עשוי להוביל לתוצאות שונות בנסיבות שונות אין משמעותה שהנורמות הבסיסיות ישתנו אך ורק משום שעסקינן בלחימה.<sup>102</sup> הדרישה להחלת נורמות זהות כלפי כל היבטיה של הפעולה השלטונית אינה אך תולדה של מאפייניה הספציפיים של הלוחמה המודרנית, אלא גם עולה בקנה אחד עם תיאוריות חדשות של תפיסת המלחמה הצודקת (just war), הגורסות כי המלחמה אינה שונה מכל מצב דברים אחר לצורך תחולתן של נורמות מוסריות בסיסיות.<sup>103</sup>

כאמור לעיל, בעבר חובות מנהליות כלפי אזרחי הצד האחר הוכרו כחלות על מדינות בדרך-כלל רק כאשר טריטוריה נכבשה על-ידיהן.<sup>104</sup> הכרה זו התעצבה בעידן של מלחמות

99 ראו, למשל, את ההליך הכמו-מנהלי הנערך לפני שישראל מאשרת פעולה של "סיכול ממוקד", כאשר זו אינה מערכת סיכון לכוחות צה"ל. ועדה מיוחדת לבחינת פעולת סיכול ממוקד – צלאח שחאדה דין וחשבון 55–84 (2011). באופן דומה, הצבא האמריקני קבע כי בהעדר סיכון לכוחות, אם נשקלת תקיפה אשר עלולה להסב פגיעה אגבית באזרחים, שיקול-הדעת לפני התקיפה צריך להיות סדור ויסודי; ואילו מקום שקיים סיכון לכוחות, דרישות אלה לא יחולו, והפעולה תהיה כפופה לשיקול-הדעת של דרגי השטח. Chairman of the Joint Chiefs of Staff, *No-Strike and the Collateral Damage Estimation Methodology*, app. B to enclosure C.6(d), CJCSI 3160.01 (Feb. 13, 2009).

100 Kingsbury et al., לעיל ה"ש 70, בעמ' 17.

101 זאת, לנוכח אופיו ה"מאפשר" של הדין ההומניטרי לעומת דיני זכויות האדם. ראו: Eliav, *Lieblich, Internal Jus ad Bellum*, 67 HASTINGS L.J. 687, 734–736 (2016).

102 ניתן אומנם לטעון כי בהחלת הדין המנהלי אנו עושים דווקא "נורמליזציה" של מצב הלוחמה. אולם בעיות מסוג זה עולות בכל הקשר שבו נעשית אסדרה של פעילות על-מדינתית. לדין בדינמיקה הזו השוו בין שני החיבורים הבאים: Paul W. Kahn, *Imagining Warfare*, 24 EUR. J. INT'L L. 199 (2013); Samuel Moyn, *Drones and Imagination: A Response to Paul Kahn*, 24 EUR. J. INT'L L. 227 (2013).

103 ראו, למשל, McMahan, לעיל ה"ש 62; HELEN FROWE, *DEFENSIVE KILLING* (2014).

104 קוד ליבר, לעיל ה"ש 74.

סימטריות בין צבאות סדירים. אולם יש להדגיש כי מקורן של החובות הללו מעולם לא היה סטטוס משפטי רשמי כזה או אחר בפני עצמו; יסוד השליטה של המעצמה הכובשת, מצד אחד, והעדר השליטה של המדינה הנכבשת, מצד אחר, הם שעומדים בבסיסם של דיני הכיבוש.<sup>105</sup> בסכסוכים א-סימטריים, מהטעמים שהדגשנו לעיל, קל לראות שיכולים להתקיים יחסי שליטה בין המדינה, באמצעות צבאה המאורגן, לבין האוכלוסייה בשטח שבו היא תוקפת, גם אם הנעליים של לוחמיה אינן פוגשות את הקרקע.<sup>106</sup> בהקשר זה דומה כי בשנים האחרונות התבססה תפיסה מרחיבה של מושג השליטה תחת הדין הבין-לאומי. חלק מתהליך זה מקורו בהבנה כי ההתקדמות הטכנולוגית והגלובליזציה של העשורים האחרונים מאפשרות למדינות להשפיע רבות על פרטים המצויים מעבר לגבולן, אף כאשר אין הן שולטות בטריטוריה הרלוונטית באופן פיזי. כך, למשל, בפסקתו של בית-המשפט האירופי לזכויות אדם (ה-ECHR) הורחב מושג השליטה אל מעבר למצבים של כיבוש, כדי לכלול גם סיטואציות שבהן הפרט מצוי בשליטתו של "סוכן מדינתי".<sup>107</sup> יש הטוענים כי חובות כמו-מנהליות יחולו אף כאשר מדינות ממלאות פונקציות שלטוניות כלפי אוכלוסייה אזרחית כלשהי, אף בהעדר כל נוכחות קרקעית.<sup>108</sup> בעיני יובל שני, היקף החובות ה"פונקציונליות" הללו הינו נגזרת של יחסי הכוח בין המדינה לבין הפרט המצוי בטריטוריה אחרת או לחלופין של היחסים המשפטיים המיוחדים הקיימים ביניהם.<sup>109</sup> כך או כך, ניתן בהחלט לומר – אף שהדבר שנוי במחלוקת – כי תהליך בחירת המטרה ותקיפתה עולה כדי שליטה במובנה הפונקציונלי, משום שבמסגרת תהליך זה הסוכן המדינתי מחזיק בכוח מוחלט לגבי חייו ומותו של פרט.<sup>110</sup> נשק אוטונומי יכול על-כן להיתפס כ"שולט" על הפרט, כאמור, ללא הפעלת שיקול-דעת.

- 
- Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation* 1 (2nd ed. 2012) 105
- Eyal Benvenisti, *The Law on Asymmetric Warfare*, in *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* 931, 944–949 (Mahmoud H. Arsanjani et al. eds., 2010) 106
- U.N. Human Rights: *Al-Skeini v. U.K.*, 2011-IV Eur. Ct. H.R. 99 131–140 107  
Comm., General Comment 31, Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant 10, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004)
- זוהי, למעשה, "הגישה הפונקציונלית" לדיני הכיבוש. ראו Gross, לעיל ה"ש 73. כן ראו, למשל: 108  
Sari Bashi & Tamar Feldman, *Scale of Control: Israel's Continued Responsibility in the Gaza Strip* (Gisha – Legal Center for Freedom of Movement, Nov. 2011), [http://gisha.org/UserFiles/File/scaleofcontrol/scaleofcontrol\\_en.pdf](http://gisha.org/UserFiles/File/scaleofcontrol/scaleofcontrol_en.pdf); Orna Ben-Naftali et al., *Legal Opinion Concerning Supply of Electricity and Water to the Gaza Strip* (Gisha – Legal Center for Freedom of Movement, July 20, 2014), <http://gisha.org/UserFiles/File/publications/letters/letter-en-20-7-14.pdf>. בהקשר אחר ראו עניין *Al-Skeini*, לעיל ה"ש 107, פס' 11–12 לפסק-דינו של השופט בונלו (Bonello).
- Yuval Shany, *Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality* 109  
*in International Human Rights Law*, 7 L. & ETHICS HUM. RTS. 47 (2013)
- הדבר נכון אף אם מבחינת המשפט הפוזיטיבי לא ברור אם תהליך התקיפה ייחשב תמיד 110  
כ"שליטה" לצורך הקניית סמכות שיפוט. ראו: *Bankovic v. Belgium*, 2001-XII Eur. Ct.



מכל מקום, חשוב להדגיש כי אף אם לא נאמץ תפיסה מרחיבה של מושג השליטה, יש עדיין סיבות טובות להכיר בקיומן של חובות מעין-מנהליות בזמן לחימה. זאת, משום שלצד ההתפתחות בתפיסת מאפייניה של השליטה חלה התפתחות אף בהבנת הריבונות עצמה. כך, התפיסה המסורתית של הריבונות כ"נאמנות" כלפי קהילת-הבית הפוליטית בלבד נחלשת אל מול ההבנה כי בהיבטים מסוימים הריבון חייב לפעול כנאמן של האנושות כולה. תהליך זה נדון בפירוט על-ידי אחד הכותבים במקום אחר.<sup>111</sup> לענייננו, די בהצגת הרעיונות הבסיסיים של גישה זו.

הלזו של הגישה, אם כן, הוא כי ראוי (ויש אף ביטוי לדרישה זו בדין הבין-לאומי הפוזיטיבי)<sup>112</sup> שמדינות יישאו בחובה שירות להביא בחשבון שיקולים של טובת "האחר" – קרי, מי שאינו אזרח שלהן או שמצוי מחוץ לגבולותיהן – במסגרת תהליכי קבלת החלטות שלהן. ההצדקה הבסיסית לכך היא התלות ההדדית המאפיינת את היחסים הבין-לאומיים המודרניים. כיום יש תחומים רבים – כגון הגנה על הסביבה או שימוש במשאבי-טבע – שבהם החלטות ריבוניות אינן משפיעות אך על אזרחיה של המדינה מקבלת ההחלטה, אלא גם על חייהם של פרטים מחוץ למדינה.<sup>113</sup> מתוך ההבנה האינטואיטיבית שלכוח חייבת להתלוות אחריות עולה כי יש להטיל חובות – אף אם פרוצדורליות בעיקרן – כאשר החלטות עשויות להשפיע לרעה על גורמים חיצוניים, וזאת אף בהעדר שליטה אפקטיבית. רעיון זה, שהינו קוסמופוליטי ביסודו, שאוב מההכרה בערך המוסרי השווה של כל אדם כאשר הוא אדם (equal moral worth), כמו-גם מתפיסות של רווחה וצדק גלובליים.<sup>114</sup>

אולם מסיבות נורמטיביות, כמו-גם מסיבות מעשיות, התפיסה של ריבונות כנאמנות גלובלית אינה קוראת לביטולה של המערכת המדינתית ולהקמת משטר עולמי פדרלי, וגם אינה דורשת ממדינות לוותר על האינטרסים הפרטיקולריים שלהן. כל שתפיסה זו דורשת הוא הכרה פרגמטית באופיין המנהלי של החלטות שמתקבלות על-ידי מדינות ומשפיעות על צדדים שלישיים, ובצורך להתייחס ברצינות להשפעות אלה.<sup>115</sup> יודגש כי מרגע שמכירים בכך שאחריות זו הינה חלק ממושג הריבונות עצמו, היא מתקיימת גם בהעדר חובות מכוח אמנה ספציפית.<sup>116</sup> אם כן, נאמנות גלובלית מצמיחה כמה חובות מינימליות אשר מבוססות היטב במסורות של המשפט המנהלי. לענייננו רלוונטית הדרישה להביא בחשבון את האינטרסים של האחר בעת קבלת החלטות. דרישה זו כוללת, מנה ובה, את החובה להפעיל שיקול-דעת כאשר החלטות הריבון צפויות להשפיע על המצויים מעבר לגבולותיו.<sup>117</sup> אף כאשר הפעולות המשפיעות נעשות במסגרת עימות מזוין חוצה גבולות, אין בכך כדי לאיין חובות אלה.

AI-Saadoon v. Secretary ;70 בעמ' 109, לעיל ה"ש 333 62–82. H.R. ראו, לעומת זאת, Shany, לעיל ה"ש 109, בעמ' 70. of State for Defence [2015] EWHC (Admin) 715 (Eng.)

Eyal Benvenisti, *Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States* 111 *to Foreign Stakeholders*, 107 Am. J. Int'l L. 295 (2013)

שם, בעמ' 297.

שם, בעמ' 298.

שם, בעמ' 301–313.

שם, בעמ' 300–301.

שם, בעמ' 300.

שם, בעמ' 313–325.

כיצד הבנה זו של המציאות המשפטית משפיעה על שאלת הנשק האוטונומי? לשון אחר, כיצד ננסח את המשמעות הנורמטיבית של עקרונות-העל הללו בבואנו לבחון סוגיה ספציפית? נראה כי התשובה טמונה בניחות משמעותו של עקרון הערך המוסרי השווה, כפי שהוא עשוי לחול בסיטואציות של לחימה. אבישי מרגלית ומייקל וולצר (Walzer), למשל, גוזרים מעיקרון זה את הדרישה שכאשר כוחות צבאיים פועלים בקרב אזרחי אויב, שומה עליהם להפעיל אותם אמצעי זהירות – ובכלל זה ליטול מידת-מה של סיכון עצמי – שהם היו מפעילים אילו סיכנו פעולותיהם את אזרחיהם שלהם. את מסקנתם זו הם מבססים על תרגיל מחשבתי שבמסגרתו ארגון חזבאללה משתלט על קיבוץ מנרה שבגבול ישראל-לבנון. השאלה הנשאלת היא אם בשוקלו את האמצעים שיש לנקוט כדי להחזיר את השליטה בקיבוץ, יהיה זה "לרשאי להשתית את הבחירה על השתייכותם הקולקטיבית של האזרחים שעלולים להיפגע מהפעולה. על-פי מרגלית וולצר, ניתוח מוסרי קר מחייב תשובה שלילית.<sup>118</sup> כפי שדייוויד לובן מבהיר, אין פירושה של מסקנה זו שמדינה חייבת תמיד לפעול באופן פוזיטיבי למען אזרחיהן של מדינות אחרות, אלא אך שאסור למדינה להתייחס לאזרחים זרים מתחת לסטנדרט מינימלי, באופן שלעולם לא הייתה מתייחסת לאזרחיה שלה. הרבר נכון ביתר שאת כאשר פעולתה של המדינה עצמה היא שיוצרת את הסיכון הקונקרטי.<sup>119</sup> אם נשליך את גישותיהם של מרגלית, וולצר ולובן על סוגיית הנשק האוטונומי, יש לשאול את המדינות הרלוונטיות אם הן יסכימו לעשות שימוש בכלי-נשק כאלה בסיטואציות שבהן *אזרחיהן שלהן* יהיו חשופים ל"החלטות" המתקבלות על-ידיהם. דומה שמדינות מסוימות כבר ענו בשלילה לשאלה זו – אם כי באופן מרומז – בכך שהטילו מגבלות על קבלת החלטות ממוחשבת בהקשרים מנהליים פנימיים. כך, לדוגמה, סעיף 15 לדירקטיבה EC/95/46 של האיחוד האירופי קובע כי לפרט יש זכות "לא להיות כפוף להחלטה בתי-משמעות משפטית כלפיו... אשר מבוססת אך ורק על עיבוד אוטומטי של מידע".<sup>120</sup> אומנם, הסעיף מאפשר עיבוד אוטומטי של מידע מקום שהדבר "מאפשר בחוק אשר קובע גם אמצעי הגנה על האינטרסים הלגיטימיים של מושא המידע".<sup>121</sup> אולם ברור כי על-מנת לא לרוקן את הסעיף מתוכנו לחלוטין, נדרש לכל-הפחות שההחלטה הממוחשבת לא תהיה סופית, ושייוותר פתח לערר או להשגה לפני גורם אנושי.<sup>122</sup> בהקשר של נשק אוטונומי משמעותה של דרישה כזו היא שיישאר "אדם במעגל" (human in the loop) בטרם תתקבל החלטה בלתי-הפיכה. אומנם, בארצות-הברית ניכר לאחרונה שימוש

118 השוו: Avishai Margalit & Michael Walzer, *Israel: Civilians & Combatants*, 56 N.Y. REV. BOOKS (May 14, 2009); Asa Kasher & Amos Yadlin, *Military Ethics of Fighting Terror: An Israeli Perspective*, 4 J. MIL. ETHICS 3 (2005) הסיכון "משפט ועסקים" יז 663 (2014).

119 David Luban, *Risk Taking and Force Protection*, in READING WALZER 277, 289–290 (Yitzhak Benbaji & Naomi Sussmann eds., 2013).

120 Council Directive 95/46 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, art. 15(1), 1995 O.J. (L 281) 31.

121 שם, ס' 15(2)(b).

122 Danielle Keats Citron, *Technological Due Process*, 85 WASH. U. L. REV. 1249 (2008)

ב"מערכות אוטומטיות לקבלת החלטות", אך אלה אינן משמשות ליישום של סטנדרטים משפטיים, אלא לכל-היותר פועלות על-פי כללים, וממילא אינן מופעלות לגבי עניינים של דיני נפשות.<sup>123</sup> הנה כי כן, אם מדינות מוצאות לנכון להגביל את השימוש במערכות ממוחשבות כלפי אזרחיהן שלהן, וזאת אף בהקשרים אקוטיים הרבה פחות מקבלת החלטות בזמן לחימה, ספק רב אם יהיה זה לגיטימי מצד מדינות אלה לפעול באופן אחר כאשר הקורבנות הפוטנציאליים הינם אזרחים זרים.

## 2. עקרונות משפטיים-מנהליים בדין הבין-לאומי הפוזיטיבי

אף שהדין ההומניטרי המסורתי אינו מתייחס באופן מפורש לחובות מהמשפט המנהלי, ניתן בכל-זאת למצוא מאפיינים של חשיבה משפטית-מנהלית גם בדין ההומניטרי הפוזיטיבי המודרני, באופן שעולה בקנה אחד עם ההבנה – המוזכרת לעיל – כי כיום הצורך הצבאי הטוהר אינו עליון תמיד על שיקולים הומניטריים. כך, למשל, החובה לנקוט "זהירות מתמדת" (constant care) בעת ביצוע פעילות צבאית, כפי שזו קבועה בסעיף 157(1) לפרוטוקול הראשון משנת 1977, מתווה למעשה תהליך קבלת החלטות דומה לזה הנובע מהחובה המנהלית להפעיל שיקול-דעת – חובה שנרחיב עליה בהמשך.<sup>124</sup> זכותם של עצורים לבחור נציגים כדי להתנהל מול המעצמה העוצרת<sup>125</sup> מזכירה אף היא תפיסות מנהליות של הליך ראוי ושימוע הוגן. נוסף על כך, ההוצאה ההדרגתית של מעשי הגמול הלוחמניים (belligerent reprisals) מתחומי המותר בדין ההומניטרי<sup>126</sup> מייצגת התרחקות מתפיסת הלחימה כמאבק בין ישויות קולקטיביות, והתחזקות ההבנה כי אין זהות בין הריבון לאוכלוסייתו – הבנה אשר עשויה להצדיק חובות "אלכסוניות" מצד ריבונים כלפי אוכלוסיית האויב. זאת ועוד, חשוב לציין כי עצם הרעיון של נורמות שויריות, שניתן ליצוק לתוכן תכנים משפטיים-מנהליים, אינו זר לדין ההומניטרי מלכתחילה. כך, למשל, סעיף מרטנס (Martens Clause) קובע כי כאשר עניין מסוים אינו מוסדר באופן מפורש בדין ההומניטרי, "חוקי האנושות" וצוויי "המצפון הציבורי" ישמשו מקור נורמטיבי שוירי.<sup>127</sup> אכן, חלק מההתנגדויות הראוונטולוגיות לנשק אוטונומי טוענות כי נשק מסוג זה הינו בלתי-אנושי בהגדרה, וככזה

123 שם, בעמ' 1252 ו-1263.

124 ראו להלן תת-פרק ג3.

125 Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, art. 102, August 12, 1949, 75 U.N.T.S. 287

126 Robert Kolb, *The Main Epochs of Modern International Humanitarian Law Since 1864 and Their Related Dominant Legal Constructions*, in SEARCHING FOR A 'PRINCIPLE OF HUMANITY' IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW 23, 52–53 (Kjetil Mujezinović Larsen et al. eds., 2013)

127 מקורו של סעיף מרטנס באמנות האג (1899 ו-1907), אך הוא אומץ גם בפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה. Hague Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War, on Land, 32 Stat. 1803, July 29, 1899; אמנת האג הרביעית, לעיל ה"ש 83. ראו ככלל: Theodor Meron, *The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*, 94 AM. J. INT'L L. 78 (2000)

הוא מנוגד לסעיף מרטנס.<sup>128</sup> אולם, כדי למלא את עקרון האנושיות בתוכן כזה, יש לבסס קודם לכן אמירה לגבי מהות היחסים בין צדדים ללחימה, כפי שהצענו במאמר זה. בדומה לביקורתנו על גישתו של אסר, ללא אמירה כזו יהיה קשה להסתמך על כלל שיורי כדי לפסול מראש שימוש בנשק אוטונומי. כפי שציין תיאודור מירון –

“...the Martens clause does not allow one to build castles of sand. Except in extreme cases, its references to principles of humanity and dictates of public conscience cannot, alone, delegitimize weapons and methods of war, especially in contested cases.”<sup>129</sup>

לכן הרכבת ההבנה המנהלית של הלחימה על-גבי העקרונות הקבועים בסעיף מרטנס עשויה למלא אותו בתוכן רלוונטי אף לבחינת חוקיותו של הנשק האוטונומי. לגישתנו, ייתכן בהחלט שניתן לשאוב מעקרון האנושיות הקבוע בסעיף מרטנס גם נורמות לעניין אופן הפעלת שיקול-הדעת בעת לחימה.

את נקודת-המבט המנהלית ניתן למצוא גם בדיני זכויות האדם הבינ-לאומיים, אשר חלים – בעיני רובם המכריע של המומחים והערכאות השיפוטיות הרלוונטיות – אף בעת עימות מזוין ובאופן אקסטרימליסטי.<sup>130</sup> מובן שדיני זכויות האדם כוללים הגנות פרוצדורליות, במובן זה שתנאי לכל פגיעה בזכויות אדם הוא קיומו של הליך ראוי וסביר שבמסגרתו נשקלים כלל השיקולים הרלוונטיים לגופו של מקרה.<sup>131</sup> כך, בית-המשפט האירופי לזכויות אדם קבע כי “תהליך קבלת החלטות אשר מוביל לאמצעים הפוגעים [בזכויות אדם] צריך להיות הוגן, וככזה עליו לתת את הכבוד הראוי לאינטרס של הפרט.”<sup>132</sup> באופן דומה, כאשר פירש בית-הלוודים הבריטי את הוראת האמנה האירופית לזכויות אדם, שלפיה פגיעה בזכויות מותרת רק כאשר היא נעשית “בהתאם לחוק”, הוא הבהיר כי המושג מתייחס גם לא רק ל“חוק” במובנו הטכני, אלא גם לעקרונות מהותיים של שלטון החוק, אשר מתייחסים גם לאופן הפעלת שיקול-הדעת המנהלי.<sup>133</sup> נקודת מוצא זו רלוונטית ללחימה, בראש ובראשונה,

128 דוח HRW, לעיל ה"ש 49, בעמ' 35-36.

129 Meron, לעיל ה"ש 127, בעמ' 88.

130 לסקירה ראו: Noam Lubell, *Human Rights Obligations in Military Occupation*, 94 INT'L REV. RED CROSS 317, 317-323 (2012).

131 Eyal Benvenisti, *The Law of Global Governance* ch. 3 (2014).

132 *Taşkin v. Turkey*, 2004-X Eur. Ct. H.R. 179 124-125.

133 R (on the application of Gillan (FC) and another (FC)) v. Commissioner of Police for the Metropolis and another [2006] UKHL 12 [34] (appeal taken from EWCA) גם: *Gillan & Quinton v. U.K.*, 2010-I Eur. Ct. H.R. 223 76-77 (“[a] well established case-law [indicates that] the words ‘in accordance with the law’ require the impugned measure both to have some basis in domestic law and to be compatible with the rule of law... [This means that] a legal discretion granted to the executive [cannot] be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate with sufficient clarity the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise”).

משום שעל-פי דיני זכויות האדם אין ליטול חייו של אדם באופן "שרירותי"<sup>134</sup>. אכן, ההבנה כי דיני זכויות האדם הבינ-לאומיים כוללים גרעין של משפט מנהלי עשויה לסייע לנו להבין מה ייחשב נטילה "שרירותית" של חיי אדם בעת לחימה. שיקולים דומים הניעו לאחרונה את בית-המשפט לערעורים באנגליה לקבוע כי העובדה שדיני הלחימה בסכסוכים מסוימים אינם אוסדים מעצרים כמו-מנהליים אין בה כדי להקנות סמכות לעצור.<sup>135</sup> השופטים ציטטו בהסכמה את הדברים הבאים, אשר שוללים למעשה את הגישה שלפיה למדינות יש שיקול-דעת מוחלט (unlimited will) כאשר הדין "שותק":

"There is... increasing acceptance that the rules of international law are the foundation upon which the rights of states rest, and no longer merely limitations upon states' rights which, in the absence of a rule of law to the contrary, are unlimited. Although there are extensive areas in which international law accords to states a large degree of freedom of action (for example, in matters of domestic jurisdiction), it is important that the freedom is derived from a legal right and not from an assertion of unlimited will, and is subject ultimately to regulation within the legal framework of the international community."<sup>136</sup>

ברי כי הקביעה ש"שיקול-דעת מוחלט" אינו קיים בדין הבינ-לאומי שקולה לקביעה ישירה כי המדינה, לפי הדין הבינ-לאומי, פועלת למעשה כרשות מנהלית, אשר גרדי סמכותה כפופים תמיד להוראות הדין. לסיכום חלק זה, לתפיסתנו יש להבין את הלחימה המודרנית כמורכבת מרצף של החלטות שלטוניות אשר עשויות להשפיע לרעה על הפרט. לתפיסה זו יש תימוכין אף בדין הפוזיטיבי. קעת נעבור לדון בבעיה העיקרית העולה כאשר בוחנים את השימוש בנשק אוטונומי על רקע תפיסה זו – בעיית הכבילה של שיקול-הדעת המנהלי.

### 3. נשק אוטונומי ככבילת שיקול-דעת

החובה להפעיל שיקול-דעת לפני קבלת החלטה מנהלית הינה עקרון-יסוד במשפט המנהלי. לפי עיקרון זה, על הרשות המנהלית לשקול כל החלטה להפעיל סמכות שלטונית, וזאת ביחס לתכלית הסמכות ובהתחשב באינטרסים ובזכויות העלולים להיפגע מיישום ההחלטה. משמעות הדבר היא, כמובן, שעל הרשות להפעיל שיקול-דעת לכל אורך הדרך, במובן זה שהיא אינה מוסמכת לכבול את שיקול-דעתה מראש. רעיון זה נוכח בשיטות משפט רבות. כך, לדוגמה, בית-הלורדים קבע כי על הרשות המנהלית להיות נכונה לשמוע "כל

International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), art. 6(1), Mar. 23, 1976, 134 999 U.N.T.S. 171

Serdar Mohammed v. Ministry of Defence [2014] EWHC (QB) 1369 [164–242], 135 [251–253] (Eng.)

.ROBERT JENNINGS & ARTHUR WATTS, OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW 12 (9th ed. 1992) 136

אדם בעל עמדה חדשה" בנוגע לעניין מסוים, ולשנות את מדיניותה כאשר הדבר נדרש.<sup>137</sup> אכן, בשיטות משפט שונות רשויות מנהליות רשאיות להנחות את שיקול-דעתן באמצעות קביעת הנחיות מנהליות, אך אלה אינן יכולות לשלול את שיקול-הדעת לחלוטין. עליהן להיות גמישות מספיק כך שיהיה אפשר לחרוג מהן בזמן-אמת.<sup>138</sup> זה המקום לציין כי עקרון אי-הכבילה מבוסס היטב אף בדין הישראלי. כמו מערכות משפט אחרות, הדין הישראלי מכיר בחוקיותן של הנחיות מנהליות רק ככל שהן אינן שוללות מראש הפעלת שיקול-דעת.<sup>139</sup> על-פי הפסיקה, החובה להפעיל שיקול-דעת הינה חובה "מתמשכת" על ציר הזמן, ומשמעותה הבסיסית היא כי הרשות אינה יכולה להתחייב מראש לא לשנות את עמדתה. כפי שקבע לאחרונה בית-המשפט העליון, "משמוענת לרשות המינהלית סמכות, חלה עליה חובה מתמשכת לשקול את הצורך בהפעלתה, ואל לה לקבל החלטה מראש לגבי העמדה שתחזיק בה בעתיד באשר לאופן הפעלתה".<sup>140</sup> בית-המשפט העליון יישם גישה זו אף בהקשרים כלכליים ופוליטיים רגישים, כגון בסוגיית האסדרה של דרכי ניצולם של מאגרי הגז הטבעי של המדינה ובנושא סמכותו של ראש הממשלה לפטר שר.<sup>141</sup> ניתן בהחלט לומר כי האיסור החל על כבילת שיקול-דעת קשור באופן הדוק לעקרון הסבירות, משום שאי-אפשר להביא בחשבון את כל השיקולים הרלוונטיים לעניין אם אין מפעילים שיקול-דעת בזמן-אמת ובהתחשב בנסיבות הספציפיות.<sup>142</sup> מכיוון שבדין

137 British Oxygen Co. Ltd. v. Minister of Technology [1971] AC (HL) 610 (UK) ("There may be cases where an officer or authority ought to listen to a substantial argument reasonably presented urging a change of policy. What the authority must not do is to refuse to listen at all"). ראו גם באופן כללי: Jeffrey Jowell et al., *De Smith's Judicial Review* (2014).

138 Elizabeth Magill, *Foreword: Agency Self-Regulation*, 77 GEO. WASH. L. REV. 859, 862, 875 (2009). ראו גם יואב דותן *מינהליות 196*, 284 (1996).

139 דפנה ברק-ארז *משפט מנהלי 201* (2006); דותן, לעיל ה"ש 138, בעמ' 111. בעניין אל-על נתיבי אויר נקבע כי ההחלטה שקיבלה הממשלה, שלפיה לא ימונה "מוביל נקוב" נוסף בקו תל-אביב-ניו-יורק (לצד אל-על) אלא אם כן תרד אל-על מתחת לסף מסוים של פעילות, אינה שוללת את שיקול-דעתו של שר התחבורה לקבל החלטה הסוטה ממדיניות זו בהתייחס לעובדות שיוצגו לפניו. הנשיא ברק הסביר כי אין לפרש את ההחלטה כמונעת סטייה ממנה, משום שפרשנות כזו מנוגדת לאיסור כבילתו של שיקול-הדעת המנהלי. ראו בג"ץ 900/06 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' שר התיירות (פורסם בנבו, 22.8.2006).

140 ראו בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' קו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 27.3.2016); ברק-ארז, לעיל ה"ש 139, בעמ' 201.

141 ראו בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993), שם נדונה סמכותו של ראש הממשלה לפטר שר בממשלתו, על רקע הימנעותו של ראש הממשלה רבין מלהפעיל את הסמכות לגבי השר דרעי. בית-המשפט דחה את עמדתו של ראש הממשלה, שהתבססה על התחייבות לא לפטר את השר דרעי כל עוד לא יוגש נגדו כתב אישום.

142 שם, פס' 15 לפסק-דינו של הנשיא שמגר ("בעת בחינת האפשרות של הפעלת הסמכות, שומה על הרשות הסטטוטורית לשוות נגד עיניה את כל המרכיבים הרלוונטיים, קרי את כל הנושאים

הישראלי נקבע כאמור כי המשפט המנהלי הישראלי עוקב אחר החייל הישראלי כאשר ילך, ניתן לטעון כי החובה להפעיל שיקול-דעת מתמיד מחייבת את כוחות צה"ל גם בעת לחימה אקטיבית. נקדים את המאוחר ונציין כי אם דרישה זו תקפה כלפי הנחיות מנהליות עלי ספר, קל וחומר שהיא תהיה תקפה גם ל"הנחיות מנהליות" הנקבעות באלגוריתם, אשר הרשות המנהלית אינה מסוגלת להבינו כלל, וממילא לשנותו. אכן, כפי שנראה מייד, לעקרון אי-הכבילה יש משמעות בבואנו לפרש את כללי הדין הבין-לאומי הרלוונטיים לנשק אוטונומי. אם כן, יש שתי משפחות של הצדקות לאיסור החל על כבילת שיקול-דעת, ושתיהן רלוונטיות באופן ישיר לסוגיית הנשק האוטונומי. הצדקות מהסדר הראשון עוסקות בפרט אשר זכויותיו עלולות להיפגע מההחלטה המנהלית. הרשות מחויבת לתת לפרט את הכבוד הראוי ("due respect"), בכך שתביא בחשבון את השפעת ההחלטה עליו בנסיבות העניין.<sup>143</sup> יש לציין כי ניתן לגזור את עקרון אי-כבילתו של שיקול-הדעת אף מהזכות לשוויון, משום שכבילה כזו פירושה, לכל דבר ועניין, ביכור של שוויון פורמלי על שוויון מהותי.<sup>144</sup> כך או כך, חובה זו הינה חלק בלתי-נפרד מתפיסת הנאמנות המצויה ביסוד המשפט המנהלי, ומטבע הדברים היא מתחזקת ככל שמדובר בפעולות עתירות סכנה, כגון לחימה. במבט ראשון נראה כי הצדקה זו חופפת את הטיעון הדאונטולוגי נגד נשק אוטונומי, אשר מתייחס אף הוא לשיקולים של כבוד האדם. אולם ההיגיון שבבסיס הצדקה זו שונה, משום שהוא נובע כאמור מחובתו של הריבון, כנאמן, לפעול לטובת הפרט, ותנאי יסודי לכך הוא שהריבון יפעיל שיקול-דעת במקרה הספציפי כדי לעמוד על טובתו של הפרט בנסיבות העניין.

*הצדקות מהסדר השני עוסקות בקשר שבין שיקול-הדעת לבין איכות קבלת ההחלטות לטווח הארוך. כך, סביר להניח כי על ציר הזמן, בעולם מורכב, החלטות המתבססות על הנחיות נוקשות – מבלי שניתן להתאימן בזמן-אמת למציאות המשתנה – לא יובילו לתוצאות טובות.<sup>145</sup> דרישה זו היא תולדה של מגבלותיו האפיסטמיות של הרגולטור. לפי הארט, מגבלות אלה נובעות מ"אי-ידיעה יחסית של עובדות" ומ"עמימותן היחסית של תכליות".<sup>146</sup> הרגולטור אינו יכול לחזות מראש, בעת קביעת המדיניות, את כלל המצבים העוברתיים העתידיים שעליו להתייחס אליהם; וכן אין הוא יכול לחזות את האיזון ה"נכון" בין תכליותיה השונות של הנורמה, משום שהיכולת לקבוע מראש את האיזון הראוי נשענת, כמובן, על היכולת לחזות עובדות.<sup>147</sup> קלזן אף הרחיק לכת וטען כי קיומו של מרחב שיקול-הדעת הוא חלק אינהרנטי מהחוק כתופעה חברתית, במובן זה שאי-אפשר ליצור נורמה משפטית שיישומה לא יחייב שיקול-דעת לכל אורך שרשרת הביצוע. במילותיו של קלזן:*

"Even a meticulously detailed command must leave a number of determinations to those carrying it out. If official *A* orders official *B* to arrest subject *C*, *B* must use his own discretion to decide when, where

היוצרים את פסיפס הנתונים שלפניה".

- 143 Benvenisti, *Sovereigns as Trustees of Humanity*, לעיל ה"ש 111, בעמ' 314.
- 144 הצדקה זו לעקרון אי-הכבילה מקובלת במשפט הצרפתי. ראו דותן, לעיל ה"ש 138, בעמ' 284.
- 145 ראו, למשל, Barth & Arnold, לעיל ה"ש 28, בעמ' 338 ו-348-349.
- 146 H.L.A. Hart, *Discretion*, 127 HARV. L. REV. 652, 661-664 (2013).
- 147 שם.



and how he will carry out the warrant to arrest C; and these decisions depend upon external circumstances that A has not foreseen and, for the most part, cannot foresee."<sup>148</sup>

לסיכום נקודה זו, ניתן לומר כי האיסור החל על כבילת שיקול-הדעת הוא אינהרנט לפעולתו של הריבון כנאמן הציבור, וכי נורמה המבוססת על כבילת שיקול-הדעת מנוגדת לרעיון שביסוד הנורמה המשפטית. פעולה שנעשית ללא שיקול-דעת הינה על-כן מעשה שרירות, אף אם תוצאותיה המיידיות אינן שליליות בהכרח. פעולה כזו עשויה להתברר כמוסרית במקרה מסוים, לנוכח תוצאותיה, אך הכרעה כזו יש לקבל בדיעבד בנסיבות המקרה הספציפי; בוודאי אי-אפשר לבסס על אפשרות זו הסדר חוקי המתיר כבילת שיקול-דעת ex ante. בדיוק בשל כך ניתן לומר כי לחובה להפעיל שיקול-דעת יש "קדימות לקסיקלית" על ערכים חיוביים אחרים שעל הריבון לקדם.

יש לציין כי יש קרבה רעיונית ומעשית בין האיסור החל על כבילת שיקול-הדעת לבין המגבלות המוטלות על אצילתה של סמכות מנהלית לגורם אחר. למעשה, אין הבדל מהותי בין שלילת שיקול-דעתו של אדם על-ידי כבילתו מראש לבין שלילתו באמצעות העברת שיקול-הדעת לאחר, אף אם מדובר בשלילה זמנית והפיכה. ככלל, בהקשר זה נהוג להבחין בין אצילת סמכות "רזה", שעניינה אצילה של סמכויות טכניות, לבין אצילה של סמכות החלטה. זו האחרונה כפופה למגבלות נוקשות יותר.<sup>149</sup> ברי שככל שהאצילה עלולה לפגוע יותר בזכויות כן תהא בחינתה דקדקנית יותר. עקרונות אלה מתבטאים היטב בדין ישראלי. כך, למשל, בית-המשפט העליון קישר ישירות בין החובה להפעיל שיקול-דעת לבין הסוגיה של אצילת סמכות, בקובעו כי בהעדר הסמכה מפורשת בדין הרשות אינה "יכולה לאצול סמכויות ההחלטה לגורם אחר", בין היתר משום שאצילת סמכות כזו משמעה התפרקות מהחובה להפעיל שיקול-דעת במקרה הספציפי.<sup>150</sup>

אכן, אין פסול בהסתייעות בגורם אחר בעת הפעלת שיקול-הדעת<sup>151</sup> או באצילה של סמכויות טכניות גרידא.<sup>152</sup> אולם גם כאשר האצילה מותרת, היא מותנית בקיומה של "אפשרות אפקטיבית לפיקוח על הגוף הנאצל".<sup>153</sup> מעניין שכאשר נתקל בית-המשפט באצילת הסמכות ליטול את חייהן של חיות, הוא קבע חד-משמעית כי סמכות ההחלטה והפעלת שיקול-הדעת חייבות להישאר בידי הרשות.<sup>154</sup> קל וחומר שמסקנתו זו תחול, וביתר שאת,

HANS Kelsen, PURE THEORY OF LAW § 33 (Peter Smith ed., Maz Knight trans., 2nd ed. 148 .1934)

Jody Freeman, *Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law*, 52 149 ADMIN. L. REV. 813, 823 (2000).

ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225, 253-252 (1985). ראו גם בג"ץ 3805/06 ארעי נ' משרד הבטחון – אגף השיקום, פס' 16 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 15.9.2011).

שם. 151

בג"ץ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מנהל השירותים הווטרנריים בשדה במשרד החקלאות, פ"ד נח(5) 202, פס' 13 לפסק-דינה של השופטת (בדימוס) דורנר (2004).

שם, פס' 15. 153

שם. 154

כאשר עסקינן באצילת שיקול-הדעת בנוגע לזכויות אדם,<sup>155</sup> לא כל שכן בנוגע לחיי אדם. אכן, בהיקף מסוים ניתן לנתח את השימוש בנשק אוטונומי לאור כללי אצילת הסמכות. כך, למשל, השימוש בנשק אוטונומי-למחצה – קרי, נשק אשר מזהה מטרת ועוקב אחריהן אך אינו תוקף אותן – עשוי לשקף אצילת סמכות טכנית, ועל-כן יהיה מותר. שימוש בנשק אוטונומי לחלוטין, לעומת זאת, דומה לאצילת הסמכות להפעיל שיקול-דעת ללא יכולת לקיים פיקוח ראוי.

אם נשוב לדין ההומניטרי – דין זה, כאמור, דורש מהצדדים הלוחמים לנקוט "זהירות מתמדת" במהלך פעולותיהם הצבאיות.<sup>156</sup> אכן, תוכנו של המושג "זהירות מתמדת" עמום, ובהתאם ניתן לפרשו באופן מקל או מחמיר. כך, לדוגמה, ניתן להתייחס אליו כאל סטנדרט הצהרתי בלבד או לחלופין כקובע סטנדרט של רשלנות.<sup>157</sup> לטענתנו, התפיסה המנהלית של הלחימה, הכוללת את איסור כבילתו של שיקול-הדעת, מבנה את המושג כמחייב את הצד הלוחם להפעיל שיקול-דעת מתמיד לכל אורך הלחימה.<sup>158</sup> שיקול-דעת כזה חייב להיות מופעל לאור הכוונה האקטיבית, המתמשכת, לא לגרום נזק לאזרחים.<sup>159</sup> המפקד הצבאי נדרש להפעיל שיקול-דעת גם בעת תכנון ההתקפה וגם בזמן הוצאתה לפועל, וזאת ממש עד הרגע האחרון, קרי, עד הלחיצה על ההדק.<sup>160</sup> ברי כי הדרישה האחרונה מכוונת בעיקר למי שמבצע את ההתקפה עצמה, אף אם מדובר בחייל זוט.<sup>161</sup> אולם אם הלחיצה על ההדק תיעשה על-ידי נשק אוטונומי, "שיקול-הדעת" של הרגע האחרון – קרי, בנקודת האל-חזור הסופית – יופעל על-ידי המערכת הממוחשבת, אשר "סמכות" זו הואצלה אליה. כפי שציינו קודם לכן, כלי-נשק אוטונומיים, כפי שהגדרנו אותם, הינם אוטונומיים רק במובנו הטכני של המונח. הם אינם יכולים לקיים את תהליכי המטקוגניציה שהינם תנאי לשיקול-דעת מהותי בזמן-אמת – אותה מטקוגניציה המעוררת אצל אדם, ברגע האחרון, "תחושה" שמשוהו לא בסדר. אכן, נשק אוטונומי משקף מצב שבו שיקול-הדעת המנהלי נכבל, אף אם לא בעזרת הנחיות מנהליות מפורטות וקשיחות, אלא באמצעות אלגוריתמים.

מצב דברים זה מערער את שני הרציונלים שהוזכרו לעיל כעומדים מאחורי עקרון אי-הכבילה – הן זה שעניינו חובת הנאמנות כלפי הפרט והן זה המתייחס לאיכות קבלת ההחלטות לטווח ארוך. כך, למשל, כבילה מראש בהקשר של החלטות בדבר תקיפת

155 השוו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).

156 הפרוטוקול הראשון, לעיל ה"ש 93, ס' 157(1).

157 השוו: Eliav Liebllich, *Beyond Life and Limb: Exploring Incidental Mental Harm under International Humanitarian Law*, in APPLYING INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW IN JUDICIAL AND QUASI-JUDICIAL BODIES: INTERNATIONAL AND DOMESTIC ASPECTS 185 (Derek Jinks et al. eds., 2014).

158 השוו Schmitt & Thurnher, לעיל ה"ש 8, בעמ' 259-260.

159 ראו: Michael Walzer, *Coda: Can the Good Guys Win?*, 24 Eur. J. Int'l L. 433, 437 (2013).

160 הפרוטוקול הראשון, לעיל ה"ש 93, ס' 57(2)(i)(a) ו-57(2)(b).

161 INT'L COMM. OF THE RED CROSS, COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS OF 8 JUNE 1977 TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949, 686 (1987).

מטרות בעת לחימה מנוגדת לחלוטין ל"כבוד הראוי" שיש לתת לפרט, במובן זה שהנפגע הפוטנציאלי אינו מובא כלל בחשבון לגופו בזמן-אמת, אלא אך מחושב מראש כנתון גנרי במסגרת תהליך קבוע מראש. נוסף על כך, אוטונומיה טכנית אינה עולה בקנה אחד עם הדרישה – העולה מן המגבלות שעליהן הצביע הארט – לערוך התאמות תדירות כאשר פועלים בזירת לחימה מורכבת.

חשוב לציין בהקשר זה כי מכיוון שרבות מן ההצדקות לכלל בדבר איסור כבילתו של שיקול-הדעת ונגזרותיו הן תוצאתניות, הן חשופות במידת-מה לביקורות הכלליות שהזכרנו בנוגע להסתמכות על טכנולוגיה עתידית לשם גזירת מסקנות נורמטיביות בהווה. אך בניגוד לביקורות התוצאתניות שהזכרו קודם לכן, כללי המשפט המנהלי בדבר הפעלת שיקול-דעת מבוססים על "תועלתנות כללים" (rule utilitarianism), אשר בוחנת את השפעתו של כלל התנהגות מסוים באופן מערכתי ולאורך זמן.<sup>162</sup> משכך, החובה להפעיל שיקול-דעת אינה צריכה להיבחן על בסיס תוצאות מבודדות. אכן, לעיתים פעולה כזו או אחרת המבוססת על שיקול-דעת כבול עשויה להניב תוצאה חיובית. אולם סביר שמערכת מנהלית המבוססת על כבילה נוקשה של שיקול-דעת תפחית, באופן כללי, את איכות קבלת ההחלטות. כאשר מדובר בלחימה, מערכת כזו עלולה אף להוביל לתוצאות קטסטרופליות. ניתן להדגים זאת בנקל בהקשר של בחירת מטרות לתקיפה. כך, למשל, אדמיניסטרטורית (או מפקדת) אנושית עלולה בהחלט לקבל החלטות "מוטעות" במקרה מסוים. למשל, היא עלולה לטעות בקביעה כי תקיפה כזו או אחרת תהיה מידתית. אולם החלטתה זו תשפיע על מקרה אחד. נוסף על כך, אף אם היא ממוקמת בצמרת של מערכת קבלת ההחלטות (או בשרשרת הפיקוד), יש אפשרות – ולא תיאורטית בלבד – שהחלטתה תתוקן על-ידי שיקול-דעת שיופעל על-ידי כפיפה. למעשה, מדובר בתהליך בלתי-נמנע שבו הוראות מקבלות משמעות שונה – לטוב או לרע – ככל שהן יורדות במדרג הארגוני.<sup>163</sup> כך, מפקדים זוטרים יכולים להחליט לא לבצע תקיפה, משום שבזמן-אמת היא תיראה בעיניהם כגורמת נזק נלווה שאינו מידתי, או לערוך התאמות "שכל ישר" אחרות. ניתן לומר בהקשר זה כי השונות והגיוון שבשיקול-הדעת האנושי ממצעים את סך ההחלטות המתקבלות, ובכך מובילים לתוצאות סבירות בתמונה הגדולה.<sup>164</sup> לעומת זאת, החלטות המבוססות על אלגוריתם "מוטעה" ישוכפלו בכל אחת ואחת מהמערכות שבהן האלגוריתם מיושם – דבר שעלול לגרום להשפעות רחבות-היקף.<sup>165</sup> ניתן לטעון כנגד זה כי כשם שמביאים בחשבון את הפוטנציאל לכשל מערכתי כזה, יש להביא בחשבון את מצב הדברים ההפוך, שבו כבילת שיקול-דעת עשויה להוביל לטוב

162 ראו: Brad Hooker, *Rule Consequentialism*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., 2015), <http://plato.stanford.edu/entries/consequentialism-rule>.

163 Adam Shinar, *Dissenting from Within: Why and How Public Officials Resist the Law*, 40 FLA. ST. U. L. REV. 601, 622 (2013).

164 ראו, בהקשר אחר: CASS R. SUNSTEIN, INFOPTOIA: HOW MANY MINDS PRODUCE KNOWLEDGE (2006).

165 Jacques Frémont, *Computerized Administrative Decision Making and Fundamental Rights*, 32 OSOODE HALL L.J. 817, 826–827 (1994). התקלות הרבות במערכות ניהול אוטומטיות בארצות-הברית מדימויות בעיה זו. ראו Keats Citron, לעיל ה"ש 122, בעמ' 1256 ו-1267-1271.

מערכת. עם זאת, כאשר מעמידים טענות אלה זו מול זו, קשה לטעון שהשנייה תגבר, אם מביאים בחשבון את הפוטנציאל הקטסטרופלי של כשל מערכתי בסיטואציות של לחימה. לא זו אף זו, כבילה ממוחשבת של קבלת ההחלטות מהווה שינוי מהותי בדפוס ההפעלה של שיקול-הדעת במערכות מנהליות מורכבות. בעוד הדין ההומניטרי דורש הסתמכות על "השכל הישר" לכל אורך שרשרת הפיקוד – מהמטכ"ל ועד הטוראי – סביר להניח כי "שיקול-הדעת" שיושתל במערכות אוטונומיות ישקף את תפיסותיהם של אנשי הדרג הבכיר או במקרה הטוב של מספר מצומצם של נציגים מדרגי השטח. משכך, התוצאה שתתקבל לא רק תשלול את יכולתם של דרגי השטח לעמוד בדרישות "השכל הישר" של הדין ההומניטרי, אלא גם תמנע את האפשרות לקבל "החלטות שטח", אשר עשויות להניב תוצאות טובות יותר לאורך זמן.<sup>166</sup> חשיבותה של האפשרות לקבל "החלטות שטח" (אשר מתוארות לעיתים בספרות כ-"street level decision making") עולה כמוכח בסביבה הנשלטת על-ידי אי-ודאות.<sup>167</sup> אין ספק שזירת הלוחמה המודרנית הינה סביבה כזו.

דומה כי אף דעתם של חלק מתומכי הנשק האוטונומי אינה נוחה בשל הבעיה של כבילת שיקול-הדעת. אך כבואם להסביר מדוע נשק אוטונומי אינו מהווה בעיה בהקשר זה, הם דווקא חושפים את טענתם לביקורת נוספת. כך, הם מנסים להבהיר כי גם כאשר ייעשה שימוש בנשק אוטונומי, ייוותר "אדם במעגל" – קרי, שיקול-דעת אנושי ימשיך להיות מופעל – וההבדל היחיד בין נשק אוטונומי לבין נשק רגיל הוא מועד הפעלתו של שיקול-הדעת על ציר הזמן. שיקול-הדעת האנושי, לדבריהם, כבר מוטמע בתוך המערכת מראש, בדמותו של שיקול-הדעת של המתכנתים עצמם. כפי שמנסחים זאת שמיט ותרנר:

"In an attack involving autonomous weapon systems... targeting decisions remain subjective and continue to be made by humans. What may differ is the phase in the targeting process when the subjective determinations occur."<sup>168</sup>

למעשה, הצעתם של שמיט ותרנר לקבוע את נקודת ההפעלה של שיקול-הדעת במקום מוקדם יותר על ציר הזמן שווה לכל דבר ועניין לכבילה של שיקול-הדעת מלכתחילה. בהיבט זה נסיונם להגן על כלי-נשק אוטונומיים חושף דווקא את מגבלתם החמורה ביותר. אומנם, שמיט ותרנר טוענים כי מכל מקום "נקודת ההכרעה" העיקרית שבה יופעל שיקול-דעת אנושי בעת שימוש בנשק אוטונומי אינה במועד התכנות, אלא בעת ההחלטה המבצעית לפרוש את הנשק בסיטואציות ספציפיות.<sup>169</sup> אולם עמדה זו אינה נותנת מענה לבעיות שציינו לעיל, וזאת משתי סיבות. ראשית, היא יוצאת מנקודת-הנחה שקיימת בידי

166 Keats Citron, לעיל ה"ש 122, בעמ' 1262-1263.

167 Evelyn Z. Brodtkin, *Street-Level Research: Policy at the Front Lines*, in POLICY INTO ACTION: IMPLEMENTATION RESEARCH AND WELFARE REFORM 145, 145, 151 (Mary C. Lennon & Thomas Corbett eds., 2003)

168 Schmitt & Thurnher, לעיל ה"ש 8, בעמ' 266 (ההדגשה הוספה).

169 שם.

המפקד היכולת לצפות מראש כיצד המערכת תפעל בנסיבות העניין,<sup>170</sup> שהרי בהעדר צפיות אין כל משמעות לשיקול-הדעת. אך כאן טמון פרדוקס משמעותי. על-מנת שהמערכת תהיה צפויה מראש, התנהגותה צריכה להתבסס על כללים פשוטים ונוקשים, ואם זה המצב, אזי ספק אם היא תוכל ליישם את הסטנדרטים המורכבים של הדין ההומניטרי. לעומת זאת, אם המערכת אינה צפויה – קרי, אם היא מנסה ליישם את הסטנדרטים המורכבים והעמומים האמורים – אזי שימוש בה, מעצם ההגדרה, יהווה הפרה של החובה לנקוט זהירות מתמדת. אכן, עצם העובדה שמשק אוטונומי מבוסס על מערכות ממוחשבות, שאינן שקופות למפעיל, מחמירה את בעיית הצפיות (והפיקוח), משום שבני-אדם נוטים לייחס למערכות ממוחשבות יכולות גבוהות בהרבה מאלה שיש להן, ועל-כן אינם ממהרים לפעול בניגוד להחלטותיהן או להמלצותיהן (automation bias).<sup>171</sup> בהינתן הטיה זו, עלול להיווצר תהליך שבו החובה לנקוט זהירות מתמדת תזלוג יותר ויותר ל"שיקול-הדעת" הכבול של המערכת הממוחשבת. שנית, גם על-פי גישתם של שמיט ותרנר, ההחלטה האחרונה לגבי שימוש בכוח קטלני תתקבל על-ידי המערכת האוטונומית, על-פי "שיקול-דעת" כבול, וזאת אף אם המפקד עצמו הפעיל שיקול-דעת כאשר בחר לעשות שימוש במערכת במצב נתון. אכן, שמיט ותרנר טוענים כי ניתן לכלול במערכות אוטונומיות אפשרות לערוך "התאמות" בזמן-אמת, באופן שיאפשר למפקדים לקבוע ערכים שונים בהתאם לנסיבות המבצעיות הספציפיות.<sup>172</sup> אכן, אם יהיה אפשר לערוך התאמות מסוג זה באופן אפקטיבי בזמן-אמת – דבר שאינו מובן כלל מאליו – יהיה אפשר אולי לומר כי פתרנו את הבעיה של כבילת שיקול-הדעת. אך אם זה יהיה המצב, ייתכן שהמערכת המדוברת כבר לא תישב מערכת אוטונומית מלכתחילה, אלא תתקרב יותר למערכת חצי-אוטונומית.

אם כן, ניתן לומר כי קריאתן של הנורמות המשפטיות הפוזיטיביות – ובראשן החובה לנקוט "זהירות מתמדת" – לאור ההבנה כי הפעלת כוח צבאי בעידן הנוכחי הינה מקרה של הפעלת סמכות מנהלית מובילה למסקנה כי כלי-נשק אוטונומיים (במובן הטכני) אינם יכולים "לקבל" החלטות סופיות בעניין בחירת מטרות ותקיפתן, וזאת בשל הבעיה של כבילת שיקול-הדעת.

#### 4. לוחמה כמעשה שלטוני והחובה להפעיל שיקול-דעת: ביקורות אפשריות

תפיסתנו שלפיה הלוחמה הינה מעשה שלטוני – ועל-כן כפופה לעקרונות-יסוד של הדין המנהלי, ביניהם האיסור החל על כבילת שיקול-הדעת – חשובה לביקורות שונות. בתת-פרק זה נתייחס בקצרה לשתיים מהן.

170 וזאת בפני עצמה הנחה שנויה מאוד במחלוקת. בהינתן המורכבות הרבה של פעולות ממוחשבות, איש אינו יכול לחזות מראש במדויק את תוצאותיה של פקודה מסוימת, בוודאי בנסיבות מורכבות של עימות מזוין. ראו דוח נשק אוטונומי, לעיל ה"ש 3, פס' 42; Patrick Lin et al., *Autonomous Military Robotics: Risk, Ethics, and Design* sec. 1.3.6 (California Polytechnic State University, 2008), [http://digitalcommons.calpoly.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=phil\\_fac](http://digitalcommons.calpoly.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=phil_fac).

171 Barth & Arnold, לעיל ה"ש 28, בעמ' 348; Keats Citron, לעיל ה"ש 122, בעמ' 1254 ו-1272.

172 Schmitt & Thurnher, לעיל ה"ש 8, בעמ' 267.

ראשית, ניתן לומר כי כבילת שיקול-הדעת אינה בעיה ייחודית לנשק אוטונומי. זאת, משום שגם כלי-נשק קינטיים "טפשים" – כגון פגזי ארטילריה או רקטות בליסטיות – משקפים מעין כבילה של שיקול-דעת: מרגע שהם נורים, שיקול-הדעת האנושי נגדע באחת, ואין כל דרך לעוצרם במהלך תעופתם. אולם בעינינו ביקורת זו מפליגה למחוזות האבסורד, לפחות בשל שתי סיבות. ראשית, כאשר עושים שימוש בנשק קינטי מסורתי, "חלון הזמן" שבין ההפעלה האחרונה של שיקול-הדעת האנושי לבין רגע הפגיעה קצר מאוד, עד חסר חשיבות. הסיכויים שמרגע הירי ועד לפגיעה יתרחש שינוי נסיבות אשר יחייב "עיון מחדש" בהחלטה זניחים למדי, אף אם לא בלתי-קיימים.<sup>173</sup> כאשר מדובר בנשק אוטונומי, לעומת זאת, "חלון הזמן" בין הפעלת המערכת לבין הפגיעה עשוי להיות ארוך מאוד. אכן, תכלית מרכזית של מערכות אלה היא בדיוק לחסוך "זמן שיקול-דעת אנושי", ואת זה הן משיגות על-ידי כך שהן פועלות באופן אוטונומי במרחב ולאורך זמן.<sup>174</sup> שנית, שימוש בנשק "טיפש" אינו מבוסס על היומרה שהנשק מוציא לפועל סטנדרטים משפטיים בעצמו. מוסכם על כולי עלמא שהנשק פועל על-פי חוקים פיזיים פשוטים. מלכתחילה נשק כזה אינו "מקבל החלטות" בעניינים מורכבים, כגון הבחנה בין לוחמים לאזרחים או מידתיות. בדיוק בשל כך מי שמחליט על השימוש באמצעים כאלה חייב להפעיל שיקול-דעת בנוגע לכל ההתרחשויות האפשריות בזמן-אמת.

אולם הטוענת יכולה עדיין להקשות כי גם כלי-נשק "טפשים" עשויים ליצור "חלון זמן" משמעותי בין הפרישה לבין רגע הפגיעה, ובכך להוות אף הם דוגמה לכבילת שיקול-דעת. דוגמות מובהקות לכך הן מוקשים או מטעני-צד, אשר עשויים להיות מוטמנים זמן רב – לעיתים שנים – לפני הפיצוץ בפועל. הטוענת תצביע על כך שמוקשים ומטענים הם אמצעי לחימה מקובלים, אף שהם עיוורים לחלוטין בכל הקשור לבחירת מטרות, ומשקפים על-כן אף הם שיקול-דעת כבול. עולה על-כן השאלה מדוע דווקא נשק אוטונומי – שלפחות "מנסה" להבחין בין מטרות מותרות ואסורות – יהיה פסול. על ביקורת זו ניתן לענות בשתי דרכים שונות. תשובה אפשרית אחת היא שהביקורת אינה מכשירה את השימוש בנשק אוטונומי, אלא חושפת את הבעייתיות הטמונה בשימוש במוקשים ובכלי-נשק דומים: אלה כלי-נשק בלתי-מבחינים (indiscriminate) בדיוק משום שהם מערבים כבילת שיקול-דעת. תשובה אפשרית שנייה תציין כי כאשר מדובר בנשק "טיפש" אשר נפרש זמן רב מראש, סביר להניח כי מפעילי הנשק יהיו מודעים היטב למאפייניו אלה, ובהנחה שברצונם לעמוד בכללי הדין, הם יביאו את "טפשות" הנשק בחשבון וינקטו אמצעי זהירות בהתאם (למשל,

173 המקרה הידוע ביותר שבו התרחש "שינוי נסיבות" אירע כאשר במהלך התערבותה של נאט"ו בקוסובו, בשנת 1999, שיגר מטוס תקיפה של נאט"ו פצצה מונחית לכיוון גשר, וכמה שניות לפני הפגיעה – כאשר כבר לא היה אפשר לכאורה להסיט את הפצצה – עברה רכבת אזרחית על הגשר. ראו: Int'l Crim. Trib. for the former Yugoslavia (ICTY) – Office of the Prosecutor, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia* 58–62 (June 8, 2000).

174 בעיות דומות (אך לא זהות) נגרמות משימוש במוקשים ובמטענים. ניגע בכך בקצרה מייד.

באמצעות גידור שדות מוקשים).<sup>175</sup> לעומת זאת, התחכום של הנשק האוטונומי מאיין מלכתחילה את יכולתו של המפקד להפעיל שיקול-דעת, ובמקרה גרוע אף יותר – משכנע את המפקד באמת ותמים ששיקול-דעת כזה אינו נדרש כלל. המפקד תשכנע את עצמה שהנשק מפעיל את שיקול-הדעת במקומה, ותפעל בהנחה ששיקול-דעת זה מספק מבחינת הוראות הדין. לשון אחר, בעוד ש"טפשותם" של כלי-נשק קינטיים תובא בחשבון באופן שיצמצם את השימוש הלא-ראוי בהם, דווקא תחכומו של הנשק האוטונומי יוביל לחוסר זהירות ולהתפרקות משיקול-דעת.

ביקורת שנייה עשויה לערער על הדגש המושם כאן בהפעלת שיקול-דעת בעת לחימה, בטענה שבפועל גם חיילים אנושיים אינם מפעילים שיקול-דעת, אלא רק ממלאים פקודות. ביקורת זו אינה משכנעת, משום שמבחינה עובדתית חייל יפעיל תמיד שיקול-דעת, לטוב ולרע, גם כאשר הוא יקבל פקודה ברורה.<sup>176</sup> כפי שמציין ג'פרי קורן (Corn), חיילים מפעילים שיקול-דעת ולו בשל העובדה שאין כמעט פעולות אנושיות שניתן לומר כי הן משוחררות מכל תהליך קוגניטיבי.<sup>177</sup> אף מבחינה נורמטיבית, המשפט הבין-לאומי מחייב גם את החייל הזוטר ביותר להפעיל שיקול-דעת כזה, בין היתר באמצעות שלילת "ההוראה מגבוה" כהגנה בדין הפלילי, לפחות בנסיבות מסוימות.<sup>178</sup> חובתו של החייל הפשוט להפעיל שיקול-דעת טמונה גם בהבחנה המקובלת במשפט הישראלי, למשל, בין פקודה "בלתי-חוקית" לבין "פקודה בלתי-חוקית בעליל"; ברי כי עצם ההבחנה בין ההוראות הללו מחייבת תהליך קוגניטיבי לאחר מתן הפקודה.<sup>179</sup>

## 5. כמה מילים על חובות "אלכסוניות" כלפי לוחמים וכבילת שיקול-דעת

עד עתה עסקנו ביחסים שבין המדינה לאזרחי האויב, ובשאלה כיצד תפיסת הלחימה כאקט מנהלי משפיעה על יחסים אלה, בפרט בהקשר של סוגיית הנשק האוטונומי. שאלה רלוונטית נוספת עניינה השפעתה של התפיסה המנהלית על הבנת היחסים שבין המדינה לבין לוחמי האויב. אם קיימת השפעה כזו, ייתכן בהחלט שעשויות להיות לכך השלכות לגבי שימוש בנשק אוטונומי גם במקרים שבהם יהיה ברור כי אין כל סיכוי שאזרחים ייפגעו. על

175 אכן, המודעות לבעיות הטמונות בנשק מסוג זה הובילה לאימוץ כללים ספציפיים לשימוש בהם. ראו, למשל: Protocol on the Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices (Protocol II to the 1980 CCW Convention as Amended U.S. DEP'T OF DEF., LAW OF WAR MANUAL: on May 3, 1996), 2048 U.N.T.S. 93 (2015) 356–379.

176 ראו, למשל: Kimberley Kagan, *The Eye of Command* 176 (2006).

177 Geoffrey Corn, *Autonomous Weapon Systems: Managing the Inevitability of "Taking the Man Out of the Loop"* (forthcoming), available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2450640](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2450640).

178 ראו: Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law* 287–306 (2012); Ziv Bohrer, *The Superior Orders Defense: A Principal-Agent Analysis*, 41 Ga. J. Int'l & Comp. L. 1 (2012).

179 ראו זיו בורר "ברור וגלוי? כיצד יזהה חייל פקודה בלתי חוקית בעליל" משפט וצבא 17, 351 (2004) [www.law.idf.il/SIP\\_STORAGE/files/0/310.pdf](http://www.law.idf.il/SIP_STORAGE/files/0/310.pdf).



פני הדברים, עצם השאלה מוזרה: חיילי האויב נלחמים במדינה, ולכן אין זה סביר לטעון כי המדינה חבה להם חובות מכוח יחסי נאמנות כלשהם, המצמיחים חובות משפט-מנהליות. אך אינטואיציה זו אינה עומדת במבחן הביקורת, משום שמקובל על הכל, למשל, שאין בעצם העובדה שאדם מסוים – לדוגמה, טרוריסט – החליט לפגוע בבטחון המדינה כדי לאיין את חובות המדינה כלפיו כרשות מנהלית. בחלק זה נדון אם כן בקצרה בסוגיה זו (התייחסות ממצה אליה הינה עניין למאמר נפרד).

כדי להתייחס לסוגיה זו, יש להבהיר תחילה את גדר השאלה התיאורטית, שהיא למעשה מהותה של ההצדקה המוסרית לפגיעה בלוחמי אויב בעת מלחמה. מחד גיסא, ניתן לטעון כי לוחמי האויב חשופים לתקיפה על בסיס הסטטוס המשפטי המובחן שלהם כאורגנים לוחמים של מדינת האויב. אם זו נקודת המוצא, אזי מרגע שאדם ממלא את התנאים להיחשבותו כלוחם, לא יהיו מגבלות מהותיות לגבי תקיפתו, ולא יידרש שיקול-דעת משמעותי. אולם הגישה המקובלת יותר כיום היא כי הבסיס המוסרי לתקיפתם של לוחמי אויב הוא תפיסה מסוימת של איום: מותר לצד לתקוף את לוחמי האויב משום שהם נתפסים כמאיימים על כוחותיו או אזרחיו של הצד התוקף.<sup>180</sup> אם קיומו של "איום" כזה הינו תנאי-יסוד למוסריותה של תקיפה – וסטטוס משפטי אינו תנאי מספיק – משמעות הדבר חייבת להיות שנדרשת הפעלת שיקול-דעת אף כאשר תוקפים לוחמי אויב. אכן, תוצאת הפעלתו של שיקול-דעת זה עשויה להיות מושפעת באופן מהותי ממצב הדברים המאפיין לחימה אקטיבית. ייתכן שניתן להצדיק חזקה שלפיה מי שהינו לוחם גם מהווה איום, אך אין בכך כדי להצדיק שימוש בנשק אשר שולל כליל את היכולת להפעיל שיקול-דעת.

אם חוזרים לדין ההומניטרי, ניתן להצביע על מגמה – אם כי כזו שאינה חד-משמעית ואשר טרם התגבשה לכלל דין פוזיטיבי – של התחזקות הגישה שלפיה נדרש איום בפועל כהצדקה לתקיפה, אף בזמן לחימה. אכן, התפיסה המקובלת של דיני הלחימה עורנה מניחה ברובה כי לוחמים (ובהבדלים מסוימים גם אזרחים המשתתפים ישירות במעשי איבה) חשופים לתקיפה על בסיס סטטוס משפטי, ללא תלות בקיומו של איום פרטני, כפי שזה נתפס בעת שלום, וללא כל חובה לשיקול אמצעי שפגיעתו פחותה.<sup>181</sup> דיני הלחימה המסורתיים מעולם לא דרשו מהתוקף, למשל, לאפשר ללוחמי האויב להיכנע לפני הריגתם. בעוד באכיפת חוק בשגרה אדם אינו נתפס כמאיים עד אשר עשה מעשה קונקרטי, ההנחה בעת לחימה היא הפוכה: לוחמי האויב מהווים איום בהגדרתם עד אשר הביעו במפורש כוונה להיכנע. ההיתר לתקוף לוחמים מבוסס על עקרון הצורך הצבאי (military necessity), הנתפס כקובע

180 חשוב לציין כי הגישה שלפיה האיום הוא הצדקת-היסוד לשימוש קטלני בכוח נגד לוחמים משותפת הן לפילוסופים "מסורתיים" העוסקים בשאלות של לחימה ומוסר והן לפילוסופים "רוויזיוניסטים", אשר גוזרים מסקנות שונות מתפיסה זו. השו: MICHAEL WALZER, *JUST AND UNJUST WARS* 145 (4th ed. 2006) (הטוען כי ניתן לפגוע בכל לוחם שמאיים עליי, אף אם הוא משתתף במלחמה צודקת) עם McMAHAN, לעיל ה"ש 62, בעמ' 32-37 (הטוען כי אין די באיום להצדיק פגיעה, אלא נדרש שהאיום יהיה לא-צודק).

181 Eighth UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, *Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials*, U.N. Doc. A/CONF.144/28/Rev.1, at 112 (Sept. 7, 1990).

חזקה חלוטה כי נטרול חיילי אויב תורם למאמץ הלחימה,<sup>182</sup> אלא אם כן הם יצאו ממעגל הלחימה (hors de combat) – מונח אשר פורש באופן מצומצם כמתייחס לכניעה, לנפילה בשבי או לפציעה.<sup>183</sup>

גישה מסורתית זו מאפשרת, למשל, את טענתם של שמיט ותרנר כי גם אם נקבל שאין לאפשר פרישה של נשק אוטונומי בסיטואציות שבהן אורחים עלולים להיפגע, אין הכרח לאסור את השימוש בנשק זה לחלוטין. לטענתם, כאשר שואלים אם יש לאסור אפריורית כלי-נשק כלשהו, השאלה הרלוונטית היא אם השימוש בו יהיה בלתי-חוקי בכל הנסיבות. לשיטתם, שימוש בנשק אוטונומי בשדה-קרב שבו מצויים רק לוחמים – וכאשר ברור לנו כי כל המצויים בו הם אכן לוחמים – אינו יכול להיות בלתי-חוקי בהגדרתו, משום שפגיעה בלוחמים מותרת למעשה תמיד.<sup>184</sup> אומנם, ייתכן שכדי להתנגד לטענה זו, די להצביע על כך שהיא רלוונטית – אם בכלל – רק לשדה-קרב סטרילי, מהסוג שכבר אינו בנמצא בעידן הלוחמה האסימטרית. בעידן המודרני חלק ניכר משיקול-הדעת מופעל כדי לבחון אם אדם כלשהו הינו "לוחם" מלכתחילה. עם זאת, עדיף לתקוף את הטענה במישור העקרוני, שכן הבעיה העיקרית בטענתם של שמיט ותרנר טמונה בהנחתם כי פגיעה בלוחמי האויב אינה מצריכה כל שיקול-דעת מהותי.<sup>185</sup>

אכן, כאמור לעיל, בשנים האחרונות מתקיים שיח ער בנוגע לתקפותה של הגישה המסורתית, אשר שמיט ותרנר מתבססים עליה. הדיון צמח, במידה רבה, מתוך פסק-הדין של בית-המשפט העליון הישראלי בפרשת הסיכולים הממוקדים, שבמסגרתו קבע הנשיא (בדימוס) ברק כי אף כאשר אורח כלשהו משתתף באופן ישיר במעשי איבה, יש להעדיף את מעצרו על הריגתו.<sup>186</sup> הרעיון שבבסיס פסיקה זו, אשר נשאב במידה רבה מעקרונות המשפט המנהלי הישראלי, זלג עם הזמן לשיח המשפטי-הביין-לאומי, ולא רק ביחס להשתתפות ישירה במעשי איבה, אלא אף לגבי זכויותיהם של חיילים.<sup>187</sup> כך, למשל, יש שהציעו לפרש באופן מצומצם את עקרון הצורך הצבאי – אשר באופן מסורתי נתפס כאמור כמאפשר פגיעה בחיילים באשר הם – באופן שמצדיק פגיעה בחיילים רק בכפוף לאיום קונקרטי;<sup>188</sup> כתמונת-מראה לגישה זו, יש הטוענים כי ראוי לפרש את המושג hors de combat באופן

182 קוד ליבר, לעיל ה"ש 74, ס' 15 "Military necessity admits of all direct destruction of life" or limb of armed enemies (ההרגשה במקור); Gabriella Blum, *The Dispensable Lives of Soldiers*, 2 J. LEGAL ANAL. 115, 123–126 (2010).

183 ראו: JEAN-MARIE HENCKAERTS & LOUISE DOSWALD-BECK, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW 164 (2005).

184 Schmitt & Thurnher, לעיל ה"ש 8, בעמ' 249–250.

185 ניתן בהחלט לומר כי הצורך בקיומו של איום – שמשמעו הצורך להפעיל שיקול-דעת – משתמע גם מהדין הפוזיטיבי הנוכחי, אשר אוסר כאמור פגיעה בלוחמים שיצאו ממעגל הלחימה (hors de combat).

186 פרשת הסיכולים הממוקדים, לעיל ה"ש 48, פס' 40 לפסק-דינו של הנשיא (בדימוס) ברק.

187 ראו Melzer, לעיל ה"ש 46, בעמ' 77 ואילך (פרק IX). אבל ראו: W. Hays Parks, *Part IX of the ICRC 'Direct Participation in Hostilities' Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect*, 42 NYU J. INT'L L. & POL. 769, 783–785 (2010).

188 ראו, למשל, Blum, *The Dispensable Lives of Soldiers*, לעיל ה"ש 182.

רחב יותר, כך שיכלול גם סיטואציות שמעבר לכניעה מפורשת, נפילה בשבי או פציעה.<sup>189</sup> ברי כי ככל שגישה זו תתפתח כן יתרחב היקף שיקול-הדעת שיידרש לפני תקיפתו של לוחם. שורשיה של תפיסה זו טמונים בהבנה שהחייל אינו רק אורגן מדינתי, אלא גם פרט, וככזה הוא אינו מאבד את זכויותיו באופן מוחלט אך בשל הסטטוס שלו כלוחם.<sup>190</sup> אם זו נקודת המוצא, ניתן בהחלט לומר שבדומה להתייחסות-הגומלין שבין המדינה לאזרחי האויב, קיימים יסודות מנהליים גם ביחסים שבין המדינה לבין חיילי האויב. משכך, כלל הבעיות שהזכרנו בנוגע לשימוש בנשק אוטונומי כאשר אזרחים עלולים להיות מושפעים ממנו – ובראשן בעיית הכבילה של שיקול-הדעת – יהיו רלוונטיות, בשינויים מחויבים, אף כאשר נשק זה מופעל נגד לוחמים. אכן, ככל שתפיסת האיום הנדרש לשם הריגת חייל אויב תהיה מורכבת יותר, הכללים המסדירים את התקיפה ידמו יותר לסטנדרטים משפטיים, שאותם כלי-נשק אוטונומיים לא יוכלו כאמור ליישם.

### סיכום

הדיון לגבי נשק אוטונומי יימשך בוודאי בתקופה הקרובה, וחשוב במיוחד שהוא ייערך אף בישראל, כמדינה בעלת תעשיית נשק מפותחת. במאמר זה הראינו כי שאלת הלגיטימיות של הנשק האוטונומי קשורה באופן הדוק לשאלה הרחבה יותר לגבי מהותה של לחימה: האם המלחמה היא מאבק-דמים בין קולקטיבים יריבים או שמא היא קרובה יותר להפעלה של סמכות שלטונית מול פרטים המצויים בצד האחר, מנקודת מוצא של ערך מוסרי שווה. אם התפיסה האחרונה היא הנכונה – וזו דעתנו – יש בהחלט מקום לבחון את דיני הלחימה בהתאם למושכלות-יסוד של המשפט המנהלי. מושכלות-יסוד אלה דורשות כי שיקול-הדעת לעולם לא ייכבל מראש. נשק אוטונומי הינו מקרה מובהק של כבילה כזו, משום שהוא בעל "אוטונומיה" טכנית בלבד. לכן שימוש בנשק מסוג זה יהיה אסור כאשר אזרחי האויב עלולים להיפגע ממנו, וייתכן שהדבר יהא נכון גם אל מול לוחמי האויב, ככל שתתפתח ותתגבר נטיית האינדיווידואליזציה של הלחימה.

---

Ryan Goodman, *The Power to Kill or Capture Enemy Combatants*, 24 EUR. J. INT'L L. 819 (2013)  
 Jens D. Ohlin, *The Duty to Capture*, 97 MINN. L. REV. 1268: השוו עמ' (2013)  
 (2013).

Gabriella Blum, *The Individualization of War: From War to Policing in the* ראו: 190  
*Regulation of Armed Conflicts*, in LAW AND WAR 48 (Austin Sarat et al. eds., 2014)

