

השפעת אתגרי הלחימה על דיני הלחימה

איל בנבנישתי

במאמר הזה אעסוק באתגרים שמציבה הלחימה בשטח בנוי לדיני המלחמה, בשינויים שחלים בדינים האלה כתוצאה מכך וכן בבעיות שמעוררים השינויים האלה ובתגובה עליהן.

האתגר הראשון שעומד בפני דיני הלחימה הוא מתחום זכויות האדם, מתחום הזכות לחיים. דיני הלחימה המסורתיים התגבשו בהתאם להגדרה מסוימת של הלחימה: לחימה בין צבאות, דו־קרב, זהו מהלך אופקי של צבא מול צבא, תחרות אלימה אבל מאורגנת. הרעיון המרכזי הוא שכל צד דואג לכוחותיו. ההדדיות בין הצדדים והאיום של עין תחת עין עמדו בבסיס הלחימה ובהתאם לכך היה היישום בשטח.

כיום המצב שונה. דיני זכויות האדם מפעפעים לדיני הלחימה, אף כי לא נועדו לחול עליהם. בתהליך ההתגבשות של דיני זכויות האדם לא הייתה כוונה שיחולו על מצב של מלחמה. נקודת המוצא שלהם הייתה השליטה שמפעיל ממשל כלפי האזרחים. לא היה מדובר בלחימה אופקית – בדו־קרב או בתחרות – אלא בהייררכיה, ביחס אנכי שבו בעל הכוח הציבורי שולט באזרח. הפעפוע של דיני זכויות האדם לתוך דיני הלחימה נובע מכך שמצב הלחימה השתנה. מצב הלחימה היום דומה יותר לשליטה אנכית מאשר לתחרות אופקית. הלחימה היום מתאפיינת בשני מוקדים עיקריים. הראשון – אופי האויב, דרכי ההסתתרות שלו, הניסיון של האויב לנצל את ההגנה על האזרחים לטובתו, החמקמקות שלו. המוקד השני – שהנו משמעותי יותר – הוא הטכנולוגיה המאפשרת לצבא החזק לדעת בדיוק במי הוא פוגע. באמצעות תוכנות מחשב יכול הכוח התוקף לצפות ולהעריך מראש את הנזק האגבי לאוכלוסייה האזרחית וכן לבחור בין סוגי נשק ובין זוויות תקיפה תוך הבאה בחשבון של כמה משתנים, בהם מזג האוויר, וכך לצמצם את הנזק. למזל־טים שטסים מעל פקיסטן ואפגניסטן יש את היכולת הטכנולוגית לזהות אנשים ברמה פרטנית – המערכת יודעת לזהות מי הם בני

פרופ' איל בנבנישתי, ראש הקתדרה לזכויות אדם ע"ש אני ופול ינוביץ', הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב

משפחתו שלו וכן לחשב אם ומי מבני משפחתו עשויים להפגע בקרבתו במידה והוא יסומן כמטרה ויותקף. התהווה כאן תהליך מוסדר של זיהוי והפללת המטרה – כאשר לוחצים על הכפתור ומשגרים את הטיל מתרחשת פעולה של שליטה – שליטה אינדיווידואלית על הגורם המותקף.

מבחינת המשפט – יש כאן מעבר מהתחום של המשפט הפרטי, כמו אכיפה של חוזה בין שני צדדים, לתחום של משפט ציבורי, המפקח על מקבלי ההחלטות, על הרגולטורים, על השולטים, על המנהלים, היכולים להחליט במי הם פוגעים כאשר הם עושים שימוש באמצעים הטכנולוגיים שברשותם, מתי הם פוגעים, כיצד הם פוגעים ואיזה נזק אגבי הם גורמים. המוות הוא תוצאה אגבית של הפעולה, אבל הוא אינו מקרי.

בעבר אפשר ערפל הקרב לכוון את האש לעבר אויב אבסטרקטי בלי לדעת את שמות האנשים ואת זהותם. במובן הזה כל מי שהיה חלק מאנשי הצבא, כל אלה שלבשו מדים היו בגדר מטרה לגיטימית. אי-הוודאות הזאת מתפוגגת בעזרת הטכנולוגיה המאפשרת להחליט החלטות כאלה. יש כאן מצב של שליטה, והמשפט נקרא לעשות רגולציה ולפקח על הפעלת כוח השליטה של מי שבידו השליטה.

המשפט ודיני הלחימה בעיקרם לא השתנו, אבל הם נדרשים להתאים את עצמם למציאות של הפעלת שליטה. כיצד זה משפיע? הכלל הבסיסי והעקרוני של דיני הלחימה נותר בעינו – יש להבחין בין לוחמים ולא לוחמים, יש חובה לצמצם את הנזק האגבי למי שאינו לוחם. אין די בכוונה להימנע מגרימת נזק לאוכלוסייה האזרחית, אלא קיימת חובה לפעול באופן אקטיבי למניעת נזק לאוכלוסייה אזרחית. החובה הזאת חלה כל זמן שפועלים בסביבה של אוכלוסייה אזרחית המושפעת מהפעלת הכוח. החובה היא לנסות לצמצם את הנזק במידת האפשר. החובה היא לשקול חלופות לפעולה שבה עלולה להיפגע אוכלוסייה אזרחית, ואף למצוא חלופות לסיכול ממוקד. קיימת חובה לגרום לכך שתהליך קבלת ההחלטות בסוגיות הללו, כמו כל תהליך רגולטורי אחר, יהיה כפוף לפרוצדורה ברורה, גלויה ומנומקת, כזאת שמקבל ההחלטות יכול לתת דין-וחשבון על החלטותיו. בנוסף קיימת חובה לקיים בדיקה לאחר מעשה האם הפעולה אכן נעשתה בהתאם לכללים.

כל הדברים הללו מתבססים לא על הכללים של הצלב האדום אלא על פסקי דין של בית המשפט העליון. בהקשר הזה יש להזכיר פסק דין שניתן על-ידי בית המשפט העליון באוגוסט 2011 ולצטט כמה משפטים מפסק הדין הזה שכתבה הנשיאה דורית ביניש. היא התייחסה לחובות של צה"ל כלפי האוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה, שלפי הפסיקה של בית המשפט אינה שטח כבוש. אף כי זה אינו שטח כבוש היא כתבה:

"גם במצב דברים זה חלים דיני הלחימה והמשפט הבין-לאומי ההומניטרי על פעילות כוחות הביטחון בשטח. ובמסגרת פעילותם על הכוחות להימנע ככל הניתן בתנאי הפעילות מלפגוע באזרחים שאינם מעורבים בלחימה. [...] אכן משימה קשה היא הגנה על אזרחי האויב, כאשר האויב עצמו מסתתר בקרבם. עם זאת, הקושי שיוצרות הנסיבות ושיוצרים גורמי הטרור אינו מפחית מחובתו של צה"ל להבחין ביניהם לבין אזרחים פלסטיניים שאינם מעורבים בלחימה, ולפעול כך שכל הנדרש והאפשרי יפגע רק בראשונים ויגן על האחרונים מפגיעה שאינה הכרחית". (בג"צ 9594/03 בצלם נ' הפצ"ר)

המשפט אינו זהה למוסר, ודיני הלחימה אינם זהים או חופפים למוסר. בעבר מי שקבע את דיני הלחימה היו אנשי משפט יחד עם גנרלים, ולאותם הגנרלים הייתה השפעה מכרעת על ניסוח דיני הלחימה. היום המצב שונה. בחינת הפסיקה של בית הדין הבין-לאומי בנוגע לפשעי המלחמה שבוצעו ביוגוסלביה מעלה כי החל משנת 1995 הוא זה שגיבש את דיני הלחימה. הדינים שיצר עסקו בסכסוכים פנימיים – תחום שלא היה מפותח, בניגוד לדיני לחימה בסכסוכים בין-לאומיים. בית הדין הפלילי הבין-לאומי (ICC) הוא זה שדן בפשעים של יוגוסלביה והוא זה שיצר את הכללים. כיום, בידי בית הדין הפלילי הבין-לאומי היכולת להכתיב את דיני הלחימה. יש להביא זאת בחשבון כאשר דנים במשפט בין-לאומי ובמוסר. דיני הלחימה הקיימים כיום מציבים בפני בתי הדין הבין-לאומיים בעיה אמיתית שאין להם מענה טוב עליה, וגורמים להם לקבל החלטות שעלולות להיות מוטעות, ועובדה זו צריכה להדאיג את מקבלי ההחלטות בצבאות השונים, בין היתר בצה"ל, וכן להדאיג את כל מי שמייעץ לצה"ל.

הבעיה היא בלבה של ההחלטה בנוגע לנזק הלגיטימי לאוכלוסייה האזרחית, שהיא שאלה של מידתיות. הרעיון של מידתיות, הרעיון של איזון אינטרסים, הוא רעיון המקובל במשפט הפנימי, בייחוד במשפט הציבורי הפנימי, מכיוון שבמקרים רבים המחוקקים מתקשים לקבוע מראש כיצד יש לנהוג, ומסמיכים את הרשות המבצעת לקבל החלטות ובלבד שיהיו "מידתיות". כך, הכנסת אינה יכולה לקבוע מראש מהו הגבול, מהו הקו בין המותר והאסור, והיא מסמיכה את מקבלי ההחלטות לקבוע את הקו הזה. הגורם המקבל את ההסמכה הזאת יכול להיות שר בממשלה. ההנחה בנוגע לכל מקבלי ההחלטות היא שהם חסרי פניות, כלומר, שהם מקבלים את ההחלטה לטובת החברה, ושיש להם את היכולת לכך. כל אלה מאפשרים לנו כחברה להסתמך על ההחלטה שלהם. במקרים שבהם לא מסתפקים בהחלטה שלהם, או לא סומכים עליהם במאה אחוז, הציבור שם את מבטחו בבית המשפט, שכן הוא מניח שבית המשפט יהיה נקי מהטיות, ויקבל את ההחלטה הנכונה למען החברה.

כאשר המשפט הבין-לאומי מטיל את האחריות על המפקד הצבאי לשקול שיקולים של מידתיות ושל איזון, הוא מתעלם מכך שהמפקד הצבאי אינו חסר

פניות, אלא הוא רוצה קודם כול למלא את המשימה תוך פגיעה מינימלית בחיילים שלו. אם פונים לבית הדין בין-לאומי כדי שיבחן את שיקול דעתו של המפקד הצבאי, האם בין הדין אכן נקי מהטיות? האם קיימים בידיו הנתונים לבחון את שיקול הדעת של המפקד? איך אפשר לזהות אם המפקד שקל את השיקולים הנכונים, איזן כראוי בין האינטרסים כאשר לא מאמינים לו שהוא נקי מהטיות?

התשובה שבתי הדין הבין-לאומיים נותנים אינה מספקת, אינה נותנת מענה לצרכים, אינה עולה בקנה אחד עם הצפיות מהם, ואינה משכנעת. בתי הדין מניחים שלא ניתן לדעת אם המפקד שקל שיקולים ראויים או לא. ואז הם עושים שימוש בכל מיני אמצעים ורמזים כדי לעמוד על הכוונה של אותו מפקד בנסיבות שבהן פעל. הם בודקים כיצד הוא קיבל את ההחלטה, מה הייתה הפרוצדורה שהוא הפעיל כאשר קיבל את ההחלטה, האם החלטתו הייתה מלווה בשיקול דעת או שהוא מילא את הדרישות ממנו. כתוצאה מכך בתי הדין טועים במקרים רבים שכן הם מייחסים למפקד כוונה לתוצאות מעשיו.

דוגמה לטעות כזאת היא פסק הדין שנתן בית הדין הפלילי הבין-לאומי בנוגע לפשעי יוגוסלביה באפריל 2011 בעניינו של הגנרל הקרואטי אנטה גוטובינה. גוטובינה היה המתכנן של מבצע צבאי שבו גירשה קרואטיה אוכלוסייה סרבית משטח בקראינה (בתוך קרואטיה). הגנרל הועמד לדין באשמה שהורה לטווח ארטילריה למטרות ירי באזור מאוכלס. להגנתו טען, ונראה כי טענתו הייתה מבוססת, שכיוון למטרות ספציפיות. כאשר יורים פגזים ממרחק של 40 ק"מ קורה שיש סטייה מן המטרה ונפגעות מטרות אזרחיות. מה יכולים השופטים לדעת על הסטייה הזאת – האם הייתה מכוונת או, כטענתו, הסטייה הייתה בשגגה, ובעצם הוא לא התכוון להרוג אזרחים, ולא רצה לגרום לבריחה של אוכלוסייה אזרחית. בית הדין לא יכול לקבוע במקרה כזה מה אכן קרה באירוע ולכן הוא בודק את הנסיבות. במקרה הובא בפניו פרוטוקול של ישיבה שבה תוכנן מבצע התקיפה. בישיבה השתתף נשיא קרואטיה שדרש לגרש את כל הסרבים מהמדינה. הגנרל גוטובינה נכח בישיבה הזאת. נוכחותו באותה ישיבה היוותה הוכחה מבחינת בית הדין שממנה הסיק כי הוא התכוון לקחת חלק בתוכנית הזאת ושמטרתה הייתה פגיעה באוכלוסייה האזרחית כדי להביא לבריחתה. על הבסיס הזה בית הדין לא האמין לו כי הירי היה בשוגג.

מהי המסקנה העולה מן הדברים האלה? אם רוצים לשכנע שופטים שיש ברשותם מידע עקיף בלבד בנוגע לכוונותיהם של מפקדים בתקיפה ובפעולה, אין די לומר שלא הייתה כוונה לבצע ירי שיפגע באזרחים. יש להביא ראיות משכנעות שהתוצאה אינה משקפת כוונה. יש לפעול בדרך המבטיחה שקיפות ואת זאת אפשר לעשות באמצעות מתן דין-וחשבון על הליך מובנה של קבלת החלטות, על הכנה מראש הכוללת בירור יעדי התקיפה, סוגי הנשק ועוד, וכן על הפעלת ביקורת על הוראות הפתיחה באש לפני הפעולה, במהלכה ואחריה.

כשם שההשתתפות של גוטובינה בישיבה שקדמה לתקיפה הובילה להרשעתו, כך אמירות של דוברים שונים בצה"ל או המייעצים לצה"ל, המביעים זלזול במשפט הבין-לאומי, יכולות להשפיע על החלטות של בית הדין הבין-לאומי בעתיד. אף כי צה"ל אינו מודה שהוא פועל כך, האמירות האלה מסכנות את המפקדים והחיילים שעלולים לעמוד לדין. האמירות האלה עלולות לסכן את חופש הפעולה של צה"ל ולצמצם אותו בלחימה בעתיד. בשל אמירות כאלה עלול להיווצר רושם שישראל ממעיטה בחשיבותו של המשפט הבין-לאומי מתוך התפיסה שאינו רלוונטי ואינו מוסרי. לכן על צה"ל לנער את חוצנו באופן מוחלט וחד-משמעי מכל האמירות שאינן עולות בקנה אחד עם החובות של צה"ל לפי המשפט הבין-לאומי, ועליו לאמץ את הגישה שעליה סמך בית המשפט העליון את ידו.