

המערכה המשולבת: חוקי זה לא בהכרח לגיטימי

בעקבות מבצע "צוק איתן" חייבת ישראל לערוך חקירה כנה ומעמיקה ולבחון אם עמדה בכללים של דיני החימה, ובמקרים שבוצעו הפרות או פשעים יש לנקוט צעדים משפטיים מחמירים. חקירות רציניות כאלה יועילו לה גם במערכה המשפטית, אך צריך לזכור שגם עמידה בכל הכללים אינה מבטיחה כי היא תזכה לגיטימציה על מעשיה

פנינה שרביטברוך

ליזום הליכים פליליים בבתי משפט של מדינות מסוימות שבהן קיימת סמכות שיפוט אוניברסלית על פשעי מלחמה גם בהיעדר זיקה למדינת הפורום. במילים אחרות, הגם שחמערכה הצבאית הסתיימה לעת עתה, המערכה המשפטית נמצאת רק בראשית תה.

הביקורת נגד פעילותה של ישראל מנוסחת באופן משפטי; הסענות מתמקדות בכך שישראל מבצעת פשעים ומפרה את החוקים. עם זאת, למעשה חלק ניכר מן הסענות אינו מתבסס על כללי המשפט הבינלאומי החלים בעת לחימה, אלא על שיקולים לבר-משפטיים המתבטאים במה שנתפס כלגיטימי בדעת הקהל העולמית. חשוב להבחין אפוא בין סוגיות משפטיות הנוגעות לעצם החוקיות של פעולותיה של ישראל, לבין היבטים הנוגעים לגיטימציה של המעשים בזירה הבינלאומית. אין חפיפה בין השניים, ומעשים חוקיים

המערכה הצבאית של מבצע "צוק איתן" נמשכה למעלה מ-50 ימים. בצד הישראלי היו מעל 70 הרוגים, רובם חיילים. בצד הפלסטיני נהרגו מעל 2,100 תושבי חרצוועה, חלקם אנשי מאס וחל"קם אזרחים. במהלך המבצע נורו כ-4,500 רקטות ומרגמות לעבר ישראל. ישראל תקפה מעל 5,000 מטרות. כבר במהלך המבצע (ב-23 ביולי) התקבלה במועצת זכויות האדם של האו"ם החלטה לחקים ועדת חקירה בראשות פרופ' ויליאם שאבאס, אשר החלה לאחרונה פעילותה. במהלך המבצע הועלו נגד ישראל טענות רבות על כך שהיא מפרה את כללי המשפט הבינלאומי ואף מבצעת פשעי מלחמה. לטענות אלה הייתה השפעה מסוימת על חופש הפעולה של ישראל. בה בעת נשמעים גם איומים של פנינה פלסטינית לבית הדין הבינלאומי הפלילי כדי שיבחן אפשרות להעמיד גורמים ישראלים לדין פלילי על פשעים אלה. כן מועלים חששות כי יהיו ניסיונות



אל"מ (מיל') ע"ד פנינה שרביטברוך, חוקרת בכירה במכון למחקרי ביטחון לאומי, לשעבר ראש מחלקת הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית



צילום: פלאש 90

התמונות המשודרות בתקשורת העולמית הן של מבנים אזרחיים הרוסים ושל אזרחים הרונים. פלסטינים בעזה

משך. ישראל אינה זקוקה לחישעון בפעולתה על זכות ההגנה העצמית, שהיא רלוונטית רק בעת ההתחלה של עימות מזוין. עם זאת, אפילו אם היה צורך לבטל טענת הגנה עצמית לא היה בכך קושי, שכן חמאס ביצע נגד ישראל "התקפה המושה". ישראל אף נר סתה להימנע משימוש בכוח, הן בעצם החצעה של "שקט תמורת שקט" בתחילת במבצע והן בהסכמות החוזרות ונשנות להפסקת אש. חמאס הוא שבחר להמשיך במתקפה, דבר המחזק את החצדקה המשפטית להפעלת כוח מצד ישראל.

החוקיות של אופן השימוש בכוח

יישום עקרון ההבחנה. אחד העקרונות המרכזיים בדיני הלחימה הוא עקרון ההבחנה, על פיו מותר לכוון התקפה לעבר מטרות צבאיות ולעבר לוחמי האויב או אזרחים המשתתפים ישירות בלחימה, ואסור לכוון התקפה נגד אזרחים ונגד אוביקטים

עלולים לסבול מחוסר לגיטימציה. נפתח אפוא בניתוח המשפטי, ולאחר מכן נעבור לניתוח הנוגע לגיטימציה או לחוסר הלגיטימציה של הפעולות בזירה הבינלאומית.

1

ההיבטים המשפטיים

החוקיות של עצם השימוש בכוח

מבחינה משפטית אין ספק שלישראל יש זכות להפעיל כוח צבאי ברצועת עזה כדי למנוע ירי לשטח. זהו מבצע "צוק איתן" הוא חלק ממערכה מתמשכת המתנהלת נגד חמאס, קרי חלק מעימות מזוין מות-

רעות מהזכותה של ישראל להמשיך ולכבד את דיני
הלחימה.

2

היבטים של לגיטימציה בינלאומית

עצם השימוש בכוח

אף שמבחינת חוקית אין כלל שאלה על זכותה של ישראל להגיב בכוח לירי של חמאס לעברה במסגרת המערכה הנמשכת מולו, הרי שבזירה הבינלאומית בוחן העולם "מי התחיל" את הסיבוב הנוכחי. במידה כזו יש לישראל טענות טובות לכך שחמאס הוא שהגביר את חיקף הידי על ישראל ואת עוצמתו, והיא נאלצה להגיב בכוח כדי להפסיק את הירי. למי רדת זאת, בעולם יש המתארים את ההצדקה למבצע כנקמה על רצח שלושת הנערים הישראליים. כן יש המדגישים כי הירי הראשון על ישראל מרצועת עזה בוצע על ידי ארגוני טרור ברצועה שאינם החמאס, וכי ישראל היא שדוררה את המצב. בדרך זו מוצגת ישראל כצד שהביא להסלמה. מנגד, ההסכמות הישראליות להפסקת אש שנדחו על ידי חמאס חיקקו את הלגיטימציה לפעולה הישראלית, ותרמו להגברת חופש הפעולה של ישראל.

אופן השימוש בכוח

אף שמבחינה משפטית מבנה אזורי המשמש לצרכים צבאיים הוא מטרה חוקית לתקיפה, הרי שבמישור הלגיטימציה התמונות המשוחררות בתוך שורת העולמית הן של מבנים אזרחיים הרוסים ושל אזרחים הרוגים. מובן שבתמונות אין זכר לשימוש הצבאי שייתכן שהיה במבנה. יתרה מזו, אף שחרקיות ההחלטה אמורה להיקבע לגופה ולתחושב במידע שהיה בידי המפקד בעת קבלת ההחלטה, הרי שבזירת הלגיטימציה מטילים בפועל על התוקף את הנטל להוכיח את "השימוש הצבאי", ואם לא מרימים נטל זה, התקיפה עלולה להיתפס כפגיעה מכונה ואסורה באובייקטים אזרחיים. כך נעשה למשל

אזרחיים. דיני הלחימה מכירים בכך שאובייקט אדם רחוק עשוי להיחשב למטרה צבאית אם הוא משמש לצרכים צבאיים או שייענה או מיקומו עשויים לשרת תכלית צבאית.

ברצועת עזה נעשה שימוש במבנים אזרחיים לרבות בתי מגורים, בתי ספר ומסגדים כדי לשגר הרתקפות ולאחסן אמצעי לחימה וכן לשימושים צבאיים אחרים. המשמעות היא שמבנים כאלה מאבדים את חסינותם ומותר לכונן אליהם התקפה. אפילו בתי חולים הם מטרה לגיטימית לתקיפה אם האויב משתמש בהם לצרכיו הצבאיים, זאת בכפוף למתן אזעקה מיוחדת להפסיק את השימוש האמור. מובן שתקיפות אלה חוקיות רק בכפוף לעקרונות המידותיות, שיפורט בהמשך.

מידותיות התקיפה. העיקרון המרכזי השני של דיני הלחימה הוא עקרון המידותיות, לפיו גם כאשר תרופים מטרה חוקית, אסור לבצע את ההתקפה אם הנזק האנושי הצפוי ממנה לאזרחים או לאובייקטים אזרחיים הוא מפורז ביחס ליתרון הצבאי הצפוי מן התקיפה. המשמעות היא שבעת שמחליטים על תקיפת יעד, גם אם מדובר במטרה צבאית מחזרת, יש לבחון מה הנזק הצפוי לאזרחים ולאובייקטים אזרחיים ולבצע איזון. על פי עקרון המידותיות חייבים להתחשב באזרחים הצפויים להימצא במיקום גם אם ניתנה אזהרה אך האזרחים לא התפנו מן המקום. עם זאת, עצם העובדה שאזרחים עלולים להיפגע אינו הופך את התקיפה לבלתי חוקית, אם היתרון הצבאי המושג ממנה הופך את הפגיעה הצפויה למידותית. אין מדד מדויק מה נחשב מק מידותי; דיני הלחימה מגדירים סטנדרט של "מפקד צבאי סביר". כך נקבע שהבחינה נעשית לפי המידע שהיה בידי המפקד בעת קבלת ההחלטה, תוך התחשבות באי הודאות שקיימת בגסיבות של לחימה ולא לפי התוצאה בפועל.

אי החוקיות של מעשי החמאס

אין ספק שמעשיו של החמאס, שכיוון התקפות לעבר אזרחים במטרה לפגוע בהם והשתמש באזרחים כעוזר כמגן אנושי וכבסיס לפעילותו הצבאית, הם הפרה בוטה של דיני הלחימה ונחשבים פשעי מלחמה. עם זאת, בדיני הלחימה לא קיים עקרון של הדדיות, ולכן ההפרות מצד החמאס אינן גור

העובדה שאזרחים

עלולים להיפגע

אינה הופכת את

התקיפה לבלתי

חוקית, אם היתרון

הצבאי שיושג ממנה

הופך את הפגיעה

הצפויה למידותית.

אין מדד מדויק מה

נחשב נזק מידותי;

דיני הלחימה מגדירים

סטנדרט של "מפקד

צבאי סביר"



צילום: פלאש 90

בתמונת אין זכר לשימוש הצבאי שייטכן שהיה במבנה. הפצצה בעיר רביח, אוגוסט 2014

**אף שמבנה אזרחי
המשמש לצרכים
צבאיים הוא מטרה
חוקית לתקיפה
מבחינה משפטית,
הרי שבמישור
הלגיטימציה
משודרות בתקשורת
העולמית תמונות
של מבנים אזרחיים
הרוסים ושל
אזרחים הרוסים**

גויה שאם נפגעו אזרחים חרי זו הייתה הכוונה, ולכן מדובר בפשע מלחמה של תקיפה מכוונת של אזרחים; שנית, בדחיית העיקרון המעוגן בדיני הלחימה כי יכולת לחיות חצקה לפגיעה באזרחים כאשר היא נגרמת אגב תקיפת מטרה לגיטימית, ובתפיסה מר-טעית שכל פגיעה כזאת היא בלתי מידתית בהגדרה; שלישית, בשיפוט לפי התוצאות ובדחיית טענות כי הנזק שנגרם בפועל לא היה צפוי או נבע מטעות. היכולת הטכנולוגית הגבוהה של צה"ל יוצרת אשליה שישראל יודעת כל חספה מטעויות, ולכן כל תוצאה קשה של פעולותיה היא מכוונת.

יתרה מזו, אף שמבחינה משפטית נמדדת המידתיות לפי היחס בין חיתרון הצבאי הצפוי מן התקיפה לבין הנזק הצפוי לאזרחים ולא לפי היחס בין מספרי הנפגעים בכל צד, הרי שבמישור הלגיטימציה משווה העולם את מספרי הנפגעים. בישראל היה מספר קטן

בדו"ח גולדסטון אחרי "עופרת יצוקה". בהקשר זה, אמירות שנשמעות לעיתים מפי גורמים מדיניים וציבאיים בישראל על "נביית מחיר" מן האוכלוסייה או קריאות "לשטח את עזה" משמשות ככוכח לכונה הישראלית לפגוע באזרחים. זאת, גם כאשר מדובר בגורמים שאין להם שום קשר והשפעה על הפקודות הצה"ליות, ואף שחן אינן משקפות את האמור בפ"קודות אלה או את החנחיות שניתנות בפועל.

אשר למספר הנפגעים, אף שדיני הלחימה מכירים בכך שגם פעולה הגוררת פגיעה באזרחים עשויה להיחשב חוקית אם הפגיעה היא מידתית או אם היקף הנזק לא היה צפוי, הרי שבמישור הלגיטימי מציה לא נתפסת פגיעה באזרחים כקבילת, בפרט כשמדובר על מספר נפגעים גדול. הפער בין המצב המשפטי למישור הלגיטימציה בולט במיוחד בנושא זה, ומתבטא בכמה מישורים: ראשית, בהנחה ש-

טינים נתפסים כצד החלש אשר נאלץ לנקוט אמצעים אלה מול ישראל החזקה, ואי החוקיות של פעילות חמאס אינה מפחיתה מן הציפייה שישראל תפעל על פי הדין תבינלאומי, בחיזתה מדינה מפותחת דמוקרטית.

3

חבצט קדימה

ישראל נמצאת כרגע בעיצומה של מערכה משפטית ומדינית. בשתי המערכות הללו יש משקל חשוב לבחינת החוקיות של מעשיה ולמידת התאמתם למשפט הבינלאומי. ישראל חייבת - קודם כל למען שימור ערכיה הדמוקרטיים וביצור שלטון חוק - לערוך חקירה כנה ומעמיקה ולבחון אם עמדה בכללים, ובמקרים שבוצעו הפרות או פשעים יש לנקוט צעדים משפטיים מחמירים.

חקירות רציניות יועילו לישראל גם במערכה המשפטית לאור עקרון המשלימות, לפיו אין לנהל הליכים פליליים בבית הדין הפלילי הבינלאומי או בערכאות מדינתיות במסגרת הליכים המתבססים על סמכות השיפוט האוניברסלית, אם המדינה הרלוונטית חוקרת את עצמה באופן כן ורציני.

עם זאת, גם עמידה בכל הכללים של דיני הלחימה אינה מבטיחה כי ישראל תזכה ללגיטימציה על מעשיה, ובקרב על דעת הקהל הבינלאומית יש לנהל תהליכים המשפטיים משמעות מוגבלת בלבד.



בראש ועדת החקירה של האו"ם פרופ' ויליאם שאבאט

אף שנבחינה משפטית נמדדת המידתיות לפי היחס בין היתרון הצבאי הצפוי מן התקיפה לבין הנוק הצפוי לאזרחים ולא לפי היחס בין מספרי הנסגעים בכל צד, הרי שבמישור הלגיטימציה משווה העולם את מספרי הנסגעים

של אזרחים הרוגים וכמה עשרות חיילים הרוגים; בעזה היו מעל 2,000 הרוגים, מהם מעל 400 ילדים, ולא ברור כמה מבין ההרוגים היו לוחדי חמאס וכמה היו אזרחים בלתי מעורבים. לפי ההערכות הישראליות רק כמחצית מן ההרוגים הם אזרחים, לעומת עמדות של גורמים אחרים, למשל האו"ם, כי שני שלישים מן ההרוגים הם אזרחים. הנתון האחרון משמש בסיס לטענה שישראל פעלה באופן בלתי מידתי. מספר ההרוגים הקטן יחסית בישראל משפיע גם על האופן שבו נבחנת המידתיות של פעולותיה בזירת הלגיטימציה הבינלאומית. ישראל מדגישה, בצדק, את הפגיעה הקשה בשגרת החיים, את האיום המתמיד ואת העובדה שאין לזקוף לחובתה את החשקעה שעשתה באמצעי הגנה כגון "כיפת ברזל", שבזכותם בלבד אין נפגעים. כן מודגש כי חמאס מצידו לא רק שלא הגן על תושבי הרצועה אלא העמיד אותם במחנה ביקור האש, כיוון שפעל בחסותם ומקרבם. למרות כל

אלה, פעולותיה של ישראל והפגיעה הנרחבת באזרחים נתפסות כבלתי מידתיות. בקרב על דעת הקהל העולמית קשה להתמרד עם התמונות הקשות של אזרחים, כולל ילדים, שנפגעים בעזה, ותמונות של ילדים ישראלים במקלטים אינן מחוות משקל נגד של ממש.

אי החוקיות של מעשי החמאס

בזירה הבינלאומית אין בדרך כלל ויכוח על כך שמעשי החמאס אינם חוקיים. עם זאת, הפלס-

אמירות שנשמעות לעיתים מפי גורמים מדיניים וצבאיים בישראל על "גביית מחיר" מן האוכלוסייה או קדימות "לשטח את עזה" משמשות כהוכחה לכוננה הישראלית לפגוע באזרחים. זאת גם כאשר מדובר בגורמים שאין להם שום קשר והשפעה על חשקודות הצה"ליות