

מבט על, גיליון 1478, 3 ביוני 2021

מבצע שומר החומות: הזווית המשפטית

פנינה שרביט ברוך

עם סיומו של החלק הצבאי של מבצע "שומר החומות" עוברת המערכה לשדה המשפטי ולקרב על הלגיטימציה. הקמת ועדת חקירה על ידי מועצת זכויות האדם של האו"ם בהחלטתה מ-27 במאי, ודברי התובעת של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג (ICC) כי בית הדין עשוי לחקור פשעי מלחמה פוטנציאליים שביצעו הצדדים במבצע האחרון, הם מרכיבים במערכה זו. מבקריה של ישראל גורסים כי ההרס הקשה בעזה מהווה כשלעצמו הוכחה שישראל הפרה את הדין וביצעה פשעי מלחמה. אולם טענות כאלה מבוססות, במקרה הטוב, על אי הבנה של החוק, ובמקרה הגרוע, על עיוות מכוון שלו.

המערכה הצבאית בת אחד עשר הימים בין ישראל לחמאס השולט בעזה הסתיימה, אולם החזית המשפטית והמערכה על הלגיטימיות בכל הנוגע למבצע האחרון רחוקות מסיום.

אין ספק כי חמאס יזם את הלחימה באמצעות שיגור רקטות לעבר ירושלים, בירת ישראל, ללא כל פעולה קודמת כנגד החמאס מצד ישראל. זאת, וההכרה הרווחת בכך שחמאס הוא ארגון טרור, סיפקו לישראל בשלבים הראשונים תמיכה והבנה רחבות יחסית בזירה הבינלאומית, לגבי הצורך לנקוט פעולה צבאית כדי לעצור את ירי הרקטות של חמאס. עם זאת, ברגע שתמונות הקורבנות האזרחיים וההרס הקשה ברצועת עזה החלו להופיע בתקשורת הבינלאומית, התגברו ההאשמות שישראל משתמשת בכוח מופרז, ושוב ישראל הוצגה כגוליית החזק שמרסק את הפלסטינים החלשים וחסרי ההגנה.

ההאשמות נגד ישראל משתמשות במינוחים משפטיים. נטען שישראל ביצעה פשעי מלחמה, כאשר עצם הפגיעה הקשה בתשתיות אזרחיות בעזה מהווה הוכחה שישראל פעלה שלא כדין. אולם ניתוח כזה מבוסס על אי הבנה של דיני הלחימה, במקרה הטוב, או על עיוות מכוון שלהם, במקרה הרע.

אין ספק כי הירי חסר האבחנה של טילים לעבר האוכלוסייה האזרחית בישראל הוא פשע מלחמה מובהק של חמאס, אולם אין בכך כדי להפחית מחובתה של ישראל לפעול על פי הכללים הבינלאומיים המחייבים, מכיוון שאין עקרון של הדדיות בדיני העימות המזוין (המכונים גם המשפט הבינלאומי ההומניטרי). דיני העימות המזוין כוללים שני עקרונות יסוד רלוונטיים: הבחנה ומידתיות. בנוסף, קיימת חובה לנקוט אמצעי זהירות על מנת למזער את הפגיעה באזרחים. האם ישראל הפרה את העקרונות הללו?

על פי עקרון ההבחנה, מתקפות צבאיות צריכות להיות מכוונות רק כלפי מטרות צבאיות ולוחמי האויב (כולל אזרחים שלוקחים חלק ישיר בלחימה), ולכן חל איסור לפגוע במכוון באזרחים לא מעורבים או באובייקטים אזרחיים. דיני העימות המזוין מכירים בכך שאובייקטים אזרחיים מאבדים את חסינותם והופכים למטרות צבאיות לגיטימיות לפגיעה, אם "מעצם טבעם, מיקומם, מטרותם או שימושם" הם תורמים תרומה יעילה לפעולה צבאית, ואם השמדתם מקנה יתרון

צבאי מובהק. כמעט כל התשתית הצבאית של חמאס והג'יהאד האסלאמי ממוקמת במבנים אזרחיים, ובתוכם בתי מגורים, בתי ספר ומסגדים. מדובר, בין השאר, בעמדות פיקוד ושליטה, מחסני נשק, עמדות ירי ומקומות מסתור לפעילים צבאיים. כך למשל, על פי צה"ל, במגדל אל-גילאא בעזה ששימש משכן לסוכנות הידיעות AP ואל-ג'זירה, לצד דירות של אזרחים, חמאס מיקם ציוד צבאי שנועד לשבש את פעולות צה"ל. שימוש כזה מביא לכך שמה שנראה לכאורה כאובייקט אזרחי הוא למעשה מטרה צבאית לגיטימית, ופגיעה בו עולה בקנה אחד עם עקרון ההבחנה.

על מנת שתקיפה תיחשב לחוקית עליה לעמוד גם בעקרון המידתיות, האוסר על תקיפה שצפויה לגרום נזק אגבי לאזרחים ולאובייקטים אזרחיים, שהוא מופרז בהשוואה ליתרון הצבאי הישיר והקונקרטי הצפוי ממנה. החוק אינו דורש להימנע לחלוטין מפגיעה באזרחים. כדי לעמוד בעקרון המידתיות, יש להעריך את היתרון הצבאי הצפוי מהתקיפה, ומולו לשקול את הפגיעה הצפויה באזרחים ובאובייקטים האזרחיים. כמובן שזהו מבחן תלוי נסיבות, ואין נוסחה מדויקת לקבוע מה ייחשב מידתי. דיני העימות המזוין מציבים את הסטנדרט ככזה שיופעל על ידי "מפקד צבאי סביר". כמו כן, הם מכירים בכך שיש לבחון את המידתיות על בסיס המידע שהיה ברשות המפקד בעת קבלת ההחלטה ותוך התחשבות בחוסר הוודאות השורר בעתות קרב, ולא על סמך התוצאה בפועל.

בנוסף, קיימת חובה לנקוט אמצעי זהירות על מנת למזער פגיעה באזרחים ובאובייקטים אזרחיים, שהם מעשיים בנסיבות העניין. אמצעי מרכזי כזה הוא לתת אזהרה מראש לפני מתקפה. דיני העימות המזוין אינם מחייבים להזהיר מראש כאשר גורם ההפתעה חיוני להצלחת המתקפה, לדוגמה כאשר היעד למתקפה הוא אדם מסוים, כמו איש צבא בכיר. במהלך המבצע נמסר כי צה"ל שיגר אזהרות נרחבות לפני רוב המתקפות. כך למשל, כל הבניינים רבי הקומות שהיו יעד למתקפה קיבלו לפני כן אזהרות ופנו. על פי דיווחי צה"ל, הדבר איפשר לחמאס ולג'יהאד האסלאמי לפנות את הבניינים ולהוציא משם ציוד צבאי ללא פגע. לכן, כפי שצינו מומחים למשפט בינלאומי, נראה כי אזהרה זו חרגה ממה שדיני העימות המזוין מחייבים, מכיוון היא פגעה ביתרון הצבאי שצה"ל רצה להשיג.

אחת הטענות החוזרות היא שהיחס בין הקורבנות שספג כל אחד מן הצדדים מעיד לכאורה כי השימוש בכוח על ידי הצד הישראלי היה לא מידתי, לאור העובדה שיש הרבה יותר קורבנות בעזה לעומת בישראל. אולם על פי דיני העימות המזוין, יישום עקרון המידתיות אינו מתבצע על ידי השוואה בין מספר הנפגעים או רמת ההרס בכל צד. הסטנדרט המשפטי מתייחס לנזק אגבי "מופרז" ("excessive") ולא לנזק אגבי "נרחב" ("extensive"). ישנם תקדימים רבים למבצעים צבאיים שבוצעו על ידי צבאות מערביים, ושבהם רוב הנזק היה בצד אחד של העימות בלבד.

טענה זו משקפת טיעון מורכב יותר, ולפיו בשל העובדה שחמאס מוגבל ביכולת שלו לאיים על חייהם של אזרחים ישראלים, היתרון הצבאי שמשיגה ישראל מכל התקפה נגד החמאס מוגבל גם הוא, ולכן אינו מצדיק רמות גבוהות יותר של נזק אגבי לאזרחים ולאובייקטים אזרחיים בעזה. ההיגיון הזה הוא בעייתי. משמעותו היא לקבוע ששיבוש החיים המוחלט באזורים מסוימים בישראל, ושיבושם הניכר בשאר חלקי המדינה, וכן ההשלכות הכלכליות הקשות וההשפעות הפסיכולוגיות של חיים תחת ירי טילים בלתי פוסק, אינם מהווים יתרון צבאי מספיק, אם לא נגרם אבדן משמעותי של חיים. קבלת טיעון מעין זה פירושה גם שהשקעה של מדינה ביכולות

הגנתיות – כמו ההשקעה של ישראל במערכת כיפת ברזל ובאמצעי הגנה אחרים, שרק בזכותם ספגה מספר מועט של קורבנות אזרחיים – משמעותה שלילת זכותה של המדינה להגן על עצמה באמצעות פעולות התקפיות. המשמעות היא גם שמדינה מוגבלת ביכולתה להשתמש בכוח להפסקת ההפרה של ריבונותה ושלמותה הטריטוריאלית, כל עוד אין מספיק הרוגים בצידה. אין בכך משום פרשנות הגיונית לדיני העימות המזוין, ואין לכך תמיכה בפרקטיקה הקיימת של מדינות העולם.

כמו במבצעים קודמים, גם הפעם אין ספק שיפורסמו דוחות המבקרים את המערכה הצבאית שניהלה ישראל. כך אין ספק שיתקבל דוח ביקורתי מאוד מאת ועדת החקירה שהקימה מועצת זכויות האדם של האו"ם בהחלטה שקיבלה ב-27 במאי 2021. דוחות כאלה ישמשו בסופו של דבר ככלי נוסף במערכה הפוליטית לשלילת הלגיטימיות של ישראל. בנוסף, דוחות אלו ימצאו את דרכם ללשכת התובעת של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג (ICC), שכבר אותתה כי במסגרת חקירת המצב ב"פלסטיין", שכבר נפתחה על ידי משרדה, ניתן יהיה לבחון פשעי מלחמה פוטנציאליים שבוצעו על ידי הצדדים במבצע האחרון.

הדרך העיקרית של ישראל להתמודד עם האשמות, ובעיקר עם הליכים פליליים פוטנציאליים, היא לבצע חקירות עצמאיות שיהיו יסודיות, יעילות, מהירות ושקופות. גישה כזו תאפשר לישראל להסתמך על עקרון המשלימות (complementarity), ולפיו הליכים בינלאומיים והתערבות שיפוטית זרה אינם ראויים כאשר המדינה מבצעת בעצמה חקירה כנה ויעילה. היא תאפשר לה גם להציג טוב יותר את הצד הישראלי בפורומים וערוצים דיפלומטיים אחרים.

על ישראל להגיע למערכה המשפטית נגדה כשהיא חמושה בחומר עובדתי ומשפטי. חשוב לאפשר שקיפות מרבית, כולל חשיפת חומר מודיעיני רלוונטי במידת האפשר, שכן הדבר יאפשר לישראל להציג את נקודת מבטה ולהדגים את המורכבות והאתגרים של המערכה. המערכה המשפטית היא מאבק סיזיפי, אך תהא זו טעות להתייחס אליו מראש כנדון לכישלון.