

התאמת דיני המלחמה לעימותים נמוכי-עצימות

ארז זיונץ ורוני ברט

בתחילת המאה העשרים ובעקבות מלחמת העולם השנייה, על בסיס אמנות ראשוניות שפותחו בסוף המאה התשע עשרה, הסדירה הקהילה הבינלאומית מערכת משפטית של אסור ומותר בתחום המלחמה, בעיקר באמצעות אמנות האג וז'נווה. מערכת זו נועדה להגן על אוכלוסיה אזרחית ולהסדיר את היחס לחיילים ולשבויים. מאז סיום המלחמה הקרה קיימת מעורבות גוברת של הקהילה הבינלאומית בתחום זה, באמצעות מעקב, ביקורת, הפעלת לחץ דיפלומטי והעמדה לדין לאחר-מעשה. התייחסות מקפידה זו הפכה את דיני המלחמה למרכיב משמעותי במערכת שיקוליהם של מדינאים ומצביאים, כאילוץ המגביל או אוסר דרכי פעולה מסוימות.

דא עקא, דיני המלחמה נקבעו בעיקר עבור מלחמות בין מדינות המפעילות צבאות סדירים, והתבססו על יכולת וחובת אבחנה בין כוחות ומרחבי לחימה לבין אוכלוסיה אזרחית. בעיקר מסיבות פוליטיות, המשפט הבינלאומי נמנע מהתייחסות לעימותים נמוכי-עצימות, דהיינו עימותים בהם צד אחד אינו צבא סדיר הכפוף לממשלה ריבונית אלא כוח גרילה או ארגון טרור או מיליציה (שאיננה חלק מכוח צבאי סדיר).¹ גופים אלה אינם מחויבים לחוק הבינלאומי ובכוונה נלחמים מתוך אוכלוסיה אזרחית. בלחימה מסוג זה, המשפט הבינלאומי הפך מאילוץ מוצדק וסביר למגבלה מבצעית חריפה ולעיתים קרובות בלתי מוצדקת. מצב זה יצר מחלוקת בקרב מדינאים ומשפטנים העוסקים בנושא. מצד אחד, יש הטוענים שדיני המלחמה במתכונתם הנוכחית מיושנים ומגבילים יתר על המידה את יכולתם של צבאות סדירים להתמודד עם הקשיים המבצעיים העומדים בפניהם בעימות נמוך-עצימות. על פי גישה זו, דיני המלחמה הקיימים אינם מתאימים למודל לחימה זה וצריך לשנותם בדחיפות; יש אף הטוענים שניתן

ארז זיונץ, בעל תואר שני במשפט בינלאומי
ד"ר רוני ברט, חוקר, המכון למחקרי ביטחון לאומי

לאפשר לצבאות לחרוג מהם עד שהדבר יתבצע. הימנעות מכך הינה בגדר קבירת הראש בחול.²

מצד שני, יש הטוענים שדיני הלחימה במתכונתם הנוכחית עומדים במבחן הזמן גם מול האתגרים שמציבים עימותים נמוכי-עצימות. בראייתם, מודל לחימה זה איננו סיבה הולמת להתעלם מדיני המלחמה אשר נועדו בראש ובראשונה להגן על אזרחים, גם אם ישנן תקנות נקודתיות שרצוי לשנותן. הבעיה המרכזית איננה הצורך בעדכון של דיני המלחמה אלא העדר הקפדה מספקת על קיומם. רבים מתומכי קו זה חוששים שעצם העלאת הנושא לדיון ושינוי כמוה כיצירת כדור שלג אשר אין לדעת אם ייעצר לפני שימוטט את כל אשר הושג עד כה על ידי מערכת דיני המלחמה.³

מאמר זה חולק על גישת הסטאטוס-קוו ומקבל את עקרון השינוי, בהתבסס על האבחנה האוניברסאלית שהמציאות תמיד מקדימה את החוק ועליו להשתנות בהתאם. לאחר הצגת העקרונות של דיני המלחמה והבעיות העולות מהחלתם כפי-שהם על עימותים נמוכי-עצימות, נציג הצעה המתאימה את החוק למציאות החדשה.

דיני מלחמה – עקרונות ובעיות

דיני המלחמה מבוססים על "איזון בין שני קטבים מגנטיים: צרכים צבאיים מצד אחד, ושיקולים הומניטאריים מצד שני".⁴ דינים אלה מבוססים על ארבעה עקרונות יסוד אשר נועדו ליצור ולשמר איזון זה.⁵

1. עקרון הצורך הצבאי – military necessity: השימוש בכוח מותר כל עוד הוא נועד להשגת תכלית צבאית במסגרת המערכה נגד האויב. תקיפה שתכליתה הרס רכוש או פגיעה בבני אדם שלא לשם השגת תכלית צבאית, או כזו המיועדת לפגוע באוכלוסיית האויב, אסורה.
2. עקרון האנושיות – humanity: יש להימנע מפעולות העלולות לגרום נזק וסבל מיותרים, גם כשמדובר במטרות המותרות לתקיפה. רווחת האזרחים חשובה, ויש להגביל למינימום את השפעות העימות המזוין עליהם.
3. עקרון ההבחנה – distinction: חלה חובה להבחין בין לוחמים ויעדים צבאיים לבין אזרחים ויעדים אזרחיים. את האחרונים יש להותיר מחוץ למעגל הלחימה ככל האפשר, ולמזער את השפעת הלחימה עליהם.
4. עקרון המידתיות – proportionality: פגיעה באזרחים או באתרים אזרחיים, הנגרמת עקב תקיפת יעד צבאי לגיטימי אין בה כדי להפוך את התקיפה לבלתי חוקית, כל עוד הנזק הנלווה הצפוי להיגרם לאזרחים איננו מופרז ביחס לתועלת הצבאית הצפויה מהפעולה.

מאפייניו של עימות נמוך-עצימות (בעיקר לחימה מתוך אוכלוסיה אזרחית ונגד אזרחים) קוראים תיגר על ההבחנות והסיווגים המסורתיים המעוגנים בדיני המלחמה, ומציבים מדינות ומשפטנים בפני קשיים מבצעיים ודילמות כבדות משקל. למעשה מערכת המשפט הבינלאומית נתקלת בקושי כבר בעצם סיווגו של העימות. באופן מסורתי, המשפט הבינלאומי מחלק עימותים מזוינים לשני סוגים בלבד: עימות בינלאומי (international armed conflict) כלומר בין מדינות, ועימות שאינו בינלאומי (non-international armed conflict) כלומר פנים-מדינתי.⁶ עימות בין מדינה לבין ארגון לא-ממשלתי הפועל מחוץ לשטחה אינו נופל, לכאורה, תחת אחת מן ההגדרות הללו. גישת הסטאטוס-קוו טוענת שצריך לסווג את העימות לפי אחת הקטגוריות המסורתיות, המתאימה ביותר לפי נסיבות העניין.⁷ גישת השינוי גורסת שצריך לראות בו סכסוך מסוג חדש לגמרי.⁸ סיווג העימות אינו שאלה אקדמית גרידא; הוא מכתב את הדינים המהותיים שיחולו עליו.

הקושי הבולט ביותר בהתייחסות לעימות נמוך-עצימות הוא בהבחנה בין אזרחים ללוחמים. דיני המלחמה מבחינים בין לוחמים (combatants) לבין לא-לוחמים (non-combatants) כלומר אזרחים (civilians).⁹ מבחינת המשפט הבינלאומי המנהגי, כל מי שאינם עונים לקריטריונים של "לוחמים" הינם "לא-לוחמים".¹⁰ לוחמים מוגדרים כאנשים "בעלי סימן היכר קבוע שניתן להבחין בו מרחוק...נושאים נשק בגלוי...נתונים למרות פיקודית...ומנהלים את פעולותיהם בהתאם לדיני המלחמה ומנהגיה".¹¹ בניסיון להקל על ארגונים בלתי ממשלתיים ולהביאם לכבד את דיני המלחמה בוטלו הסעיפים הדורשים מלוחמים ללבוש סימני היכר ולשאת כלי נשק בגלוי.¹² ההבחנה בין שתי קטגוריות אלו היא כמובן קריטית, משום שלאחרונים זכויות והגנות נרחבות בעוד שלראשונים זכויות רק לאחר שהפסיקו לקחת חלק פעיל בלחימה.

לוחמים בעימות נמוך-עצימות אינם מתאימים להבחנה המסורתית בין לוחמים ללא לוחמים והם גם מפירים ביודעין ובמוצהר את דיני המלחמה

לוחמים בעימות נמוך-עצימות, לוחמי גרילה-מיליציה-טרור, אינם מתאימים להבחנה המסורתית בין לוחמים ללא לוחמים: הם נעים עם סימן היכר ונשק גלוי באופן חלקי בלבד; הם אינם מבדילים עצמם בצורה ברורה מן האוכלוסייה; והם גם מפירים ביודעין ובמוצהר את דיני המלחמה, וגם מנצלים לרעה את מחויבותם של צבאות סדירים לחוק הבינלאומי כדי לפגוע בהם. הקושי לכן אינו רק בהגדרת מעמדם של לוחמים-לא-לוחמים אלה. מדובר

באויב אשר מנצל באופן ציני את ההגנה שניתנת לאזרחים תחת דיני המלחמה כדי להשתמש בהם כמגן אנושי, ולפעמים אף מנסה לגרור את הצבא הסדיר לפגוע בהם על מנת לגרום לו נזק תדמיתי. בכל מקרה, הקושי בהגדרת מעמדם משליך

כמובן על סוגיות יסודיות במלחמה: במי ניתן לפגוע, ומה הוא מעמדו של אלה אשר נופלים בשבי במהלך הקרב.

גישת השינוי טוענת ליצירתה של קטגוריה שלישית – לוחמים בלתי-חוקיים (unlawful combatants) – ורואה באי-הכרה בקטגוריה זו הוכחה להתיישנותו של המשפט הבינלאומי. גישה זו גורסת שלוחמי ארגונים בלתי-ממשלתיים אינם זכאים לא לזכויות הנתונות ללוחמים ולא להגנות הנתונות לאזרחים.¹³ קיומה של קטגוריה שלישית זו עוד לא הוכרה במשפט הבינלאומי המנהגי, והיא בעייתית משום שהמסווגים בתוכה הינם חסרי הגנה לחלוטין ומוצאים מחוץ לגבולות המשפט הבינלאומי.¹⁴ יש על כן ספק אם גישה זו מתיישבת עם התפיסה של דיני המלחמה, אשר במהותם נועדו לענות על המצבים והנסיבות השונות בכל רובדי המלחמה. גישת הסטאטוס-קוו גורסת שדיני המלחמה כבר מקיימים הבחנה בין לוחמים חוקיים ובלתי-חוקיים כהבחנה משלימה, בראש ובראשונה על מנת לשמור על ההבחנה בין לוחמים לאזרחים. אם חפצים להוציא את רוב האזרחים מחוץ למעגל האלימות, הכרחי להבטיח שההבחנה ביניהם ובין לוחמים תהיה חדה וחלקה. לכן במקום יצירת קטגוריה שלישית, החוק הבינלאומי בראייתם כבר שולל מלוחמים בלתי-חוקיים את ההגנה המוענקת לאזרחים משום שהם "נוטלים חלק ישיר במעשי איבה", וברזמנית איננו מכיר בהם כלוחמים חוקיים.¹⁵ תומכי גישה זו גורסים ששלילת מעמדם כלוחמים חוקיים מאפשרת העמדתם לדין בבתי דין צבאיים או אזרחיים, בתור אזרחים שפשעו ומתנגדים בתוקף לשלילת זכויות מוחלטת של לוחמים בלתי חוקיים.¹⁶ (חומרתה של בעיה זו באה לידי ביטוי במדיניות האמריקנית במחנה המעצר בגואנטנמו.¹⁷) פרופסור יורם דינשטיין מסכים שלוחמים בלתי-חוקיים כפופים למרותו של הדין האזרחי-פלילי המקומי, ומוסיף שדין זה מאפשר להחזיקם במעצר ללא זכות להליך משפטי.¹⁸

קושי חריף במימוש עקרון ההבחנה בעימות נמוך-עצימות בו צד אחד פועל מתוך האוכלוסייה קיים לא רק לגבי לוחמים מול אזרחים, אלא גם לגבי יעדים צבאיים מול אזרחיים. על פי המשפט הבינלאומי יעדים צבאיים הם רק כאלה "אשר מטבעם, מיקומם, מטרותם או השימוש בהם תורמים תרומה אפקטיבית לפעולה צבאית, ושהריסתם, תפיסתם או נטרולם... מקנים יתרון צבאי מובהק".¹⁹ הלחימה אמורה להיות מכוונת נגד היכולת הצבאית של האויב ולא נגד האוכלוסייה האזרחית, ולכן זכותם של הצדדים למלחמה לבחור יעדי תקיפה מוגבלת ליעדים צבאיים בלבד.²⁰ בנוסף, מודגש ש"אסור לתקוף, להרוס, לסלק או להוציא מכלל שימוש אובייקטים החיוניים להשרדות האוכלוסייה האזרחית, כגון מוצרי מזון, שטחים חקלאיים המשמשים לייצור מוצרי מזון, יבולים, משק חי, מתקנים ואספקת מי שתייה ומפעלי השקיה, למטרה מפורשת של שלילת ערכם לקיומה של האוכלוסייה האזרחית,

או לצד יריב, ויהא המניע אשר יהא, בין אם במטרה להרעיב אזרחים, לגרום להם לנוע, או מכל מניע אחר.²¹ כאשר היעדים הינם מתקני לחימה (עמדות, מפקדות, נשק, מחסנים, מכשולים) בתוך או בין בתי אזרחים, שוב עולה קושי בשמירה על עקרון ההבחנה. מדובר בקושי מבצעי וגם באתגר מסובך למשפט הבינלאומי. הקושי העצום בהבחנה בין לוחמים ללא-לוחמים ובין יעדים צבאיים לאזרחיים משליך באופן ישיר וחריף גם על היכולת לממש את שאר העקרונות: צורך צבאי, אנושיות ומידתיות. לחימה בעימות נמוך-עצימות מתנהלת לרוב בתוככי אוכלוסייה אזרחית, ועל בסיס עקרון המידתיות דיני המלחמה מגבילים מאוד תקיפת מטרות בנסיבות אלה. "המתכננים או המחליטים על התקפה ימנעו מלהחליט לפתוח בכל התקפה שניתן לצפות כי תגרום לאובדן נלווה של חיי אזרחים, פגיעה נלווית של אזרחים, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים או שילוב של כל אלה, אשר יהיו מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי".²² זו אולי הדוגמא הבולטת ביותר לכך שהמשפט הבינלאומי מעניק יתרון ברור דווקא לצד הלוחם אשר מתעלם ממנו ומנצלו.

הצעה לשינוי

לוחמת גרילה-מיליציה-טרור, אשר מתבססת על אוכלוסיה ומרחבים אזרחיים ותוקפת אזרחי אויב, מפירה את האיזון הצבאי-הומניטארי המסורתי עליו מבוססים דיני המלחמה. דבקות בהם ובפרשנותם המקובלת לא רק מקנה יתרון מבצעי לצד אחד (דבר שמערכת משפטית-נייטרלית אמורה להימנע ממנו), אלא אף מעודדת אותו להתעלם מהחוק ולהמשיך לנצלו. ביחס לעימותים נמוכי-עצימות, יש על כן לקבוע כללים חדשים. הכוונה לכללים אשר לא יבטלו לחלוטין את הסייגים הקיימים, אלא ישנו חלק מהם כדי ליצור איזון המתאים לעימותים נמוכי-עצימות בין "הצורך הצבאי והשיקול ההומניטארי".

הגדרת הלוחמים:

לוחמים בלתי-חוקיים יוגדרו תחת קטגוריה שלישית ונפרדת, בהתאם לחוק הישראלי משנת 2002: "אדם שנטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, בין במישרין ובין בעקיפין, או נמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל שלא מתקיימים לגביו התנאים המקנים מעמד של שבוי מלחמה במשפט הבין-לאומי ההומניטרי, כמפורט בסעיף 4 לאמנת ג'נבה השלישית..."²³ (דהיינו לוחמים חוקיים).

לוחמת גרילה-מיליציה-טרור, אשר מתבססת על אוכלוסיה ומרחבים אזרחיים ותוקפת אזרחי אויב, מפירה את האיזון הצבאי-הומניטארי המסורתי עליו מבוססים דיני המלחמה

מצד אחד, אין לקבל את גישת הסטאטוס־קוו על פיה חובת הבחנה חדה וחלקה בין אזרחים ללוחמים תקפה **בכל התחומים** גם במסגרת עימותים נמוכי־עצימות. אין לקבל זאת משום שהלוחמים הבלתי־חוקיים הם שיוצרים מציאות שבה בפועל אין הבחנה כזו. למעשה לוחמים בלתי־חוקיים הינם אזרחים אשר באופן קבוע או מזדמן עוסקים בלחימה, והאיסור להתייחס אליהם כאל לוחמים רק משום ש'רשמית' אינם כאלה הינו בלתי מוצדק ובלתי מציאותי בעליל. מצד שני, אין לקבל את הגישה על פיה לוחמים בלתי־חוקיים אינם זכאים לא לזכויות הנתונות ללוחמים ולא להגנות הנתונות לאזרחים. כבני אדם, ובחלק מהמקרים גם בגלל שהם נהנים מחזקת החפות, יש להם זכויות אינהרנטיות.

על פי הקטגוריה המוצעת ללוחמים בלתי־חוקיים קודם כל יוקנו הזכויות הבסיסיות של לוחמים חוקיים, ובראשן הזכות לחיים ולכבוד אנושי.²⁴ כאשר מדובר בפעילות בט"ש נגד טרוריסטים שנתפסו, מוקנית להם גם הזכות למשפט.²⁵ כאשר מדובר בפעילות מלחמה, לנופלים בשבי יש זכות למזון, לטיפול רפואי, ולביקורים של הצלב האדום, וכמובן אסור לענות אותם.²⁶ מצד שני, בניגוד לדיני המלחמה הקיימים, ניתן יהיה: לשלול מהם את הזכות לשירות דואר, להתקשרות עם משפחותיהם, ולשחרור עם תום הלחימה; להעמידם לדין בגין פשעי מלחמה; ולכלוא אותם בבידוד ללא מגבלת זמן.²⁷ כמו כן, בלא קשר לדיני מלחמה אלא לחוק הבינלאומי בכלל, מותר לעצור ולחטוף חברי ארגונים בלתי־חוקיים ממדינות אויב או מקרב אוכלוסיה כבושה גם לא בזמן לחימה, מכל סיבה שהיא כולל לצורכי מיקוח.²⁸ הקטגוריה הזו תקנה ללוחמים בלתי־חוקיים את הזכויות ההומניטאריות הבסיסיות, ותשלול מהם כל דבר מעבר לכך. כדי לקיים את ההבחנה בין לוחמים בלתי־חוקיים ואזרחים, שבוי אשר איננו 'לוחם בעליל' יהיה זכאי להליך שיפוטי (כמו עצי בפעילות ביטחון שוטף) אשר יקבע האם אכן מדובר בלוחם בלתי־חוקי או שמא באזרח שנקלע לזירת הלחימה.²⁹ זו נקודת מפתח, המבדילה הצעה זו ממדיניותו של המימשל האמריקאי ביחס לעצורי גואנטנאמו.

מרחב הלחימה:

כפי שלוחמים בלתי־חוקיים מבטלים בעצמם ולחלוטין את ההבחנה ביניהם לבין אזרחים, כך אופן לחימתם ומיקומם מצמצמים במידה רבה את ההבחנה בין יעדים צבאיים לאזרחיים. כאשר לחימה לא־חוקית מופעלת מתוך אוכלוסיה אזרחית כדי להישען עליה ולהסתתר בקירבה, כמעט בכל המרחב האזרחי יש "משום תרומה אפקטיבית לפעילות צבאית", ולכן בפעולה נגדו יש "משום יתרון צבאי ברור" ומוצדק. הדבר נכון שבעתיים כשמדובר באוכלוסיה אזרחית אשר משתפת פעולה עם לחימה בלתי־חוקית. אשר על כן, כדי לשמור על האיזון אליו שואפים דיני המלחמה יש להתחשב בצורך הצבאי בפעילות מקיפה ואינטנסיבית במרחב

האזרחי, שוב תוך הקפדה על דרישות הומניטאריות בסיסיות. צורך זה יכול לקבל מענה מוגבל באמצעות חידוד כללים קיימים וקביעת כללים חדשים, על בסיס פרשנות קפדנית יותר של רוח החוק הקיים (ועל ידי כך – חיזוקו).

אחד: אחריות על פגיעה באזרחים או ביעדים אזרחיים כתוצאה מפעילות נגד לחימה בלתי-חוקית מוטלת על הארגונים הלא-חוקיים הפועלים מקרבם. היוזמים, המעודדים, המממנים, או המאפשרים לחימה מתוך אוכלוסיה אזרחית, הלוחמים בפועל ומפקדיהם, כולם דינם כדין פושעי מלחמה. ניסוח זה הופך למפורש את האיסור המובלע על פעילות כזו, הקיים כבר בחוק: "לא יעשה שימוש בנוכחות של אוכלוסיה אזרחית... כדי להעניק חסינות בפני פעולות צבאיות..."³⁰ שתיים: על המדינה הפועלת להגדיר רשמית ופומבית את השטח בו תתנהל פעילות צבאית נגד לחימה לא-חוקית. יש לאפשר לאזרחים לעזוב את השטח, ביוזמתם או בתגובה לקריאה לעשות זאת.

שלוש: מותר לפנות אזרחים בניגוד לרצונם על מנת לפעול בשטח בחופשיות או על מנת לשלול מלוחמים בלתי-חוקיים הסתייעות בהם, ובלבד שהפינוי מבוצע תוך שמירה קפדנית על חייהם ושלומום ורכושם של המפונים ושאינו מכוון לגירוש קבע.³¹

ארבע: תקיפת יעד ניח (לא כולל מתקנים אשר תקיפתם תסכן אוכלוסיה במרחב, כגון מצבורים של חומרים מסוכנים או סכרים) במרחב אזרחי תבוצע רק לאחר שניתנה אזהרה לאוכלוסיה לפנות את האזור.

חמש: תקיפת לוחמים בלתי-חוקיים בקרב אוכלוסיה אזרחית תבוצע בצורה ממוקדת, תוך הימנעות מקסימלית מגרימת "אובדן נלווה של חיי אזרחים או נזק נלווה ליעדים אזרחיים" בכלל, וכאלה "המופרזים ביחס ליתרון הצבאי הישיר" בפרט.

שש: האחריות על לחימה בלתי-חוקית מתוך שטחה של מדינה מוטלת על ממשלתה הריבונית. נמנעה הממשלה מלעצור מיידית פעולות לחימה בלתי-חוקיות, בין בגלל העדר רצון או בגלל העדר יכולת, נוצר באחריותה מצב מלחמה דה-פקטו וזכאית המדינה המותקפת לנקוט נגדה בכל פעילות לחימה חוקית. במסגרת לחימה זו זכאית המדינה המותקפת לפעול גם מחוץ לאזור הלחימה המיידית, כדי להביא במישרין או בעקיפין את המדינה האחראית להפסקת הלחימה הבלתי-חוקית משטחה, ובלבד

שפורסמה אזהרה מספקת לפינוי בלתי-לוחמים מאזורי התקיפה.³² צעד זה 'יתן שיניים' להחלטתה האחרונה של מועצת הבטחון בנושא (1373), משנת 2002.³³ לכאורה אין חדש באמור לעיל, שכן לכל מדינה הזכות להגנה עצמית. ולא היא, משום שקיימת לכל הפחות אי-בהירות משפטית בנושא. מצד אחד, פעולותיהם

פעולותיהם של ארגונים לא-חוקיים נתפשים משפטית כפעולות של המדינה 'המארכת' רק אם הם פועלים תחת הוראותיה, הכוונתה או פיקוחה

של ארגונים לא-חוקיים נתפשים משפטית כפעולות של המדינה 'המארכת' רק אם הם פועלים תחת הוראותיה, הכוונתה או פיקוחה.³⁴ יש בכך יותר מרמז לכך שכאשר אין זה המצב, המדינה המארכת איננה אחראית ולכן אין לנקוט בצעדים נגדה. מצד שני, מועצת הבטחון קבעה שאמנת האו"מ מטילה על חברותיה את החובה להימנע מארגון, עידוד, סיוע ל-, השתתפות ב-, או השלמה עם פעילות טרור משטחה כלפי מדינה אחרת.³⁵ יש להבהיר חד משמעית שזה אכן המצב, ושזכותה של המדינה המותקפת לנקוט בצעדים צבאיים של הגנה עצמית כלפי המדינה המארכת גם אם זו רק "משלימה עם" פעולות משטחה.

שבע: רשימת היעדים האזרחיים האסורים לתקיפה מסיבות הומניטאריות מוגבלת לאלה המיועדים ישירות ומיידית למזון, מים ורפואה. תשתית ומתקני חשמל, תחבורה ותקשורת במרחב הלחימה מותרים לתקיפה, באם הם מסייעים לפעילות הלא-חוקית. כך הדין גם לגבי בתים ומתקנים אזרחיים המנוצלים בידי לוחמים בלתי-חוקיים לצרכי לחימה, שכן החוק הבינלאומי מתיר תקיפת "מחנות זמניים...עמדות הערכות...אזורי שיגור...ציוד צבאי...חומרי גלם למטרות צבאיות... ומתקנים מקומיים לשליטה-תקשורת-ובקרה".³⁶

צורך צבאי ומידתיות:

על פי דיני המלחמה, שימוש בכוח מותר רק להשגת תכלית צבאית ולא להרס רכוש או לפגיעה באוכלוסיה. על פי הפרשנות המסורתית, תכלית צבאית לגיטימית הינה השמדת כוחות צבא של האויב או כיבוש שטח. הגדרת תכלית זו אינה מתאימה לעימותים נמוכי-עצימות, בהם לעיתים קרובות כיבוש שטח איננו רלבנטי, והשמדת 'כוחות צבא' בלתי אפשרית משום שהם 'מתאזרחים' בנקל. התכלית הצבאית בעימותים נמוכי-עצימות הינה לשלול מהארגונים הלוחמים את הרצון או את היכולת להמשיך בלחימתם הבלתי-חוקית מתוך האוכלוסיה האזרחית אליה הם משתייכים ונגד אזרחי המדינה המותקפת. לשם כך אין ברירה אלא לקבוע מלכתחילה ולגבות בפועל מחיר כבד גם מן המרחב האזרחי אשר ממנו מופעלת לחימה בלתי-חוקית. המידתיות בעימותים נמוכי עצימות איננה יכולה לכן להימדד "ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי" כגון השמדת מספר טנקים או כיבוש גבעה חשובה. היא צריכה להימדד גם ביחס ליתרון הכללי והעקיף שבהסרת איום הלחימה הבלתי-חוקית מעל לאזרחי המדינה. זאת על ידי ניטרול המרחב האזרחי ממנו היא מופעלת (למשל על ידי פינוי האוכלוסיה) או על ידי הפעלת לחץ (למשל על ידי פגיעה במטרות תשתית או באמצעות תגובת-נגד "בלתי פרופורציונלית" במובן המסורתי-קונבנציונלי של המושג).

בעימותים נמוכי-עצימות יש על כן לאמץ פרשנות מאד מרחיבה של עקרון המידתיות, על פיה "הנזק הנלווה הצפוי להיגרם לאזרחים" לא יחשב כ"מופרז ביחס

לתועלת הצבאית הצפויה" כל עוד אזרחים לא הותקפו באופן חסר הבחנה וכל עוד לא נשללו מהם הצרכים ההומניטאריים המידיים (מזון, מים, טיפול רפואי). מכלל הלאו נשמעים שני הניס. מצד אחד, אזרחים באזור פעולה של לחימה בלתי-חוקית, במיוחד כאלה המשתפים עימה פעולה, יהיו מודעים לכך שתקיפות ממוקדות ופניו כפוי ושלילת צרכים שאינם בסיסיים הינם צעדים לגיטימיים וצפויים. מצד שני, על הצבא התוקף לאפשר אספקה הומניטארית ואסורים עליו ירי חסר הבחנה ותקיפה של מתקנים הומניטאריים (מים, רפואה).

סיכום

ההצעה שהוצגה כאן איננה בבחינת תרגיל אקדמאי. מדינת ישראל מתמודדת עם טרור וגרילה ומיליציות הן מול לבנון וחזבאללה והן מול הפלסטינים על שלל ארגוניהם. בהתמודדות זו, דיני המלחמה מהווים מגבלה משמעותית למן הרמה האסטרטגית ועד לרמה הטכנו-טקטית, וההתייחסות למגבלה משפטית זו הינה כאל גזירה משמים. ולא היא. החוק הוא מעשה ידי אדם; ניתן וצריך לשנותו כדי להתאימו למציאות משתנה. זאת ועוד, לרוב אין צורך בשינוי החוק אלא באימוץ פרשנות אחרת. אין לקבל זאת כמובן מאליו שהפרשנות הליברלית המקובלת, המחמירה עם המדינות המתגוננות ומקילה עם הארגונים הלא-חוקיים, היא המחייבת. על ממשלת ישראל ליזום מהלך זה. יש לגבש, באמצעות צוות הכולל נציגים של צה"ל, השב"כ ומשרדי החוץ והמשפטים, מערכת של דיני מלחמה לעימותים נמוכי-עצימות, מערכת המבוססת על עקרונות המשפט הבינלאומי אולם מאזנת בצורה שונה בין צורך צבאי לשיקול הומניטארי.³⁷ חקיקה כזו יש לקדם בשני מסלולים במקביל. במסלול הבינלאומי יש להגישה רשמית לדיון בפורומים המתאימים על פי הנהלים המקובלים. מדובר בתהליך ארוך ומסורבל, ומרבית הסיכויים שלא יצליח. ברם, עצם התנעתו תסייע לישראל

החוק הוא מעשה ידי אדם; צריך לשנותו כדי להתאימו למציאות משתנה. לרוב אין צורך בשינוי החוק אלא באימוץ פרשנות אחרת

מבחינה תדמיתית-דיפלומטית, במיוחד בקרב מדינות המתמודדות עם אותה בעיה או המתייחסות לאיום הטרור הג'האדיסטי ברצינות (ארה"ב, חלק ממדינות אירופה, הודו, תורכיה, רוסיה, וכדומה). מצד שני, יש לשקול לקדם מסלול זה לא באופן ישיר וגלוי. מכיוון שכל הצעה ישראלית תעורר אוטומטית התנגדות גורפת, יתכן שעדיף לשכנע מדינות אחרות לעשות זאת ולהשאיר את

ישראל מאחורי הקלעים. במקביל יש לקדם את המהלך במסלול הפנים-מדינת, ולהגיש לחקיקה בכנסת חלק ממערכת הדינים החדשה. הכוונה לאותם סעיפים אשר אינם עומדים בסתירה לאמנות אליהן ישראל מחוייבת, ואשר יכולים לכן להיכנס לספר החוקים כפרשנות הישראלית לחוק הבינלאומי.

אין להשאיר את המצב המשפטי כפי שהוא. אין בכך לא הגיון מבצעי ולא מוסר אנושי. הפרשנות הליברלית המקובלת למצב המשפטי הקיים מקנה יתרון ללוחמים הבלתי-חוקיים על פני קורבנותיהם. על כגון דא אמרו חז"ל: "כל המרחם על האכזריים סופו להתאכזר לרחמנים".

הערות

1. באמנת האג 1899 אין התייחסות לנושא משום שהמדינות הקטנות (אשר חששו מכיבוש) התנגדו לתביעתן של המעצמות להוציא מחוץ לחוק 'התנגדות אזרחית'.
Kalshoven, F., *Constraints on the Waging of War*, International Committee of the Red Cross, 1987 p.14.
דבר דומה התרחש בוועידת רומא 1999 (האמנה לייסוד בית הדין הבינלאומי הפלילי), כאשר המשתתפים כשלו בהסכמה על הגדרת טרור, ודחו זאת למועד מאוחר יותר.
Fife, R. E., *Review Conference: scenarios and options*, Assembly of State Parties, ICC, 2006.
2. בין הבולטים הקוראים לעדכון החוק מצוי שר ההגנה הבריטי ג'ון ריד (3 באפריל 2006), הטוען ש:
"The Geneva Conventions were created more than half a century ago, when the world was almost unrecognizable to today's citizens...we need now to...re-examine these conventions. If we do not, we risk continuing to fight a 21st century conflict with 20th century rules."
www.mod.uk/DefenceInternet/AboutDefence/People/Speeches/SofS/20thcenturyRules21stcenturyConflict.html,
כאמור, גם משפטים בכירים, בעיקר מארצות הברית, תומכים בכך. פרופ' גרינווד טוען לגבי פיגועי ספטמבר 2001 ש:
"A challenge on this scale by non-state actor to the one superpower calls for entirely new thinking about the nature of international law". Greenwood, C., *International Law and the 'War against Terrorism'*, *International Affairs* 78, 2002, p.301.
ופרופ' פוסנר ממליץ ש:
"...the US should not consider itself governed by the laws of war in its conduct with Al Qaeda, as they are normally understood, but it should be alert for opportunities for creating implicit norms of conduct that serve the American interest. If such opportunities arise, the traditional laws of war may serve as useful source for creating these norms". Eric A. Posner, *War, International Law, and Sovereignty: Reevaluating the Rules of the Game in a New Century: Terrorism and the Laws of War*, *Chicago Journal of International Law* 5, 2005, p. 434.
3. את גישת הסטאטוס קוו מוביל ארגון הצלב האדום, האמון על האמנות הבינלאומיות בנושא. הארגון טוען ש:
"...in current armed conflicts, the problem is not a lack of rules, but a lack of respect for them.....Despite certain shortcomings in some of the rules governing the conduct of hostilities, mostly linked to imprecise wording, these rules continue to play an important role in limiting the use of weapons. Any further erosion of IHL may propel mankind backwards to a time when the use of armed force was almost boundless".
ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed*

- Conflicts*, 30th International Conference of the Red Cross and Crescent, Geneva, 2007, 30IC/07/8.4, p. 14-15.
משפטנים בכירים, בעיקר מאירופה, מסכימים:
“...existing IHL – treaty and customary international law – has shown its continued relevance and overall adequacy in application to the conflict in Iraq throughout its various phases. Dörmann K. and Colassis L., *International Humanitarian Law in the Iraq Conflict*, German Yearbook of International Law 47 (2004), p. 342.
4. Dinstein, Y., *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2004, p. 16.
5. עקרונות אלו אינם מפורטים ככאלה באמנות, אולם נדלו מתוכם והוגדרו ככאלה על ידי הספרות המקצועית. לדוגמא:
Green, L.C., *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd Edition, Manchester University Press, 2000, p. 347-357.
לארבעת עקרונות אלו מצטרף עקרון הידוע כסעיף דה מרטנס (de Martens clause), הגורס ש-“עד אשר ייערך קודכס שלם יותר של דיני המלחמה, הצדדים המתקשרים מוצאים זאת לנחוץ להכריז, כי במקרים שאינם נכללים בתקנות שאומצו על ידיהם, האוכלוסים והלוחמים נשארים תחת ההגנה והשליטה של עקרונות המשפט הבינלאומי, כפי שהם נובעים מנוהגים הקבועים בין עמי תרבות, מדיני האנושיות ומדרישות המצפון הציבורי.
- Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land, 1907, 101-102. Dinstein, Y., *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2004, p. 56.
6. Dinstein, Y., *War, Aggression and Self Defence*, Cambridge University Press, 4th Edition, 2005, p. 5.
7. קססה טוען למשל שכאשר:
“An armed conflict which takes place between an Occupying Power and Rebel Insurgent Groups whether or not they are terrorist in character – in an occupied territory, amounts to International armed conflict.” Cassese, A., *International Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2005, p. 420.
דוגמא אחרת ניתן לראות בטענתם של בסיוני והוועדה הבין-אמריקאית לזכויות אדם: ‘IHL determines that a sustained ‘war’ between one or several states, on the one side, and a transnational terrorist group, on the other, may fall under the concept (and law) of a non international armed conflict.’
Inter American Commission on Human Rights, *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/Ser. L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., October 22, 2002, www.cidh.oas.org/Terrorism/Eng/toc.html, para 7; Bassiouni, C., *Legal Control of International Terrorism: A Policy Oriented Assessment*, Harvard International Law Journal 43, 2002, p. 100.
8. לדוגמא: סאסולי (Sassoli) טוען ש:
‘Despite all risks connected to creating and defining a new category of armed conflict, the international community may wish to legislate a new category of transnational armed conflicts’. Sassoli, M., ‘*Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law*’, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, 2006, Harvard University.
Yoo, John, Delahunty, Robert J., ‘*The Geneva Convention Is Not the Last Word*’, Los Angeles Times, 1st February 2005.

פוסנר טוען ש"דיני המלחמה":

"might sensibly be applied... though most likely in a highly modified form"

Eric A. Posner, *War, International Law, and Sovereignty: Reevaluating the Rules of the Game in a New Century: Terrorism and the Laws of War*, *Chicago Journal of International Law* 5, 2005, p. 423.

9. הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977, סעיף 48. קיימות מדינות (כולל

ארה"ב וישראל) אשר אינן חתומות על פרוטוקול זה, אך רוב סעיפיו מוכרים כמשפט בינלאומי מנהגי. סעיף זה הוכר על ידי בית המשפט הבינלאומי בהאג ככזה:

The 'principle of distinction' between combatants and non-combatants (civilians) as a fundamental and 'intransgressible' principle of customary international law" advisory opinion on the *Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons*, [1996] ICJ Rep. 26, 257.

בנוסף, עבודתם של הנקארטס ודוסוולד-בק על משפט הומניטארי בינלאומי מנהגי, שנעשתה בשביל הצלב האדום מצאה ש:

"The Parties to the Conflict must at all times distinguish between civilians and combatants. Attacks must not be directed against civilians". J. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Study on Customary International Humanitarian Law: A contribution to the understanding and respect for the rule of Law in armed conflict*, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87 number 857, March 2005, p.198.

10. סעיף 50 (1) לפרוטוקול הראשון. הדבר הודגש על ידי בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה שקבע שאזרחים הם:

"Persons who are not, or no longer, members of the armed forces", *Prosecutor v. Blaskic*, Case IT95-14-T, ICTY, Judgment 3rd March 2000, para 180.

הדבר צוטט גם בבג"ץ 769/02, הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נגד ממשלת ישראל, עמ' 23.

11. סעיף 13 לאמנות ג'נבה הראשונה והשנייה משנת 1949.

12. סעיף 43 (1) לפרוטוקול הראשון.

13. "Members of al Qaeda and the Taliban militia are not legally entitled to the battery of special rights and protections designed for professional soldiers". Yoo, John C., *The Status of Soldiers and Terrorists under the Geneva Convention*, *Chinese Journal of International Law* 3, (2004), p.137.

14. בג"ץ 769/02, הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נגד ממשלת ישראל, עמ' 24. דורמן מוסיף ש:

"It can hardly be maintained that unlawful combatants are not entitled to any protection whatsoever under international humanitarian law." Dörmann, K., *The legal situation of "unlawful/unprivileged combatants"*, *International Review of the Red Cross* No. 849, p. 73.

15. קססה טוען ש:

"Clearly, this category of persons does not constitute a third class (those of combatants and civilians making up the other two classes). These combatants are to be regarded as civilians (hence protected persons) who, by taking up arms without possessing the status of lawful combatants, have committed war crimes, and may thus be tried and punished". Cassese, A., *International Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2005, p. 408-409.

קביעה המתבססת בחלקה על סעיף 351 (3) לפרוטוקול הראשון: "אזרחים ייהנו מן ההגנה המוענקת להם על פי סימן זה, אלא אם ולמשך אותו הזמן בו הם לוקחים חלק

ישר במעשי האיבה".

16. דורמן קובע ש:

"It is generally accepted that unlawful combatants may be prosecuted for their mere participation in hostilities, even if they respect all the rules of international humanitarian law". Dörmann, K., *The legal situation of "unlawful/unprivileged combatants"*, International Review of the Red Cross No. 849, p. 70.

דורמן מוסיף ש:

"It can hardly be maintained that unlawful combatants are not entitled to any protection whatsoever under international humanitarian law". Dörmann, p. 73.

17. עצורים מוחזקים במשך שנים ללא הליך משפטי, בהתבסס על פסיקה אמריקנית

תקדימית (אקס-פארטה קירין, 1942).

18. Dinstein, Y., "Unlawful Combatancy," *Israel Yearbook on Human Rights* 32, p. 251.

19. סעיף 52 (2) לפרוטוקול הראשון. בנוסף, בנוגע למטרות אזרחיות קובע המשפט המנהגי ש:

"The parties to the conflict must at all times distinguish between civilian objectives and military objectives. Attacks must not be directed against civilian objects"

J.Henckaerts and L. Doswald-Beck, p.198.

20. סעיף 48 של הפרוטוקול המשלים הראשון.

Dinstein, Y. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2004, p. 82.

21. סעיף 54 (2), לפרוטוקול הראשון.

22. סעיף 57 (2) (iii) לפרוטוקול הראשון. תפיסה זו חוזקה על ידי פסיקת בית הדין הפלילי הבינלאומי לפשעי המלחמה ביוגוסלביה (ICTY)

Prosecutor v. Zoran Kuperekic et al. case IT-95-16 Trial Chamber II, ICTY,

Judgment 14th January 2000, para. 527.

וכן על ידי אמנת ההקמה של בית הדין הפלילי הבינלאומי אשר למרות שאינה מחייבת את המדינות שאינן חתומות עליה, מעידה על התהוות סעיף זה כחלק ממשפט

בינלאומי מנהגי.

ICC Statute, article 8.2 (b) (iv), Rome Statute of the International Criminal Court, 1998.

23. חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, 1834, ספר החוקים של מדינת ישראל, 192. חוק זה עוסק בכליאת לוחמים בלתי-חוקיים בתנאי ביטחון שוטף.

24. בהתאם לסעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית 1949. יש בנקודה זו קונצנזוס, והיא מוסכמת גם על בעלי הגישה החוקית-שיפוטית הקשוחה כלפי לוחמים בלתי-חוקיים.

25. ההצהרה על זכויות האדם 1948, סעיף 8. בנקודה זו אנו מסכימים עם גישת הסטאטוס קוו כפי שמבטא קאססה (ניתן להעניש לוחם בלתי-חוקי רק לאחר שנקבע בהליך חוקי שעשה מעשה הראוי לענישה), וחולקים על גישתו של דינשטיין (החוק הבינלאומי מסיר את מגן החסינות מעל לוחמים בלתי חוקיים, אותם ניתן להחזיק במעצר מנהלי ללא משפט). ראו:

Cassese, A., Expert Opinion On Whether Israel's Targeted Killings of Palestinian Terrorists is Consonant with International Humanitarian Law, p. 11 (<http://www.stoptorture.org.il/files/cassese.pdf>); Dinstein, Y., *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2004, p. 31.

26. הזכויות מעוגנות בסעיף 3 (2) והאיסור על עינויים מעוגן בסעיף 3 (א1), המשותף לכל

אמנות ג'נבה משנת 1949.

27. סעיפים 119, 133 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949.

28. סעיף 34 לאמנת ג'נבה הרביעית, וסעיף 3 (ב1) המשותף לכל אמנות ג'נבה משנת 1949 אמנם אוסרים על לקיחת בני ערובה, אולם הם מתייחסים רק ל"אנשים אשר אינם לוקחים חלק במעשי איבה". כמובן שחברי ולוחמי ארגונים לא-חוקיים כן לוקחים חלק במעשי איבה, ולכן האיסור על לקיחת בני ערובה לא צריך לחול עליהם.
29. ב"לוחם בעליל" הכוונה לשבוי שנתפס בקלקלתו, ושאינן ספק שהוא מעורב בעימות המזוין כלוחם.
30. סעיף 28 של אמנת ג'נבה הרביעית וכן סעיף 51 (7) של הפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה.
31. סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע ש:
 "Individual or mass forcible transfers...are prohibited. Nevertheless, the Occupying Power may undertake total or partial evacuation of a given area if the security of the population or imperative military reasons so demand. Such evacuations may not involve the displacement of protected persons outside the bounds of the occupied territory except when for material reasons it is impossible to avoid such displacement. Persons thus evacuated shall be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased.
32. מכיוון שסייגים הומניטאריים מוצדקים אינם מאפשרים תקיפות צבאיות אשר יכולות באופן ישיר להדביר לחימה בלתי-חוקית במרחבים אזרחיים, יש להתיר תקיפות צבאיות כאמצעי לחץ מעין-פוליטי אשר באופן עקיף יביא להדברת הלחימה. זאת בניגוד לפרשנות המקובלת של החוק הבינלאומי, על פיה מטרת תקיפה צריכה להיות צבאית ולא פוליטית.
 Dinstein, Y., *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2004, p. 86.
33. "Reaffirming the principle established by the General Assembly in its declaration of October 1970 (resolution 2625 (XXV) and reiterated by the Security Council in its resolution 1189 (1998) of 13 August 1998, namely that every State has the duty to refrain from organizing, instigating, assisting or participating in terrorist acts in another State or acquiescing in organized activities within its territory directed towards the commission of such acts."
34. "The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct". International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, Article 8.
35. "In accordance with the principle in Article 2 (4) of the Charter of the United Nations, every state has the duty to refrain from organizing, instigating assisting or participating in terrorist acts in another state or acquiescing in organized activities within its territory directed towards the commission of such acts, when such acts involve a threat or use of force." SC Resolution 748, 1992.
36. רשימה חלקית זו לקוחה מ:
 Dinstein, Y., *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2004, p. 86.
- הצעתנו מצמצמת את תחולתו של סעיף 54 (2) של הפרוטוקול הראשון האוסר על תקיפה או הריסה של "אובייקטים חיוניים להישרדות האוכלוסיה האזרחית, כגון... שטחים חקלאיים..." דהיינו מצמצם את ההגדרה של מה חיוני להישרדות של אזרחים.
37. כדוגמת "חוק דיראני" אשר נועד להתיר כליאה של לוחמים בלתי-חוקיים. "נקודת מפנה (2)"