



Reuters/ Ronen Zvulun

החזית המשפטית הבינלאומית של המערכה הצבאית

פנינה שרביט ברוך

המכון למחקרי ביטחון לאומי – אוניברסיטת תל אביב

לצד המערכה הצבאית המתנהלת בשדה הלחימה הפיזי מתנהלת גם מערכה בזירה הבינלאומית, שמשליכה באופן ישיר על התוצאות המדיניות של המערכה הצבאית. במערכה זו לשיקולים של חוקיות ולגיטימציה תפקיד מרכזי. ישראל מוצאת את עצמה לא פעם מואשמת על ידי ארגונים בינלאומיים, התקשורת העולמית וארגוני חברה אזרחית בביצוע פשעי מלחמה. בעקבות זאת מופעל עליה לחץ בינלאומי לפעול לריסונו של צה"ל תוך צמצום חופש הפעולה המבצעי שלו. המאמר מנתח את עיקרי הטענות המועלות נגד פעילות צה"ל בנוגע לעצם השימוש בכוח ואופן השימוש בכוח, מסביר את עקרונות דיני העימות המזוין המרכזיים ועומד על ההבחנה בין היבטים של חוקיות הפעולות ללגיטימציה שהן זוכות לה. נוסף על כך מתואר העיסוק העודף של מוסדות האו"ם בישראל, ומוצג בית הדין הפלילי הבינלאומי והחקירה שנפתחה במסגרתו בנוגע לישראל. המאמר מסתיים בהמלצות להתנהלות במערכה המשפטית הבינלאומית.

מילות מפתח: משפט בינלאומי, דיני העימות המזוין, לגיטימציה, צה"ל, או"ם, מערכה מדינית

מבוא

לצד המערכה הצבאית המתנהלת בשדה הלחימה הפיזי מתנהלת גם מערכה בזירה הבינלאומית, אשר משליכה באופן ישיר על התוצאות המדיניות של המערכה הצבאית. במערכה זו שיקולים של חוקיות ולגיטימציה ממלאים תפקיד מרכזי – בין באופן ישיר, במסגרת כלים משפטיים המכוונים נגד ישראל ואנשיה, ובין באופן עקיף, בכך שהם משפיעים על העמדות של השחקנים השונים בזירה הבינלאומית ביחס לפעילות הצבאית של ישראל. אף אם התנהלותם של אלה נגזרת בראש ובראשונה מן האינטרסים והאידיאולוגיה שלהם ולא משיקולים משפטיים כשלעצמם, הרי היא מתחשבת גם בדעת הקהל של הציבור במדינתם ובמידה שבה הפעילות הצבאית של צה"ל נתפסת כחוקית וכלגיטימית בקרב ציבור זה.

במאמר מובאים תחילה סוגי הטענות המועלות בזירת המערכה המשפטית הבינלאומית נגד פעילות צה"ל בעת מבצעי לחימה, תוך עמידה על ההבחנה בין היבטים של חוקיות ולגיטימציה. לאחר מכן מתואר בקצרה העיסוק המוגבר של גופי האו"ם בענייניה של ישראל ומוצג בית הדין הפלילי הבינלאומי והחקירה שנפתחה במסגרתו בנוגע לטענות לפשעים שמבוצעים במסגרת הסכסוך בין ישראל לפלסטינים. לבסוף מובאות המלצות לשיפור ההתמודדות עם מערכה זו.

הטענות נגד ישראל

כאשר ישראל מבצעת פעילות צבאית, ובפרט כשמדובר בפעולות הגוררות פגיעה באזרחים ובתשתיות אזרחיות של הצד השני, מועלות נגד ישראל באופן תדיר האשמות על כך שהיא מבצעת פשעי מלחמה. האשמות אלו מופיעות בתקשורת העולמית, בדוחות של ארגונים שונים ובהתבטאויות של גורמים בינלאומיים. הן מחלחלות לשיח הציבורי ומשמשות הוכחה לטענה הרווחת בזירה הבינלאומית, שישראל היא מדינה פורעת חוק המפירה באופן שיטתי את המשפט הבינלאומי. בעקבות טענות אלו מופעל לחץ בינלאומי על ישראל לפעול לריסונו של צה"ל, תוך צמצום חופש הפעולה המבצעי שלו.

דיני העימות המזוין (השם המודרני לדיני מלחמה) של המשפט הבינלאומי מגדירים את המותר והאסור בעת לחימה. הם כוללים שתי מערכות דינים – דיני השימוש בכוח (jus ad bellum), הקובעים את המצבים והתנאים שבהם מותר להשתמש בכוח בין מדינות; ודיני הלחימה (jus in bello) המסדירים את אופן השימוש בכוח. ישראל אינה מתכחשת לכך שעליה לכבד כללים אלה, והם מעוגנים בפקודות המבצעיות. בניגוד לאמירה המושמעת לא פעם, דיני העימות המזוין אינם מטילים

הגבלות שאי אפשר לעמוד בהן, אלא מדובר בכללים שהתפתחו דרך פרקטיקה של צבאות נלחמים, והם משקפים את צורכי המערכה הצבאית. גם אין מדובר בכללים שרלוונטיים רק למלחמות קלאסיות בין מדינות, אלא הם כללים חיים ונושמים שניתנים ליישום, בהתאמות הנדרשות, גם בעימותים אסימטריים עם ארגוני טרור ועם גורמים לא-מדינתיים. המחשה לכך ניתן למצוא במדריך המפורט של משרד ההגנה האמריקאי על אופן היישום של דיני העימות המזוין על ידי הכוחות האמריקאיים, הנלחמים במגוון העימותים שבהם מצויה ארצות הברית.

עם זאת, יש גורמים בזירה הבינלאומית שמבקשים לתת פרשנות מרחיבה להגבלות של דיני העימות המזוין, תוך ניסיון להגדיר כללים שמיועדים לקשור את ידי הצבאות הנלחמים. רעיון זה בא לידי ביטוי באופן מפורש מפי היועץ המשפטי של משרד ההגנה של ארצות הברית, בדברים שנשא ב־2019 ככנס של הפרקליטות הצבאית בישראל. יש להבחין בין הכללים המשפטיים המחייבים את ישראל לבין ההגדרות המרחיבות הללו, שאינן משקפות את הדין החל. נוסף על כך קיים פער בין מה שמותר לעשות מבחינה חוקית לבין מה שנתפס כלגיטימי מבחינת הקהילה הבינלאומית. לכן, בעוד שסביר להניח כי פעולה שהיא בלתי חוקית תהיה גם בלתי לגיטימית, הרי יש מקרים שבהם פעולה שהיא חוקית מבחינת המשפט הבינלאומי אינה צולחת את מבחן הלגיטימציה הבינלאומית וגוררת ביקורת קשה. הפער בין החוקי לגיטימי מתייחס הן לשאלות שנוגעות לעצם השימוש בכוח והן לאופן השימוש בכוח.

כאשר ישראל מתחילה סבב לחימה בפעולה יזומה מצידה היא עשויה להיות מוצגת כמי שדרדרה את המצב ולהיות מואשמת בשימוש לא מוצדק בכוח, תוך פגיעה בלגיטימציה הבינלאומית לפעולה.

עצם השימוש בכוח

למדינה יש זכות להגן על עצמה כאשר היא מותקפת. מבחינת משפטית, כאשר מתקיים סכסוך מתמשך כמו במקרה של העימות בין ישראל לחמאס, אין צורך לבחון בכל פעם מחדש את קיומם של התנאים למימוש זכות ההגנה העצמית. לישראל טענה טובה שלפיה הסבבים השונים בלחימה בעזה הם התמשכות של אותו עימות מזוין. גם מול חזבאללה ניתן לטעון, אם כי באופן נחרץ פחות, כי ישראל נמצאת בעימות מתמשך שמעולם לא הסתיים. עם זאת, ברמה המעשית העולם בוחן "מי התחיל". כך, כאשר ישראל מתחילה סבב לחימה בפעולה

אזרחי עשוי לאבד חסינות מתקיפה ולהיחשב למטרה צבאית אם הוא משמש לצרכים צבאיים, או שייעודו או מיקומו עשויים לשרת תכלית צבאית. אויביה של ישראל, כעניין שבשגרה, עושים שימוש במבנים אזרחיים כולל בתי מגורים, בתי ספר, מסגדים ובתי חולים, על מנת לשגר משם התקפות, לאחסן אמצעי לחימה ולשימושים צבאיים אחרים. המשמעות היא שמבנים כאלה מאבדים את חסינותם וניתן לכוון אליהם התקפה. נוסף על כך, מבחינה משפטית גם **אזרח שנוטל חלק ישיר בלחימה מאבד את מעמדו כאזרח וניתן לכוון אליו התקפה**, וזאת אף אם מדובר בקשיש, באישה ואפילו בנער צעיר. במישור הלגיטימציה – התמונות המשודרות בתקשורת העולמית הן של מבנים אזרחיים הרוסים ושל אזרחים הרוגים. למרות שמבחינה משפטית חוקיות ההחלטה נקבעת לגופה, לפי הכוונה של מבצע התקיפה והמידע שהיה ברשותו, הרי בזירת הלגיטימציה קשה לא פעם להראות לאחר מעשה שהמבנה או האדם שהותקפו היו קשורים לפעילות לחימתית במהותה. כפועל יוצא, התקיפה עלולה להיות מוצגת כפגיעה שנועדה לפגוע במכוון באזרחים ובאובייקטים אזרחיים.

העיקרון המרכזי השני של דיני הלחימה הוא **עקרון המידתיות**. על פי עיקרון זה, גם כאשר תוקפים מטרה חוקית אסור לבצע את ההתקפה, אם הנזק האגבי הצפוי מן ההתקפה לאזרחים או לאובייקטים אזרחיים הוא מופרז ביחס ליתרון הצבאי הצפוי מן התקיפה. המשמעות היא שבעת שמחליטים על תקיפת יעד יש לבחון מה הנזק הצפוי לאזרחים ולאובייקטים אזרחיים, ולבצע איזון. חייבים להתחשב באזרחים הצפויים להימצא במקום גם אם ניתנה אזהרה, אך האזרחים לא התפנו מן המקום. עם זאת, עצם העובדה שאזרחים עלולים להיפגע אינה הופכת את התקיפה לבלתי חוקית, אם היתרון הצבאי הוא כזה שהשגתו הופכת את הפגיעה הצפויה למידתית. אין מדד מדויק מה נחשב נזק מידתי. דיני הלחימה מגדירים אמת מידה של "מפקד צבאי סביר". כן נקבע שהבחינה נעשית לפי המידע שהיה בידי המפקד בעת קבלת ההחלטה, תוך התחשבות באי־הוודאות שקיימת בנסיבות של לחימה ולא לפי התוצאה בפועל.

במישור הלגיטימציה – למרות הניתוח המשפטי, בפועל היקף גדול של אזרחים נפגעים אינו קביל בזירה הבינלאומית. הפער בין המצב המשפטי למישור הלגיטימציה בולט במיוחד בנושא זה ומתבטא בכמה מישורים: ראשית, בהנחה שגויה שאם נפגעו אזרחים זו הייתה המטרה של ההתקפה, ואז מדובר בפשע מלחמה של תקיפה מכוונת של אזרחים; שנית, באי־קבלת העיקרון שלפיו יכולה להיות הצדקה לפגיעה

יזומה מצידה היא עשויה להיות מוצגת כמי שדרדרה את המצב ולהיות מואשמת בשימוש לא מוצדק בכוח, תוך פגיעה בלגיטימציה הבינלאומית לפעולה. שאלה נוספת נוגעת להיקף השימוש בכוח. מבחינת משפטית, הפעלת כוח בהגנה עצמית צריכה להיות מידתית לאיום. מותר למדינה להגן על ריבונותה ושלמותה הטריטוריאלית, והמידתיות אינה נבחנת לפי מספר הנפגעים בכל צד. למרות זאת, דעת הקהל בעולם משווה בפועל את מספר הנפגעים. ברוב המערכות שישיראל מעורבת בהן בעשרות השנים האחרונות יש, למרבה השמחה, מספר נמוך יחסית של הרוגים אזרחים בצד הישראלי. לעומת זאת, בצד השני יש מאות ואפילו אלפי הרוגים שחלקם אזרחים, כולל ילדים. ישראל מדגישה, בצדק, את עצם הפגיעה הקשה בשגרת החיים, את האיום המתמיד ואת העובדה שאין לזקוף לחובתה את ההשקעה שעשתה ביכולות הגנתיות כמו כיפת ברזל ובמיגון, שבזכותם יש מעט נפגעים. כן מודגש כי אויביה כגון חמאס וחזבאללה, לא זו בלבד שאינם דואגים למיגון האזרחים שלהם אלא גם מעמידים אותם במכוון בקו האש, כיוון שהם פועלים בחסותם ומקרבם. למרות כל אלה, בקרב על דעת הקהל העולמית קשה להתמודד עם התמונות הקשות של הרוגים אזרחים, כולל ילדים, ושל נזק נרחב לתשתיות אזרחיות. תמונות של ילדים ישראלים הרצים למקלטים אינן מהוות משקל נגד של ממש.

אופן השימוש בכוח

בכל הנוגע להיבטים המשפטיים של אופן השימוש בכוח, דיני הלחימה כוללים **ארבעה עקרונות מרכזיים** – עקרון הצורך הצבאי, עקרון ההומניות, עקרון ההבחנה ועקרון המידתיות. שני העקרונות האחרונים מהווים את הבסיס המשפטי לבחינת החוקיות של ביצוע תקיפות צבאיות. זאת ועוד, קיימת **חובה לנקוט אמצעי זהירות** לצמצום הפגיעה באזרחים. ראוי לציין כי העובדה שהצד השני ללחימה מפר באופן מודע ומפורש את דיני הלחימה אינה גורעת מחובתה של ישראל להמשיך לכבד את דיני הלחימה מצידה. אין בדיני העימות המזוין עיקרון של הדדיות.

גם בהתייחסות לאופן השימוש בכוח על ידי צה"ל קיים פער בזירה הבינלאומית בין שאלת החוקיות של פעולה מסוימת, כאשר היא מנותחת על פי הדין החל, לבין שאלת הלגיטימציה שהפעולה ותוצאותיה זוכות לה. **על פי עקרון ההבחנה של דיני הלחימה** מותר לכוון התקפה לעבר מטרת צבאית ולעבר לוחמי האויב. אסור לכוון התקפה נגד אזרחים ונגד אובייקטים אזרחיים. דיני העימות המזוין מכירים בכך שאובייקט

את כוחות צה"ל בביצוע פשעי מלחמה. ועדת חקירה **הוקמה** על ידי מועצת זכויות האדם גם אחרי מבצע שומר החומות במאי 2021. בניגוד לוועדות הקודמות, לוועדת החקירה הזו לא הוגדר מועד סיום, כך שהיא תוכל לשמש ועדה מתמשכת גם לבחינת טענות באירועים עתידיים. מעבר לכך, הוועדה אמורה להתייחס גם למצב שהוביל לאירועים, כולל בתוך שטח מדינת ישראל.

ישראל "זוכה" לתשומת לב חריגה בהיקפה מצד גופים בזירה הבינלאומית, ובפרט גופים הקשורים לאו"ם, ומצד התקשורת הבינלאומית שפרוסה בישראל באופן נרחב.

הדוחות של הדו"חיים וועדות החקירה, הכוללים בדרך כלל האשמות קשות נגד ישראל, משמשים תשתית עובדתית ומשפטית אפקטיבית לניסיונות לנקוט צעדים אופרטיביים נגד ישראל וכוחותיה במישור המשפטי הבינלאומי.³

בית הדין הפלילי הבינלאומי

הגורם המשמעותי ביותר מבחינתה של ישראל במסגרת המערכה המשפטית הבינלאומית העוסקת בפעילותה הצבאית הוא בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC) היושב בהאג. מדובר בבית דין שהחל לפעול ביולי 2002 ומוסמך להעמיד לדין חשודים בביצוע פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, השמדת עם ותוקפנות. סמכותו של בית הדין חלה על פשעים שבוצעו בשטח של מדינה שהיא חברה בבית הדין או על ידי אזרח של מדינה חברה. 123 מדינות חברות בבית הדין, וביניהן רוב מדינות המערב, וחריגה בולטת היא ארצות הברית. לבית הדין יש שיניים, שכן הוא מוסמך להוציא צווי מעצר נגד חשודים. צווים אלה מועברים דרך הערוצים החשאיים של גורמי האכיפה הבינלאומית, וכל המדינות החברות בבית הדין מחויבות לכבד אותם ולעצור חשודים הנמצאים בשטחן ולהעבירם לידי בית הדין. צווי המעצר אינם מפורסמים בפומבי, כך שחשוד עשוי לא לדעת כי הוצא נגדו צו מעצר.

ישראל אינה חברה בבית הדין. למרות זאת, במאוס 2021 נפתחה בבית הדין חקירה המתייחסת לחשדות לפשעים שבוצעו בשטחי יהודה ושומרון, מזרח ירושלים ורצועת עזה החל מ־13 ביוני 2014. זאת בהמשך לקביעה של התובעת הקודמת של בית הדין, פאטו בנסודה, ושל שופטי הרוב בערכאת קדם המשפט של בית הדין ש"פלסטין" היא מדינה חברה בבית הדין, ששטחה משתרע על שטחים אלו ושהיא רשאית להפנות אליו לחקירה פשעים שבוצעו בשטחה. הבקשה הפלסטינית התייחסה לכלל הפשעים שבוצעו מ־13 ביוני 2014, ללא

באזרחים גם כאשר המטרה היא לגיטימית, ובתפיסה מוטעית שכל פגיעה כזו היא בלתי מידתית בהגדרה; שלישית, בשיפוט לפי התוצאות ובאי־קבלת טענות שהנזק שנגרם בפועל היה בלתי צפוי או נבע מטעות. היכולת הטכנולוגית הגבוהה של צה"ל יוצרת אשליה שהמערכת הצבאית היא יודעת־כול וחפה מטעויות, ושכל תוצאה קשה היא לפיכך מכוונת. ראוי לציין שאמירות של גורמים בכירים בצבא ומחוצה לו, שמהן עשוי להשתמע שישראל תפעל באופן "לא מידתי", עלולות לגרום נזק רב על ידי הצגתן ככוונה מראש לפעול בניגוד לדין. להשלמת התמונה ראוי גם לציין כי הטענות נגד הפעילות הצבאית של ישראל, בפרט בזירה הפלסטינית, מתקשרות לתפיסה כללית יותר כי ישראל היא התוקפנית והפלסטינים הם הקורבן. התמשכות הסכסוך מוצגת כמוטלת לפתחה של ישראל שבידיה, לפי הנטען, המפתח לסיומו. האלימות מן הצד הפלסטיני **מוצגת לעיתים** כמפלגת האחרון של עם מדוכא הנמצא תחת כיבוש מתמשך, שאין לו דרך אחרת להילחם על כיבוד זכויותיו היסודיות.

העיסוק של האו"ם בעניינה של ישראל

ישראל אינה המדינה היחידה, ואף לא המדינה המערבית היחידה שיש כלפיה טענות להפרות של דיני המלחמה, גם ארצות הברית, בריטניה ומדינות נוספות מצאו עצמן נתונות להאשמות דומות. עם זאת ישראל "זוכה" לתשומת לב חריגה בהיקפה מצד גופים בזירה הבינלאומית, ובפרט גופים הקשורים לאו"ם, ומצד התקשורת הבינלאומית שפרוסה בישראל באופן נרחב. העיסוק העודף בישראל ובסכסוך הישראלי-פלסטיני בולט בעיקר בשני גופים של האו"ם, ראשית, בעצרת הכללית של האו"ם, שם מתקבלות נגד ישראל החלטות בסדר גודל אחר מאשר נגד כל מדינה אחרת.¹ שנית, במועצת זכויות האדם של האו"ם, אשר מקדישה לישראל תשומת לב חריגה באופן קיצוני, בעת שהיא אמורה לדון במצב זכויות האדם בעולם כולו.² כמו כן הוקמו ביחס לישראל מנגנוני ניטור ופיקוח מיוחדים, **ובראשם** "הדו"ח המיוחד למצב זכויות האדם בשטחים הפלסטינים הכבושים".

מעבר לכך, **לאורך השנים** מצאה עצמה ישראל תחת בחינה של ועדות חקירה בינלאומיות שהוקמו כדי לחקור את פעולותיה הצבאיות. כך, לגבי כל מבצע צבאי של ישראל בשנים האחרונות הוקמה ועדת חקירה לבחינה ההפרות של המשפט הבינלאומי ופשעי המלחמה שבוצעו במהלך המבצע. הדוחות שיצאו אחרי **מלחמת לבנון השנייה** ב־2006, **מבצע עופרת יצוקה** ב־2009, **ומבצע צוק איתן** ב־2014 כללו ביקורת חריפה והאשימו

לשאלה כיצד צריכה ישראל להתנהל בהתמודדותה במערכה הבינלאומית המשפטית העוסקת בפעילותה הצבאית. ניתן להצביע על עשר המלצות הנוגעות להיבטים שונים. חלק מהן מתמקדות בהתנהלות כלפי פנים וחלקן בהתנהלות כלפי חוץ.

1. כיבוד המשפט

המערכה המשפטית בזירה הבינלאומית מושפעת באופן ישיר מאופן ההתנהלות של כוחות צה"ל. כפי שהוסבר, גם פעולה בהתאם לחוק אינה יכולה למנוע האשמות המבוססות על עיוות של המשפט או של העובדות, ואף אינה יכולה לתת מענה לביקורת המתמקדת בחוסר הלגיטימציה של דרך הפעולה, על אף חוקיותה. עם זאת, פעולה בלתי חוקית היא בהגדרה קשה מאוד להגנה בזירה הבינלאומית. ככל שמדובר בגופים שיש להם סטנדרטים מקצועיים, להגנה על פעולה חוקית יש סיכויים להצליח, אף אם אי אפשר להבטיח זאת באופן מלא. על פעולה בלתי חוקית הרבה יותר קשה להגן. נוסף על כך, לאור החשיבות שמייחסות מדינות שונות לכיבוד המשפט, הדיון המשפטי מהווה חלק מן השיח המדיני עימן, ואין לזלזל בו. נציגים של מדינות וארגונים שאף הם מעורבים במצבי עימות יכולים להבין את האתגר של פעולה בהתאם לדיון במציאות לחימתית, ומסוגלים להבחין בין טענות המבוססות על הדיון והעובדות לבין האשמות חסרות בסיס. ניתן לפעול לקבלת תמיכתן של מדינות בפעולות שניתן להצדיקן מבחינה משפטית, בעוד שקשה מאוד לזכות בתמיכה ביחס לפעולות המהוות הפרה ברורה של המשפט.

2. הכרת כללי המשפט הרלוונטיים

כדי להבטיח הפנמה מלאה של המשפט במסגרת הפעילות המבצעית, ובכך בין היתר לחזק את הלגיטימציה לפעולה הצבאית, יש צורך בשיפור ההכרה וההבנה של הדיון בקרב אנשי הצבא מכל הרמות, ובפרט בדרג הלוחם או המעורב בלחימה. חיוני לשפר את ההכשרה בתחום המשפטי ולשלב מערכי שיעור מותאמים, המסבירים את הכללים החלים בסיטואציות מורכבות שבהן אמורים החיילים לפעול, ואף לשלב היבטים משפטיים בתרגולים ובאימונים. באופן הזה החיילים לא יחששו מ"ההגבלות המשפטיות" וייתחסו למשפט כאל כל היבט מקצועי אחר של פעילותם.

נוסף על כך, כדי לשפר את היישום ואת ההפנמה של המשפט בפעילות המבצעית יש לשלב יועצים משפטיים שיוכלו ליעץ במקרים שבהם מתעוררות דילמות משפטיות. כדי שהיועצים המשפטיים יעשו את תפקידם כראוי חשוב שיהיה קשר ישיר, ושיתקיימו

מועד סיום מוגדר. החקירה מתייחסת לחשדות לביצוע פשעים של כל הצדדים המעורבים, כולל טענות לביצוע פשעי מלחמה אגב העימותים ברצועת עזה, החל ממבצע צוק איתן בשנת 2014, וכן במסגרת צעדים ביטחוניים ביהודה ושומרון ובמזרח ירושלים. זאת ועוד, החקירה מתייחסת למדיניות ההתנחלויות, בשל העובדה כי העברה (transfer), במישרין או בעקיפין, של חלקים מהאוכלוסייה של השטח הכבוש אל תוך השטח הכבוש מוגדרת כפשע מלחמה באמנת רומא שהקימה את בית הדין.

מוקדם להעריך כיצד תתפתח החקירה, שנמצאת בשלביה הראשונים. מסתמן שהתובע החדש של בית הדין כרים חאן, שהתמנה ביוני 2021, נוטה לתת לחקירה זו עדיפות נמוכה, ולא נראה שהוא מקדם בשלב זה צעדי חקירה משמעותיים במסגרתה. ראוי גם לציין שגם אם החקירה תצבור תאוצה, כלל לא ברור שהיא תוביל להוצאת צווי מעצר או להליכים אחרים נגד חשודים ספציפיים, לאור הקושי להוכיח את המרכיבים העובדתיים והמשפטיים של הפשעים המיוחסים לגורמים הישראליים. יתרה מזאת, עיקרון מרכזי בבית הדין הוא עקרון המשלימות, שלפיו סמכות בית הדין היא משלימה לסמכות המדינות, ולפיכך עליו לעסוק רק במקרים שאינם מטופלים על ידי המדינה הנוגעת בדבר. מכוח עיקרון זה, ככל שניתן יהיה להצביע על חקירות ותחקירים כנים ורציניים הנערכים בישראל ביחס למקרה שבו ישנן האשמות נגד כוחות צה"ל, בית הדין אמור להימנע מעיסוק במקרה זה.

למרות האמור לעיל, יש להתייחס לחקירה בכובד ראש ולהיות ערניים לאפשרות שתצבור תאוצה, ובפרט אם ישראל תמצא עצמה במוקד של ביקורת בינלאומית – למשל בעקבות מבצע שיוביל לנפגעים רבים בצד השני, או בעקבות דוחות שיפרסמו נגדה אלה המאשימים אותה בביצוע פשעים חמורים.

להשלמת התמונה יש לציין כי קיימת גם אפשרות שיינקטו הליכים פליליים, וכן הליכים אזרחיים מטעם של קורבנות נגד גורמים ישראליים בבתי משפט במדינות שונות. זאת במדינות שבהן יש בחקירה הפנימית מקור סמכות מתאים לנקיטת הליכים כאלה. ראוי לציין שהליכים פליליים כאלה כפופים אף הם לעקרון המשלימות, שלפיו אין מקום לנקוט אותם אם ישראל מקיימת חקירות כנות ורציניות ביחס לאותם אירועים.

המלצות לגבי אופן ההתנהלות של ישראל במערכה המשפטית הבינלאומית

לאחר שנבחנו עיקרי הטענות המועלות נגד ישראל והפורומים שבהם נדונות טענות אלו, אפשר לגשת

6. התבטאויות אחריות

להתבטאויות פומביות של גורמים בממשלה או במערכת המדינית והביטחונית, כולל קציני צבא בכירים, יש משמעות רבה. אמירות משתמע מהן זלזול או חוסר התייחסות להגבלות המשפטיות משמשות חיזוק לתפיסה שישראל היא מדינה פורעת חוק שאינה מכבדת את כללי המשחק של הקהילה הבינלאומית, ומשמשות נגדה במסגרת הדיון המשפטי. יתרה מזאת, הן יכולות לשמש אפילו ראייה בתיקים פליליים, כאשר מנסים לבסס את היסוד של כוונה לבצע את המעשה האסור. כך למשל, גם אם זה "ל פועל באופן חוקי תוך כיבוד הדינים הרלוונטיים, הרי התבטאויות שנאמרות מפי גורמים בכירים על כך שיש מקום לפעולה בלתי מידתית או לענישה קולקטיבית, או אמירות שלפיהן המשפט כלל אינו רלוונטי, יוצרות נזק של ממש גם אם אין הן משקפות את המדיניות הנוהגת. גם אם האמירה מיועדת לאוזני האויב ומטרתה להרתיע אותו ולשדר לאוכלוסייה של הצד השני שרצוי לה ללחוץ עליו לא לתקוף את ישראל, אין הדבר משנה את התוצאה. נראה כי הנזק מאמירות כאלו עולה על התועלת הפוטנציאלית בכך שאולי יהוו גורם מרתיע.

יתרה מזאת, כדי לשמר ולחזק את הלגיטימציה הבינלאומית נחוץ שמפקדי הצבא ובכירים במדינה, כולל שרי הממשלה, ידברו באופן ברור ונחרץ על החשיבות שמייחסות כל המערכות בישראל לכיבוד המשפט בכלל ודיני העימות המזוין בפרט. אין די בהפרחת סיסמאות כמו "זה"ל הוא הצבא הכי מוסרי בעולם", אלא יש לומר במפורש כי כל מי שמשרת בצה"ל חייב לכבד את דיני הלחימה מתוך תפיסת עולם ערכית ומוסרית, וכי זהו האינטרס הלאומי של ישראל. לצורך כך יש גם לתת גיבוי מלא וחד-משמעי לאנשי הפרקליטות הצבאית הראשית, כאשר הם בוחנים חשדות לחריגה מן הכללים.

יחסי אמון ביניהם לבין המפקדים שלהם ניתן הייעוץ. כן נדרש שהמשפטים המשמשים בתפקידים אלה יעברו הכשרה ייחודית כדי שיכירו את ההיבטים המבצעיים, את המונחים הרלוונטיים ואת החשיבה הצבאית.

3. התחשבות בשיקולים משפטיים בעת קבלת החלטות

כפי שברור שהחלטה אופרטיבית צריכה להתקבל גם תוך בחינת השיקולים האסטרטגיים והמדיניים, כך יש לבחון בעת קבלת החלטה גם את השיקולים המשפטיים וגם את השיקולים הנוגעים ללגיטימציה הבינלאומית של ההחלטה. בעוד שאי-חוקיות היא מחסום מוחלט כמעט מפני ביצועה של פעולה מסוימת, למעט במקרים חריגים במיוחד, היבט הלגיטימציה הוא רק אחד השיקולים, ואינו בהכרח הגורם המכריע בהחלטה. עם זאת, כאשר נשקלת דרך פעולה מסוימת יש לכלול בשיקולים אף את ההשלכות שלה על הטענות המשפטיות שיתעוררו בזירה הבינלאומית, ולהחליט החלטה מושכלת בשים לב גם להיבט זה.

4. קיום תחקירים וחקירות

בכל מקרה שמועלות טענות המאשימות את כוחות צה"ל בביצוע פשעי מלחמה יש חשיבות רבה לקיום חקירות ותחקירים יסודיים ומקצועיים. הדבר נחוץ, כאמור, על מנת להקים את טענת המשלימות ולחסום אפשרות לחקירות פליליות נגד מקבלי החלטות ישראלים בבית הדין הפלילי הבינלאומי ובבתי משפט של מדינות אחרות. מעבר לכך, עצם קיומן של חקירות נגד אירועים חריגים וטיפול פלילי או משמעותי, כאשר הדבר מתאים, מחזקים את מעמדה של ישראל כמדינה שומרת חוק ומקילים על מתן מענה לטענות ולהשמצות בזירה הבינלאומית.

5. שמירה על מערכת משפטית עצמאית ומקצועית

עוצמתה ומקצועיותה של המערכת המשפטית הישראלית, הכוללת את גופי הייעוץ, האכיפה והשיפוט, הן כלי חיוני במערכת המשפטית הבינלאומית. משקל מיוחד במערכה זו יש ליוקרה שממנה נהנה בית המשפט העליון הישראלי בזירה הבינלאומית, ולעובדה שהוא מקיים ביקורת שיפוטית על החלטות שלטוניות. אם בית המשפט ייכנע ללחצים ביטחוניים או פוליטיים ויאשר החלטות בעייתיות מבחינה משפטית, יוקרתו תיפגע והיכולת להסתמך על החלטותיו במערכת המשפטית הבינלאומית תצטמצם במידה ניכרת. חשיבות מיוחדת יש לקיומה של מערכת חקירה ואכיפה פלילית ראויה – בצבא ומחוצה לו.

כדי למנוע את עיוות האמת בנוגע לפעולות של ישראל יש להשקיע מאמץ בהשגתו ובהצגתו של תיעוד אמין ובזמן אמת (או בסמוך לאחר האירועים) של העובדות, ובייחוד של עובדות הנוגעות לאירועי לחימה.

7. הצגה מסודרת של העמדה העובדתית והמשפטית

כדי למנוע את עיוות האמת בנוגע לפעולות של ישראל יש להשקיע מאמץ בהשגתו ובהצגתו של תיעוד אמין ובזמן אמת (או בסמוך לאחר האירועים) של העובדות, ובייחוד של עובדות הנוגעות לאירועי לחימה. צילומים ברורים, עדויות של מי שהיה מעורב באירוע, הצפת

ברורות מצידה של ישראל בדבר נכונותה ורצונה ביישוב הסכסוך, וכן לביצוע מהלכים לקידום פתרון מדיני, ככל שהדבר ניתן.

10. החלטות באשר לשיתוף הפעולה עם חקירות ובדיקות של גורמים בינלאומיים

מבחינה עקרונית יש לישראל אינטרס בשיתוף פעולה עם גורמים בינלאומיים, ורצוי להימנע ממצב שבו ישראל מחרימה אותם. באופן זה יש לישראל גם יכולת להשפיע על הממצאים והמסקנות של ההליכים לגביה. אולם מן הצד השני, שיתוף פעולה מעין זה עשוי להעניק לגיטימציה מצידה של ישראל להתנהלות של הגוף ולתוצריו ולפגוע בטענותיה ובעמדותיה, בעיקר במקרים שבהם ברור מראש כי הגוף שהוקם והבחינה שיערוך לגבי ישראל הם מוטעים מראש וחד-צדדיים, או כאשר ישראל כופרת בסמכותו של הגוף. לאור זאת יש להמשיך במדיניות הקיימת ולהכריע בשאלה אם ובאיזה היקף לשותף פעולה עם חקירות כאלו בכל מקרה לגופו, תוך איזון בין המחיר והרווח הטמונים בשיתוף הפעולה.

סיכום

ישראל נאבקת באויבים שאינם מכבדים את הדין, היא נחשפת לביקורת בינלאומית שפעמים רבות אינה הוגנת והיא מוצאת את עצמה לא פעם שלא בצדק על "ספסל הנאשמים" של דעת הקהל העולמית. קיים גם חשש מסוים שגורמים ישראלים ימצאו עצמם עומדים בפני הליכים פליליים בזירה הבינלאומית ונתונים תחת צווי מעצר הניתנים לאכיפה במרבית מדינות העולם. עם זאת יש מה לעשות במערכה המשפטית הבינלאומית. בראש ובראשונה יש להכיר את הכללים הרלוונטיים של הדין הבינלאומי החלים במצבי לחימה, ולכבד דינים אלה. במקרה של טענות להפרות יש לבצע חקירות ותחקירים יסודיים ומקצועיים. מעבר לכך יש לפעול באופן אקטיבי בזירה הבינלאומית ולהקצות לשם כך משאבים של כוח אדם ואמצעים. השקעה בהבהרת העמדות הישראליות, מבחינה עובדתית ומשפטית, ופעולה להשפעה על האופן בו מתפתח הדין הבינלאומי הן השקעה חשובה שתסייע לקידום היעדים האסטרטגיים של המדינה.

עיוותים וסילופים של הצד האחר – כל אלה צריכים להיעשות באופן מקצועי ומהיר. יש להכשיר דוברים רהוטים, לשפר את המסרים המועברים ולהשתדל להוריד את הסיווג של מידע מודיעיני, כדי לספק מידע אמין ומשכנע בהקדם האפשרי, ככל שהדבר ניתן.

פרסום סדור של מסמכים המציגים את עמדותיה של ישראל בהיבט העובדתי והמשפטי חשוב בהתמודדות במערכה התקשורתית והציבורית. יתרה מזאת, יש לו חשיבות מיוחדת מול זירות שיפוטיות, ובפרט אין ספק שמסמכים כאלה נכללים בחומרים הנבחנים על ידי משרד התביעה של בית הדין הפלילי הבינלאומי בעת קבלת החלטות בדבר פתיחת הליך קונקרטי נגד חשוד. גם על הציבור האקדמי החוקר נושאים בעלי ממשק לפעילות הישראלית ניתן להשפיע באמצעות מסמכים כאלו, אשר יכולים להיות מצוטטים במחקרים ובמאמרים וכך להשפיע על המשך השיח בנושא.

8. פרואקטיביות בזירה המשפטית הבינלאומית

המשפט הבינלאומי במהותו הוא מערכת נורמטיבית דינמית, הנמצאת בהתהוות בהתאם לשינויי המציאות, וניתן להשפיע על התפתחותו. המשמעות היא שישראל יכולה להשפיע, במישרין או באמצעות בעלות בריתה, על ניסוחן ופרשנותן של הוראות המשפט הבינלאומי. זירה זו חשובה בייחוד במקרים שבהם המצב המשפטי הקיים אינו חד-משמעי או שהוא שנוי במחלוקת, כמו במקרה של לחימה מול שחקנים לא-מדינתיים, או למשל בעיצוב הכללים החלים בתחום הסייבר. השפעה כזו ניתן ליצור הן באמצעות השתתפות פעילה במפגשי מומחים ובפורומים שבהם מופקים דוחות ומסמכים המתיימרים לשקף את הדין החל, והן באמצעות פרסומים מקצועיים בתחומים אלה. חשיבות מיוחדת יש לפרסומים רשמיים מטעם המדינה, המבהירים את האופן שבו היא מפרשת את הדין החל עליה. לאלה השפעה ישירה על התפתחות הדין, מאחר שהמשפט הבינלאומי המנהגי מבוסס על הפרקטיקה של מדינות בשילוב האופן שבו הן מסבירות את דרך התנהלותן מבחינה משפטית.

9. חתירה ליישוב הסכסוך הישראלי-פלסטיני

אי אפשר לנתק את המערכה המשפטית הבינלאומית מהמציאות המדינית של הסכסוך בין ישראל לפלסטינים ולשאר שכנותיה. אומנם אפילו יישוב מלא של הסכסוך לא ימנע בהכרח המשך טענות והשמצות נגד ישראל במצבים של שימוש בכוח מצידה, אולם ככל שישראל תיתפס כגורם האחראי יותר להתמשכות הסכסוך, טענות כאלו יזכו לאוזן קשבת יותר בזירה הבינלאומית. לכן יש חשיבות במישור הלגיטימציה לקיומן של אמירות

פנינה שרביט ברוך - אלוף-משנה (מיל') עו"ד פנינה שרביט ברוך היא חוקרת בכירה וראש התוכנית למשפט וביטחון לאומי במכון למחקרי ביטחון לאומי. שימשה ראש מחלקת הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית והייתה אחראית על הייעוץ המשפטי לגורמים הבכירים בצה"ל ובממשלה בנושאים הנוגעים בין היתר לדיני העימות המזוין, לדיני תפיסה לוחמתית ולהיבטי משפט בינלאומי של פעילות צה"ל. השתתפה כיועצת משפטית במשלחת הישראליות

למשא ומתן עם הפלסטינים החל משנת 1993, ובמשלחת
למשא ומתן עם סוריה. pninasb@inss.org.il

הערות

- 1 לפי נתונים של ארגון UN Watch, בשנת 2021 התקבלו בעצרת הכללית 14 החלטות נגד ישראל וארבע החלטות נגד שאר העולם.
- 2 בסדר היום הקבוע של המועצה, המונה עשרה פרטים, קיים פרט קבוע (מספר 7) העוסק בישראל ובמצב זכויות האדם בפלסטין ובשטחים, בעוד שמצב זכויות האדם בכל שאר העולם נדון תחת שאר הסעיפים. לפי נתוני ארגון UN Watch, נכון ליוני 2022, מאז הקמתה (ב־2006) גינתה המועצה את ישראל 99 פעמים, ואת שאר העולם 116 פעמים.
- 3 לדוחות אלה מצטרפים דוחות ביקורתיים של ארגוני זכויות אדם לא־משלתיים כמו אמנסטי אינטרנשיונל ו־Human Rights Watch, אשר אף להם משקל רב בזירה הבינלאומית.