

כיצד לקבוע את הנורמות הראויות של הלחימה במצבים חדשים?

סוגיה ביחסים בין "מוסר לחימה" לבין
"דיני לחימה"¹

אסא כשר, עמוס ידלין

דוקטרינה אתית של לחימה בטרור היא מערכת עקרונות המבטאים תפיסה סדורה בדבר הדרכים הראויות לניהול הלחימה בטרור. דוקטרינה כזו מתווכת בין הערכים המופשטים בסגנון "רוח צה"ל", האמורים להדריך את ההתנהגות של אנשי הצבא בכל הנסיבות של פעילותם, לבין הנהלים, הוראות הפתיחה באש והפקודות, האמורים להדריך את ההתנהגות של אנשי הצבא בנסיבות של לחימה מסוג מסוים, בזמן מסוים, במקום מסוים.

הדוקטרינה האתית שברקע מאמר זה וברקע המאמרים שהתפרסמו בגיליון הקודם של בטאון זה היא הדוקטרינה האתית של הלחימה בטרור, שפותחה בהקשר של המלחמה בין ישראל לבין ארגוני הטרור הפלסטיניים בעשור הראשון של מאה זו. פיתוחה נעשה על ידי מחברי מאמר זה בעזרת צוות שפעל במכללה לביטחון לאומי, בהשתתפות מומחים ללחימה בטרור ואנשי אתיקה ומשפט מצה"ל ומהאקדמיה. הדוקטרינה הוצגה בפורומים ממלכתיים שונים ולאחר מכן פורסמה בבטאונים מקצועיים.² למרות שמסמך הדוקטרינה לא אומץ באופן רשמי כתורת לחימה של צה"ל, שלושת הרמטכ"לים של תקופת הלחימה בטרור וקצינים רבים אחרים הביעו בהזדמנויות שונות תמיכה בעקרונותיה, והיא נתפסה בעיני רבים בתור הדוקטרינה הישראלית.

תיאורים תקשורתיים לא־מדויקים של הדוקטרינה עוררו תגובות מכל הסוגים, ביניהן תגובות של התנגדות לעיקרון זה או אחר שיוחס לנו כמחברי הדוקטרינה. תגובות כאלה באות לידי ביטוי גם במאמרים שהתפרסמו בגיליון הקודם. במאמר

אסא כשר הוא פרופסור לפילוסופיה באוניברסיטת תל-אביב, זוכה פרס ישראל
אלוף (מיל.) עמוס ידלין הוא ראש המכון למחקרי ביטחון לאומי

הנוכחי ובמאמר המשך שיפורסם בהקדם נבהיר כמה היבטים של הדוקטרינה האתית של הלחימה בטרור, כפי שהצגנו אותה במאמרינו, נגיב על טענות אחדות שהועלו נגדה ונצביע על מספר עדכונים שלה, בעיקר בזיקה למצבים חדשים של לחימה בטרור בזירה הישראלית ובזירות של תימן, אפגניסטן, פקיסטן וסומליה, בין השאר.

1. דיון בדוקטרינה: הנחות רקע

בראשית הדברים, נבהיר את הגישה הכללית שלנו לדיון בדוקטרינה האתית של הלחימה בטרור.

"מעשיות": דוקטרינה של לחימה אמורה להוות בסיס להדרכה מעשית של מפקדים וחיילים בדבר פעילות הלחימה שלהם, במתכונת של נוהל, של הוראות פתיחה באש או של פקודה. לפיכך, יש לנו עניין רק בדיון המוביל למסקנות מעשיות, לכאן או לכאן, בדבר הפתרונות האפשריים והראויים של הבעיות המבצעיות המתעוררות בעת הצורך להגן על אזרחי המדינה ועל ריבונותה.

"אחריות": דיון בדוקטרינה אתית מנקודת מבט שתכליתה היא ביקורתית עלול להסתכם בהצבעה על היבטים לא־רצויים של מצבים העתידים להיגרם, אם יפעלו החיילים על פי הדוקטרינה. לנו יש עניין רק בדיון שתכליתו היא להוביל לשיפורים, כלומר, לתיקון הדוקטרינה או להחלפתה באחרת, כך שפעולה על פי הדוקטרינה החדשה תגרום להופעתם של פחות מצבים שיש להם היבטים לא־רצויים.

"אוניברסליות": הדוקטרינה האתית של הלחימה בטרור התגבשה במהלך השנים של הלחימה הישראלית בטרור הפלסטיני, כאשר אחד מאמצעי ההתגוננות המרכזיים הוא "הסיכול הממוקד". הדוקטרינה היתה אמורה לעמוד במבחן הזמן בכך שתוכל להוביל להתנהגות ראויה גם במצבים, במקומות ובזמנים אחרים. יש לנו עניין בדוקטרינה כללית שתדריך לא רק מבצעים של "סיכול ממוקד" במצבים מוכרים, אלא גם מבצעים של "סיכול ממוקד" במצבים חדשים, כדוגמת המבצע של ארצות־הברית בתימן, שהיה כרוך בהריגת אזרח ארצות־הברית כנוק אגבי,³ או במבצעים מסוגים חדשים, כדוגמת המבצע של ארצות־הברית בפקיסטן, שבו נהרג בן־לאדן.⁴

"זהירות": בהקשרים של דיון מקצועי או אקדמי בדוקטרינה כלשהי, ההנחה המובנת מאליה היא שהמשתתפים בדיון למדו היטב את הדוקטרינה, כפי שהוצגה, ויש להם בסיס עובדתי מובהק בדבר תוכנה של הדוקטרינה, עקרונותיה והנימוקים שביסודה. ככל שהמדובר בדוקטרינה האתית שברקע מאמר זה, אין לנו מנוס מהצגת הדרישה הזאת להכרת הדוקטרינה, מפני שלעיתים קרובות היא לא כובדה כראוי.

2. הדוקטרינה האתית והדין הבינלאומי: הקדמה

נקודת המוצא של הדוקטרינה האתית של הלחימה בטרור אינה הדין הבינלאומי. ההבדל בינינו לבין המומחים לדין בינלאומי אינו מקרי ובוודאי שאינו שרירותי. טעמי ההבדל הזה הם יסודיים וחשובים.

ראשית, **הטעם המוסרי**: בעינינו, ערכו של הדין הבינלאומי אינו בעצם קיומו אלא בתרומה שלו לשיפור המוסרי של העולם, בתחומי היציאה למלחמה והתנהלות הלחימה. כל נורמה של הדין הבינלאומי עומדת להערכה מוסרית. בהערכה כזאת, ייתכן שהנורמה תיחשב מוצלחת וייתכן שלא תיחשב כזאת. נקודת המוצא שלנו היא מוסרית.

שנית, **הטעם החוקתי**: הדין הבינלאומי מצטייר בעיני רבים כמערכת נורמות המחייבת את החייל הישראלי במישורין, מעין מערכת מקבילה למערכת הדין הישראלי, המחייבת אותו בהיותו אזרח המדינה וחייל צה"ל. אנחנו רואים את החייל הישראלי (כפי שהדין הישראלי רואה אותו) כפוף אך ורק לדין הישראלי, המחייב אותו, בין השאר, להישמע להוראות הדין הבינלאומי ככל שהמדינה קיבלה אותו על עצמה, או רואה אותו כמחייב אותה ואת הפועלים מטעמה. לפני שנורמה של הדין הבינלאומי מגיעה אל החייל, עליה לעבור במבחני התוקף שיש לה על פי דיני המדינה.⁵

שלישית, **הטעם ההיסטורי**: הדין הבינלאומי ההסכמי נוצר בהתפתחות היסטורית מורכבת על רקע תפיסות מסוימות בדבר טיבה של הלחימה ובדבר מגבלות שסביר להטיל עליה, מנקודת המבט של המנהיגים והיועצים הצבאיים שלהם. התפיסות הללו היו יפות לשעתן, ככל שהמדובר היה בעימות הקלאסי בין מדינה למדינה, במתכונת הקלאסית של עימות בין צבא אחד לצבא אחר. המגבלות שהוטלו על התפיסות הללו היו גם הן יפות לשעתן, ככל שהיה מקום להניח שבדרך כלל ישמרו הצדדים הלוחמים על הנורמות המגבילות אותם.⁶ המגבלות עצמן היו מעשיות ואפילו פשוטות: ההבחנה בין הלוחמים לבין הלא-לוחמים, לדוגמה, נעשית במתכונת הפשוטה של הבחנה בין הלובשים מדים מסוימים לבין מי שאינם לובשים מדים כלשהם. ההנחות הללו עמדו ביסוד הנכונות של המנהיגים לקבל את הנורמות שבהסכמים הבינלאומיים.

כל התפיסות הללו אינן הולמות את עולם הלחימה בטרור. אין טעם בהנחה בדבר האופי המסורתי של הלחימה, אין שחר להנחה בדבר הקיום המעשי של הדדיות השמירה על הנורמות המגבילות את הלחימה, ומובן מאליה שאין דרך מעשית לקיים את המגבלות באמצעים מעשיים ופשוטים, כדוגמת ההבחנה בין לובשי מדים לבין זולתם. השינויים הללו במצב הדברים מעיבים על הנכונות לנהוג על פי ההסכמים הבינלאומיים, ואין ספק שיש מקום להרהר בתוקפם לגבי המצבים החדשים.

רביעית, **הטעם הרטורי**: טענות בדבר הפרות של הדין הבינלאומי נעשו אמצעי תעמולתי בדוק נגד המדינות הלוחמות בטרור, במיוחד נגד ישראל, גם אם הבסיס העובדתי שלהן קלוש ואפילו אם הן כוזבות. את האפקט התעמולתי של טענות כאלה יוצרת או מעצימה התקשורת, לפחות בחלקה, בעיקר באירופה וב ישראל עצמה. האפקט התעמולתי הכולל מוצג על ידי התקשורת עצמה כמה שיוצר יחס שלילי ב"דעת הקהל הבינלאומית".

הביטוי "דעת הקהל הבינלאומית" הוא בעייתי. ייתכן שהוא משקף דעה הרווחת בחוגים מסוימים, שהם בעלי חשיבות משנית או שולית כשלעצמם, אבל בעלי נוכחות רבה בתקשורת משום שהיא חפצה ביקרם. איננו שוללים את הצורך של המדינה להיאבק גם בחזית זו, אולם אין מקום לתת חשיבות מכרעת לשאלה, האם מעשה מסוים יצטייר באמצעי תקשורת מוכרים כבסיס לטענות בדבר הפרות כביכול של הדין הבינלאומי. שיקולי התדמית אינם קודמים לשיקולי ההגנה העצמית, המוסר והאתיקה הצבאית.

כאן עלינו להדגיש, כי החשיבות שאנחנו מייחסים להבדל בין נקודת המוצא שלנו לבין נקודת המוצא של "חסידי" הדין הבינלאומי אינה בגדר "זלזול במשפט הבינלאומי", כדבריו של איל בנבנישתי, נגד "דוברים שונים בצה"ל או המייעצים לצה"ל".⁷ כדי להבין מהו "זלזול" בעיני בנבנישתי, אפשר להיעזר בתיאור הסכנה שהוא מזהה כאן: "בשל אמירות כאלה עלול להיווצר רושם שישראל ממעיטה בחשיבותו של המשפט הבין-לאומי מתוך התפיסה שאינו רלוונטי ואינו מוסרי".⁸ לטעמו של בנבנישתי, אסור לישראל להיות בעלת התפיסה שנורמות שבהסכמים הבינלאומיים אינן רלוונטיות לתחומים חדשים, כדוגמת הלחימה בטרור או הלחימה ברשת. לטענתו, הרלוונטיות של הדין הבינלאומי לכל מצב חייבת להיות עיקרון יציב של המדינה. יתר על כן, גם אסור לישראל להיות בעלת התפיסה שנורמות שבהסכמים הבינלאומיים אינן מוסריות ואינן הולמות את העקרונות המוסריים שביסוד המשטר הדמוקרטי שלה, כדוגמת עקרון השמירה על כבוד האדם. המוסריות של הדין הבינלאומי חייבת להיות עיקרון דוגמטי של המדינה. אנחנו דוחים את המגבלות שמטיל בנבנישתי על התפיסה של המדינה הדמוקרטית ביחס לרלוונטיות או למוסריות של נורמות שבדין הבינלאומי. מדינה רשאית להיות בעלת תפיסה ביקורתית ביחס לרלוונטיות או למוסריות של היבט זה או אחר של הדין הבינלאומי: מדינה רשאית שלא להצטרף להסכם בינלאומי, רשאית להצטרף תוך הסתייגות מחלקים שלו, וגם להגיע למסקנה שיש בו חלקים שאינם רלוונטיים, המחייבים השלמה משמעותית, וגם חלקים בלתי-מוסריים, המחייבים שינוי משמעותי. הדוקטרינה האתית של הלחימה בטרור היא בעיקרה הצעה של השלמה.⁹

חשוב מאוד להבין כי השלמה משמעותית של הדין הבינלאומי אינה הקלה בכללים המחייבים חיילים ומפקדים. אדרבה, כפי שנראה להלן, בדוגמאות משמעותיות אחדות, ההשלמה שאנחנו מציעים בדוקטרינה שלנו מחייבת לעתים החמרה בכללים, כלומר תוספת כללים הדורשים יותר ריסון ומגבלות על הפעלת הכוח הצבאי מכפי שדורשים הכללים הקיימים.

3. הדין הבינלאומי: ניווט בערפל

הדיון בדין הבינלאומי, תוכנו, מידת חשיבותו בכלל ומידת חשיבותו מנקודת מבט ישראלית נערך בעת ובעונה אחת ברמות שונות, החל ברמה מופשטת מאוד וכלה ברמה קונקרטית מאוד. מייד נדון בהן בקצרה, אולם כבר בראשית הדברים נצביע על הערפול המאפיין את הטענות הנשמעות במקומותינו ובמקומות אחרים. על פי רוב, קשה לדעת לאיזו רמה מכוונים דבריו של אדם הטוען בדבר חשיבותו של הדין הבינלאומי – האם כוונתו לרמה מופשטת, שבה אנו מזדהים בהחלט עם דבריו, או שמא כוונתו לרמה קונקרטית, שבה יש מקום לגישה ביקורתית או אף להסתייגות מהותית. הערפול המהותי הזה ניכר בליבת דבריהם של איל בנבנישתי ופנינה שרביט־ברוך, ואף בשולי דבריו של אביחי מנדלבליט, ומוביל אותם למסקנות מוטעות, כפי שנראה להלן.

אלה הן הרמות השונות:

1. רוח הדין הבינלאומי
2. המערכת הבינלאומית של מוסדות, אמנות ומנהגים
3. דוקטרינות המתבטאות באמנות בינלאומיות
4. פרשנויות של אמנות בינלאומיות
5. תפיסות של המנהגים המחייבים
6. יישומים בדבר פעילות מסוימת, מראש ובדיעבד

(1) **רוח הדין הבינלאומי מקובלת עלינו בתור רוח ראוי.** אפשר להציג אותה כעקרון החובה לצמצם ככל האפשר את נזקי המלחמה, באמצעות הסדרים מסוימים המטילים מגבלות על עצם היציאה למלחמה צודקת, ומגבלות על הפעילות הראויה במהלך הלחימה. עיקרון זה מתבטא במסורת הארוכה של "תורת המלחמה הצודקת", על עקרונותיה הידועים, כדוגמת הדרישה שהיציאה למלחמה תהיה האמצעי האחרון לפתרון סכסוך מדיני, הדרישה להבחנה נאותה בין לוחמים למי שאינם לוחמים ודרישת המידתיות.¹⁰ עם זאת, אלה הן דרישות מופשטות וארוכה היא הדרך בינן לבין נהלים, הוראות פתיחה באש ופקודות במצבים קונקרטיים.

רוח הדין הבינלאומי היא בעלת אופי מוסרי. לפיכך, כל מדינה דמוקרטית אמורה לבטא אותה בהליכותיה, כיוון שגם היא עומדת על עקרונות מוסריים

בדבר השמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם. מדינת ישראל, בהיותה מדינה דמוקרטית, מחויבת גם היא לשמור על רוח הדין הבינלאומי. **על כך אין מחלוקת.** (2) המערכת הבינלאומית כוללת מוסדות כדוגמת ארגון האו"ם ובמרכזו מועצת הביטחון, אמנות בינלאומיות שמדינות מקבלות על עצמן לקיים אותן על יסוד שיקולים שונים, כגון אמנות שונות של לחימה בטרור, ומנהגים המסוגלים להפוך ברבות הימים למנהג העולם, שיש לו מעמד מחייב. המערכת הבינלאומית הזאת אמורה לממש בהליכותיה את רוח הדין הבינלאומי, ובתור שכזו היא בעלת חשיבות מוסרית.

עם זאת, המערכת הבינלאומית מתנהלת על ידי מדינות ואלה פועלות, כל אחת ואחת מהן, על פי השיקולים של עצמה. לפיכך, המערכת הבינלאומית היא מערכת פוליטית שרבות מהליכותיה מאפשרות לה לפעול באופן בלתי-מוסרי באצטלה של רדיפת השלום והצדק.

נזכיר כאן רק שתי דוגמאות מן הזמן האחרון. דוגמה ראשונה: בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC) רשאי לדון במעשיה של מדינה שאינה חתומה על האמנה המכוננת אותו רק אם מועצת הביטחון פנתה אליו שיעשה זאת. המדינות בעלות זכות הווטו במועצת הביטחון לא יאפשרו פניות כאלה כשמדובר בבעלות-ברית: רוסיה וסין כשמדובר בסוריה, ארצות-הברית כשמדובר בבחריין ובתימן, וגם בישראל. דוגמה שנייה: הפורום הגלובלי ללחימה בטרור (GCTF) שהוקם ביוזמת ארצות-הברית כולל 29 מדינות ואת האיחוד האירופי, אבל אינו כולל את ישראל,¹¹ ככל הנראה בגלל התנגדות של טורקיה, שמכהנת כיו"ר הפורום יחד עם ארצות-הברית. המערכת הבינלאומית, ככל שהיא נוהגת לממש את רוח הדין הבינלאומי, עושה זאת באופן סלקטיבי שהוא מטבעו לא הוגן.¹²

התבונה המדינית מחייבת יחס זהיר אל המערכת הבינלאומית, הזדהות עם מטרותיה לקידום השלום והשמירה על כבוד האדם בהתאם לרוח הדין הבינלאומי, אבל גם שיקול דעת מתמיד בדבר המידה והמתכונת של שיתוף פעולה עם מוסדות, הצטרפות לאמנות והסכמה למנהגים. דומה שזהו הקו הכללי המסורתי של ישראל, ואנחנו מניחים שגם הוא מקובל על כולנו.

(3) הכללים המופיעים באמנות בינלאומיות, כגון סעיפי אמנת האג בדבר מלחמה ביבשה (1907), מבטאים דוקטרינות בדבר המלחמה, שהן תפיסות כלליות ומורכבות בדבר היבטים מסוימים של המלחמה. לדוגמה, סעיפי פרק אחד באמנה¹³ הם תפיסה כזו בדבר האפיון של צד לוחם במלחמה: המדובר לא רק בצבא, אלא גם בגופים מעין-צבאיים הממלאים אחר תנאים מסוימים, כגון פיקוד אחראי ונשיאת נשק בגלוי. הכללים הללו מבטאים את רוח הדין הבינלאומי (במסורת תורת המלחמה הצודקת) באופן המקל את המעבר מן העקרונות המופשטים שלו אל הרמה הקונקרטית של נהלים, הוראות פתיחה באש ופקודות. ככל שהתפיסות

המתבטאות בכללים עוזרות לממש הלכה למעשה את רוח הדין הבינלאומי, הן מועילות ובעלות ערך מוסרי.

עם זאת, התפיסות הללו אינן פשוטות ואינן תמימות, משום שהן מבוססות על הנחות עובדתיות שיכולות להיות לא־נכונות, ונובעות מהן מסקנות מעשיות שיכולות להיות לא־ראויות. לדוגמה, הנחה עובדתית לא־נכונה היא ההנחה שניתן להבחין בין הלוחמים לבין זולתם באמצעות "סימן היכר קבוע שאפשר להבחין בו מרחוק"¹⁴. בנסיבות המלחמה בטרור הנחה זו אינה נכונה, כידוע. לדוגמה, מסקנה מעשית של הכללים היא כי כל חייל בצבא של צד לוחם אחד, שיצא למלחמה צודקת של הגנה עצמית מובהקת, הוא מטרה לגיטימית לפגיעה קטלנית של הצד הלוחם שמנגד, שיצא למלחמה תוקפנית לא־צודקת. זוהי מסקנה המוסיפה לעורר התנגדות מוסרית חריפה ומשכנעת.¹⁵

מהו היחס הראוי לדוקטרינה המתבטאת בכללים של אמנה בינלאומית, לנוכח האפשרות שהיא מבוססת על הנחות עובדתיות לא־נכונות או נובעות ממנה מסקנות מעשיות לא־ראויות? במישור העיוני התשובה פשוטה, כמקובל לגבי כל דוקטרינה כזו, בתחום כלשהו של החיים: ראוי לפתח דוקטרינה נוספת המבוססת על הנחות עובדתיות נכונות ושהמסקנות המעשיות הנובעות ממנה ראויות, או לפחות קרובות יותר אל הראוי, שגם היא בגדר מימוש של רוח הדין הבינלאומי במסגרת המערכת הבינלאומית. כך יש להבין את הדוקטרינה האתית של הלחימה בטרור, כפי שהוצגה בעבודותינו, במישור העיוני.

במישור המעשי התשובה מסובכת הרבה יותר. במישור זה ניתן לשאול מהי המדיניות הרצויה ביותר ביחס לדוקטרינה הבעייתית, כשהיא נראית מעוגנת ברוח הדין הבינלאומי, מקובלת במסגרת המערכת הבינלאומית ומתבטאת באמנה בינלאומית מחייבת? לשאלה זו אין תשובה גורפת, מפני שעל כף המאזניים האחת נמצאות המסקנות המעשיות הלא־ראויות של הדוקטרינה הנתונה, אולם על כף המאזניים השנייה נמצאות ההשלכות הלא־רצויות של התנערות מאחד המרכיבים המקובלים של המערכת הבינלאומית ומאמנה בינלאומית מחייבת. לא תמיד כף אחת של המאזניים מכריעה את חברתה.

לדעתנו, ניתן לפעול באופן שלא ייצור מראית־עין בלתי־רצויה של התנערות כזו. אם הדוקטרינה הנתונה מבוססת על הנחה עובדתית שאינה נכונה בנסיבות מסוג מסוים, כדוגמת הלחימה בטרור בתצורתו הנוכחית, עדיין ניתן לקיים אותה בנסיבות מסוג אחר, שבהן אותה הנחה עובדתית היא נכונה, כדוגמת העימות הצבאי החזיתי בין שני צבאות. כך אפשר להציע דוקטרינה נוספת ולפעול על פיה כל עוד הנחותיה נכונות. בצורה זו מתקיימות זו בצד זו שתי דוקטרינות, המעוגנות ברוח הדין הבינלאומי במסגרת המערכת הבינלאומית, וכל אחת מהן מופעלת בתנאים שונים, בהתאם להנחות העובדתיות שביסודה. במתכונת זו

אין התנערות לא רצויה במישור הבינלאומי, ואין שימוש בדוקטרינה שהנחות שביסודה אינן נכונות. כך יש להבין את הדוקטרינה האתית של הלחימה בטרור, כפי שהצענו אותה, במישור המעשי.

האם הגישה הזאת מקובלת על כולנו, במפורש או במובלע? נראה זאת מייד, לאחר שנדון ברמה הבאה – רמת הפרשנויות.

(4) האפשרות להדריך את ההתנהגות של הלוחמים על יסוד פרשנות של הדין הבינלאומי מקובלת על המשתתפים בדיון.

מנדלבלט כותב כי "יש לשמר את הכללים הקיימים המסורתיים של דיני הלחימה ולישמם בקפידה תוך כדי מתן פרשנות מתאימה לאתגרי הלחימה האסימטרית". הוא אינו מסביר מהי "פרשנות מתאימה", איך קובעים אותה ומי אמור לעשות זאת, אולם אנחנו נגיע מייד לשאלות הללו וגם נשיב עליהן.¹⁶ בנבגישתי כותב כי "המשפט ודיני הלחימה בעיקרם לא השתנו, אבל הם נדרשים להתאים את עצמם למציאות של הפעלת שליטה".¹⁷

שרביט־ברוך כוללת בדבריה משפט דומה, אבל היא מוסיפה דוגמאות שיאירו את עניינו. "...בנושא הלחימה בעימותים אסימטריים יש עקרונות וכללים קיימים, ויש ליישם אותם באופן המביא בחשבון את המציאות המיוחדת של עימות מן הסוג הזה".¹⁸ מושג הפרשנות אינו מופיע בדבריה של שרביט־ברוך, אבל הדעת נותנת שאין הבדל בין פרשנות של הכללים לבין יישום שלהם, "המביא בחשבון" היבטים מיוחדים של מצב הלחימה הנתון.

להדגמת טענתה מביאה שרביט־ברוך כמה דוגמאות חשובות. אחת מהן היא כללי הלחימה האווירית: "כאשר החלה הלחימה האווירית לא היו כללים לגביה".¹⁹ עם הזמן, מדינות שנקטו בלחימה אווירית גרמו לכך ש"התגבשו הכללים הרלוונטיים. הכללים האלה מבוססים על העקרונות והכללים של דיני הלחימה שכבר היו קיימים לגבי לחימה ביבשה ובים, תוך עשיית ההתאמות הנדרשות".²⁰ דוגמה נוספת שהיא מביאה היא מתחום לוחמת הסייבר: "גם בעניין הזה מתבססים הכללים החדשים על אלה הקיימים תוך עשיית [ה]התאמות הנדרשות".²¹ מייד נראה מה עולה מן הדוגמאות הללו לעניין הדוקטרינה האתית שלפנינו, אולם קודם לכן נזכיר דוגמה נוספת שמביאה שרביט־ברוך מתוך התחום של הלחימה בטרור, שהוא תחום הדוקטרינה שלנו.

"במלחמה הקלסית הייתה²² קיימת הבחנה חדה יחסית בין חיילים לבין אזרחים. החיילים נחשבו למטרה לגיטימית... ואזרחים (כלומר, מי שאינם חיילים) לא נחשבו למטרה לגיטימית. ואולם מתעוררת השאלה: כיצד לנהוג כאשר בצד של האויב אין חיילים אלא אזרחים חמושים, ברמות שונות של ארגון, שאינם נלחמים בהכרח כל הזמן ושקשה להבחין ביניהם לבין שאר האוכלוסיה".²³ כאן מוסיפה שרביט־ברוך כמה נקודות מאירות עיניים: "...כיועצים המשפטיים של צה"ל,

סברנו כי אין זה נכון לראות בכל חברי הארגונים המזויינים [של האויב] אזרחים המעורבים במעשי האיבה, אלא נכון יותר להגדיר את מי שנמנה עם הכוחות הלוחמים של האויב ושיש לו תפקידים מקבילים לאלה של חיילים בצבא, כלוחם שאין לו חסינות מתקיפה כל עוד הוא משתייך לכוחות אלה".²⁴

כאן ראוי שנקרא לילד בשמו: מה ש"היועצים המשפטיים" כדוגמת שרביט-ברוך הגישו לצה"ל היה דוקטרינה חדשה בדבר הלחימה בטרור, ברוח הדין הבינלאומי הנתון.

תחת הכותרת "פרשנות מתאימה [של הכללים הקיימים המסורתיים]", כלשונו של מנדלבליט, לא באה שום פרשנות. תחת הכותרת של "יישום [עקרונות וכללים קיימים] באופן המביא בחשבון את המציאות המיוחדת", כלשונו של שרביט-ברוך, לא בא שום יישום של עקרונות וכללים קיימים. תחת שתי הכותרות הללו מופיעה דוקטרינה חדשה בדבר הלחימה בטרור, ברוח הדין הבינלאומי הנתון, שעניינו המקורי הוא המלחמה הקלאסית. לאמיתו של דבר, הדוגמאות של שרביט-ברוך מראות כי מדובר **בכללים חדשים** המוגדרים **ברוח הכללים הקיימים**. מגדיל לעשות בנבנישתי, המתאר את השינוי האמור להתחולל בעקבות השימוש הרווח בטכנולוגיות מתוחכמות המאפשרות פגיעות מדויקות: "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... מתי הם פוגעים, כיצד הם פוגעים ואיזה נזק אגבי הם גורמים".²⁵ מדובר, אפוא, בכללים חדשים, במסגרת תפיסה משפטית כוללת שיכולה להיות שונה מקודמתה.

במלים אחרות, לא רק אנחנו, בדוקטרינה האתית שלנו, מציעים כללים חדשים ברוח הדין הבינלאומי המוכר, העומד על תורת הלחימה הצודקת, אלא בדיוק כך עושים גם אנשי הדין הבינלאומי המותחים עלינו ביקורת על כך שאנחנו עושים זאת. אין הבדל עקרוני או מעשי בין היחס שלהם אל הדין הבינלאומי הנתון לבין היחס שלנו אליו: כולנו מוסיפים עליו כללים חדשים. מהו, אפוא, ההבדל בין גישתם לבין גישתנו?

שני הבדלים מצאנו בין גישתנו לבין הגישה של אנשי הדין הבינלאומי שהוזכרו לעיל. ההבדל הראשון הוא רטורי. הם מעוניינים להציג את ההתנהלות של מדינת ישראל, ובמיוחד של צה"ל, כשמירה על הכללים הקיימים של הדין הבינלאומי. הצגה כזו באה לסתור, מראש ובדיעבד, כל טענה עוינת המאשימה את מדינת ישראל ובמיוחד את צה"ל בהפרת הכללים הקיימים של הדין הבינלאומי. הדוקטרינה האתית שלנו מנוסחת בלשון אחרת: מדינת ישראל וצה"ל פועלים **ברוח הכללים הקיימים** של הדין הבינלאומי, בהתאם לדוקטרינות חדשות, שהן בגדר **תוספות לכללים הקיימים וברוחם**. לאמיתו של דבר, לא רק אנחנו נוהגים כך, אלא גם מדינות

אחרות הלוחמות בטרור עושות זאת. שרביט־ברוך עצמה מעידה על "התפיסה המקובלת בצבא ארצות־הברית ועל כוחות נאט"ו", שלפיה "המשתתפים בכוחות המזוינים של כל צד לעימות, גם צד לא מדינתי, אינם אזרחים אלא מקבילים לחיילי הצבא מבחינת יישום עקרון ההבחנה"²⁶. לאמיתו של דבר, אין מנוס מהנהגת כללים חדשים במסגרת הדוקטרינות החדשות, ברוח הדין הבינלאומי. להלן נציג ביתר פירוט דוגמאות חשובות של כללים חדשים המוצעים ברוח הדין הבינלאומי, כדוגמת כללים הדורשים מזעור הנזק האגבי, מעבר לכללים המקובלים הדורשים מידתיות. בשלב זה נסתפק בדוגמה פשוטה ביותר. במהלך הדיון שבעקבותיו נכתבו המאמרים שלפנינו, בתגובה על טענתנו שלא רק סגל רפואי אלא גם סגל של קציני בריאות הנפש (קב"נים) ראוי ליחס מיוחד, ברוח אמנת ז'נבה הראשונה הקובעת את המעמד המיוחד של סגל רפואי,²⁷ העיד נציג בכיר של "הצלב האדום" כי הקב"נים נחשבים לסגל רפואי הזכאי ליחס מיוחד. ההכרה בקב"נים בתור זכאים ליחס מיוחד אינה "פרשנות" של המונח "סגל רפואי", גם לא "יישום" של ביטוי זה לטיפול של הקב"נים. זהו כלל חדש בדין הבינלאומי, המבטא תפיסה בדבר מקומו של הקב"ן בצד הרופא, האחות, החובש (וכן קצין הדת, המוגן באותו סעיף), שהיא ברוח הדין הבינלאומי בדבר הסגל הרפואי, אבל מרחיבה אותו על ידי תוספת כלל חדש. הרחבה מעשית של קבוצת בני־אדם בעלי מעמד מסוים היא בגדר תוספת כלל חדש, גם אם מדובר במה שנראה כהרחבה טבעית.

ייתכן שהרטוריקה של "שמירה על הכללים הקיימים", תוך "פרשנות" או "יישום" שלהם, בהתאם לנסיבות המיוחדות של המלחמה בטרור היא בעלת יתרונות במישור ההסברה, אולם ראוי שלא להניח לנורמות של הסברה, יחסי ציבור, תקשורת או לוחמה פסיכולוגית לחלחל אל תוך ההבנה המקצועית של הפעילות הנדרשת. הרטוריקה הזאת אינה יכולה ואין זה מן הראוי שתוכל להסתיר את העובדה שמדובר בפיתוח דוקטרינות חדשות.

יתר על כן, הרטוריקה הגורפת של "שמירה על הכללים הקיימים", באופן מלא ומוחלט, מכרסמת בהחלטה החשובה של מדינת ישראל שלא לאשרר את הפרוטוקול המשלים הראשון (API) משנת 1977, שנועד להשליט כללים מקובלים להתנהלות במלחמה קלאסית גם על העימות של מדינה עם לוחמי גרילה, המטשטשים את ההבדל בינם לבין הלא־לוחמים שבסביבתם. ישראל לא היתה היחידה שנמנעה מאשרור הפרוטוקול הזה: ארצות־הברית לא אשררה אותו ואילו אוסטרליה, בריטניה, גרמניה, צרפת, קנדה ומדינות נוספות הוסיפו לאשרור הסתייגויות, שלפיהן מדינות אלה אינן מקבלות עליהן חלק מן הכללים החדשים. "הצלב האדום" (ICRC) מנסה להפוך את כללי הפרוטוקול המשלים למחייבים את כל המדינות, בין אם אשררו אותו ובין אם לאו, בין אם במלואו ובין אם בחלקו. הוא עושה זאת במסמך משנת 2005,²⁸ הטוען שכללי הפרוטוקול המשלים הם

הדין הבינלאומי המנהגי, דהיינו, מערכת הכללים שהמדינות פועלות לפיהם הלכה למעשה. זוהי טענה שנויה במחלוקת²⁹ וודאי שמדינת ישראל אינה מקבלת אותה, בהיותה מדינה שלא אשררה את הפרוטוקול עצמו. טענות גורפות בדבר "שמירה על הכללים הקיימים", עלולות להתפרש כטענות גורפות בדבר מחויבות לשמור גם על מה שמדינת ישראל החליטה שהיא אינה מקבלת על עצמה. זוהי סכנה הנשקפת מן הרטוריקה של אנשי הדין הבינלאומי, הדוחפים למעשה את מדינת ישראל אל פינה מדינית וצבאית שהיא החליטה שאינה רוצה להיות בה. סכנה כזו אינה נשקפת מן הדרך שבה אנחנו מציגים אל-נכון את הדוקטרינה האתית. כאן ראוי להעיר על תפיסת ההתנהלות הראויה של המדינה במישור שבו "מתפתח המשפט הבין-לאומי". שרביט-ברוך סבורה ש"הציפייה הזאת", דהיינו – "לכנס את נציגי כל מדינות העולם ולהסכים על אמנה חדשה שתיתן יותר חופש פעולה לצבאות בעימותים אסימטריים", היא "מנותקת לחלוטין מן המציאות הבין-לאומית".³⁰ ראשית, לא ברור מדוע סבורה שרביט-ברוך שתכלית ההסכמה הבינלאומית היא "יותר חופש פעולה לצבאות בעימותים אסימטריים". התכלית היא הסכמה לדוקטרינה חדשה, שתטיל מגבלות ברוח הדין הבינלאומי (במסורת תורת המלחמה הצודקת), באופן המתאים לטבעו של העימות עם הטרוריסטים. דוקטרינה כזו אינה אמורה להיבחן במתן חופש פעולה בהשוואה לדוקטרינה בדבר הלחימה הקלאסית. ייתכן שיהיו בה מגבלות חדשות, כשם שיהיו בה אולי היתרים חדשים. יתר על כן, לא ברור מדוע סבורה שרביט-ברוך שאין טעם בשום הסכמה בינלאומית, אם לא שותפות לה "כל מדינות העולם". אם נשמיט את הדרישה הרטורית בדבר "כל מדינות העולם" ונסתפק במדינות הדמוקרטיות המעורבות במלחמה בטרור, אין שום דבר "במציאות הבין-לאומית" שיש בו יסוד להניח שהסכמת העולם הדמוקרטי לדוקטרינה של לחימה בטרור ברוח הדין הבינלאומי היא "מנותקת לחלוטין מן המציאות".³¹

בשולי דבריה מזכירה שרביט-ברוך עוד ערוץ של התפתחות: "בדרך של גיבוש פרקטיקה והתאמות של הכללים למציאות המשתנה".³² ביחס לאפשרות של "התאמות של הכללים", כבר ראינו לעיל שהמדובר ברטוריקה של הגנה מטשטשת את העובדה שלאמיתו של דבר מדובר בהנהגת דוקטרינות חדשות לגבי "המציאות המשתנה". יתר על כן, גם "גיבוש פרקטיקה" אינו אלא גיבוש דוקטרינה חדשה להדרכת הפרקטיקה. ככל שהמשפט הבינלאומי מתפתח במישור המנהגי, מובן מאליו שבידינו לגבש דוקטרינות חדשות ולנהוג על פיהן, ברוח הדין הבינלאומי (במסורת תורת המלחמה הצודקת), ובה בעת – ללמוד מן הדוקטרינות החדשות של מדינות דמוקרטיות אחרות הנלחמות גם הן בטרוריסטים, במאמץ מתמיד לגבש את הפרקטיקה של העולם הדמוקרטי במלחמתו בטרוריסטים. הדוקטרינה האתית שלנו נועדה להוות תרומה למאמץ הזה לפיתוח הדין הבינלאומי המנהגי.

הבדל נוסף בין הגישה של אנשי הדין הבינלאומי לבין הגישה שלנו הוא בכך שהגישה שלהם היא תוצר של פעילות מקצועית בתחום הדין הבינלאומי, שעה שהגישה שלנו היא תוצר של פעילות מקצועית בתחומי הפיקוד והאתיקה. השימוש ברטוריקה של "פרשנות" ו"יישום" נועד להשאיר את מלאכת הפיתוח של דוקטרינות חדשות בידי אנשי הדין הבינלאומי. לדעתנו, זו אינה מלאכה משפטית, ממש כשם שמלאכת העיצוב של הערכים והעקרונות האמורים להדריך את ההתנהלות במדינה, בארגון, במקצוע או בתאגיד עסקי אינה מופקדת בידי היועצים המשפטיים של כל אחד מן הגופים הללו. ערכי המדינה ועקרונותיה נקבעים בכנסת; ערכי האוניברסיטה אינם נקבעים על ידי היועץ המשפטי שלה, אלא על ידי ההנהגה האקדמית שלה; ערכי הרפואה גובשו בעולמם של הרופאים, בעזרת אנשי האתיקה הרפואית; ערכי חברת בנייה ייקבעו על ידי אנשי המומחים בסוגיות הזהות שלה, בעזרת יועצים כאלה ואחרים. במקומותינו נהוג, במידה רבה ומופרזת, לטשטש את הגבולות בין עולם המשפט לבין עולם האתיקה,³³ אולם אסור להניח לטשטוש הזה ליצור את הרושם שהמשפטים הם המופקדים על פיתוח הדוקטרינות החדשות. גם החובה לפתח דוקטרינות חדשות ברוח הדין הבינלאומי הקיים אינה מחייבת את הפקדת המלאכה בידי משפטים: רוח הדין הבינלאומי היא תורת המלחמה הצודקת, שהיא מערכת עקרונות מסורתית המוסיפה להיות נושא לדיונים בפילוסופיה, במדע המדינה, בהיסטוריה, בתיאולוגיה וגם במשפט. אין, אפוא, הבדל בין גישתנו לבין הגישה של בנבנישתי, מנדלבלט ושרביט־ברוך, ככל שמדובר בתיאור מדויק של הפעילות המתבקשת בנסיבות הנוכחיות. "צה"ל, כמו כל צבא של מדינת חוק במערב", טוען מנדלבלט, "מחויב להקפיד על עמידה בדרישות של דיני הלחימה".³⁴ מהן "הדרישות" הללו? אנחנו קוראים לילד הזה בשמו: אלה הן דרישות לפעול ברוח הדין הבינלאומי המוכר, במתכונת של כללים חדשים הנוספים עליו, ברוחו. זה מה שכולנו יודעים שצריך לעשות. זה מה שכולנו עושים. "הכללים הקיימים של דיני הלחימה הם המערכת הנכונה והמתאימה גם כאשר עוסקים בעימותים אסימטריים", טוענת שרביט־ברוך.³⁵ מהם "הכללים הקיימים" הללו? אם הכוונה לעקרונות המופשטים של רוח הדין הבינלאומי (במסורת תורת הלחימה הצודקת), כי אז אין מחלוקת בינינו, אולם אם הכוונה היא לכללים המתבטאים בסעיפי אמנות ז'נבה, לדוגמה, כי אז שרביט־ברוך עצמה אינה פועלת בהתאם לטענתה, שהרי היא מפתחת כללים חדשים, תחת הכותרת המטעה של "יישום" הכללים הקיימים, כאילו "יישום" כלל בדבר "סגל רפואי" מאפשר לכלול בו גם סגל קב"נים שאינו רפואי, כאילו "יישום" כלל בדבר מידתיות מאפשר לדרוש הרבה יותר, כדוגמת מזעור הנזק האגבי, וכיוצא בזה. ניסוח אחראי של הפרקטיקה הנהוגה בהדרכה הערכית והנורמטיבית של הלוחמים מוציא אותנו מן הערפל, ומביא אותנו להכרה הצלולה בדבר החובה

לפתח דוקטרינות חדשות, על יסוד התפיסות הערכיות של המדינה בכלל ושל צה"ל (והשב"כ) בפרט.

4. סימון החטאות

העמדה הביקורתית המתנסחת במונחי "שמירת הכללים של הדין הבינלאומי כמות שהם" היא נכונה, ככל שמדובר בעקרונות של רוח הדין הבינלאומי ותורת הלחימה הצודקת, ואינה נכונה, ככל שמדובר בכללים המפורטים יותר האמורים להדריך את המפקדים והחיילים. הרטוריקה של "שמירת הכללים כמות שהם", ללא כל הודאה שלאמיתו של דבר מתבצעת גם פעילות משמעותית של הנהגת תפיסות חדשות וכללים חדשים, יוצרת אצל המשתמשים בה רצון לתאר את עמדתם במונחים המבדילים אותה מכל מה שמתבטא בדוקטרינה האתית שלנו. לפיכך, אנחנו מוצאים את עצמנו נוכח גל של תיאורי סרק, המייחסים לנו עמדות שמעולם לא היו לנו וגם לא השתמעו מדברינו.³⁶

נביא כאן כמה דוגמאות לתיאורי הסרק הללו, ונבהיר את עמדתנו בסוגיות הכרוכות בהם.

שרביט־ברוך מעוניינת להציג עמדה מרכזית: "לדעתי, הכללים הקיימים של דיני הלחימה הם המערכת הנכונה והמתאימה".³⁷ ההגנה על עמדה זו כרוכה, לדעתה, בהתנגדות לטיעונים משני סוגים, המנוגדים זה לזה. "הטיעון הראשון הוא כי הכללים הקיימים אינם מתאימים לעימות מן הסוג [הנוכחי] משום שהם מאפשרים שימוש מוגזם בכוח העלול לפגוע באוכלוסייה אזרחית... במקומות שבהם אין מדינה מאורגנת המסוגלת להגן על אזרחיה, אלא קיימים גורמים לא מדינתיים שאינם מציבים בראש סדר העדיפויות את טובת האוכלוסייה שלהם, בשל העדר רצון או חוסר יכולת, מוטלת על הצד השני חובת זהירות רבה יותר כלפי האוכלוסייה הזאת".³⁸ לפי הטיעון מן הסוג השני, "בלחימה באזורים מאוכלסים מול גורמים לא מדינתיים, בעיקר כאשר אלה אינם מכבדים את דיני הלחימה ואינם מבחינים את עצמם מן האוכלוסייה האזרחית, יש להטיל פחות מגבלות על השימוש בכוח... לפי הגישה הזאת הכללים הקיימים אינם מתאימים, ויש להתעלם מהם או לפחות להגמיש את המגבלות המפורטות בהם, שאם לא כן אחד הצדדים נלחם כשידיו כבולות".³⁹ כיוון ששרביט־ברוך אינה מצטטת או מציינת מראי מקום, אנחנו נאלצים לשאול היכן נמצאים הטיעונים שלנו בתמונה שלה, בין הטיעונים מן הסוג הראשון או בין הטיעונים מן הסוג השני?

אם מפיגים את הערפל המהותי שמביאה שרביט־ברוך לדיון ברטוריקה של "הכללים הקיימים... המערכת הנכונה והמתאימה", מתגלה תמונה מעניינת: ככל שמדובר ברוח הדין הבינלאומי (או בעקרונות של מסורת תורת המלחמה הצודקת), אין הבדל בין העמדה של שרביט־ברוך לבין עמדתנו, וכבר הרחבנו על

כך את הדיבור לעיל. אולם מרגע שעוברים אל הדוקטרינות שיש להשתמש בהן בעימות מן הסוג הנוכחי, הדוקטרינה שלנו אינה מן הסוג הראשון של שרביט־ברוך וגם אינה מן הסוג השני.

הדוקטרינה שלנו אינה מן הסוג הראשון, בין השאר, מפני שאנחנו מייחסים חשיבות מכרעת לשאלת השליטה האפקטיבית בשטח שבו נערכת הלחימה. המדינה נושאת באחריות לגורלו של כל אדם הנמצא בשטח שיש לה בו שליטה אפקטיבית ואינה נושאת באחריות מקבילה, ועל אחת כמה וכמה – "חובת זהירות רבה יותר", לגבי בני־אדם הנמצאים בשטח שאין לה בו שליטה אפקטיבית. דרך אגב, זוהי דוגמה משמעותית נוספת לכך שהדוקטרינה האתית שלנו מחמירה יותר מכללים מקובלים של הדין הבינלאומי.

הדוקטרינה שלנו אינה מן הסוג השני, בין השאר, מפני שהיא אינה כרוכה בטענה שיש "להתעלם" מן "הכללים הקיימים", או "להגמיש את המגבלות המפורטות בהם". כאשר אנחנו טוענים שהדוקטרינה של הדין הבינלאומי במתכונת המוכרת אינה מתאימה לעימות הנוכחי, איננו מתעלמים מן הכללים, משום שאנחנו מעוניינים בהחלט לשמור על רוחם, ולפתח דוקטרינה "אחות" המתאימה לעימות הנוכחי ונשענת על אותם עקרונות של רוח הדין הבינלאומי (במסורת תורת המלחמה הצודקת). גיבוש הדוקטרינה שלנו לא נועד "להגמיש את הכללים", אלא להגדיר כללים אחרים, מקבילים, המתאימים לעימות הנוכחי. הכללים בדוקטרינה שלנו מגבילים לא פעם את הפעלת הכוח יותר מן ההיתרים הגורפים של הדין הבינלאומי. כך, לדוגמה, ברוח עקרון ההבחנה, שהוא ברוח הדין הבינלאומי, ובמקביל לכלל ההבחנה הגסה בין לוחמים ללא־לוחמים במלחמה הקלאסית, הגדרנו כלל של הבחנה מדורגת על פי רמת הסיכון של התרומה לפעילות הטרור. יתר על כן, שעה שעקרון המידתיות, שגם הוא ברוח הדין הבינלאומי, דורש שהתועלת הצבאית הנגרמת מפעולה העלולה לגרום נזק אגבי תצדיק את הנזק הזה, ובלשון אחרת, שלא יהיה שימוש מופרז בכוח צבאי, הרי הדוקטרינה שלנו מחייבת מאמץ למזעור הנזק. מאמץ כזה מחייב, בין השאר, בדיקה מתמדת של האפשרות להשתמש באמצעי לחימה מתוחכמים.⁴⁰ כיוון שגם נזק שאינו מזערי יכול להיות מידתי ולא מופרז, גם כאן הכללים של הדוקטרינה שלנו מגבילים את הפעלת הכוח יותר מן הכללים המוכרים של הדין הבינלאומי.⁴¹

השוואה חשובה של הדוקטרינה שלנו עם כללים של הדין הבינלאומי עולה מפסק הדין בבג"ץ הסיכולים הממוקדים.⁴² למרות שנשיא בית המשפט העליון (בדימוס), אהרן ברק, דן בתקינות של פעולה מן הסוג של סיכול ממוקד על יסוד הדין הבינלאומי המנהגי והדין הישראלי, הוא מגיע למסקנות דומות מאוד למסקנות העולות מהדוקטרינה האתית שלנו בשאלת ההבחנה בין המותר והאסור בפעולות צבאיות מסוג זה. שני הבדלים מתגלים בהשוואה בין הטיעון המשפטי לבין הטיעון

האתי. ראשית, נורמה של הדין הבינלאומי המנהגי דורשת שלאחר מעשה תיערך בדיקה עצמאית של הפעולה. איננו רואים את עצמנו בין החסידים הנלהבים של מיסוד גישה של חשדנות ואף אי-אמון ביחס לכל פעולה צבאית, אולם הדוקטרינה האתית שלנו אינה סותרת את הנורמה הזאת בדבר בדיקה מקצועית ועצמאית בדיעבד. לעתיד לבוא נכלול אותה בהצגת הדוקטרינה. שנית, פסק הדין קובע, כי מוטב לעצור, לחקור ולשפוט טרוריסט מאשר להורגו, ככל האפשר (סעיף 40 בדברי הנשיא (בדימוס) ברק). כך עולה גם מן הדוקטרינה האתית שלנו. בהקשר זה פסק הדין עוסק במפורש ב"תנאים של תפיסה לוחמתית ב[ה] הצבא שולט באיזור בו נעשית הפעולה", כך שמעצר, חקירה ומשפט הן "אפשרויות הניתנות לעתים למימוש". פסק הדין פוטר את הצבא מן החובה לממש אפשרות כזו, כאשר הנזק האגבי הצפוי ממנה רב מן הנזק האגבי הצפוי מהריגת הטרוריסט בסיכול ממוקד (שם). כאן נפרדות מסקנות פסק הדין ממסקנותינו. לשיטתנו, אין זה מן הראוי לפעול באופן היוצר סכנה ממשית לנזק אגבי, כאשר מדובר בשטח בתפיסה לוחמתית שיש בו שליטה אפקטיבית, היות שבשטח כזה הצבא אחראי להגנה על כל אדם שאינו משתתף בפעולות האיבה. ההצדקה שיש לצבא מבחינה אתית ומשפטית להטיל הגבלות על אדם כזה אינה כוללת הצדקה להורגו כתוצאה מהריגת טרוריסט.⁴³ לגישתנו, אין הצדקה לגרימת נזק אגבי כלשהו בשטח שהוא בשליטה אפקטיבית של הצבא.

מתוך כל הדוגמאות הרבות של הפער בין הטיעונים ששרביט־ברוך עוסקת בהם לבין הדוקטרינה שלנו, נזכיר כאן רק עוד דוגמה אחת:⁴⁴ "נקודה נוספת שמעלים המצדדים בטיעון [מן הסוג השני] היא שאין מקום לכיבוד הכללים על־ידי צד אחד לעימות כאשר הצד השני אינו מכבד אותם".⁴⁵ טענה זו אינה מקובלת עלינו, וככל שהיא מופנית נגדנו היא מגלמת אי־הבנה חשובה של דברינו.

עקרון ההדדיות של השמירה על כללי הדין הבינלאומי הוא בעל חשיבות בשני מישורים. ראשית, זוהי שאלה בעלת חשיבות צבאית, מדינית, אתית ומוסרית: האם הפרת הכללים על ידי צד אחד משנה את "מפת המותר והאסור" לצד השני, הסובל מן ההפרה? לדוגמה, אם צד אחד מפר את הכללים, משתמש בהרחבה בנשק כימי וזוכה בשל כך ביתרון צבאי משמעותי, האם הצד השני אמור להמשיך לשמור על הכללים כמות שהם, אפילו אם נשקפת לו בכך סכנה של מפלה צבאית? תשובה חיובית לשאלה זו נחשבת לא־סבירה ואף בלתי־נסבלת, להלכה ולמעשה, על ידי רבים וטובים.⁴⁶

הדרישה הגורפת הזאת היא מחידושיו של הפרוטוקול המשלים האמור, משנת 1977, והיא אינה מקובלת עלינו (וגם לא על מדינות אחרות, ביניהן ארצות־הברית). מצד שני, היתר גורף לכל הפרה אפשרית של הכללים, לאחר שהאויב הפר אותם או חלק מהם, גם הוא אינו סביר ואף בלתי־נסבל. המטרה היסודית ביותר – לצמצם

ככל האפשר את נזקי המלחמה מבלי לוותר על החתירה המתמדת לניצחון – אינה מתבטלת אף פעם. השאלה היא, אפוא, באיזו מידה ובאילו תנאים משתנה "מפת האסור והמותר", לנוכח הפרת הכללים בידי האויב. הדוקטרינה שלנו יוצאת מן ההנחה שהאויב הטורריסטי מפר את הכללים ברמה של רוח הדין הבינלאומי (ועקרונות תורת המלחמה הצודקת), ועם זאת, מובן שאין בה שמץ של היתר גורף להתעלמות מן הכללים, ברמה הזאת.

שנית, במישור שאין מרבים לעסוק בו, למרבה הצער, עקרון ההדדיות ממלא תפקיד בשיח ההצדקה שבין המדינה לבין לוחמיה.⁴⁷ מדינה דמוקרטית חייבת בכבוד האדם של אזרחיה, בכלל זה – לוחמיה. כיוון שהשמירה על כבוד האדם כוללת גם את השמירה על חייו, המדינה הדמוקרטית חייבת ללוחמיה הצדקה מכרעת לכל החלטה שלה להכניס אותם למצבים מסוכנים. מובן שאין מדובר בהצדקה הניתנת לחייל תחת אש, אלא להצדקה שהמדינה מגבשת לעצמה מראש, הניתנת לחיילים בזמן המתאים. ההצדקה של ציות לכללי הדין הבינלאומי עומדת על ההחלטה של המדינה לקבל על עצמה לנהוג על פי הכללים הללו. החייל רשאי לשאול את המדינה מדוע היא מטילה עליו חובה לנהוג לפי כללים אלה, גם אם בכך היא מחלישה את כוחו הצבאי. תשובת המדינה תכלול, בין השאר, את התבונה המדינית המתבטאת בכך שהמדינה קיבלה על עצמה לנהוג על פני כללים אלה. חלק מן התבונה המדינית מתבטא במימוש הצפוי של עקרון ההדדיות: מוטב לנו להגביל את עצמנו, באופן מסוים, כדי שבמקביל גם הצד השני יגביל את עצמו, באותו אופן או לפחות באופן דומה. מה קורה להצדקה הזאת במונחי "התבונה המדינית", כאשר ברור לחייל שעקרון ההדדיות אינו מתממש בחזית אף פעם?

כאן אין למדינה מנוס משינוי יסודי בהצדקה של מעשיה, לא עוד במונחי "התבונה המדינית" שביסוד עקרון ההדדיות, אלא במונחי מה שכולנו רואים בתור "הערכים הבסיסיים של המדינה".⁴⁸ העיקרון הראשון בדוקטרינה שלנו קובע לא רק את חובת המדינה להגן על אזרחיה, אלא גם את חובתה לעשות זאת תוך שמירה מתמדת על כבוד האדם, באשר הוא אדם. גם בנקודה זו מתפרצים מבקרנו אל דלת פתוחה לרווחה.

לסיכום, רוח הדין הבינלאומי היא בעינינו מצפן חשוב לעזרה בגיבוש האתיקה הצבאית של הלחימה בטרור. עם זאת, כללי הדין הבינלאומי כמות שהם מחייבים השלמות בדמות דוקטרינות חדשות, מן הסוג של הדוקטרינה האתית שלנו בדבר הלחימה בטרור. המדינות הדמוקרטיות, ומדינת ישראל ביניהן, אמורות להיות מצוידות בדוקטרינות שידריכו אותן כשהן מוצאות את עצמן בעימות מסוכן עם אויב, לא רק במלחמות המוכרות מן העבר, אלא גם במלחמות החדשות יותר, שבהן האויב אינו מדינה אלא ארגון מקומי או רשת ארגונים גלובלית, או שבהן האויב נוקט פעולות טרור באופן מכוון ומתמשך, או שבהן העימות מתנהל

במרחב הסייבר. דוקטרינות כאלה לא יהיו בגדר פרשנויות של הדין הבינלאומי הקיים, אלא בגדר תוספות משמעותיות, ברוח הדין הבינלאומי המוכר והמקובל.

הערות

- 1 אנחנו מודים לפרופ' יפה זילברשץ על הערות מועילות לטיטה של מאמר זה, ולקורא אנונימי מטעם בטאון זה על הערות חשובות לנוסח קודם של המאמר.
- 2 Asa Kasher and Amos Yadlin, "Military Ethics of Fighting Terror: An Israeli Perspective", *Journal of Military Ethics* 4:1 (2005) 3-32, 60-70; Asa Kasher and Amos Yadlin, "Assassination and Preventive Killing", *SAIS Review* 25:1 (2005) 41-57. וכן: עמוס ידלין ואסא כשר, "האתיקה הצבאית של הלחימה בטרור: עקרונות ונימוקים", **מאזני משפט** גיליון 6 (2007) 387-419 [תרגום לעברית של המאמר הראשון באנגלית]; אסא כשר, "מבצע 'עופרת יצוקה' ותורת המלחמה הצודקת", **תכלת**, גיליון 35 (2009) 29-55; Asa Kasher, "Operation 'Cast Lead' and the Ethics of Just War", *Azure* 37 (2009) 43-75 [תרגום לאנגלית של המאמר הקודם].
- 3 <http://www.nytimes.com/2011/10/01/world/middleeast>. הטרוריסט היה אנואר אל-עוולאקי ולצידו נהרג גם סמיר חאן, שהיה עורך עיתון של אל-קאעדה, אבל לא היה ברשימת המיועדים להיפגע בפעולת סיכול ממוקד. ההחלטה של מדינה דמוקרטית להתיר הריגת אזרח שלה בתור נזק אגבי של פעילות נגד טרוריסט מובהק ומסוכן היא החלטה בעייתית מסוג חדש. היא בעייתית, מפני שחובת המדינה לאזרחיה היא בדרך כלל להגן עליהם, ובוודאי לא לפגוע בהם. היא החלטה מסוג חדש, מפני שעד כה לא ניתן היתר כזה. פעולות "הסיכול הממוקד" שביצעה ישראל נגד טרוריסטים פלסטיניים גרמו נזקים אגביים, אבל לא בין אזרחי ישראל. בבעיה זו נדון במאמר ההמשך של מאמר זה.
- 4 Peter L. Bergen, *Manhunt: The Ten-Year Search for Bin Laden – from 9/11 to Abbottabad*, Crown, 2012. ההחלטה להתיר את הריגתו של בן-לאדן, אלא אם כן "הוא נכנע מעצמו באופן בולט", היא בעייתית. מצד אחד, ניתן היה לתפוס אותו בחיים גם אם לא נכנע מעצמו באופן בולט, אלא קפא למשך השניות הראשונות של ההיתקלות בלוחמי הקומנדו הימי של ארצות-הברית. מצד שני, הוא ראש ארגון מעין-צבאי הנלחם בארצות-הברית, ואולי בתור שכזה מותר להורגו כדי להימנע גם מסכנה הנשקפת ממנו בשעת מעשה בהסתברות נמוכה. בבעיה זו נדון במאמר ההמשך של מאמר זה.
- 5 בהקשר זה ניתן להעלות שאלה בדבר הנורמות הבסיסיות ביותר של הדין הבינלאומי (*jus cogens*), אלה שמקובלות על קהילת מדינות העולם כנורמות מחייבות שאין להסתייג מהן, כדוגמת האיסור על עינויים (במשמעות מסוימת של ביטוי זה). האם נורמות כאלה מחייבות את החיילים במישרין, או שגם הן מחייבות את החייל, מפני שמדינתו מודה בכך שהן מחייבות אותה ואת הפועלים מטעמה? גם בסוגיה זו נעסוק במאמר ההמשך של מאמר זה, שבו נטען כי גם נורמות בסיסיות כאלה מחייבות את החייל בעקיפין, בתיווך של מדינתו, ולא במישרין.
- 6 זוהי הנחה חשובה שראוי לדון בהרחבה במסקנות המוסריות והמדיניות העולות ממנה. כאן נזכיר כי יש נורמות, כדוגמת החובה לנהוג בשבויי מלחמה באופן סביר, שנשמרו בהיקפים מרשימים, כשם שיש נורמות, כדוגמת החובה להימנע מפגיעה מכוונת באוכלוסיה אזרחית, שהופרו באופן בולט, כמו ההפצצות של לונדון, מצד אחד, ושל הירושלמה ונגאסאקי, מצד שני.
- 7 איל בנבנישתי, "השפעת אתגרי הלחימה על דיני הלחימה", **צבא ואסטרטגיה**, כרך 4 (1), מאי 2012, עמ' 35.
- 8 שם.

- 9 אם בנבנישתי סבור שרושם העולה מדברינו בעניין הדוקטרינה האתית יוצר סכנה ממשית, אולי מוטב היה שיתאמץ להראות שהרושם הזה מוטעה. עוד נוסף, כי מי שקרא את עבודותינו ולא הסתפק ברשמים עיתונאיים בדבר תוכנו, לא ראה בהן "זלזול" מן הסוג שבנבנישתי מייחס לנו. ועוד נשוב לכך בסעיף הבא.
- 10 ספרו של מייקל וולצר, **מלחמות צודקות ולא-צודקות**, עם עובד, תל-אביב 1984, הוא הצגה מפורטת וחשובה של תורה זו. המהדורות של ספר זה באנגלית מתעדכנות מדי פעם, במתכונת של הוספת הקדמה העוסקת בקצרה במלחמות נוספות. המהדורה הרביעית של הספר הופיעה בשנת 2006.
- 11 ראו באתר מחלקת המדינה של ארצות-הברית:
<http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2011/09/172010.htm>
- 12 במהלך 2012 עלתה אפשרות מעשית שסודן תהיה חברה במועצת האו"ם לזכויות האדם, כאחת מנציגות אפריקה, אבל היא ויתרה על המינוי. נגד נשיא סודן, עומר חסן אל-בשיר, הוציא בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג שני צווי מעצר בשנת 2009 בגין פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות, ובשנת 2010 בגין ג'נוסייד. מדינה יכולה להיות חברה במועצת האו"ם לזכויות האדם כשהנשיא שלה מבוקש על ידי בית הדין הפלילי הבינלאומי בגין ג'נוסייד, פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה. איזו רמת אמון ראוי לגלות ביחס למערכת בינלאומית המאפשרת צירוף כזה?
- 13 נספח לאמנה, תקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, חלק 1, פרק 1, סעיפים 1-3.
- 14 שם, סעיף 1, תנאי ב'. הנטייה לשחרר מחובת ההזדהות באמצעות מדים, כדי להקל על "לוחמי חופש" או הנלחמים "למען הגדרה עצמית", היא ראייה לזרמים הפוליטיים הפועלים במעמקי ההתפתחות של הדין הבינלאומי, אבל לא נאריך בזה כאן.
- 15 לדוגמה: Jeff McMahan, *Killing in War* (Clarendon Press, Oxford, 2009).
- 16 אביחי מנדלבליט, "לוחמת משפט – החזית המשפטית של ישראל", **צבא ואסטרטגיה**, כרך 4 (1), מאי 2012, עמ' 50-51, ההדגשה – שלנו.
- 17 איל בנבנישתי, "השפעת אתגרי הלחימה על דיני הלחימה", **צבא ואסטרטגיה**, כרך 4 (1), מאי 2012.
- 18 פנינה שרביט-ברוך, "דילמות משפטיות בלחימה בעימותים אסימטריים", **צבא ואסטרטגיה**, כרך (1), מאי 2012, עמ' 32, ההדגשה שלנו. התמונה של "המשפט ודיני הלחימה" כמי שמתאימים את עצמם היא בעייתית ועוד נשוב לכך להלן.
- 19 שם, עמ' 39, ההדגשות – שלנו.
- 20 שם, ההדגשות – שלנו.
- 21 שם, ההדגשות – שלנו.
- 22 לא ברור מדוע שרביט-ברוך מדברת כאן ובהמשך בלשון עבר, "היתה" ולא "ישנה", לדוגמה. הדעת נותנת, כי גם היא סבורה כמונו שדיני המלחמה הקלאסית בעינם עומדים.
- 23 שם.
- 24 שם, עמ' 39-40.
- 25 שם, עמ' 32.
- 26 שם, עמ' 40.
- 27 פרק 4, סעיף 24.
- 28 Customary International Humanitarian Law,
<http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/customary-law/index.jsp>
- 29 ראו לדוגמה: Jeremy Rabkin, "Lawfare", *Jewish Review of Books* 3, no. 2 (2012):

- pp. 29-32.
- 30 שם, עמ' 45.
- 31 ואולי לא מיותר להזכיר כי גם נוכח הקושי להגיע להסכמה בינלאומית כללית, לא סר הטעם לנסות לגבש הסכמה כזו. דוגמה חשובה מתוך "המציאות הבין-לאומית" היא המשך המאמצים הנערכים באו"ם לגבש הגדרה אוניברסלית של טרור, במסגרת אמנה בינלאומית כוללת למלחמה בו.
- 32 שם, עמ' 45.
- 33 בעניין זה, ראו: אסא כשר, "אתיקה מקצועית", בתוך: אסא כשר (עורך), **מבואות לאתיקה א**, הוצאת מאגנס והמרכז לאתיקה, ירושלים 2009, עמ' 1-20, וכן יצחק זמיר, "אתיקה ומשפט", בתוך: אסא כשר (עורך), **מבואות לאתיקה א**, הוצאת מאגנס והמרכז לאתיקה, ירושלים 2009, עמ' 21-33.
- 34 שם, עמ' 48.
- 35 שם, עמ' 38.
- 36 תופעה מוזרה המתלווה אל הגל הזה של תיאורי סרק היא העדר כל הפניה סדורה אל הנאמר במאמרים שלנו. לשווא יחפש הקורא במאמרים הביקורתיים שלפנינו מראה מקום של טענה כלשהי המיוחסת לנו. האם ייתכן שהמבקרים יצרו לעצמם תמונה של דעותינו על פי כתבות עיתונאיות כאלה ואחרות, מבלי לקרוא את המאמרים שלנו עצמם? ראו בעניין זה את דרישת "הזהירות" שהצגנו בסעיף 1.
- 37 שם, עמ' 38.
- 38 שם, עמ' 37.
- 39 שם, עמ' 37-38.
- 40 בנקודה זו עולים דבריו של בנבנישתי בקנה אחד עם הדוקטרינה שלנו, כשהוא מציג את הטכנולוגיה בתור מוקד המאפיין את הלחימה הנוכחית (שם, עמוד 31 ואילך).
- 41 בסעיף 44 לדברי נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) ברק בפסק הדין שלו בבג"ץ הסיכולים הממוקדים (769/02) נדון רק "המובן הצר" של מידתיות, כלומר היחס "בין המטרה הצבאית לבין הנזק האזרחי", למרות שמוזכר קיומם של מרכיבים אחרים של מידתיות בדין הבינלאומי. הדוקטרינה האתית שלנו כוללת מרכיבים מעבר לאותו "מובן צר", כפי שראינו זה עתה.
- 42 בג"ץ 769/02. פסק הדין ניתן ב־14 בדצמבר 2006, שנים לאחר פרסום הדוקטרינה האתית שלנו. מאמר אחד שלנו שבו היא מוצגת מוזכר בפסק־הדין.
- 43 במקום אחר בפסק הדין מצוטט סעיף 27 מאמנת ז'נבה הרביעית, המחייב להגן על כבוד האדם הנמצא בשטח שבתפיסה לוחמתית ואינו משתתף במעשי האיבה, במגבלות של "אמצעי פיקוח וביטחון" (סעיף 23 בפסק הדין של הנשיא (בדימוס) ברק).
- 44 דוגמה חשובה נוספת היא היחס לסביבה האזרחית הלא־מסוכנת של הטרוריסטים. נעסוק בה במאמר ההמשך.
- 45 שם, עמוד 44.
- 46 דיון מאיר־עיניים באפשרויות "התגמול הלוחמתי", ראו: Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (second edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2010) pp. 253-260.
- 47 Asa Kasher, "The Principle of Distinction", *Journal of Military Ethics* 6, No. 2 (2007): pp. 152-167.
- 48 שרביט־ברוך, שם, עמ' 44.