

היבטים משפטיים במבצע 'עמוד ענן'

דני עפרוני

בשנים האחרונות מתקיים שיח ער בזירה המשפטית הבינלאומית בנוגע ללחימה בשטח אורבני, ומועלים טיעונים שונים ומגוונים אשר לרלוונטיות ולהתאמה של דיני הלחימה לסיטואציה של לחימה א-סימטרית, או לחימה נמוכת עצימות, או לחימה בשטחים צפופי אוכלוסין – כולם כינויים שונים לסיטואציה דומה ומורכבת, המתקיימת בגזרה הדרומית והצפונית מזה שנים.

מנעד הטיעונים המושמעים בהקשר זה כולל, בקוטב האחד, את הטיעון לפיו דיני הלחימה הקיימים (JUS IN BELLO) אינם מספקים מענה ראוי לסיטואציות של לחימה המתנהלת בין מדינות המחויבות לכללי הדין הבינלאומי, לבין ארגוני טרור אשר לא רק מפרים באופן בוטה ומכוון את דיני הלחימה אלא גם מנצלים באופן ציני את מחויבותו של הצד השני לדינים אלה, ופועלים בתוך ובחסות אוכלוסייה אזרחית המשמשת לו מגן אנושי. בקוטב האחר נטען כי דיני הלחימה הקיימים מאפשרים הפעלת כוח מוגזם שראוי לרסנו על ידי שילוב עקרונות השאובים מעולם התוכן של דיני זכויות האדם, ובעיקר – ההגנה על הזכות לחיים. בדברים שלהלן, אינני מתכוון לשוב ולדון בטיעונים אלו. נקודת המוצא לדיון, היא שהדינים החלים והמחייבים את צה"ל, בכל גזרות הלחימה, הם דיני לחימה, ולאורם צה"ל פועל.

בתוך כך, אנו מקפידים על יישומם של ארבעת עקרונות היסוד של דיני הלחימה – עקרון הצורך הצבאי (Military Necessity) – השימוש בכוח מותר כל עוד הוא נעשה לשם השגתה של תכלית צבאית; עקרון ההבחנה (Distinction) – החובה להבחין בין לוחמים ומטרות צבאיות שאותם ניתן לתקוף במסגרת הלחימה ובין אזרחים ואובייקטים אזרחיים שאותם אסור לתקוף ויש למנוע ככל הניתן את הפגיעה בהם במהלך לחימה נתונה; עקרון המידתיות (Proportionality) – מכיר באפשרות שאזרחים ואובייקטים אזרחיים יפגעו אגב פעילות לחימה (Collateral Damage), ובלבד שהנזק הצפוי איננו מופרז ביחס לתועלת הצבאית הצפויה

אלוף דני עפרוני, הפרקליט הצבאי הראשי, צה"ל

מהפעולה; ו'עקרון ההומניות (Humanity) – יש להימנע מפעולות העלולות לגרום לנזק וסבל מיותר. יש להגביל ככל הניתן את השפעת הלחימה על האזרחים שלא נוטלים בה חלק.

עקרונות אלה המעוגנים בפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה משנת 1977 הפכו זה מכבר לחלק מעקרונות המשפט הבינלאומי המנהגי. עוד קודם לכן, ולבטח עתה, הם נתפשו ונתפשים על ידי צה"ל כבעלי נפקות משפטית מחייבת. גם אם נשמעות מעת לעת אמירות או דעות הגורסות אחרת, אין אמירות אלו משקפות את עמדת הפרקליטות הצבאית וצה"ל.

המציאות בעזה ובלבנון היא מורכבת ביותר, כפי שניתן להתרשם, בין היתר, מהדברים שנאמרו בכנס זה. על מנת לקבל מושג על מורכבות הלחימה בשטח בנוי, ניתן לצפות בסרטים המופצים על ידי דובר צה"ל ברשת האינטרנט, הממחישים היטב מה משמעותה של לחימה בשטח אורבני, כאשר האויב מבצע את פעולות האיבה מתוך מבנים אזרחיים, וכשהוא מסתתר מאחורי אוכלוסייה אזרחית.

עם זאת, צה"ל מתמודד ויתמודד עם אתגרי הלחימה בגזרות אלה על בסיס ארבעת העקרונות שהוזכרו לעיל. אנו משקיעים בכך מאמצים ומשאבים ניכרים, עד כדי כך שאנו זוכים לביקורת מצד עמיתינו בעולם על יישום מקדמי זהירות שאינם מתחייבים מהדין הבינלאומי, מקדמים שעלולים, לגישתם, להתקבע כמנהג, ולהגביה את רף הזהירות הנדרש. שתי דוגמאות לכך, הן אזהרה מוקדמת באמצעות טלפונים ונוהל "הקש בגג", והלכת בית המשפט העליון המבטלת את נוהל שכן. אנו ערים גם לביקורת זו, אך צה"ל יתמיד בגישתו לעשות כל מאמץ לפגוע אך ורק בלוחמים ובמטרות מותרות לתקיפה. מלחמת לבנון השנייה, מבצע "עופרת יצוקה", והמערכה האחרונה בעזה – "עמוד ענן" – המחישו לאזרחים בעזה ובלבנון כי צה"ל, להבדיל מארגוני הטרור חמאס וחזבאללה, עושה שימוש באש על בסיס העקרונות המוזכרים למעלה, ומקפיד הקפדה יתרה על עקרונות ההבחנה והמידתיות. מאמצי צה"ל והישגיו בעניין זה במבצע "עמוד ענן" הם למיטב ידיעתי, חסרי תקדים.

עם זאת, המציאות בגזרות אלה היא מורכבת, ארגוני הטרור שעמם אנו מתמודדים אינם שוקטים על השמרים, הם לומדים, מפיקים לקחים, ומחזקים את ההגנה בחסות האזרחים. אשר על כן, חשוב להעביר מסר לאזרחים בלבנון ובעזה ולכל גורם בינלאומי החרד לשלומם של אזרחים אלה. לצה"ל מודיעין איכותי, ונעשה בו שימוש מיטבי. עם זאת, לא ניתן באמצעות המודיעין לאיין את אפשרות הפגיעה באזרחים המצויים בסביבתן של מטרות צבאיות לגיטימיות, ולא ניתן לסמוך על כך שהמבצעים בעתיד, יתנהלו כפי שהתנהל מבצע "עמוד ענן". אנו שבים וקוראים לאזרחים – שמרו מרחק מפעילי טרור, אל תמצאו במבנה שבו או בסמיכות לו הוצבו משגרי טילים. צה"ל ימשיך ויפעל לפי עקרונות דיני הלחימה,

אך בוודאי שלא נוכל להבטיח כי הנזק האגבי, אותו אנו שואפים לצמצם למינימום, יוסיף ויהיה כה נמוך כפי שהיה במבצע "עמוד ענן".

בהמשך לדברים הללו, ניתן לומר כי אחד האתגרים המרכזיים העומד בפנינו כמשפטנים העוסקים בלחימה, הוא לבחון את התאמתם של דיני הלחימה ושל עקרונות היסוד שהוזכרו לעיל, למציאות הסבוכה עימה צה"ל מתמודד. על מנת להמחיש את טיבם של האתגרים הללו, אני מבקש לייחד דברים למושג שיש לו ממשק הדוק למשפט הבינלאומי ולדיני הלחימה, ויש לו השפעה רבה על התנהלותן של מדינות במישור הבינלאומי בכלל ובמישור הלחימה בפרט – מושג הלגיטימציה. יש הנוטים לחשוב כי הלגיטימציה והדין הבינלאומי חד הם. הרי פעולה בהתאם לדין הבינלאומי מחזקת את הלגיטימציה ופעולה בניגוד לו יוצרת דה-לגיטימציה. עם זאת, מובן כי אין בהכרח חפיפה מלאה בין השניים. פעולה חוקית לחלוטין לפי כל פרשנות משפטית של הדין הבינלאומי יכולה להיתפש בדעת הקהל העולמית כבלתי לגיטימית עד כדי שלילת הלגיטימציה מהמהלך הצבאי הכולל בעוד שפעולה בלתי חוקית יכולה להיתפש כלגיטימית (או לא להיתפש כבלתי לגיטימית חרף אי חוקיותה). בשונה מהמשפט הבינלאומי, שאומנם אינו בגדר מדע מדויק, אולם הוא בהחלט דיסציפלינה משפטית מוגדרת ומוכרת, ה"לגיטימציה" מבטאת הלכי רוח ויחסי כוחות בינלאומיים, היא נעדרת מסורת, אינה מבוססת על אדנים מוסריים עמוקים וניתן להשפיע עליה בנקל באמצעות מניפולציות תקשורתיות ואחרות. הפתרונות שהיא מציעה למצבים שונים הם לעתים פשוטים ועולים בקנה אחד עם הדין הבינלאומי ולעתים סותרים אותו. בייחוד אמורים הדברים שעה שהלחימה אינה מתבצעת בשדה הקרב המוכר שבו נתגבשו עקרונות דיני הלחימה, אלא בשדה הלחימה הא-סימטרית, בתוך שטחים אורבניים צפופי אוכלוסין.

אדגים זאת. המשפט הבינלאומי מבקש להקפיד על קיומו של עקרון ההבחנה גם בשדה לחימה אורבני רווי אזרחים, כשנדמה שהוא כמעט בלתי ניתן ליישום. בעולם הלגיטימציה הגישה שונה במקצת, כאשר היחס לרכוש שונה מהיחס לחיי אדם. כך, פגיעה במבנה אזרחי, האסורה על פי הדין הבינלאומי ויכולה אף להגיע כדי פשע מלחמה, לא בהכרח תיתפס כבלתי לגיטימית.

לעומת זאת כשנבחן את יישום עקרון המידתיות באותו שדה לחימה אורבני נתקל במשוכה גבוהה יותר שמציבה הלגיטימציה ביחס למשפט הבינלאומי. דיני הלחימה מכירים באפשרות הפגיעה באזרחים במסגרת הנזק האגבי העלול להיגרם כתוצאה מתקיפה מותרת. המפקד מחויב להימנע מתקיפה רק אם הגיע למסקנה שהנזק האגבי הצפוי מופרז ביחס לתועלת הצבאית הצפויה לו מביצוע התקיפה. עקרון המידתיות אינו עקרון מתמטי. המשפט הבינלאומי אינו מציע נוסחאות לחישוב היחס הנכון בין הנזק האגבי לבין התועלת הצפויה, והשאלה מתי התקיפה

עומדת בעקרון המידתיות ומתי לא נתונה לשיקול דעתו המוחלט של המפקד על בסיס כלל הנתונים שהובאו בפניו בזמן אמת.

הניסיון מלמד שבתחום הלגיטימציה, מידת הסובלנות לקיומו של נזק אגבי, ובעיקר להיקפו ומהותו, היא נמוכה לאין שיעור ביחס לעמדתו של המשפט הבינלאומי ביחס לאותו נזק אגבי. תקיפת מבנה שבו אמור היה לשהות, על פי מודיעין מבוסס, מפקד מחבלים תתקבל כפעולה חוקית מבחינת הדין הבינלאומי גם אם יסתבר שפעיל המחבלים חמק מהמבנה רגעים ספורים לפני התקיפה שבעקבותיה גם נהרגו, לשם הדוגמה, חמישה ילדים. ארגון הטרור, ניתן להניח, לא יחמיץ הזדמנות מעין זו, ועל ידי שידור תמונות תקריב של הנפגעים יבקש לערער את מידת הלגיטימציה של צה"ל להמשיך במערכה.

הפערים בין גבולות המותר במשפט הבינלאומי לבין גבולות המותר בתחום הלגיטימציה מתעצמים במתאר הלחימה בשטח אורבני, כדוגמת מבצע "עופרת יצוקה" או "עמוד ענן". עשרות תקיפות חוקיות לפי הדין הבינלאומי, שבכל אחת מהן נגרם נזק אגבי מינימלי, שאינו בלתי מידתי, יכולה להניב נזק אגבי מצטבר של עשרות נפגעים בלתי מעורבים. מדובר ללא ספק בתוצאה מצערת וטרגית אבל בשום פנים, לא מדובר בתוצאה בלתי חוקית. כך גם תקיפות של עשרות מסגדים שהפכו לבסיסי מחבלים ואמצעי לחימה הן תקיפות חוקיות לחלוטין. בשני המצבים המתוארים – מספר גבוה של נפגעים בלתי מעורבים והרס של עשרות מסגדים הם תוצאה של מערכה המנוהלת על פי דיני הלחימה ועדיין היא עלולה להיתפש כמערכה בלתי לגיטימית במישור הלגיטימציה.

כפי שצינתי לעיל, צה"ל פועל על פי דיני הלחימה אולם שיקולי הלגיטימציה החודרים לדיון הבינלאומי מציבים בפנינו אתגרים נוספים. האתגר הבסיסי הוא להפריך את הטענה לפיה הלגיטימציה והמשפט הבינלאומי חד הם. כלומר, להתמודד עם התפישה לפיה מה שנחשב בדעת הקהל הבינלאומית כלגיטימי הוא מעשה מותר ומה שנחשב כבלתי לגיטימי הוא מעשה אסור. זוהי טענה חסרת כל בסיס. המשפט הבינלאומי הוא, כאמור, דיסציפלינה משפטית מבוססת ומחייבת בעוד שהלגיטימציה מבוססת על יחסי ציבור, ויחסי כוחות פוליטיים, ולעתים בין מעצמתיים. כתוצאה מכך, נראה שלא כל מה ש"לגיטימי" לצבאות אחרים יחשב כלגיטימי עבור צה"ל. יחד עם זאת ולמרות הביקורת המשתמעת, ברי כי אין זה נכון ואין זה רצוי להתעלם משיקולי הלגיטימציה. עלינו לפעול בהתאם לאמרה – אל תהיה צודק – היה חכם!

כך פעלו המפקדים גם במבצע "עמוד ענן". במהלך המבצע, עמד צה"ל בפני מצבים רבים, שבהם דיני הלחימה אפשרו למפקדים כר פעולה נרחב, לרבות אפשרות להפעיל יותר כוח לשם מימוש הישג מבצעי משמעותי יותר. אולם

המפקדים העדיפו לנקוט בדרך אחרת, מתונה יותר. כל האמור לעיל, מוליך אותנו לשני אתגרי משנה הנגזרים מהפער בין המשפט הבינלאומי לתחום הלגיטימציה. האתגר הראשון – מזעור הפער בין המותר במשפט הבינלאומי לאסור בתחום הלגיטימציה. עלינו להסביר בכל ערוץ אפשרי שהדרך הנכונה להתמודד עם ארגוני טרור הפועלים בחסות אוכלוסיה אזרחית היא להלחם בהם בכל הכלים שמעמיד לנו המשפט הבינלאומי. הטלת מגבלות הנובעות משיקולי לגיטימציה ולא משיקולי הדין עלולה להביא לנזק כפול. מחד גיסא, שחיקת עקרונות היסוד של המשפט הבינלאומי, ומאידך גיסא, הארכת משך הלחימה וגרימת נזק וסבל מיותר. כך למשל, אם שיקולי לגיטימציה יובילו להעדפתה של מערכה קרקעית על פני מערכה אווירית, פוטנציאל הנזק בגוף וברכוש יהיה גבוה לאין שיעור (ראו מבצע "עופרת יצוקה" למול מבצע "עמוד ענן"). זאת ועוד, התקבעות התפישה הלקוחה מעולם הלגיטימציה שלפיה פעולה המניבה פגיעה בבלתי מעורבים היא בלתי לגיטימית תהווה, וכבר מהווה, תמריץ לארגוני טרור להתמיד בפעולותיהם המנוגדות לדין הבינלאומי, ל"התחפר" בקרב האוכלוסייה האזרחית ולהשתמש בה כמגן אנושי. האתגר השני – נוגע לפערים שבין האסור במשפט הבינלאומי למותר במישור הלגיטימציה. כאמור, צה"ל מקפיד לבצע רק פעולות העולות בקנה אחד עם הדין הבינלאומי, והוא נמנע כמובן מביצוען של פעולות בלתי חוקיות, גם כאלו שאינן נתפשות כבלתי לגיטימיות. הפיתוי בעניין זה הוא גדול, אך אנו נמשיך ונוכל לו. יחד עם זאת, ומתוך מתן משקל מכריע לצורך בצמצום הפגיעה בנפש (חיילינו, אזרחינו ואזרחי האויב כאחד), מן הראוי לבחון ולאתגר באופן קבוע את הפרשנות הנכונה של דיני הלחימה, את הפרקטיקות שהתגבשו במהלך השנים. על בסיס עקרונות המוסר המעניקים בכורה לערך קדושת החיים על פני ערך הקניין, העומדים כבר כיום בבסיס עקרונות הלחימה, עלינו לאתר דרכים, שיתיישבו עם עקרונות היסוד של הדין הבינלאומי, אך יאפשרו לחימה אפקטיבית באנשי טרור החוסים בצילם של אזרחים, תוך פגיעה מינימלית עד אפסית בבלתי מעורבים. בתוך כך, יש לשאול מהו רף ההפללה הדרוש, מבחינה משפטית ועובדתית, על מנת להגדיר מטרה או יעד, הנחזה כאזרחי, כמטרה צבאית. שאלה אחרת היא מה המשקל שיש לתת לאפשרות שתקיפה מסוימת תקדם את סיום המערכה ועשויה לפיכך למנוע הרג נוסף ומיותר בשני הצדדים לעימות – כאשר בוחנים את המידתיות של אותה תקיפה. אלו שאלות משמעותיות, שעלינו לבחון בקפידה וביסודיות.

סיכומו של דבר, הלחימה בשטח אורבני צפוף אוכלוסין, כנגד ארגון טרור הרואה במחויבותנו לדין הבינלאומי חולשה – היא קודם כל אתגר מבצעי מורכב, שמפקדי צה"ל וחייליו עומדים בו בהצלחה רבה – כפי שניתן להתרשם מ"עמוד ענן". החזית המשפטית – הדורשת, בין היתר, פיתוח של כלים משפטיים אופרטיביים היא חזית תומכת – שתכליתה לאפשר לצה"ל להצליח במשימתו – שהינה גם

להכניע את האויב, וגם למזער את הפגיעה והסבל של האוכלוסייה האזרחית. אתגרי הלגיטימציה אותם הזכרתי, הם חלק מחזית משפטית זו, אשר נמשיך ונפעל בה מתוך מחויבות מלאה וכנה לעקרונות המשפט הבינלאומי.