

המשפט הבינלאומי והלחימה בעזה: תיאום ציפיות

מאת

יובל שני*

מבוא

כמו הלחימה בלבנון בשנת 2006, גם הלחימה בעזה התנהלה תוך כדי דיון ציבורי נרחב על אודות חוקיות הפעולות של צה"ל על פי המשפט הבינלאומי. תוצאה זו אינה מפתיעה. אך טבעי הדבר כי בעתות של לחימה קשה, המעלה דילמות מוסריות ופוליטיות לא פשוטות, רבים פונים למשפט הבינלאומי – המסגרת המשפטית הדומיננטית החלה בעת לחימה – לשם קבלת הכוונה נורמטיבית בדבר המותר והאסור, הראוי והלא ראוי, במהלך הלחימה. גם הבולטות ההולכת וגוברת של מנגנוני אכיפה שיפוטיים בינלאומיים (בית הדין הפלילי הקבוע, בתי דין מדינתיים המפעילים סמכות שיפוט אוניברסלית, בית הדין הבינלאומי בהאג), מגבירה את הרלוונטיות של הזירה המשפטית הבינלאומית ומוסיפה יסוד לדיון על אודות תוצאות המלחמה וכדאיותה.

למרות כל אלה אבקש לטעון כי המשפט הבינלאומי אינו מספק כלים טובים במיוחד לניתוח של מצבי לחימה כגון זו שהתנהלה בעזה; כי ההכוונה הנורמטיבית שהוא מספק במקרים כאלה היא חלקית ביותר; וכי התוקף המוסרי וכושר השכנוע הפוליטי שלו מוגבלים למדי. יתר על כן: יישום עקרונות בסיסיים מסוימים של דיני המלחמה תלוי בהכרח בנקודת המוצא האידיאולוגית והפוליטית של הפרשן המשפטי, דבר הגורע גם מכוחה של הנורמה הבינלאומית ומיכולתה לייצר ציות (compliance pull).¹ פגמים אלה גורעים מהיכולת לנהל שיח משמעותי בדבר יישום של המשפט הבינלאומי בעת הלחימה בעזה (אם כי הם אינם שוללים באופן מוחלט את קיומו של שיח כזה), ומפחיתים מתוקפם של טיעונים – לכאן או לכאן – המבוססים על המשפט הבינלאומי. במילים אחרות, ככלות הכול ייתכן שהמשפט הבינלאומי אינו המסגרת המתאימה ביותר לדון בשאלות המותר והאסור, הראוי והלא ראוי, בלחימה בעזה.

* פרופסור למשפטים, הקתדרה למשפט בינלאומי פומבי על שם הרש לאוטרפכט, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.

1 .THOMAS M. FRANCK, FAIRNESS IN INTERNATIONAL LAW AND INSTITUTIONS 121 (1995)

הטיעון שאעלה להלן מחולק לארבעה: הפער בין משפט למוסר, הפער בין משפט לפוליטיקה, חוסר המוחלטות של עקרון המידתיות ובעיות הנובעות מנקודות מוצא נורמטיביות שונות. מסקנתי היא כי המשפט הבינלאומי מסוגל לספק הכוונה נורמטיבית טובה בסוגיות מסוימות – בעיקר סוגיות טקטיות באופיין (כגון חוקיות השימוש באמצעי לחימה מסוים, היותה של מטרה מסוימת מטרה צבאית או היקפה של חובת הטיפול בפצועים המוטלת על צה"ל); אך ההכוונה הנורמטיבית מוגבלת בסוגיות אחרות – בעיקר סוגיות אסטרטגיות כגון שאלת חוקיותו של ההיקף הכולל של שימוש בכוח, השפעתו של המשפט הבינלאומי על המציאות או על השיח אודותיה.

א. הפער בין משפט למוסר ותבונה מדינית

מרטי קוסקניימי, חבר הוועדה למשפט בינלאומי של האו"ם, כתב בעבר כי המשפט הבינלאומי נע בין אפולוגטיקה לאוטופיה.² לפי קוסקניימי, המשפט הבינלאומי אינו בר-משמעות בין אם הוא משמש רק ככסות לאינטרסים פוליטיים (משפט כאפולוגטיקה) ובין אם הוא מנותק לחלוטין מאינטרסים אלו ומייצג תפיסה מוסרית ערטילאית (משפט כאוטופיה). כפי שאטען להלן, מתח זה בין אפולוגטיקה לאוטופיה משפיע גם על האופן שבו דיני המלחמה נתפסים ומיושמים על ידי הצדדים הלוחמים, צדדים שלישיים ופרשנים שונים.

לטעמי, נקודת המוצא לדיון ביחס בין משפט, מוסר ופוליטיקה היא כי דיני המלחמה, רובם ככולם, נוצרו על ידי אנשי צבא – לא על ידי ארגונים פציפיסטיים או גופים לשמירה על זכויות אדם – ונועדו לענות בראש ובראשונה על צרכים צבאיים ולא על צרכים הומניטריים. לראיה, דיני השימוש בכוח מאפשרים במקרים מסוימים פנייה לאלימות מסיבית, ודיני הלחימה מאפשרים הרג נרחב של לוחמים ואזרחים (בכפוף למיני תנאים והגבלות). התוצאה היא אפוא כי גם יישום דווקני של הדינים עשוי להוביל לתוצאות שייראו לרבים מאתנו לא מוסריות או לא נבונות. מכאן, כי דיון בחוקיות של פעולה צבאית לפי המשפט הבינלאומי הוא לעתים תחליף (proxy) גרוע לדיון במוסריות הפעולה ובתבונה הפוליטית שלה.

העובדה כי דיני המלחמה נוטים לתפיסה אפולוגטית המצדיקה כוח, וכוללים בתוכם מעט – ככל הנראה מעט מדי – רכיבים "אוטופיים" המגבילים את האינטרס הצבאי של הצדדים הלוחמים, מובילה פרשנים שונים לנסות ולפרש מחדש את הדין. פרשנות מחדשת זו, המתמקדת בעיקר במונחי שסתום כגון מידתיות או יעד צבאי, מנסה לקרוא אל תוך דיני המלחמה תכנים הומאניים יותר שיהלמו טוב יותר את האינטואיציה

MARTI KOSKENNIEMI, FROM APOLOGY TO UTOPIA: THE STRUCTURE OF INTERNATIONAL 2
LEGAL ARGUMENT 17-18 (1989)

המוסרית שלנו ואת ההשקפות הפוליטיות שלנו בנוגע לסכסוך. אשר על כן, סביב הלחימה בעזה הוצגו כמה תזות משפטיות שנועדו להגביל את עצמת הכוח שהפעילה ישראל: נטען כי עקרון המידתיות בדיני השימוש בכוח (jus ad bellum) מחייב השוואה בין מספרי האבדות בשני הצדדים; כי עקרון המידתיות בדיני השימוש בכוח מחייב השוואה בין אמצעי הלחימה שבידי שני הצדדים; וכי עקרון המידתיות בדיני הלוחמה (jus in bello) אוסר על צד לסכסוך לתקוף באופן מידתי מטרת חוקיות אם הנזק ההומניטרי הנלווה לסך כל התקיפות עולה על התועלת הצבאית המופקת מהמערכה הצבאית בכללותה. ודוק: טענות אלו אינן "בלתי רלוונטיות" להערכה של מוסריות המלחמה או של תבונתה, אך הן אינן חלק מהדין הבינלאומי הנוהג כיום במובן זה שאין להן עיגון משמעותי בפרקטיקה או במקורות הפרשניים המקובלים של המשפט הבינלאומי (ספרות, פסיקה, החלטות בינלאומיות). למעשה, הפרקטיקה הבינלאומית תומכת בתזה ההפוכה, לפיה מלחמות א-סימטריות מבחינת יחסי הכוחות והיקפי הפגיעה הן הנורמה ולא החריג (ראו, למשל, מלחמות נאט"ו בקוסובו ובאפגניסטן). נראה כי דיני המלחמה נוטים דווקא לאפשר לצדדים הלוחמים לשקול שיקולים של תועלת צבאית מצטברת לשם הצדקת פגיעה הומניטרית ולא להפך.³

בכל מקרה, הוויכוח על אודות מידת הגמישות של הדין הבינלאומי נראה כוויכוח לא מועיל במיוחד. מהלכים פרשניים מרחיקי לכת סובלים מתת-לגיטימציה בעיני חלק מהמדינות ומקהלי היעד הרלוונטיים ועל כן אינם משפיעים באופן משמעותי על התנהגות המדינות. יתר על כן: "מתיחה" של המשפט הבינלאומי והתאמתו לתפיסות מוסריות ופוליטיות משתנות צובעת את המשפט הבינלאומי כולו בגון אינטרסנטי וגורעת מהלגיטימציה הנלווית לריחוק היחסי של הנורמה המשפטית מקונוקטורה פוליטית נתונה כזו או אחרת. מכל מקום, החשש המרכזי שלי הוא כי הדיון בחוקיות הלחימה (המתנהל, כאמור, תחת המגבלות המתודולוגיות הקשות של המשפט הבינלאומי ולאור היקפן הצנוע של ההגנות ההומניטריות הכלולות בו) עלול להאפיל בסופו של יום על דיונים חשובים ומשמעותיים יותר בדבר מוסר הלחימה והתבונה המדינית של הפעלת כוח רב.

3 ראו, למשל, את נוסחו של סעיף 8(2)(ב)(6) לחוקת רומא, המקימה את בית הדין הפלילי הקבוע. סעיף זה אוסר על פגיעה מופרזת ביחס ל- "concrete and direct overall military advantage anticipated" (הדגשה הוספה). ראו גם את דו"ח התביעה של בית הדין לפשעי מלחמה ביוגוסלביה לעניין החוקיות של פעולות נאט"ו נגד יוגוסלביה, הקובע כי לא ניתן לקבוע שהסך הכולל של תקיפות חוקיות מוביל לתוצאות לא חוקיות לפי דיני הלחימה: Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia (2000). הדו"ח זמין דרך אתר האינטרנט: www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm#IVA64d, בפס' 52 לדו"ח.

ב. הפער בין ההצדקה המשפטית לפוליטית

מישור נוסף בו קיים פער כרוני בין הדין לבין מערכת שיקולים חוץ-משפטית הנו הפער הקיים בין הדין לבין הפוליטיקה בשאלה בדבר עצם ההצדקה לפתיחה במלחמה. אחת ההתפתחויות הנורמטיביות החשובות של המשפט הבינלאומי במאה ה-20 הייתה זניחת התפיסה הרואה מלחמה כהמשך הפוליטיקה בדרכים אחרות.⁴ לפחות מאז עריכת מגילת האו"ם בשנת 1945, המדינות מנועות מלהשתמש בכוח ביחסיהן זו עם זו זולת אם מועצת הביטחון אישרה את השימוש בכוח או אם המדינה הפעילה את זכותה להגנה עצמית בתגובה להתקפה חמושה נגדה.

עם זאת, חוסר היכולת של מועצת הביטחון לפתור את הרוב המכריע של הסכסוכים הבינלאומיים, ורצונן של המדינות להמשיך ולהשתמש בכוח כשיש להן אינטרס פוליטי לעשות כן, הובילו מדינות לפרש באופן רחב את חריג ההגנה העצמית ולנסות לקרוא לתוכו שורה ארוכה של הצדקות שנדמה כי חורגות מד' אמותיו של החריג (הגנה על אזרחים מחוץ לשטחה של המדינה, הגנת הצורך, פעולות תגמול, הגנה עצמית מקדימה או מונעת). באופן דומה, יש מדינות המנסות לפרש את ההגבלות שהמשפט הבינלאומי מטיל על מטרות המלחמה האסטרטגיות והטקטיות בצורה מצומצמת (בעיקר על דרך פרשנות גמישה של עקרון המידתיות בדיני השימוש בכוח, ובאמצעות הגדרה רחבה של "יעד צבאי לגיטימי" לפי דיני הלחימה). כך, למשל, פלשה ארצות-הברית לאפגניסטן ועיראק תוך הסתמכות שנויה במחלוקת על חריג ההגנה העצמית; ארצות-הברית אף כללה למעשה את שינוי המשטר המקומי במסגרת יעדי המלחמה באפגניסטן, בעיראק וביוגוסלביה. באופן דומה, חלק מהדוברים הישראלים הגדירו את מטרות המבצע בעזה בצורה רחבה (פגיעה נרחבת בסמלי השלטון של החמאס)⁵ שנראית, על פניה, חורגת מעקרון המידתיות ומאפשרת פגיעה ביעדים שאינם יעדים צבאיים מובהקים.

אם כן, אנו רואים בפרקטיקה המדינית מגמה פרשנית הפוכה למגמה הפרשנית שתוארה לעיל. בעוד חלק מהמדינות והפרשנים "דוחפים" את פרשנותם של דיני המלחמה אל עבר הקוטב ה"אוטופי", מדינות אחרות (בעיקר מדינות חזקות יחסית

4 ראו Treaty providing for the Renunciation of War as an Instrument of National Policy, signed at 27 Aug. 1928, 94 L.N.T.S. 57 (1929). האמירה כי המלחמה היא המשך הדיפלומטיה באמצעים אחרים נטבעה, כמובן, על ידי המרשל פון-קלאוזוויץ. ראו CARL VON CLAUSEWITZ, ON WAR 97 (1908, originally published in 1832).

5 טובה דדון "סגן הרמטכ"ל בקרית גת: הרע עוד לפנינו" [ynet](http://www.ynet.co.il/articles/0.7340.L-3646416.00.html) 29.12.08, זמין באתר www.ynet.co.il/articles/0.7340.L-3646416.00.html ("אנחנו פוגעים לא רק במחבלים ובמשגרים, אלא בכל ממשל החמאס על כל זרועותיו", הצהיר הראל. הוא פירט: "פוגעים בבנייני ממשל, במפעלי ייצור, בזרועות הביטחון ועוד. אנחנו תובעים אחריות שלטונית מהחמאס ולא עושים הבחנות בין הזרועות השונות. אחרי המבצע לא יעמוד בעזה שום בניין של חמאס, ופנינו לשנות את כללי המשחק").

מבחינה צבאית) ופרשנים המזדהים עם מטרותיהן הפוליטיות מנסים להשיג באמצעים פרשניים מתאם טוב יותר בין הדין לבין האינטרסים הפוליטיים שלהם, הקשורים לסכסוך וללחימה.

מהלך פרשני אפולוגטי זה הוא בעייתי לא פחות מהמהלך הפרשני הקודם. ראשית, הוא מחזיר את הפוליטיקה לדיני המלחמה דרך הדלת האחורית, ומאיים להחזיר את החברה הבינלאומית לעידן "המלחמה הצודקת" שבו למעשה לא היה איסור משמעותי על שימוש בכוח ביחסים הבינלאומיים. שנית, השימוש האפולוגטי והמניפולטיבי שעושות המדינות במשפט הבינלאומי גורע אף הוא מהלגיטימציה של הדיסציפלינה, מחזק את הזיקה בין משפט לכוח ומגביל את יכולתו של המשפט הבינלאומי לשמש בסיס הוגן לקיום בינלאומי משותף. לבסוף, רתימת הדין לצורכי הפוליטיקה מובילה לכך שהדיון המשפטי מתקיים במעין מציאות וירטואלית, שבה אנו בוחנים את המניעים המשפטיים המוצהרים של המלחמה ולא את המניעים האמיתיים שלה. במציאות וירטואלית זו אנו מייחסים חשיבות רבה לגורמים מסוימים בעלי משמעות משפטית רבה (כגון ירי הקסאמים על ישראל), ובמקביל אנו מייחסים חשיבות מועטת לגורמים אחרים – לעתים חשובים יותר מבחינה פוליטית, אך נטולי משמעות משפטית ישירה בדיני המלחמה (כגון חוסר הנכונות של חמאס להשתתף בתהליך השלום או הצורך לייצר הרתעה אזורית).

על כן, הדיון המשפטי מתנהל דרך פריזמה המעוותת את המציאות ומשמשת תחליף לא מוצלח לדיון חשוב יותר ביעדי המלחמה ובמוסריותה. אם המשפט משמש בסך הכול כסות ליעדים פוליטיים ועמדות מוסריות שנויים במחלוקת, נדמה כי הדיון המשפטי מפריע לנו למקד את עיקר תשומת הלב שלנו בשאלות המהותיות שעליהן הוא מכסה – שאלות הממוקמות כאמור בעיקר במישור הפוליטי והמוסרי ולא בזה המשפטי.

בהקשר זה חשוב לציין כי העובדה שמטרה אסטרטגית או טקטית מסוימת אינה חוקית אינה מצביעה בהכרח על חוסר התבונה הפוליטית הנלווה אליה או על חוסר מוסריותה. כך, למשל, ייתכן כי מיטוט שלטון החמאס הוא מטרה אסטרטגית ראויה, וכי מנקודת ראות הומניטרית עדיף כי ישראל תמקד את פגיעתה במבנים שלטוניים ריקים ומבודדים של החמאס ולא ביעדים צבאיים הממוקמים בלב אוכלוסייה אזרחית; אך שוב – "מתחת" המשפט הבינלאומי כדי לקדם מטרות אלו – מוצדקת ככל שתהא בטווח הקצר – תגרע מהתועלת שבקיומו של משפט בינלאומי לטווח הארוך. נדמה כי שאלות המדיניות האמיתיות המתעוררות במקרים אלו הן: (א) האם ראוי לפגוע במטרות מסוימות למרות עמדתו המנוגדת של המשפט הבינלאומי? (ב) האם ראוי לנסות ולשנות את המשפט הבינלאומי כך שיתאים יותר לעמדות המוסריות והפוליטיות שלנו? דיון זה עדיף בעיני בהרבה מהדיון המתנהל כיום בשאלה אם פרשנות של האיסור נגד שימוש בכוח או נגד פגיעה במטרות לא צבאיות – פרשנות המרוקנת אותם מכל תוכן – היא פרשנות חוקית.

ג. העמימות הכרונית של עקרון המידתיות

כאמור לעיל, עקרון המידתיות הוא עיקרון מרכזי בדיון סביב חוקיות המלחמה בעזה וסביב פעולות צה"ל. הבעיה עם עיקרון זה, כבסיס לדיון משפטי, היא העובדה שהעיקרון – ובמיוחד מבחן המידתיות במובן הצר הכלול בו – מעלה יותר שאלות מתשובות. כך, למשל, הפעלת עקרון המידתיות בדיני השימוש בכוח מחייבת שקילה, ברמה האסטרטגית, של הפרובוקציה של הצד התוקפן (עצמת ההתקפה החמושה) אל מול התגובה של המדינה המתגוננת. הלכה למעשה ההפעלה של מבחנים אלו כמעט אינה אפשרית, שכן יעדים אסטרטגיים רבים של המדינה המתגוננת, שפעולת ההגנה העצמית נועדה לקדם, אינם ניתנים לכימות. כך, למשל, הטענה כי הפעולה הישראלית שגרמה למאות הרוגים בצד הפלסטיני אינה מידתית הואיל והקסאמים גורמים לפגיעה מועטה יחסית בחיי תושבים ישראלים, מתעלמת מהצורך לשקול את הערך של שמירה על שגרת החיים של תושבי הדרום, מהצורך לשמור על ריבונותה של ישראל (דבר שיש לו משמעות ביטחונית גם בחזיתות אחרות), ומהצורך להרתיע את החמאס מפני המשך הירי (ירי שעם השנים נהפך לנרחב יותר בהיקפו וקטלני יותר בפגיעתו). ערכים אלה קשים מאוד למדידה ולהערכה. נדמה אפוא שניתן להגן על עמדה משפטית שלפיה מרגע שהפרובוקציה האלימה חצתה רף כמותי או איכותי מסוים – נהפכה ל"התקפה חמושה"⁶ – מאותו רגע יש למדינות מרווח פעולה רחב לנקוט פעולות כדי להפסיק את התקיפה.⁷ במילים אחרות: כל עוד הצד התוקפן ממשיך בפעילותו התוקפנית, ייתכן שהצד המתגונן רשאי להפעיל כוח בהיקף נרחב למדי (אך, ככל הנראה, לא בלתי-מוגבל) אם הדבר נדרש לשם השתלטות על השטח שממנו מתבצעת התקיפה או כדי לגרום לצד האחר להיכנע.

משמעות הדברים היא כי עקרון המידתיות בדיני השימוש בכוח אינו מספק הכוונה ברורה באשר לרף העליון של ההיקף הכולל של התגובה הצבאית להתקפה חמושה. אמנם ניתן ללמוד מעקרון המידתיות על איסור הפעלה של כוח מעבר לנדרש כדי להפסיק את המתקפה הצבאית ו/או כדי להסיר את האיום הצבאי כנגד המדינה המתגוננת, אך לא ברור כיצד סטנדרט זה מיושם הלכה למעשה (זולת, אולי, במקרי קיצון או במקרים שבהם הצד התוקף הפסיק את פעולותיו התוקפניות). אשר על כן ספק בעיני אם הדיון המשפטי במידתיות של התגובה הישראלית בעזה בכללותה, בנסיבות שבהן המשיך החמאס לירות טילים על ישראל עד ליום האחרון של הלחימה (ולאחריה), יכול להוביל לתוצאות ברורות כלשהן. לבעיה זו של עמימות מושגית יש לצרף את חוסר הוודאות בדבר המטרות הישראליות של המבצע: האם המבצע נועד להפסיק את תקיפות החמאס? "לגבות מחיר" מהחמאס? "לצרוב בתודעה הפלסטינית" את הכוח הישראלי? למוטט את שלטון החמאס? גם כאן נדמה שהדיון המשפטי מתנהל במציאות וירטואלית

6 ראו לעניין זה ארנה בן-נפתלי ויובל שני **המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום** 81-83 (2006).

7 ראו לעניין זה Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense* 210 (2005).

שבה הקשר בין המטרות המשפטיות של המבצע למטרות הפוליטיות האמיתיות רופף למדי – דבר המקשה עוד יותר על הערכת מידתיותה של הפעולה. בעיה דומה של חוסר מוחלטות מאפיינת גם את יישומו של מבחן המידתיות במסגרת דיני הלחימה, היינו: את הדיון המתנהל ברמה הטקטית על אודות היקף הנזק ההומניטרי העלול להתלוות לתקיפתן של מטרות צבאיות מסוימות. כידוע, הדין הבינלאומי אוסר על מדינות לתקוף מטרה צבאית אם ניתן לצפות שהדבר יגרור נזק הומניטרי מופרז ביחס לתועלת הצבאית הקונקרטי והישירה.⁸ נוסחה זו מעלה שאלות בלתי-פתירות:⁹ מהו היחס בין ערכו של היעד הצבאי לבין חיי האזרחים? מה צבא יכול וצריך לצפות בזמן לחימה?

כך, למשל, אם ניקח כמקרה בוחן את התקיפה של ביתו של ניזאר ריאן, בעל תפקיד בכיר בזרוע הצבאית של חמאס, ב-1 בינואר 2009. האם מותר היה להרוג את ריאן, בכיר ככל שהיה, במחיר של 16 אזרחים הרוגים? לדעתי נראה שלא; אך האם הייתה התשובה משתנה אם בבית שהותקף היה גם מאגר נשק גדול?¹⁰ ייתכן שכן. האם הצבא בכלל ידע או צריך היה לדעת על הימצאותם של כל האזרחים בבית? לשאלות אלה, הנוגעות למבחן המידתיות במובן הצר, יש להוסיף שאלות פתוחות נוספות הנוגעות ליישום המבחן השני של המידתיות: האם ניתן היה להשיג את אותה תועלת צבאית במחיר של פגיעה הומניטרית קטנה יותר? כך, למשל, יש לבחון במקרה זה כיצד המשוואה משתנה לאור העובדה שצה"ל התריע מראש על ביצוע התקיפה. משקלו של נתון זה עשוי להיות תלוי בשאלה מה הייתה התגובה הצפויה להתראה – האם הצבא יכול היה לצפות כי האזרחים לא יעזבו את המבנה (מפני שבחרו להישאר כמגנים אנושיים וולונטריים, מפני שכפו עליהם לשמש כמגנים אנושיים לא וולונטריים, או מפני שלא היה מקום אחר באותו אזור בעזה שאליו היה ניתן להימלט בבטחה). האם ניתן היה לתקוף את הבית באמצעות פשיטה של כוחות רגליים? האם הדבר היה מוביל ליותר או פחות הרוגים פלסטיניים? (בהנחה שתנועת הכוח הצבאי אל היעד הייתה מלווית בלחימה, ייתכן שיותר אזרחים היו נהרגים עקב כך). ומה בדבר הסיכון שהדבר היה יוצר לחיי החיילים? באיזו מידה ניתן לשקול שיקול זה ואיזה משקל יש לתת לכך? האם מותר לשקול

8 לניסוח הכלל ראו Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 8 June 1977, art. 51(5)(b), 1125 U.N.T.S 3.

9 כזכור נמנע בג"ץ מלספק הנחיה ברורה בנדון בפס"ד 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (להלן: פרשת הסיכולים), פסקה 46 לפסק דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 14.12.2006).

10 לתיאור התקיפה של ביתו של ריאן ראו עלי ואקד ותנן גרינברג "עזה: בכיר חמאס חוסל, כ-26 נהרגו בתקיפת" *ynet* 1.1.2009. זמין באתר www.ynet.co.il/articles/0.7340.L-3648839.00.html

במסגרת האלטרנטיבות המבצעיות גם שיקולים כלכליים על אודות העלות הכספית הכרוכה בשימוש בשיטות ובאמצעי לחימה כאלו או אחרים? נדמה כי צרור השאלות שלעיל מצביע על הקושי המעשי הרב של ניהול דיון משפטי אינטליגנטי המוביל לתוצאות ברורות בדבר מידתיותן של פעולות צבאיות. גם כאן, ההכוונה הנורמטיבית של המשפט הבינלאומי היא מוגבלת. נדמה כי צדק בג"ץ בפרשת **הסיכולים**, בכך שהעניק דגש רב יותר לחובות פרוצדורליות (איסוף מידע מראש על אודות אופי המטרות, שקילת חלופות פעולה פוגעניות פחות, וחקירה בדיעבד של היחס בין הצורך הצבאי לנזק הנלווה) מזה שהעניק לאיזון מהותי בין האינטרסים המונחים על הכף.¹¹

ד. היעדרו של בסיס נורמטיבי משותף

הסיבה האחרונה שבגינה ההיזקקות למשפט הבינלאומי ביחס לשאלות המרכזיות הקשורות למלחמה בעזה – בעיקר חוקיות השימוש בכוח – אינה יעילה במיוחד, היא חוסר ההסכמה המוחלט בין הצדדים ובין הפרשנים בדבר הבסיס (baseline) הנורמטיבי. בעוד ישראל רואה בפעולה תגובה לירי הקסאמים במשך חודש דצמבר 2008, לאחר פקיעתו של הסכם הפסקת האש, הפלסטינים רואים בקסאמים תגובה למצור הבלתי־חוקי של ישראל; בעוד ישראל רואה במצור תגובה לטרור הלא חוקי של הצד הפלסטיני, הפלסטינים רואים באלימות משום התנגדות לגיטימית לכיבוש; בעוד ישראל סבורה שהכיבוש של עזה הסתיים בהתנתקות, הפלסטינים סבורים כי הכיבוש עודנו נמשך ומהווה בעצמו אקט של תוקפנות – או אף שהכיבוש נמשך כל עוד מתקיים שלטון ישראלי על איזה חלק מאדמת ארץ ישראל וכו'.¹²

בהיעדר סיפור מוסכם של ההיסטוריה ושל הרקע המשפטי לסכסוך הנוכחי, היכולת להסכים על אופן יישומם של הכללים יהיה בהכרח מוגבל ביותר. בנסיבות אלו יראה כל צד בהפעלת כוח מצדו אקט לגיטימי, ובהפעלת הכוח של הצד האחר – אקט לא לגיטימי, דבר המונע קיומו של שיח משפטי קונסטרוקטיבי. תובנה זו אינה חדשה, כמובן; למעשה, ההכרה בחוסר התוחלת של השיח על אודות החוקיות של עצם הלחימה

11 לדיון בהיבט זה של בג"ץ הסיכולים, ראו: Amichai Cohen & Yuval Shany, *A Development of Modest Proportions: The Application of the Principle of Proportionality in the Targeted Killings Case*, 5 J. INT'L CRIM. JUST. 258 (2007).

12 לתיאור עובדתי העולה בקנה אחד עם הנרטיב הפלסטיני ראו Ian Brownlie et al, *Israel's Bombardment of Gaza is not Self-defense – It's a War Crime*, SUNDAY TIMES, Jan. 11, 2009, זמין באתר: www.timesonline.co.uk/tol/comment/letters/article5488380.ece.

היא שהובילה את המשפט הבינלאומי לנתק בין ה־*jus ad bellum* (דיני השימוש בכוח) לבין ה־*jus in bello* (דיני הלחימה).¹³

סיכום ומסקנות

אילו לקחים עולים מהקושי בקיום דיון מועיל ביישום של כללי המשפט הבינלאומי במהלך הלחימה בעזה? ראשית נדמה – במיוחד בכל הקשור לדיני השימוש בכוח – בהיעדרם של כללים ברורים וברי־יישום יש חשיבות רבה לקיומו של מוסד בינלאומי מוסמך הקובע מתי מותר להפעיל כוח, ואם היקף הכוח המופעל בסכסוך נתון הוא נחוץ ומידתי. זהו בדיוק תפקידה של מועצת הביטחון. המועצה יכולה לקבוע מי הוא הצד התוקפן ומי הוא הקרבן, להורות לצדדים להפסיק להילחם, או לאשר שימוש בכוח במקרים החורגים מד' אמותיה של הזכות להגנה עצמית. מכאן שהמועצה – גוף פוליטי עם סמכויות משפטיות – מחזיקה ביכולת לגשר על פערים בין הדין לבין המוסר והפוליטיקה, ולהוביל לאותן תוצאות הנהנות מתמיכה בינלאומית רחבה.

דא עקא, נכון להיום המועצה אינה ממלאת תפקידה זה בצורה מניחה את הדעת, וחולשתה המוסדית מחריפה את הבעייתיות הנלווית לנורמות העמומות של המשפט הבינלאומי בתחום השימוש בכוח. עם זאת נדמה כי למדינות העולם המעוניינות בחיזוקן של שלטון החוק בחיים הבינלאומיים יש אינטרס לפעול לחיזוק תפקידה של המועצה בפיתוח ובשמירה על כללי משחק בסיסיים, שכן האלטרנטיבה לכך היא אנרכיה או חוק הג'ונגל. מדינות מפותחות כמו ישראל, הרואות את עצמן כחלק מהעולם המערבי, אינן יוצאות נשכרות מחוסר יציבות כרונית ומהיגררות למאבקים אלימים הפוגעים בביטחונה, בכלכלתה ובתדמיתה. מכאן שיש לישראל אינטרס ארוך טווח בחיזוק יכולתה של המועצה להפחית אלימות בינלאומית. הדבר מתחזק לאור העובדה שארצות־הברית, בעלת בריתה הקרובה של ישראל, נהנית מזכות וטו על החלטות המועצה – דבר המבטיח שמירה מצד המועצה על אינטרסים ישראליים חיוניים.

בנסיבות אלו יש להצטער על כך שישראל לא מיהרה לציית להחלטה 1860 של המועצה. אמנם ההחלטה הזו אינה בעלת נוסח מחייב, אך נדמה כי היה בה משום איתות מצד הקהילה הבינלאומית לא־נחת הולכת וגוברת מההשלכות הפוליטיות, המוסריות והמשפטיות של הפעולה הישראלית. החלטת ישראל שלא ליישם באופן מיידי את ההחלטה חשפה את ישראל – בצדק, לטעמי – לביקורת בינלאומית קשה, שכן ישראל הצטיירה לא רק כמי שמפרשת אחרת את הכללים אלא כמי שאינה מוכנה לשחק על פיהם.

YORAM DINSTEIN, THE CONDUCT OF HOSTILITIES UNDER THE LAW OF INTERNATIONAL 13
ARMED CONFLICT 4-5 (2004).

שנית, נדמה שעיקר תשומת הלב שלנו בכל הנוגע ליישום של דיני הלחימה בעזה צריך להתמקד בשאלות שבהן יש לשיח המשפטי יתרון יחסי של מובהקות, היינו: שאלות שלגביהן מחזיק המשפטן ביתרון מקצועי בהשוואה לאיש המוסר או לפוליטיקאי מקבל ההחלטות. בקטגוריה זו עשויות להימצא שאלות של בחירת המטרות (למשל איסור פגיעה במטרות אזרחיות), שאלות של בחירת אמצעי הלחימה (למשל כיבוד ההגבלות על שימוש בכלי נשק לא חוקיים או בעייתיים), ושאלות הקשורות ליחס לאוכלוסייה האזרחית (למשל החובה לדאוג ולטפל בפצועים). בשאלות של מידתיות, תפקידו של המשפט בשיח הציבורי צריך להיות צנוע יותר. נדמה לי כי תרומתו העיקרית של הדין במקרים אלו היא קביעת נהלים מתאימים לזיהוי המטרות, עידוד לנקיטת אמצעים שיפחיתו ככל האפשר אבדות בקרב האזרחים, וקיום חקירה בדיעבד על אודות התקיפה ונזקיה.

בסופו של דבר לא ניתן לקבוע כי המשפט הבינלאומי אינו מישור חשוב לבחינת הלחימה בעזה: הוא מספק אמות־מידה מסוימות בהקשרים מסוימים. בהקשרים אחרים תרומתו לדיון אינו רבה, ויש להבטיח כי במישורים אלה לא יאפיל הדיון המשפטי בסופו של יום על השאלות המוסריות והפוליטיות החשובות יותר: למה נלחמים? איזה מחיר מוכנים לשלם? איך כל זה ייגמר?