

המדריך לדיני מלחמה: מהי פרופורציונליות בשדה הקרב, ומהם פשעי חמאס

דיני המלחמה חלים גם על העימות בעזה, ולפיהם גם אם חמאס מפר את הכללים ומבצע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות - ישראל חייבת למזער פגיעה באזרחים ולבחון בכל פעולה את גודל ההישג הצפוי מול היקף הפגיעה בבלתי מעורבים

עידו באום 18 באוקטובר 2023 📌 התראות במייל

מרגע שישראל החלה בהפעלת תגובה צבאית במסגרת מלחמת חרבות ברזל ברצועת עזה, החלה גם הביקורת על הפגיעה באזרחים ועל הנזק ההומניטרי. הביקורת נפוצה במיוחד ברשתות טלוויזיה זרות, ברשתות החברתיות ובקמפוסים בחו"ל. חלק מהביקורת מחלחל גם לדיון בישראל. הטענה המרכזית נגדנו: התגובה הישראלית "לא פרופורציונלית". מכאן הדרך להאשמת ישראל בפשעי מלחמה - קצרה.

התשתית המשפטית שעליה נשענת הביקורת נגד ישראל היא "דיני מלחמה". הנה מדריך בסיסי ביותר להבנת הטענות כלפי ישראל בפרספקטיבה של דיני המלחמה.

על מי חלים דיני המלחמה?

כן, גם למלחמה יש חוקים. דיני מלחמה הם חלק מענף משפטי הקרוי המשפט הבינלאומי. דיני המלחמה פותחו בשורה של אמנות בינלאומיות, מנהגים שהשתרשו ועקרונות הומניטריים שהתפתחו לאורך השנים. כללי המלחמה חלים על שני הצדדים (או יותר) במלחמה במידה שווה. לא משנה מי התחיל, מי נגרר או מי צודק.

יותר מזה, לפי כללי המלחמה צד חייב לשמור על הכללים אפילו אם הצד האחר הפר אותם. זה חשוב כי במאבק מול חמאס בחרבות ברזל, אין בכלל ספק שהחמאס לא מתנהל לפי שום ספר חוקים מקובל במשפט הבינלאומי.

כללי המלחמה חלים קודם כל במלחמות בין מדינות — אבל החמאס אינו מדינה. דיני המלחמה התפתחו במשך השנים והכירו גם בסכסוכים מזוינים בתוך מדינות ומול ארגונים חמושים. עיקרון מרכזי בהם הוא הבחנה בין מטרות צבאיות לגיטימיות — המוגדרות באופן רחב — לבין אזרחים וכל מי שאינם מעורבים בלחימה. בהתאם,

השתנה גם שמו של הענף — וכיום מקובל לקרוא לו "המשפט הבינלאומי ההומניטרי".

לא כל הכללים שחלים על מדינות מתקיימים בעימות שבו אחד הצדדים הוא ארגון כמו חמאס, אבל הכללים היסודיים שאוסרים פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות — בהחלט בתוקף.

מהו "פשע מלחמה"?

התשתית המפורסמת ביותר לדיני הסכסוכים המזוינים היא ארבע "אמנות ז'נבה" — שבכולן ניתן דגש מיוחד להגנה על אזרחים וכן על שבויים, פצועים ובלתי מעורבים — וחוקת בית המשפט הפלילי הבינלאומי (ICC).

אמנת ז'נבה הרביעית מגדירה שורה של מעשים שהם הפרות חמורות במיוחד של כללי הלחימה — ולכן נחשבים "פשע מלחמה". כל מדינה שהיא צד לאמנה מוסמכת להעמיד לדין בשטחה את מי שביצע פשע מלחמה. בתנאים מסוימים ניתן גם להעמיד פושעי מלחמה ב-ICC. ישראל חתומה על האמנה ומחויבת לעקרונותיה.

מי שאינו מחויב לאמנה הוא החמאס. כמעט כל פעולה שביצע החמאס מאז 7 באוקטובר נכנסת להגדרה של פשע מלחמה:

- **פגיעה מכוונת באזרחים** — פשע מלחמה וגם פשע נגד האנושות. חוברת פעולה שהייתה בידי מחבלי חמאס והוצגה בימים האחרונים בראיונות שנתן נשיא המדינה יצחק הרצוג, מלמדת שהייתה למחבלים כוונה לפגוע באזרחים. זהו תיעוד חשוב של פשע מלחמה ופשע מובהק נגד האנושות.
- **חטיפה של אזרחים ופגיעה בחטופים, שימוש באזרחים כמגן אנושי** — פשע מלחמה וגם פשע נגד האנושות. האיסור לפגוע בפצועים מסביר למשל מדוע צה"ל נזהר בתקיפת בתי חולים מצד אחד, ומדוע אזרחים עזתים — וגם אנשי חמאס — משתמשים בבתי החולים כמקום מקלט ומחבוא, מצד שני.
- **ירי חסר אבחנה על אוכלוסייה אזחית** — פשע מלחמה וגם פשע נגד האנושות. לכל טיל שיורה מטוס ישראלי יש כתובת צבאית. לכל טיל שנורה מעזה יש כתובת אזרחית. העובדה שישראל משקיעה מאות מיליוני דולרים על כיפת ברזל ומצליחה להציל בכך את חייהם של אלפי אזרחים, אינה גורעת כהוא זה מפשע המלחמה המתמשך הזה של חמאס.

במאמר שפרסמו ביממה האחרונה הפרופסורים למשפטים דוד אנוך מאוניברסיטת אוקספורד ומהאוניברסיטה העברית וברק מדינה מהאוניברסיטה העברית בבלוג המשפט החוקתי ICON-S, הם מבהירים כנקודת מוצא כי "חמאס מבצע פשעים נגד האנושות בהיקף נרחב מאוד והוא מאיים להמשיך בכך. בהינתן חובתה של המדינה להגן על אזרחיה, ולאור כך שהסכנה שנשקפת מארגון חמאס רבה במיוחד — מוצדק ואף חובה לנסות לשבות או להרוג את כל מי שמשתייך לארגון ונוטל חלק, ישירות או בעקיפין, בפעילותו".

האם ישראל מגיבה באופן "לא פרופורציונלי"?

השימוש במונח "פרופורציונליות" עלול להטעות. אסור לפגוע במכוון באזרחים ובמי שאינם מעורבים. עם זאת, דיני המלחמה מכירים בכך שבמלחמה תהיה פגיעה ודאית — אך לא מכוונת — בבלתי מעורבים.

שלום, יותם    ניווט

ותוהים: "האם ישראל צריכה להיכנס לעזה ולהרוג בדיוק אלף אזרחים ולקחת 200 בני ערובה?". השאלה הרטורית נשמעת הגיונית, אבל בדיני המלחמה המשמעות של "עקרון הפרופורציונליות" — "עקרון היחסיות" — שונה.

מי שמפעיל כוח צבאי חייב לפעול בשלושה שלבים: בשלב הראשון חובה לבצע הבחנה בשטח בין מי שהוא יעד צבאי לגיטימי לבין אזרחים ו"לא מעורבים". בשלב השני יש לעשות כל מאמץ להימנע מפגיעה באזרחים. דוגמה לכך היא המאמצים הניכרים שמשקיעה ישראל מהדקה הראשונה של פעילותה בשכנוע אזרחים להתפנות מצפון הרצועה ומהעיר עזה. הפרופורציונליות מגיעה בשלב השלישי. העיקרון מעוגן בתוספת לאמנת ז'נבה שמכונה "הפרוטוקול הראשון".

עיקרון זה מניח כי גם לאחר המאמץ לצמצם פגיעה באזרחים, עלולה להיות עדיין פגיעה כזו. לכן, מי שמפעיל כוח צבאי חייב לבחון את הסיכון לאזרחים ובלתי מעורבים, ביחס למטרה שאותה מנסים להשיג. לדוגמה — גם לאחר קריאה להתפנות, יכול להיות שהתנקשות בבכיר בחמאס הנמצא במסתור תהיה כרוכה בהרג אזרחים שיהיו בקרבתו.

לפי דיני המלחמה, אפשר לנקוט פעולה שמטרתה להרוג את האויב גם כאשר נשקפת סכנה למותם של אזרחים. הצבא נדרש להעריך מה היתרון המלחמתי שיושג כתוצאה מהחיסול שיפגע גם באזרחים, ביחס לגודל הפגיעה הצפויה באזרחים.

למה חשוב לציית לדיני המלחמה?

במקרה של מלחמת חרבות ברזל, יש גם חשיבות אסטרטגית לציית לדיני המלחמה. אם ישראל רוצה תמיכה בינלאומית, צה"ל חייב לפעול במסגרת הכללים. נשיא ארה"ב ג'ו ביידן הבהיר כמה פעמים שהוא מצפה מישראל לפעול לפי דיני הלחימה. הסולידריות מצד ארה"ב היא קריטית — וזה תנאי מובהק של הממשל לגיבוי שהוא נותן.

מה הקשר בין דיני המלחמה לקיומה של מערכת משפט עצמאית?

בעשרת החודשים האחרונים מומחים רבים למשפט צבאי ולמשפט בינלאומי הזהירו שפגיעה בעצמאותה של מערכת המשפט תסכן את מפקדי וחיילי צה"ל. כחלק מהמאבק הבינלאומי נגד ישראל, אפשר להניח בוודאות גבוהה שאחרי המלחמה יוגשו במדינות שונות בעולם תלונות נגד מפקדים וחיילים בצה"ל בטענה לביצוע פשעי מלחמה.

זה כבר קרה פעמים רבות בעבר — המקרה המוכר ביותר מהשנה האחרונה הוא צו המעצר שהוציא ה-ICC נגד נשיא רוסיה, ולדימיר פוטין, בגין פשעי מלחמה באוקראינה.

כאשר יש למדינה יש מערכת משפט עצמאית שחוקרת פעולות שנעשו גם בתקופת המלחמה — אין סמכות לבתי משפט אחרים לשפוט את קציני צה"ל ויורד מאוד הסיכון למעצר או משפט בחו"ל.

לחצו על הפעמון לעדכונים בנושא:

 מלחמת חרבות ברזל  מלחמה