



2 במרץ, 2008

לכבוד
מר מני מזוז
היועץ המשפטי לממשלה
משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 29
ירושלים

שלום רב,

הנדון: פתיחת חקירה פלילית לחקר השימוש בפצצות מצרר

במלחמת לבנון השנייה

אני פונים אליך בדרישה, שתורה על פתיחתה של חקירה פלילית לחקר נסיבות השימוש בפצצות מצרר במהלך מלחמת לבנון השנייה, כפי שיפורט בהרחבה להלן.

I. מבוא:

הרקע לפנייתנו:

1. ביום 4.9.06 פנינו אליך בדרישה שתורה על פתיחת חקירה לחקר נסיבות השימוש בפצצות מצרר בדרום לבנון, ובכלל זה לבחון את אחריותם האישית של כל מי שהיה מעורב בהטלת פצצות אלה. במענה לפנייתנו זו קיבלנו תשובה פורמלית, לפיה הטיפול בפנייתנו הועבר לפצ"ר.
2. אחרי פנייתנו זו החלו להתפרסם דיווחים בכלי התקשורת בחודש נובמבר 2006 על ההחלטה של הרמטכ"ל דאז, דן חלוץ, למנות קצין בדרגת אלוף כדי לבדוק את השימוש בפצצות מצרר במהלך המלחמה. כך, למשל, בכתבה של ניר חסון ומירון רפפורט, שפורסמה בעיתון הארץ ביום 20.11.06, נאמר, כי הרמטכ"ל אסר על ירי תחמושת מצרר לעבר אזורים מיושבים, וכי בחלק מהמקרים ירי תחמושת המצרר נעשה בניגוד להוראות הרמטכ"ל.¹ רוב הירי לעבר אזורים

¹ <http://www.haaretz.o.il/hasite/spages/789873.html>

מיושבים נעשה באמצעות ארטילריה וירי של רקטות MLRS. בכתבה זו דווח עוד, כי הרמטכ"ל מינה את תת אלוף מישל בן ברוך, ראש חטיבת היבשה במפקדת חילות היבשה, לבדוק את השימוש שנעשה בפצצות המצרר במהלך הלחימה. ממצאי התחקיר הוצגו לרמטכ"ל ולפרקליט הצבאי הראשי. בעקבות ממצאים אלה, הורה הרמטכ"ל על מינוי האלוף גרשון הכהן לבדיקת נסיבות הירי.

3. ביום 24.12.07 פירסם דובר צה"ל הודעה לעיתונות, בה נאמר, כי הפצ"ר סיים את חוות דעתו בעניין השימוש בפצצות מצרר במלחמת לבנון השנייה וקבע, כי השימוש בתחמושת זו תאם את כללי המשפט ההומניטרי. מההודעה עולה, כי במהלך הלחימה אכן הייתה חריגה מהפקודה שלא לירות תחמושת מצרר לעבר שטחים בנויים, אך חרף זאת הפצ"ר החליט שלא להעמיד לדין פלילי את האחראים עליה.²

4. ביום 8.1.08 פנינו לפצ"ר בדרישה לקבל במהירות האפשרית את דוח הבדיקה של האלוף הכהן כמו גם ממצאיה, ואת חוות דעתו של הפצ"ר, שהוגשה לרמטכ"ל, וזאת בכדי שנוכל לבחנם. פנייתנו זו לא נענתה. ביום 31.1.08 פנינו שוב לפצ"ר וביקשנו להעביר לעיוננו את חוות דעתו ואת דוח האלוף הכהן. בפנייה ציינו, כי ההודעה לעיתונות, שפורסמה על-ידי דובר צה"ל, משתרעת על פני עמוד וחצי, בעוד שעל פי דוח ועדת וינוגרד, חוות הדעת של הפצ"ר משתרעת על פני כ-30 עמ' או יותר. מכאן החשיבות הרבה שראינו בקבלת חוות הדעת המלאה. גם פניה זו טרם נענתה.

נתונים על השימוש בפצצות מצרר במלחמת לבנון השנייה:

5. לפי הנתונים המעודכנים של סוכנות האו"ם לפינוי מוקשים בדרום לבנון (Mine Action Coordination Center) (להלן – "הסוכנות") מיום 17.12.107, בדרום לבנון זוהו עד כה 962 זירות של ירי פצצות מצרר, והן מכסות שטח של 38.7 קמ"ר.³ בהם 4.3 קמ"ר עירוניים, 20 קמ"ר חקלאיים, ו-4 קמ"ר מיוערים.⁴ מדו"ח נוסף של הסוכנות עולה, כי 150 כפרים לבנוניים, הנמצאים בין הגבול עם לבנון לליטני, נגועים מנפלים של תחמושת מצרר.⁵

6. התוצאה הקטלנית והבלתי-מוסרית של שימוש בתחמושת מצרר בתוך כפרים לבנוניים התגלתה באופן בוטה מייד אחרי ההכרזה על הפסקת אש. ביום 14.8.07 החלו האזרחים לעשות את דרכם

² <http://www.nrg.co.il/online/1/ART1/675/168.html>

³ Mine Action Co-ordination Centre, November-December Report Of the Mine Action Co-ordination Centre, Southern Lebanon (17.12.07).

⁴ הודעת דואר אלקטרוני מאת דליה פראן, קצינת תקשורת ופעילות שלאחר הפינוי. סוכנות האו"ם למוקשים, כפי שהיא מתועדת באתר האינטרנט של ארגון HRW. ניתן לעיין בנתונים ב:

http://hrw.org/reports/2008/lebanon0208/lebanon0208sumandrecs_hb.pdf

⁵ Mine Action Co-ordination Centre, "2006 Legacy Cluster Bombs in Lebanon" available at: <http://www.maccsl.org/publications/Newsletters/Newsletter%20Issue%208.pdf>

בחזרה לכפריהם בדרום לבנון, ובאותו יום נהרגו ארבעה בני אדם ונפצעו שבעה מנפלים של פצצות מצרר.⁶

7. לפי הנתונים של הסוכנות, מספרם של האזרחים, שנפגעו מנפלים של פצצות מצרר אחרי ההכרזה על הפסקת אש, עומד על 193, מתוכם 20 קיפחו את חייהם כתוצאה מפגיעה זו. בנוסף לאזרחים תמימים, שנפגעו מנפלים של פצצות מצרר, נפלים אלה פגעו בצוותי פירוק מוקשים. לפי נתוני הסוכנות, 47 בני אדם נפגעו במהלך עבודתם לפירוק מוקשים בדרום לבנון, מתוכם 13 קיפחו את חייהם. כך שמניין ההרוגים מפצצות מצרר אחרי תום הלחימה עומד על 33, ומניין הפצועים עומד על 240.⁷

8. גם במהלך הלחימה נפגעו אזרחים מירי פצצות מצרר לעבר כפרים לבנוניים, אך לא ניתן לאמוד את מספרם המדויק. כך, למשל, בהודעה לעיתונות, שפרסם ארגון זכויות האדם הבינלאומי Human Rights Watch (להלן – HRW), תועד מקרה של ירי תחמושת מצרר לעבר בתים פרטיים ופגיעה באזרחים תמימים בעקבותיו במהלך הלחימה ביום 24.7.06:⁸

לדברי עדי ראייה וניצולים מההתקפה שרואיינו על ידי Human Rights Watch, בסביבות השעה 3 אחה"צ ב-19 ביולי ירתה ישראל מספר פצצות מצרר מתותחים לעבר הכפר בלידה. עדי הראיה תיארו כיצד פגזי הארטילריה פיזרו מאות מטעני-נץ משניים (פצצונות) על פני הכפר. הם תיארו בפרוטרוט את הפצצונות כקליעים קטנים יותר שהגיוחו מתוך התרמילים הגדולים יותר של הפגזים.

בהתקפת פגזי המצרר נהרגה מרים איברהים, בת 60, ששהתה בתוך ביתה. לפחות שתי פצצונות מהפגזים שנורו בהתקפה חדרו לתוך המרתף ששימש את משפחת עלי בתור מקלט ופצעו 12 בני אדם, כולל שבעה ילדים. אבי המשפחה, אחמד עלי, נהג מונית בן 45, איבד את שתי רגליו בעקבות הפציעות שנפצע מפצצות המצרר. חמישה מילדיו נפצעו בהתקפה: מירה, בת 16; פטימה, בת 12; עלי, בן 10; איה, בת 3; ועולה, בת שנה. אשתו, אכרם איברהים, בת 35, וכן חמותו, עולה מוסא, בת 80, נפצעו אף הן. בהתקפה נפצעו גם ארבעה קרובי משפחה, כולם בעלי אזרחות כפולה גרמנית-לבנונית, שהסתתרו במרתף עם שאר בני המשפחה: מוחמד איברהים, בן 45; אשתו פטימה, בת 40; וילדיהם עלי, בן 16 ורילה, בת 13.

9. לפי ההערכות של הסוכנות ושל ארגון HRW וארגון Amnesty International, המבוססות על מידע שהתפרסם בתקשורת הישראלית, בדרום לבנון פוזרו כ-4 מיליון פצצות קטנות, כרבע מהן הפכו לנפלים. כלומר - בדרום לבנון נותרו כמיליון פצצות קטנות, שפגעו וממשיכות לפגוע בחיי התושבים עד עצם יום זה.

ההודעה של דובר צה"ל:

6

Ibid

7

Supra note 3.

8

<http://hrw.org/hebrew/docs/2006/07/24/isrlpa13811.htm>

10. בפרק זה נתייחס לדברים, שהובאו בהודעה לעיתונות, שפירסם דובר צה"ל בעקבות החלטתו של הפצ"ר שלא להעמיד לדין פלילי חיילים, שהיו מעורבים בירי פצצות מצרר לעבר שטחים מיושבים בדרום לבנון. זאת כיוון שלא עלה בידינו לקבל עותק של חוות הדעת של הפצ"ר והדו"ח של האלוף גרשון הכהן, כפי שפורט לעיל.

11. ההודעה, שפירסם דובר צה"ל, מכילה קביעות עובדתיות תמוהות ומוטעות, התעלמות מעובדות בסיסיות, ופרשנות מוטעה של דיני המלחמה

12. בהודעה נאמר, כי לאורך כל המלחמה עמדו בתוקפן פקודות של הרמטכ"ל, שאסרו על ירי תחמושת מצרר לעבר שטחים מיושבים, אך חרף זאת היו מקרים של ירי לעבר שטחים מיושבים:

ממצאי הקצין הבודק עלה כי לאורך המלחמה כולה עמדו בתוקפן פקודות של הרמטכ"ל אשר אסרו על ביצוע ירי מצרר לעבר שטחים בנויים. כן עלה מחומר הראיות שנאסף על-ידי הקצין הבודק, כי מרבית ירי המצרר בוצע לעבר שטחים פתוחים, בלתי מיושבים, מהם פעלו כוחות חיזבאללה, ואשר בהם לא היו אזרחים; וכי גם במקרים בהם בוצע ירי לתוך שטחים בנויים, מדובר היה בירי תגובה מיידית, אשר כוון לעבר נקודות מהן בוצע ירי של חיזבאללה, וזאת בכפריים שרובם המוחלט של התושבים התפנו מהם (בעקבות אזהרות חוזרות ונשנות שניתנו על-ידי צה"ל).

13. גם ועדת וינוגרד קבעה, כי "אין מחלוקת כי חלק מהנפלים נמצאו בתוך כפרים ובאזורים שבהם יש תנועת אזרחים רגילה, וכי נפלים אלה גרמו למותם ולפציעתם של אזרחים לאחר הלחימה"⁹, וכי "בעיות לגבי יעדי הירי היו קיימות בחיל התותחנים"¹⁰.

14. בהודעה נאמר עוד, כי:

"ירי מצרר בוצע בתגובה לירי של חיזבאללה מתוך הכפרים, אך ורק בתנאי שהירי כוון באופן מדויק לנקודה ממנה בוצע הירי, וכשלהבנת הכוחות, הכפר התפנה מרובה המכריע של האוכלוסייה האזרחית, כך שהפגיעה הצפויה באזרחים בלתי מעורבים הייתה מצומצמת"

פיסקה זו מכילה שלוש הנחות בעייתיות ו/או מוטעות. ראשית, הקביעה כי ירי פצצות המצרר כוון "באופן מדויק" למטרה ממוקדת הינה מופרכת בלשון המעטה. אחת התכונות הבולטות של תחמושת מסוג מצרר היא דפוס הפיזור הרחב והבלתי-מדויק של נשק זה, כפי שנרחיב בפרק המשפטי בהמשך. בפרק זה נסתפק בהפניה לדו"ח ועדת וינוגרד, שהתייחס למאפייני תחמושת המצרר:¹¹

שימוש בנשק כזה מעורר בעיות קשות כאשר הוא נורה לאזורים שיש בהם תנועה רבה ושכיחה של אזרחים. מכאן, סוגי ההגבלות המוטלים על השימוש בחימוש זה:

9 דו"ח ועדת וינוגרד, בעמ' 497.
10 דו"ח ועדת וינוגרד, בעמ' 497.
11 דו"ח ועדת וינוגרד, בעמ' 495-496.

1. כמו בכל נשק לא מדויק - יש מגבלות על השימוש בו באזורים שבהם הדיוק קריטי למניעת פגיעה באזרחים ;
2. בשל טווחי הפיזור - החשש לפגיעה רחוק ממוקד המטרה גדול יותר מאשר בחימוש רגיל. לכן, ההגבלות על טווח הירי חמורות יותר (ההדגשה לא במקור).

15. שנית, ההנחה של צה"ל, כי בדרום לבנון לא נותרו אזרחים, הייתה הנחה בלתי-סבירה, כפי שיפורט בהמשך בהרחבה. זאת מכיוון שסיפוריהם של עשרות אזרחים לכודים ושל עשרות אזרחים, שנפגעו ונהרגו במתקפות של צה"ל, מילאו את כלי התקשורת המקומיים והזרים כאחד לאורך כל המלחמה. יתר על כן, במקרים רבים האזהרות של צה"ל, שדרשו מהתושבים להתפנות, לא היו אפקטיביות, ועל כך נעמוד בפרק נפרד בהמשך.

16. שלישית, גם אם מקבלים את ההנחה, כי בדרום לבנון לא נותרו אזרחים, לצה"ל היה ידוע, כי פצצות מצרר, שנורו לעבר דרום לבנון, הותירו מאחוריהן מאות אלפי נפלים, שהפכו את דרום לבנון לשדות מוקשים, המסכנים את חייהם של אזרחים תמימים. אלא שעובדה זו לא מקבלת ביטוי כלשהו בהודעה של דובר צה"ל. הפגיעה באזרחים מנפלים של פצצות מצרר גם אחרי תום הלחימה מהווה שיקול מכריע לצורך בחינת אחריותם של חיילים להפרה בוטה של כללי המשפט ההומניטרי. על החובה להביא בחשבון את הפגיעה הצפויה באזרחים מהנפלים של פצצות המצרר עמדה ועדת וינוגרד בקובעה, כי :

והחשוב ביותר לענייננו : השימוש בפצצות מצרר חייב לקחת בחשבון גם פגיעה מנפלים **זמן רב לאחר הירי**, ולעתים אף **לאחר סיום הלחימה** :

○ בשל מאפיין זה יש שמבקשים לאסור באופן גורף על שימוש בחימוש מצרר...

○ יחד עם זאת, יישום עקרונות דיני הלחימה הכלליים למאפיינים של נשק מצרר מפורש בדרך כלל כאילו הוא כולל כמה טיפוסים של מגבלות :

1. איסור או הגבלה של ירי מצרר למקומות שיש בהם ריכוזי אוכלוסייה אזרחית ;
2. חובת מיפוי מדויק של אזורי השיגור, ומסירת מפת הירי למי ששולט בשטח ואמור לבצע טיפול אפקטיבי בנפלים לאחר סיום הלחימה.¹²

הועדה קבעה עוד, כי :

פרשנות מרחיבה, המתירה לירות בחימוש מסוג מצרר גם למטרות צבאיות, הנמצאות במקומות בהם הנפלים עלולים לפגוע באזרחים - אף אם רק לאחר שובם - על פי שקלולו של מפקד צבאי בשטח בלבד - אינה תואמת את הרציונאל שבבסיס ההגבלות על השימוש במצרר.¹³

¹² דו"ח ועדת וינוגרד, בעמ' 496-495.

¹³ דו"ח ועדת וינוגרד, בעמ' 499.

איננו סבורים כי הרחבת כללי השימוש בחימוש מסוג מצרר, שיש עמו נפלים רבים, לשטחים כאלה, ללא בקרות מחמירות ופרטניות - אף אחרי שיושביהם פונו זמנית - היא הרחבה קבילה¹⁴

17. לא זו בלבד שצה"ל ירה תחמושת מצרר לעבר שטחים מיושבים, ישראל אף סירבה למסור מפות של הירי כדי לעזור בפירוק נפלים בשטחים הנגועים ולחסוך בכך את חייהם של אזרחים חפים מכל פשע.

18. בהודעה נאמר עוד :

ירי המצרר כוון לעבר מטרות צבאיות בלבד (בהתאם לעקרון האבחנה), והוא בוצע בנסיבות בהן המפקד הצבאי סבר, כי הנזק הצפוי להיגרם לאזרחים ולרכוש אזרחי כתוצאה מהשימוש בתחמושת המצרר אינו מופרז ביחס ליתרון הצבאי הגלום בירי פצצות המצרר לעבר אותם יעדים (קר, באופן המתיישב עם עקרון הפרופורציונאליות). על רקע דברים אלה קבע הפצ"ר, כי השימוש שנעשה בחימוש מצרר, במהלך מלחמת לבנון השנייה, תאם את עקרונות דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי.

19. פיסקה זו מלמדת על חוסר הבנה בסיסי ולחלופין על ניסיון לסלף את המשמעות של הוראות המשפט ההומניטרי. ראשית, לא ניתן לקבל את הטענה, כי ירי פצצות מצרר לעבר שטחים בנויים עומד בעקרון ההבחנה, שהינו עקרון יסוד במשפט ההומניטרי. השימוש בנשק מסוג מצרר בלב שטחים בנויים מהווה הפרה בוטה ביותר של עקרון ההבחנה. שנית, עקרון המידתיות לא נועד כדי להכשיר מדיניות צבאית, שאינה מבחינה בין מטרות צבאיות לבין מטרות אזרחיות, או כדי להכשיר פגיעה ישירה באזרחים. עקרון המידתיות, כפי שיפורט בהמשך, מגביל את הפגיעה במטרות צבאיות, שמהן צפוי נזק משני או נלווה לאזרחים. כלומר - עקרון המידתיות מתייחס לפגיעה משנית-שולית באזרחים, שהיא תוצאה של פגיעה ישירה ומדויקת במטרה צבאית. ירי פצצות מצרר לעבר שטחים בנויים פוגע באופן ישיר ולא באופן משני באזרחים תמימים.

20. לבסוף בהודעה נאמר, כי העובדה שהיה מדובר בתקופת לחימה קשה אין בה "כדי להכשיר את החריגה מפקדות". יחד עם זאת, הפצ"ר קובע ובאופן תמוה, כי חריגה זו אינה מצדיקה העמדה לדין פלילי של האחראים עליה.

II. על אי חוקיות השימוש בפצצות מצרר בתוך שטחים בנויים:

21. המשפט הבינלאומי ההומניטרי (להלן - המשפט ההומניטרי) מגביל את אמצעי ושיטות הלוחמה, המותרים לשימוש בעימות מזוין, ומחייב את הכוחות הלוחמים לכבד את האוכלוסייה האזרחית ולהגן עליה. המונח "אמצעים" מתייחס ככל לכלי נשק המותרים לשימוש, בעוד המונח "שיטות" מתייחס לאופן השימוש בכלי נשק כאמור.

22. על אף שהמשפט ההומניטרי אינו אוסר במפורש על השימוש בפצצות מצרר, השימוש בנשק זה בתוך שטחים מיושבים מהווה הפרה חמורה ביותר של עקרון היסוד, עליו מבוסס המשפט ההומניטרי, והמהווה אף את סיבת קיומו של ענף משפט זה. הכוונה לעקרון ההבחנה בין אזרחים לבין לוחמים וההבחנה בין מטרות צבאיות לבין מטרות אזרחיות. לא בכדי נקרא סעיף 48 לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים משנת 1977 (להלן - הפרוטוקול), המעגן כלל זה, בשם "הכלל הבסיסי":

In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives.

סעיף זה מבטא כלל במשפט ההומניטרי המינהגי.

23. סעיף 51 לפרוטוקול (הגנה על האוכלוסייה האזרחית) מעגן את זכותם של האזרחים להגנה מפני סכנותיה של המלחמה:

1. The civilian population and individual civilians shall enjoy general protection against dangers arising from military operations.

24. בנוסף, סעיף 51 הנ"ל אוסר במפורש על התקפות צבאיות, שאינן מבחינות בין אזרחים לבין לוחמים, או שאינן מבחינות בין מטרות צבאיות לבין מטרות אזרחיות:

4. Indiscriminate attacks are prohibited. Indiscriminate attacks are:

- a. Those which are not directed at a specific military objective;
- b. Those which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective; or
- c. Those which employ a method or means of combat the effects

of which cannot be limited as required by this Protocol;

and consequently, in each such case, are of a nature to strike military objectives and civilians or civilian objects without distinction.

5. Among others, the following types of attacks are to be considered as indiscriminate:

a. An attack by bombardment by any methods or means which treats as a single military objective a number of clearly separated and distinct military objectives located in a city, town, village or other area containing a similar concentration of civilians or civilian objects; and

b. An attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.

25. בנוסף, המשפט ההומניטרי אוסר תקיפה ישירה של יעדים, שהינם אזרחיים מטבעם, כגון: בתים, בתי חולים, מקומות תפילה, בתי ספר ומבני תרבות. במידה שמתעורר ספק לגבי מטרה פוטנציאלית, כלומר אם מדובר במטרה צבאית אם לאו, המשפט ההומניטרי מתייחס למטרה מסוג זה כמטרה אזרחית, כפי שנקבע בסעיף 52 לפרוטוקול (הגנה כללית על מטרות אזרחיות):

3. In case of doubt whether an object which is normally dedicated to civilian purposes, such as a place of worship, a house or other dwelling or a school, is being used to make an effective contribution to military action, it shall be presumed not to be so used.

26. השימוש בפצצות מצרר בתוך שטח בנוי מהווה הפרה של כל הסעיפים שהובאו לעיל, כפי שיפורט להלן: ראשית, פצצות מצרר מטבען אינן יכולות להיות מכוונות נגד מטרה צבאית קונקרטי. מדובר בתחמושת בעלת דפוס פיזור נרחב ביותר, המורכבת מפצצות קטנות, המתפזרות על פני שטח רחב. על כן, השימוש בפצצות מסוג זה בלב כפרים בדרום לבנון משמעותו פגיעה ודאית במטרות אזרחיות. שנית, מדובר בתחמושת, שהופכת את השטח הנפגע לשדה מוקשים, בשל אי-התפוצצותם של נפלים רבים. עובדה זו התבטאה במיליון נפלים, שפוזרו בדרום לבנון.

27. יש להדגיש, כי המגמה של המשפט הבינלאומי היא לאמץ איסור גורף על השימוש בפצצות מצרר. סכנותיה ונזקיה ארוכי הטווח של תחמושת המצרר, כפי שהתגלו ביתר שאת בדרום לבנון, חיזקו בצורה משמעותית את המאמצים הבינלאומיים לאסור על השימוש בפצצות מסוג זה. התחזקות המודעות הבינלאומית לסכנותיה של תחמושת מצרר ולפגיעה האנושה שהיא גורמת לאזרחים תמימים הולידה פגישה של 46 מדינות בפברואר 2007 באוסלו שבנורבגיה, שבעקבותיה הוחלט

לגבש עד שנת 2008 אמנה, שתאסור על השימוש בתחמושת מצרר. ביום 22.2.08 נפגשו 100 מדינות בוולינגטון שבניו זילנד כדי לדון בטיטוטת אמנה, האוסרת על השימוש, הייצור, האחסון והסחר בתחמושת מצרר. בתום הוועידה תמכו 82 מדינות בהצהרת וולינגטון, הקוראת לכריתת האמנה, והתחייבו להשתתף בוועידת דבלין במאי 2008, שמטרתה לגבש נוסח סופי של האמנה, בהתבסס על הטיטטה שנדונה בוועידת וולינגטון.

III. הפרת חובת הזהירות:

28. המשפט ההומניטרי מחייב את הכוחות הלוחמים לנהוג בזהירות כדי לוודא שלא תיגרם פגיעה בלתי חוקית באוכלוסייה ובמטרות אזרחיות. סעיף 57 לפרוטוקול קובע:

2. With respect to attacks, the following precautions shall be taken:

(a) Those who plan or decide upon an attack shall:

(i) Do everything feasible to verify that the objectives to be attacked are neither civilians nor civilian objects ...

(ii) Take all feasible precautions in the choice of means and methods of attack with a view to avoiding, and in any event to minimizing, incidental loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects;

(iii) ...

(b) ...

(c) Effective advance warning shall be given of attacks which may affect the civilian population, unless circumstances do not permit.

29. בניסיון להצדיק את השימוש בפצצות מצרר בתוך שטחים בנויים קבע הפצ"ר, כי השימוש בפצצות אלה היה מוצדק, מכיוון שהירי בוצע "כשלהבנת הכוחות, הכפר התפנה מרובה המכריע של האוכלוסייה האזרחית, כך שהפגיעה הצפויה באזרחים בלתי מעורבים הייתה מצומצמת"¹⁵. הנחה זו הינה בעייתית הן ברמה העובדתית והן ברמה הנורמטיבית, כפי שיפורט בהרחבה להלן.

א. העדר תשתית עובדתית ראויה לתמיכה בהנחה בדבר אי-נוכחות אזרחים:

30. ההנחה בדבר אי-נוכחותם של אזרחים היתה הנחה בלתי סבירה. סיפוריהם של אזרחים, שנהרגו בעקבות התקפות צה"ל בדרום לבנון, וסיפוריהם של אזרחים לכודים מילאו את כלי התקשורת

הישראלים והזרים כאחד לאורך המלחמה כולה. זאת ועוד, שגרירויות זרות היו בקשר קבוע עם דיפלומטים ישראלים וביקשו סיוע בפינוי של נתיני מדינותיהם, הלכודים בדרום לבנון.¹⁶

31. בדו"ח מיוחד, שהכין ארגון HRW, נטען, כי בנוסף למידע שזרם באמצעי התקשורת בזמן אמת על הרוגים בקרב אזרחים, מפקדי הצבא היו אמורים להסיק מניסיונם בעימותים קודמים בלבנון, כמו העימות שהתנהל בין הצבא לבין ארגון חיזבאללה במהלך יולי 1993, כי קיימת אפשרות סבירה ביותר, שאזרחים רבים לא יוכלו או לא ירצו להימלט, במיוחד אזרחים זקנים, אזרחים עניים ואזרחים חולים ומוגבלים.¹⁷ בבדיקת שטח שעשה ארגון HRW התברר, כי רוב האזרחים שנותרו בכפריהם בדרום לבנון במהלך המלחמה היו כצפוי זקנים, עניים וחולים.

32. בנוסף, האזהרות ששלח הצבא לתושבי דרום לבנון בדרישה שיתפנו לא היו אפקטיביות מסיבות רבות. ראשית, מבדיקה שערך ארגון HRW עולה, כי רוב האזהרות שנבחנו על-ידי הארגון לא העניקו לאנשים שהות מספקת להתפנות, במיוחד לאור ההפגזות הנמשכות של כבישים על-ידי הצבא. כך, למשל, לפי הדו"ח של HRW הצבא הזהיר את תושבי הכפר מרואחין שעתיים בלבד לפני התקיפה, ופגע בשיירה שנמלטה ממנו.

33. שנית, הצבא לא דאג להבטחת מסדרונות למעבר בטוח לפינוי אזרחים, זאת חרף פניות חוזרות ונשנות של האו"ם ושל ארגונים הומניטריים אחרים. כך, למשל, בהודעה לעיתונות שפרסם הנציב העליון לזכויות האדם של האו"ם ביום 31.7.06, בעקבות הריגתם של עשרות אזרחים לבנונים מכפר קאנא כתוצאה מהפגזת בניין מגורים על-ידי הצבא, נאמר מפורשות, כי:

"Many people are simply unable to leave southern Lebanon because they have no transport, because roads have been destroyed, because they are ill or elderly, because they must care for others who are physically unable to make the journey, or because they simply have no where else to go. Many thousands of civilians will still be in Southern Lebanon after the suspension of air strikes is ended"¹⁸

אזהרות דומות הושמעו על-ידי נשיא הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום ביום 10.8.06:

In his discussion with the Israeli authorities... Mr Kellenberger was extremely concerned about the insufficient access for the ICRC and the Lebanese Red Cross to areas most affected by the fighting. Since the early days of the conflict, the ICRC has been able to return to those areas only sporadically and always under incredibly difficult security conditions. "The time for improved

¹⁶ בעניין זה ראו את דו"ח HRW

¹⁷ דו"ח HRW עמ' 58-59.

¹⁸ ההודעה פורסמה באתר:

access is long overdue," insisted Mr Kellenberger. "Even life-saving, emergency evacuations so desperately needed are, at best, delayed for days. We also face enormous obstacles to bringing in aid convoys loaded with essential foodstuffs, water and medicines for trapped civilians"¹⁹

34. שלישית, במספר רב של מקרים הצבא תקף כלי רכב, שהסיעו אזרחים שניסו להימלט מדרום לבנון. כדי לא להרחיב את היריעה, נתייחס בקצרה לשני אירועים בלבד מתוך מספר אירועים של התקפת אזרחים, שניסו להימלט מכפריהם. שני מקרים אלה תועדו בדו"ח של ארגון HRW. המקרה הראשון מתייחס לפגיעה באזרחי הכפר מרווחין והשני מתייחס לכפר עיית'רון.

35. ביום 15.7.06 הורה הצבא לתושבי הכפר מרווחין לעזוב את כפרם. תושבי הכפר לא הצליחו למצוא מקלט במתקן של האו"ם, וכתוצאה מכך חלקם החליטו לארוז את חפציהם ויצאו בשיירה של שלושה כלי רכב (טנדר ושתי מכוניות מסוג מרצדס). כלי רכב אלה הניפו דגלים לבנים. בשלב מסויים אחת ממכוניות המרצדס נפרדה מהשיירה, שהמשיכה בדרכה לצור. שני כלי הרכב הגיעו לחוף ועצרו בסמוך לכפר ביאדה מכיוון שהטנדר התחמם ונעצר. בשני כלי הרכב נסעו 32 בני אדם. נהג הטנדר ביקש מהילדים לרדת מחלקו האחורי של הטנדר כדי שהצבא יבחין, כי מדובר באזרחים. הנהגים ניסו נואשות להתניע את הטנדר, כשלתע פגע טיל בתא של הטנדר וגרם למותם של אשה ובנה. פגיעה זו הביאה לפציעתם של הנשים והילדים שהיו בטנדר אך הם ניצלו וניסו לזחול למקום בטוח. ואז, הופיע מסוק אפאצ'י של חיל האוויר והפגיו את הניצולים בארבעה טילים לכל הפחות וריסס אותם באש מקלעים. כתוצאה מהתקפה זו נהרגו 23 בני אדם.

36. דוגמה נוספת לתקיפת אזרחים נמלטים היא הריגתם של שישה אזרחים ופציעה של שמונה נוספים, שניסו להימלט מהכפר עיית'רון ביום 19.7.06. באותו יום בשעה שמונה בבוקר עזבו 16 אזרחים את כפרם בשיירה של שלושה כלי רכב, והם נופפו בדגלים לבנים. השיירה הותקפה על-ידי מז"ט ישראלי בקטע הכביש שבין בזורייה וחוש. ברכב הראשון נהרגו ארבעה נוסעים וברכב השני נהרגו שניים. זאת בנוסף לפצועים כאמור. ההישנות של תקריות תקיפה של אזרחים, שניסו להימלט מדרום לבנון, בהן נפגעו ונהרגו עשרות, גרמה לאזרחים רבים להישאר בכפריהם בדרום.

37. רביעית, במקרים רבים עלוני האזהרה היו כלליים, ולא כללו הנחיות ברורות לאזרחים בדרום לבנון ולא כללו מסגרת זמן ספציפית לפינוי. כך, למשל, ביום 25.7.06 הצבא פירסם את העלון הבא:²⁰

¹⁹ הודעה לעיתונות מטעם הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום מיום 10.8.06 שכותרתה: ICRC president insists on improved access to southern Lebanon

²⁰ עלון זה פורסם בדו"ח של HRW בעמ' 64

אל אזרחי לבנון :

שימו לב להוראות הבאות!

צה"ל יגביר את פעילותו וימטיר הפגזות כבדות על כל האזור שממנו נורות רקטות את מדינת ישראל.

כל הנמצאים באזורים אלה מסכנים את חייהם!

זאת ועוד, כל טנדר או משאית שינועו דרומית לנהר הליטני יהיו חשודים בהובלת רקטות ואמצעי לחימה ואפשר שיופצצו.

מן הראוי שתדעו כי כל מי שנוסע בטנדר או במשאית מסכן את חייו.

מדינת ישראל

38. עלון זה מסביר, כי כל מי שנמצא בקרבת זירה של ירי רקטות אל ישראל מסכן את חייו, אך עלון זה אינו מפרט את האזורים שיותקפו ואינו מפרט דרכי מילוט בטוחות עבור האזרחים. לסיכום, עלון זה אינו מסביר כיצד צה"ל מצפה מהאוכלוסייה האזרחית לבצע את ההוראות, הקבועות בו.

39. ביום 6.8.06 פנינו לפצ"ר בדרישה לפתוח בחקירת מצ"ח בעקבות הריגת עשרות אזרחים תמימים בהפגזת בניין מגורים בכפר קאנא. בפנייה זו התייחסנו להודעה, שפורסמה באתר האינטרנט של דובר צה"ל, בדבר סיום החקירה הצבאית של הרג האזרחים בקאנא. בהודעה נכתב:

"עפ"י מסקנות התחקיר תקיפת הבניין נעשתה בהתאם למדיניות המטה הכללי. המדיניות קובעת כי כוחות צה"ל רשאים לפתוח באש אל עבר מבנים חשודים בתוך כפרים שתושביהם הוזהרו"²¹

40. במכתבנו הדגשנו, כי הודעה זו מהווה ראיה לכאורה, כי ההנחיות של צה"ל מנוגדות לחובת הזהירות המוטלת עליו, וכי ההפרה של חובת הזהירות גוררת הפרה של עקרון ההבחנה בין אזרחים לבין לוחמים. עוד הוספנו, בין השאר, כי הנחיות הצבא צריכות לדרוש ערובות או לכלול מבחנים שמטרתם להבטיח, כי אזהרת התושבים הייתה אפקטיבית, ובכלל זה קיומן של הנחיות, המחייבות בדיקה קפדנית, כי אכן מדובר באזור "נקי" מאזרחים עובר לכל מתקפה צבאית.

41. במכתבנו התרענו עוד לפני הפרסומים על השימוש בפצצות מצרר, כי אי-קיומן של הנחיות ברורות, המבטיחות שאזהרת התושבים הייתה אפקטיבית, והמבטיחות שעובר לכל פעולה צבאית

תבוצע בדיקה קפדנית כדי לוודא שהתושבים אכן עזבו את המקום, מביא בהכרח לפגיעה במטרות שהן אזרחיות ו/או לפגיעה באוכלוסייה האזרחית תוך הפרה בוטה של עקרונות היסוד של המשפט ההומניטרי.

42. לאור כל העובדות שהובאו לעיל: כלי התקשורת דיווחו בזמן אמת על עשרות ואף מאות נפגעים בקרב אזרחים בדרום לבנון, רשויות הצבא קיבלו פניות רבות על היעדר מסדרונות למעבר בטוח, הפגיעה בשיירות של אזרחים נמלטים הרתיעה בהכרח את האזרחים הלכודים בדרום וגרמה להם להישאר בכפריהם, במצבי לחימה קודמים בין ישראל לארגון חיזבאללה אזרחים לבנוניים רבים לא עזבו את כפריהם, הצבא קיבל פניות בדבר חוסר האפקטיביות של האזהרות ששלח לתושבים - המסקנה היחידה האפשרית היא, שההנחה בדבר אי-נוכחות אזרחים מנוגדת לשכל הישר.

43. יתר על כן, כלי התקשורת הישראליים פירסמו דיווחים על התבטאויות של בעלי תפקידים בכירים בדרג המדיני ובדרג הצבאי, בהן הם מודים מפורשות, כי הם מודעים לכך שבדרום לבנון נותרו אזרחים רבים. כך, למשל, בדיווח, שפורסם בעיתון הארץ על ישיבת הקבינט המדיני-ביטחוני מיום 27.7.06, נאמר:

"שר המשפטים חיים רמון התנגד לפעולה קרקעית ותמך בהרחבת הפעולה האווירית...[ו]קרא "לכתוש" ואמר שיש לפגוע בתשתיות החיזבאללה באזור בעל-בק. "אני לא מבין מדוע יש שם חשמל", אמר רמון. שר התיירות יצחק הרצוג התנגד בתוקף לעמדת רמון, ואמר שהיא מנוגדת למשפט הבינלאומי: "לא מספיק לקרוא לאזרחים לצאת. יהיו קשישים ומשפחות שישארו בבתיהם, ואסור לפגוע בהם" (ההדגשה הוספה).²²

44. גם הרמטכ"ל דאז, דן חלוץ, צוטט בכלי התקשורת כשהוא מודה בנוכחותם של 500 אזרחים בכפר בינת ג'בל, בעת שהתנהל בו קרב בין ארגון חיזבאללה לבין כוחות הצבא.²³

ב. על ההשלכות הנורמטיביות של ההנחה בדבר אי-נוכחות אזרחים:

45. גם אם נקבל לרגע את הטענה המופרכת, כי בדרום לבנון לא נותרו אזרחים בזמן הפגזת כפרים בפצצות מצרר, עדיין השימוש בתחמושת זו בתוך שטחים בנויים מהווה הפרה בוטה של חובת הזהירות והפרה בוטה של עקרון ההבחנה.

²² אלוף בן ועמוס הראל, "3 אוגדות מילואים יחלו באימונים", הארץ 28.7.06. ניתן לעיין בדיעה בכתובת: <https://www.haaretz.com/hasite/objects/pages/PrintArticle.jhtml?itemNo=743942>

²³ חנן גרינברג, "הרמטכ"ל: בנאום הבא נסראללה ישקול מילים", ynet 24.7.06. ניתן לעיין בדיעה באתר: <http://www.ynet.co.il/Ext/Comp/ArticleLayout/CdaArticlePrintPreview/1,2506,L-3280449,00.html>

46. לא רק האזרחים חסינים מפני התקפות צבאיות אלא גם מטרות אזרחיות, לרבות בתים פרטיים ורכושם הפרטי של אזרחים, כפי שנקבע בסעיף 52.1 לפרוטוקול:

Civilian objects shall not be the object of attack or of reprisals.

47. ניתן לפגוע בבתים פרטיים או מבנים אזרחיים רק אם הם משמשים זירה לפעילות צבאית. במידה שמתעורר ספק לגבי הסיווג של מטרה פוטנציאלית, סעיף 52 לפרוטוקול מניח, כפי שהובא בפרק II לעיל, כי מדובר במטרה אזרחית, ומחייב ביטולה של פעילות צבאית, שמטרתה לתקוף את הבניין, שסיווגו מוטל בספק.

48. בנוסף, הפרוטוקול מכשיר פגיעה במטרות אזרחיות בהתקיימותם של שני תנאים מצטברים: א. הפגיעה היא פגיעה משנית או שולית (incidental) ולא פגיעה ישירה במטרה אזרחית. כלומר הפגיעה במטרה האזרחית היא תוצר לוואי של פגיעה ישירה במטרה צבאית; ב. הנזק שנגרם למטרות האזרחיות הוא מידתי ביחס ליתרון הצבאי שנוצר בעקבות התקפה זו (ראה סעיף 52.5 לפרוטוקול, שצוטט בפרק II לעיל).

49. השימוש בפצצות מצרר בתוך שטחים בנויים והתפזרותן של פצצות קטנות על פני שטח רחב ביותר ופגיעתן ללא הבחנה בבתים פרטיים ובמטרות אזרחיות מהווה הפרה של הכלל, האוסר על פגיעה במטרות אזרחיות. גם החריגים, המכשירים פגיעה במטרות אזרחיות, אינם מתקיימים כלל וכלל ביחס לשימוש בתחמושת מצרר בתוך שטחים בנויים.

50. ראשית, התכונה האופיינית של תחמושת מסוג מצרר, קרי אי-היכולת שלה להבחין בין מטרות נפרדות, משמעותה פגיעה וודאית במטרות אזרחיות, שאינן משמשות זירה לפעילות צבאית, כנדרש בחריג הראשון.

51. שנית, גם החריג השני אינו מתקיים. החריג השני מתייחס לגרימת נזק שהיא משנית ולא לתקיפה ישירה של מטרות אזרחיות. פעולה צבאית, שאינה מבחינה בין מטרות אזרחיות לבין מטרות צבאיות, בדיוק כמו פצצות מצרר, המוטלות על שטח בנוי, נחשבת כתקיפה ישירה של מטרות אזרחיות, כפי שעולה במפורש מסעיף 51(4) ו-51(5) לפרוטוקול. כאן לא מדובר על פגיעה ישירה ומכוונת במטרה צבאית, שגרמה נזק משני למטרות אזרחיות, אלא מדובר בפגיעה ישירה הן במטרות צבאיות והן במטרות אזרחיות, הנמצאות בתוך שטח ההתפזרות של פצצת המצרר.

52. מעבר לפגיעה במטרות אזרחיות, פצצות המצרר שהוטלו על דרום לבנון הותירו מאחוריהן מאות אלפי פצצות קטנות מתקתקות, העלולות להתפוצץ בכל רגע בעקבות מגע של אנשים, כלי רכב או כל חפץ אחר. אף לו היה בסיס לסברה המופרכת בדבר אי-נוכחות אזרחים בדרום לבנון בעת הטלת פצצות המצרר, הרי שעם תום הלחימה לרשויות הצבא היה ברור, כי האזרחים הנמלטים ישובו לבתיהם, וכי הפצצות הקטנות, שהפכו שטחים רבים בדרום לבנון לשדות מוקשים, יסכנו

באופן ממשי את חייהם של האזרחים, ובכך מדינת ישראל הפרה את עקרון היסוד של המשפט ההומניטרי, קרי, שימוש בנשק שאינו מבחין בין לוחמים לאזרחים.

53. הסכנה הנשקפת לחייהם של אזרחים תמימים מהנפלים שנתרו בדרום לבנון מפרה את עקרון המידתיות אף אם ירי פצצות המצרר לא נעשה לעבר שטחים בנויים ולעבר כפרים אלא לעבר שטחים, בהם שוהים אזרחים כמו שטחים חקלאיים. ירי לעבר שטחים חקלאיים, שמהם נורו כביכול רקטות לעבר ישראל, צריך לקחת בחשבון את הפגיעה הצפויה בחקלאים כתוצאה מהנפלים שנשארו אחרי המלחמה. הניסיון שהצטבר בעולם מלמד, כי במקרים אלה הפגיעה הצפויה האזרחים הינה בלתי מידתית.

54. חומרת השימוש בפצצות מצרר בתוך כפרים לבנוניים מקבלת משנה תוקף בשל שני טעמים: א. בשל החלטת רשויות הצבא להשתמש בפצצות מצרר מתוצרת ארה"ב, ששיעור הכישלון שלהם הוא גבוה יחסית לפצצות מצרר מתוצרת ישראל, שמשאירות מספר קטן יותר של נפלים; ב. בשל סירובה של ישראל למסור לגורמים הרלבנטיים מפה של האתרים שהופגזו בפצצות מצרר, והיא מנעה פינוי יעיל וזריז של מאות אלפי נפלים, שהפכו למוקשים נגד בני אדם וגבו עד היום 33 הרוגים.

IV. הפרת חובת ההבחנה בין אזרחים ללוחמים כהפרה חמורה של הוראות המשפט ההומניטרי:

55. בתנאים מסויימים הפגיעה באוכלוסייה האזרחית נחשבת הפרה חמורה (grave breach) של אמנת גינבה הרביעית בדבר הגנת האוכלוסייה האזרחית משנת 1949 (להלן – האמנה) ושל הפרוטוקול. חומרתה של פגיעה זו מקימה סמכות שיפוט אוניברסאלית.

56. סעיף 147 לאמנה מגדיר הפרה חמורה כדלקמן:

Grave breaches to which the preceding Article relates shall be those involving any of the following acts, if committed against persons or property protected by the present Convention: willful killing, torture or inhuman treatment [...] willfully causing great suffering or serious injury to body or health

57. השימוש בפצצות מצרר בתוך שטחים בנויים מהווה כאמור הפרה בוטה של עקרון ההבחנה בין לוחמים לבין אזרחים, והוא גרם למותם ולפציעתם של עשרות אזרחים תמימים. הטריבונלים הפליליים הבינלאומיים, שהוקמו על-ידי האו"ם, הישוו את עבירת "ההריגה המכוונת" לעבירת רצח רגילה, ופסקו באופן חד-משמעי, כי אין לפרש את המונח "מכוון" (willful) באופן מצומצם,

אלא שגם פזיזות מספקת להתקיימות היסוד הנפשי של העבירה. כך, למשל, בית הדין הבינלאומי לענייני יוגוסלביה לשעבר (ICTY) קבע בפרשת *Čelebići*:²⁴

“While different legal systems utilize differing forms of classification of the mental element involved in the crime of murder, it is clear that some form of intention is required. However, this intention may be inferred from the circumstances, whether one approaches the issue from the perspective of the foreseeability of death as a consequence of the acts of the accused, or the taking of an excessive risk which demonstrates recklessness.”

58. גם הפרוטוקול מסווג פגיעות מסוימות באזרחים כהפרה חמורה של הוראותיו. סעיף 85 לפרוטוקול מגדיר הפרה חמורה כדלקמן:

3. In addition to the grave breaches defined in Article 11, the following acts shall be regarded as grave breaches of this Protocol, when committed willfully, in violation of the relevant provisions of this Protocol, and causing death or serious injury to body or health:

a. making the civilian population or individual civilians the object of attack;

59. מעבר לפרשנות, שניתנה למונח *willful*, ה-ICTY התייחס בפרשת *Galić* לדיעה, הנדרשת לצורך הרשעה בעבירה של תקיפה מכוונת של אזרחים:²⁵

“For the mens rea recognized by Additional Protocol I to be proven, the Prosecution must show that the perpetrator was aware or should have been aware of the civilian status of the persons attacked. In case of doubt as to the status of a person, that person shall be considered to be a civilian. However, in such cases, the Prosecution must show that in the given circumstances a reasonable person could not have believed that the individual he or she attacked was a combatant.”

60. חוק העונשין, התשל"ז-1997 (להלן - חוק העונשין) מכיל 3 עבירות שעניינן בגרימת מוות: עבירת ההריגה (סעיף 298), עבירת הרצח (סעיף 300), ועבירת גרימת מוות ברשלנות (סעיף 304). הפרשנות שניתנה לעבירת ה-*willful killing* דומה לפרשנות שניתנה לעבירת ההריגה שבחוק

²⁴ *Čelebići Trial Judgment*, para. 437.

²⁵ *Galić Trial Judgment*, para. 55.

העונשין, משום שבתי הדין הבינלאומיים השווה אותה לעבירת רצח, שאינה דורשת כוונת תחילה כמו, למשל, העבירה של pre-mediated murder. עבירת ההריגה מוגדרת כדלקמן: "הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם, יאשם בהריגה, ודינו - מאסר עשרים שנה".

61. סעיף 20 לחוק העונשין מתייחס ליסוד הנפשי, הנדרש לצורך הרשעה בפלילים:

(א) מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולענין התוצאות גם אחת מאלה:

(1) כוונה - במטרה לגרום לאותן תוצאות;

(2) פיזיות שבאחת מאלה:

(א) אדישות - בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות;

(ב) קלות דעת - בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען.

62. רשויות הצבא, מפקדים וחיילים ידעו, כי הם משתמשים בתחמושת שאינה מבחינה בין מטרות אזרחיות למטרות צבאיות, הם ידעו, כי בכך הם מפריס את עקרון ההבחנה, הם ידעו, כי השימוש בתחמושת זו בלב שטחים בנויים יפגע בהכרח במטרות אזרחיות, הם ידעו שדרום לבנון אינו רק מאזרחים, הם ידעו, כי מאות אלפי פצצות קטנות הפכו למוקשים נגד בני אדם בדרום לבנון, הם ידעו כי פצצות אלה תאיימנה על חייהם של אזרחים לבנוניים שישבו לבתייהם אחרי המלחמה, הם ידעו, כי אזרחים יקפחו את חייהם או ייפגעו כתוצאה מהשימוש בפצצות אלה בלב שטחים בנויים. כל זאת הם ידעו או היה עליהם לדעת זאת.

63. עובדות אלה מקימות לכאורה את היסוד הנפשי הנדרש לביצוע העבירה של הרג מכוון וגם של עבירת ההריגה.

64. יש להדגיש, כי לא רק חשד לביצוע עבירת ההריגה מחייב פתיחתה של חקירה פלילית, אלא גם החדש לביצוע העבירה של גרימת מוות ברשלנות מחייב פתיחתה של חקירה פלילית, כפי שיפורט בפרק הבא.

V. החובה לחקור מקרי הרג של אזרחים:

65. חובתה של ישראל לחקור מקרי הרג של אזרחים תמימים נגזרת מהוראות המשפט ההומניטרי, מהוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי, ומהוראת המשפט הישראלי. על חובה זו עמדה ועדת וינוגרד בקובעה, כי:

העובדה שישראל קיבלה על עצמה את עקרונות דיני המלחמה הטילה חובה על הרשויות המוסמכות בישראל, שיש להן הכלים המתאימים לכך, לבדוק את האירועים הפרטניים שביחס אליהם הועלו טענות הצריכות בדיקה.²⁶

66. סעיף 1, המשותף לכל אמנות ג'נבה, והמטיל חובה על מדינות "לכבד" את הוראות האמנה בכל מצב, וסעיף 146 לאמנה, המצוטט להלן, מחייבים את המדינה לחקור מקרים שביחס אליהם מתעורר החשד, כי הם הפרו את כללי המשפט ההומניטרי. סעיף 146 הנ"ל קובע, כי:

The High Contracting Parties undertake to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches of the present Convention defined in the following Article. Each High Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts... Each High Contracting Party shall take measures necessary for the suppression of all acts contrary to the provisions of the present Convention other than the grave breaches defined in the following Article.

67. החובה לחקור מקרי הרג של אזרחים תמימים נגזרת אף ממשפט זכויות האדם הבינלאומי. שמירתה וכיבודה של הזכות לחיים, שהינה זכות מקודשת באמנות ובהצהרות זכויות אדם בינלאומיות, מטילות חובה אקטיבית על המדינה לנקוט באמצעים אפקטיביים כדי להגן על זכות זו ובראשם פתיחת חקירה אפקטיבית בעקבות הריגתם של אזרחים תמימים. על כך עמד United Nations Special Rapporteur on Extra-judicial, Summary or arbitrary executions בקובעו, כי:²⁷

Human rights law imposes a duty on States to investigate alleged violations of the right to life "promptly, thoroughly and effectively through independent and impartial bodies". This duty is entailed by the general obligation to ensure the right to life to each individual [...] Armed conflict and occupation do not discharge the State's duty to investigate and prosecute human rights abuses. The right to life is non-derogable regardless of circumstance. This prohibits any practice of not investigating alleged violations during armed conflict or occupation.

68. גם בית המשפט האירופי לזכויות אדם קבע בשורה ארוכה של פסקי דין את חובתן של מדינות לקיים בתוך זמן סביר חקירה עצמאית ובלתי-תלויה לחקירת נסיבות מותם של אזרחים, שנהרגו על-ידי שלוחיהן. זאת, אף באיזורים, בהם התקיימו עימותים קשים בין כוחות ביטחון לארגוני

מורדים. כך, למשל, בפרשת *Kamer Demir v. Turkey*²⁸ דובר במקרה אזרחית טורקיה, תושבת אזור דרום-מזרח טורקיה, שנהרגה בעקבות הפצצה של כוחות הביטחון הטורקיים על הכפר בו התגוררה. האזור בו התגוררה המנוחה הוכרז באותה עת כאזור, הנתון במצב חירום, בשל עימותים קשים בין כוחות הביטחון הטורקיים לחברי ארגון PKK. בית הדין מכיר בכך, שהסיטואציה באזור באותה עת דרשה מטורקיה לנקוט באמצעים חריגים, ובכללם הצבתן של יחידות ארטילריה, במטרה להשיג מחדש שליטה באזור ולשים סוף למעשי האלימות. יחד עם זאת בפסק הדין נקבע, כי טורקיה אחראית להפרת סעיף 2 לאמנה האירופית – הזכות לחיים, הן משום שעל פי המידע שנמסר לבית הדין לא ננקטו כל אמצעי הזהירות הנדרשים על מנת להגן על חיי אזרחים, והן משום שלא התקיימה חקירה ראויה על-ידי גורם בלתי תלוי.

69. החובה לחקור מקרי הרג של אזרחים תמימים מעוגנת אף בהוראות המשפט הישראלי (חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 וחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955). החובה לחקור מקרה הרג של אזרחים תמימים נגזרת גם מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המטיל חובה אקטיבית על המדינה להגן על חיי אדם.

70. בית המשפט העליון עמד על החובה לחקור מקרה הרג של אזרחים במהלך מאבק מזוין בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (2006) וקבע, כי²⁹:

"לעומת הלוחמים ומטרות צבאיות עומדים אזרחים ומטרות אזרחיות. אסור להם להיות נתונים להתקפה צבאית המכוונת כלפיהם. חייהם וגופם מוגנים מפני סיכוני הלחימה ובלבד שהם עצמם אינם נוטלים חלק ישיר בלחימה...

גישה זו – המגינה על חייהם, גופם ורכושם של אזרחים שאינם נוטלים חלק ישיר בעימות מזויין – עוברת כחוט השני בפסיקתו של בית המשפט העליון..."

בית המשפט הדגיש, כי חייבת להיות חקירה עצמאית ואובייקטיבית של מקרי הרג של אזרחים:³⁰

"לבסוף, הדינים הנוגעים לפעילות מונעת של צבא הגורמת למותם של מחבלים ושל אזרחים תמימים שבקרבתם, דורשת בחינה בדיעבד של התנהגות הצבא (ראו פסקה 40 לעיל). בחינה זו צריכה להיות – כך קובע המשפט הבינלאומי המנהגי – בעלת אופי אובייקטיבי... כמו כן, ביקורת שיפוטית זו אינה תחליף לביקורת אובייקטיבית בדיעבד, לאחר אירוע שבו נפגעו, לפי הטענה, אזרחים תמימים שלא נטלו חלק ישיר במעשי האיבה..."

²⁸ *Kamer Demir v. Turkey*, no. 41335/98, October 19, 2006.

פסקה 23 לפסק הדין.
פסקה 54 לפסק-הדין.

29
30

71. ברור, שהחקירה של האלוף גרשון הכהן אינה מהווה תחליף לחקירה פלילית. מובן מאליו, כי מדובר בחקירה שאינה עצמאית. על החובה לחקור באופן עצמאי חשדות להפרת הוראות המשפט ההומניטרי עמדה ועדת וינוגרד בקובעה, כי:

במקרה כגון מלחמת לבנון השנייה, בה הטענות מופנות לקברניטי המדינה ומפקדי צה"ל הבכירים ביותר, ומקום בו היועץ המשפטי של הצבא ושל הממשלה היה מעורב בייעוץ השוטף במלחמה, קשה במיוחד להבטיח אמינות כזו... והוא מחייב עצמאות מיוחדת בתחקור טענות כלפי התנהלות הצבא במלחמת לבנון.³¹

הוועדה הוסיפה עוד:

מדינת ישראל וצה"ל יקפידו על תחקור מיידי ואמין ככל האפשר של אירועים שבהם מתעורר חשש לסטייה מן החוק הצבאי, המשפט הישראלי, או דיני הלחימה של המשפט הבינלאומי. תחקירים אלה יבחינו בין מרכיב הפקת הלקחים ובין מרכיב האחריות האישית.³²

72. רק חקירה פלילית יכולה להבטיח חקירה ראויה של מרכיב האחריות האישית של החשודים בהפרת כללי המשפט ההומניטרי.

לאור האמור לעיל, נבקשך להורות על פתיחת חקירה פלילית לחקר ירי פצצות מצרר לעבר שטחים מיושבים.

בכבוד רב,

דן יקיר, עו"ד
היועץ המשפטי

סוניה בולוס, עו"ד

העתק: תא"ל אביחי מנדלבליט, הפרקליט הצבאי הראשי

ועדת וינוגרד, עמ' 492.
ועדת וינוגרד, עמ' 494.

31
32