

תכנית ההכשרה לפעילים חברתיים בנושא המשפט ההומניטרי: ניתוח מקרי מבחן של IHL

- לכל קבוצה (בת 4-5 משתתפים) נחלק כרטיס ועליו רשום המקרה הנבחר.
לקבוצה יש 20 דקות לנתח את המקרה, לאור האלמנטים הבאים:
- א. כיצד המשפט ההומניטרי מתייחס לסוגיה?
 - ב. הנמקה של הטענות בעד ונגד (אם ישנה דילמה), ומסקנה סופית.
 - ג. ביסוס הטענות באמצעות הספרות הרלוונטית והידע הקיים.

1. הצגת הסוגיה: הובלת תחמושת בכביש מספר 6

באחד מימי מלחמת לבנון השנייה, נסעו בכביש מספר 6, מדרום לצפון, 4 משאיות תחמושת. הן היו עמוסות בפגזים. המשאיות נסעו בטור, אך היו מספר רכבים אזרחיים ביניהם. למרות שעת הצהריים, התנועה של הרכבים האזרחיים היתה דלילה. מרבית כביש 6, בקטע הצפוני, מצוי הרחק מישובים אזרחיים. האם המשאיות הן בגדר מטרה צבאית לגיטימית?

ניתוח:

את הניתוח יש לעשות לאור שאלת הצורך הצבאי, עקרון ההבחנה ועקרון המידתיות (פרופורציונליות).

א. עקרון הצורך הצבאי

העקרון המרכזי של הדין ההומניטרי הוא השימוש באש במהלך סכסוך חמוש יעשה רק כאשר יש צורך צבאי. עקרון הצורך הצבאי קובע בפשטות כי מותר לכוחות הלוחמים לפגוע באינטרסים הומניטריים אך ורק אם הפגיעה משרתת צורך צבאי, דהיינו, הכנעת האויב והבאת הקרבות לכלל סיום. במילים אחרות, פגיעה בחיי אדם, ברכוש או בכל אינטרס מוגן אסורה אם אין לה הצדקה צבאית.

עקרון הצורך הצבאי עומד בבסיסו של אחד הרעיונות המרכזיים של המשפט הבינלאומי ההומניטרי – הרעיון שלפיו אין לפגוע באנשים אשר יצאו ממעגל הלוחמה, הואיל ואנשים אלו אינם תורמים עוד למאמץ המלחמתי של הצד האחר לסכסוך.

השאלה היא מהי מטרה צבאית? = כל מטרה אשר תחליש את הכוחות הצבאיים של היריב.

לפי הכרזת סנט פטרבורג משנת 1864, המקום הראשון בו נוסחה במפורש מהי מטרה צבאית לגיטימית: **That the only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war is to weaken the military forces of the enemy;**

משמע, המבחן המכריע הנו מבחן ההחלשה הצבאית. יישום ספציפי של המבחן ההחלשה הצבאית מצוי בסעיף 52(2) לפרוטוקול הראשון הקובע כי (ארה"ב לא אישרה וישראל לא חתמה):

"התקפות תוגבלנה באופן מוחלט למטרות צבאיות. בכל הנוגע לאובייקטים, מטרות צבאיות מוגבלות לאותם אובייקטים אשר מטבעם, מיקומים, מטרותם או השימוש בהם תורמים תרומה אפקטיבית לפעולה צבאית ושהריסתם, תפיסתם או נטרולם, באופן מוחלט או חלקי, בנסיבות המתקיימות באותו הזמן, מקנים יתרון צבאי מובהק".

במילים אחרות רק יעדים שתורמים תרומה של ממש למאמץ המלחמתי של הצד שכנגד ושפגיעה בהם תביא להחלשתו של הכוח הצבאי שמנגד הנם יעדים לגיטימיים העומדים במבחן הצורך הצבאי.

באופן דומה, סעיף 51 לפרוטוקול הראשון קובע כי אזרחים אינם יעד צבאי לגיטימי – "אלא אם ולמשך אותו הזמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה"

לכן, יש לבדוק האם המטרה היא מטרה צבאית? במקרה שלנו - המשאיות נוסעות צפונה, לצורך חימוש הכוחות הישראליים הלוחמים – בהחלט מטרה צבאית.

ב. עקרון ההבחנה

אבל הבדיקה הזו אינה מספיקה, כיוון שהפגיעה יכולה להיות לא רק במטרה הצבאית אלא גם ביעדים אזרחים. הדין ההומניטרי קובע כי על הכוחות הלוחמים מוטלת חובה להבחין בין יעדים צבאיים לבין יעדים אזרחיים (כמו גם בין לוחמים לבין אזרחים), וניתנת להם הרשות לפעול רק נגד יעדים צבאיים (סעיף 48 לפרוטוקול הראשון). ביטוי מובהק לעיקרון ניתן למצוא בנוסחו של סעיף 51(4) לפרוטוקול הראשון, בדבר התקפות חסרות הבחנה:

"התקפות חסרות הבחנה אסורות. התקפות חסרות הבחנה הן:

א. אלה שאינן מכוונות נגד מטרה צבאית מסוימת;

ב. אלה העושות שימוש בשיטת או באמצעי לוחמה שלא ניתן לכוונם נגד מטרה צבאית מסוימת; או

ג. אלה העושות שימוש בשיטת או באמצעי לוחמה שלא ניתן להגביל את השפעותיהם כנדרש על-פי פרוטוקול זה;

ושמטבען, עקב כך, בכל אחד מן המקרים, הוא לפגוע במטרות צבאיות ובאזרחים או באובייקטים אזרחיים ללא הבחנה".

עולה כמובן גם השאלה האם ניתן להשיג את אותו יתרון צבאי, בזמן של תקיפת המשאיות במקום אחר? סעיף 57(3) לפרוטוקול הראשון, בדבר אמצעי זהירות בהתקפה: "כאשר אפשרית הבחירה בין מספר מטרות צבאיות להשגת יתרון צבאי דומה, המטרה שתיבחר תהיה זו שניתן לצפות כי תקיפתה תגרום לסכנה המעטה ביותר לחיי אזרחים ולאובייקטים אזרחיים".

במילים אחרות, חובת ההבחנה כוללת איסור לתקוף את שטחו של האויב באופן אקראי, מבלי לנסות ולהבחין בין מטרות צבאיות למטרות אזרחיות, ואיסור להשתמש באמצעי או בשיטות לחימה אשר אינם מסוגלים להבחין בין מטרות שכאלה – או בגין פגיעתם הבלתי מדויקת או בגין השפעתם הנרחבת, שאינה ניתנת לתחימה.

[כמו כן, כולל עקרון ההבחנה שלושה רכיבי חובה נוספים על הצד התוקף: קיים איסור להתייחס למקבץ מטרות צבאיות ואזרחיות נפרדות כאל מטרה אחת (ס' 51(5)(א) לפרוטוקול הראשון); יש חובה לנקוט את האמצעים הנחוצים על מנת לברר את אופייה של המטרה המותקפת (ס' 57(2)(א)(1) לפרוטוקול הראשון); וקיימת חובה להזהיר, במידת האפשר, את האוכלוסייה האזרחית על המתקפה, על מנת לאפשר לה להתרחק מן היעד המותקף (ס' 57(2)(ג) לפרוטוקול הראשון)].

על הצד המותקף מוטלות גם חובות מוגדרות מכוח עקרון ההבחנה. אלו כוללות איסור למקם מתקנים צבאיים בקרבת אוכלוסייה אזרחית; איסור למקם אזרחים בסמוך למתקנים צבאיים על מנת להשתמש בהם כמגנים אנושיים (ס' 51(7) לפרוטוקול הראשון); וחובה להתאמץ להרחיק אזרחים מקרבתם של יעדים צבאיים (ס' 58 לפרוטוקול הראשון).

במקרה שלנו - המשאיות נוסעות צפונה, לצורך חימוש הכוחות הישראליים הלוחמים ועולה השאלה באשר לפגיעה באזרחים ובכביש עצמו? הפגיעה היא גם ביעד אזרחי. לכן יש לבדוק את -

ג. עקרון המידתיות (פרופורציונליות)

עיקרון שלישי, אשר קיבל ביטוי של ממש באמנות ג'נבה של 1949, ובעיקר בפרוטוקול הראשון משנת 1977, הנו עקרון המידתיות (פרופורציונליות), שלפיו **אין להתיר פעולה צבאית הצפויה לגרור פגיעה באינטרסים הומניטריים במקרה שבו הפגיעה עומדת ביחס בלתי מידתי לתועלת הצבאית אשר צפויה להיות מופקת מן הפעולה.** כך, למשל, קובע סעיף 51(5)(ב) לפרוטוקול הראשון כי פעולה צבאית אסורה הנה:

"התקפה שניתן לצפות כי תגרום לאובדן נלווה של חיי אזרחים, פגיעה נלווית של אזרחים, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים, או שילוב של כל אלה, אשר יהיו מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיה הצפוי".

משמע, **יש לאזן בין הפגיעה הצפויה באינטרסים ההומניטריים לבין התועלת הצבאית הקונקרטית והישיה שלה מצפה הכוח יזום הפעולה.**

קושי מרכזי ביישום עקרון המידתיות טמון באופיו צופה-פני-העתיד של המבחן המצוי בבסיסו, שכן **קשה לצפות מראש אם פעולה מסוימת תהיה פרופורציונלית אם לאו.** על רקע זה קבעה הוועדה שבחנה את הפצצות נאט"ו ביוגוסלביה כי קל יותר להכיר בעקרון הפרופורציונליות מאשר ליישם אותו. עם זאת, הוועדה הציעה כמה מבחני משנה, אשר עשויים לסייע בקביעה אם פעולה מסוימת חרגה בבירור מעקרון המידתיות, עד כדי כך שהיא מצדיקה הטלת אחריות פלילית על מבצעי הפעולה ומפקדיהם (מבחני אחריות פלילית לא מבחני אחריות מדינה):

- האם ניתן היה להשיג תוצאה דומה באמצעות נקיטת אמצעים חלופיים שאינם גורמים לנזק דומה?
- האם הייתה קיימת מודעות בפועל לנזק הצפוי?
- והאם החריגה מהמידתיות הייתה חריגה בולטת?

בעיה נוספת הקשורה ביישום עקרון המידתיות הנה שאלת המתודולוגיה שבה נערך האיזון בין נזק לתועלת. הערכה כזו הנה מטבע הדברים **סובייקטיבית ותלויה בעולם הערכים של הגורם המעריך, כמו גם בתכניותיו המבצעיות.** אנו נתקלים כאן אפוא בבעיה מוכרת, המאפיינת 'מונחי שסתום' משפטיים – עמימות ההכוונה הנורמטיבית המושגת באמצעותם. כך, למשל, תוצאותיו הקשות של מבצע הריגתו של

השייך סלאח שחאדה, ראש הזרוע הצבאית של החמאס בעזה, באמצעות פצצה במשקל טון שהוטלה על ביתו על ידי חיל האוויר הישראלי ביום 23 יולי 2002 – 15 הרגים, בתוכם 9 ילדים – הובילו כנראה, ככל שהנזק היה ניתן לצפייה מראש, לחריגה מעקרון המידתיות. עם זאת, יש להניח כי משפטנים שונים, לו נשאלו על כך מראש, היו משיבים תשובות שונות על השאלה מהו המספר המירבי של קרבנות אזרחיים נלווים (collateral damage) אשר היה משאיר את המתקפה בגדר מבחן המידתיות.

מתעוררת גם השאלה מהו היחס בין החובה לכבד את עקרון המידתיות לבין שאיפתו של צד לסכסוך חמוש להקטין, ככל הניתן, את הסכנה הצפויה לחייליו. הוועדה לבחינת הפצצות נאט"ו ביוגוסלביה קיבלה את עמדת נאט"ו כי החלטתה העקרונית להשתמש במפציצים מגובה רב במהלך המערכה הייתה חוקית, שכן טכניקת לוחמה זו נועדה לאפשר למטוסי נאט"ו לחמוק מטווח האש של סוללות הנ"מ הסרביות. מכאן עולה, שלשיטתה של הוועדה צד לסכסוך רשאי לבחור בטקטיקת לוחמה שנועדה להגן על חי" לוחמיו, גם אם משמעות הדבר הנה פגיעה גדולה יותר באינטרסים ההומניטריים של הצד האחר לסכסוך.

עם זאת, חופש הפעולה של הצדדים לאמץ אמצעי הגנה מן הסוג האמור אינו בלתי מוגבל. כך, למשל, החלטתו של נשיא ארצות-הברית, הארי טרומן, להורות על הטלת שתי הפצצות הגרעיניות על הירושימה ונגסאקי בשלהי מלחמת העולם השנייה אינה משקפת איזון נאות בין השאיפה הלגיטימית להפחית את הסיכון שנשקף לכוחות הצבא האמריקני לבין הצורך לצמצם פגיעות אזרחיות. אמנם השימוש בנשק גרעיני הוביל לכניעתה של יפן, וחסך מארצות-הברית את הצורך לפלוש ליפן ולסכן, אגב כך, את חייהם של מאות אלפי לוחמים אמריקנים. עם זאת, אנו בדעה כי הנזק שנגרם עקב שתי הפצצות (למעלה מ-170,000 אזרחים הרגים) אינו עומד במבחן המידתיות (אם כי ספק רב אם מבחן המידתיות היה חלק מהדין הנוהג בשנת 1945).

ניתוח המקרה שלנו – ניתן לטעון ל:

תשובה חיובית:

א. פגיעה באזרחים: התנועה דלילה, כמות האזרחים שהיו נפגעים היא יחסית מאוזנת להישג הצבאי.

ב. פגיעה בתשתיות אזרחיות: כביש 6 איננו נחשב כ"תשתית אזרחית חיונית", לפי סעיף 54 של הפרוטוקול הראשון, בדבר הגנת אובייקטים חיוניים להישרדות האוכלוסייה האזרחית.

תשובה שלילית: אם ימצא שכמות האזרחים שהיו נפגעים איננה מאוזנת להישג הצבאי. ניתן לפגוע במשאיות כשהן נמצאות הרחק צפונה, למשל, וכך מפחיתים את הסיכון לאזרחים. לכן, התקפה על משאיות אלה, אשר נוסעות ובתוכם מכוניות אזרחיות, יכולה להיחשב כהתקפה לא מובחנת ו/או לא מידתית.

2. הצגת הסוגיה: הפצת תחנת טלוויזיה בזמן מלחמה

במהלך המלחמה ביוגוסלביה ביום ה-23 לאפריל 1999 הפציצו כוחות נאט"ו את תחנת הטלוויזיה בבלגרד. במהלך הפעולה נהרגו 16 בני אדם.

רקע: במשך שנים היתה קוסובו מחוז אוטונומי אלבני ברפובליקה של סרביה. ב-1995 החל הצבא לשחרור קוסובו (KLA) במאבק חמוש נגד השלטונות היוגוסלביים ונגד המיעוטים הלא-אלבנים בחבל. בשלב זה הייתה לאלבנים שליטה רופפת בחלק ניכר משטח המחוז, תוך ניצול העובדה שצבא יוגוסלביה שקע בשנות התשעים במלחמות בבוסניה ובקרוואטיה. המאבק הסלים ב-1998, כששני הצדדים ביצעו פשעי מלחמה. נשיא יוגוסלביה דאז, סלובודן מילושביץ', ביטל אותה ב-1988, וסגר את בתי הספר האלבנים. ב-1998 החלו אלבנים להימלט מקוסובו – חלקם ברחו מפחד הסרבים, אחרים גורשו. האלבנים פנו להתערבות בינלאומית בטענה שמבוצע בהם רצח עם (טענה שבית דין של האו"ם דחה לאחר חקירה ב-2001). הפגיעה הבוטה בזכויות אדם, כמו החשש מהתלקחות מחודשת של האזור, הביא למעורבות בינלאומית.

ב-24 במרץ 1999, פתח נאט"ו במתקפה אווירית על קוסובו. במקביל איימו הכוחות המשותפים לתקוף את בלגרד, בירת יוגוסלביה, אם זו לא תודיע על הסגת כוחותיה מקוסובו. האסטרטגיה הצבאית שגובשה כוונה להביס ולפורר את המערך הצבאי והביטחוני של מילושביץ'.

מהעיתונות: עידו שטרנברג, מערכת וואלה!

"ב-23 באפריל 1999 התקיפו מטוסי נאט"ו את אולפני "רדיו טלוויזיה סרביה" שבבעלות המדינה. רוב ההרוגים היו עובדי ההפקה שהתבקשו להתייצב לעבודה. הפעולה היתה חלק ממתקפת נאט"ו, שמטרתה היתה לאלץ את ממשלתו של נשיא יוגוסלביה דאז, סלובודן מילושביץ', לסגת מקוסובו. בזמנו, הצדיקה נאט"ו את המתקפה בטענה כי תחנת הטלוויזיה היתה מטרה לגיטימית בגלל תפקידה במסע התעמולה של בלגרד, "בית הדין האירופי לזכויות האדם שוקל להעמיד לדין את נאט"ו, סוכנויות הידיעות, "הארץ", 25.10.2001.

האם פעולה זו מותרת לפי הדין ההומניטרי?

ניתוח:

לעבור על העקרונות הנ"ל + יישום מבחן הצורך הצבאי

יש מטרות אשר לגביהן קיימת חזקה כי הן משרתות צורך צבאי (עמדות ובסיסי צבא, קווי תקשורת צבאיים וכדומה), וישנן מטרות לגביהן חזקה הפוכה (למשל בתי מגורים, בתי חולים, בתי ספר ועוד). **הקושי מתעורר בעיקר בכל הנוגע למטרות מעורבות** – אשר יש להן תכלית צבאית ואזרחית גם יחד. **הפצת תחנת הטלוויזיה בבלגרד היא דוגמא למטרה מעורבת.** לטענת דוברים מטעם כוחות נאט"ו, תחנת הטלוויזיה שימשה לא רק לשידורים אזרחיים, אלא גם לצורך העברת מסרים ליחידות צבאיות ולזרועות שלטוניות אחרות. עם זאת, ראש ממשלת בריטניה טוני בלייר ודוברי נאט"ו אחרים התבטאו כי מטרת ההפצות הייתה גם לפגוע במכונת התעמולה של נשיא יוגוסלביה – סלובודן מילושביץ', ולהביא אגב כך להפלתו.

ועדה מטעם משרד התובע של ה-ICTY בחנה את חוקיות הפצצות נאט"ו ביוגוסלביה קבעה כי **ככל שהפצצה כוונה לחבל בתשתיות התקשורת הצבאיות של יוגוסלביה, היא עמדה במבחן הצורך הצבאי**. עם זאת, הוועדה הביעה דעתה כי לו היה מתברר כי מטרת ההפצצה הייתה אך ורק לפגוע במורל האוכלוסייה היוגוסלבית ולהחליש את התמיכה במשטרו של מילוסביץ, נראה כי היא אינה עומדת במבחן הצורך הצבאי, שכן לא הייתה סבירות גבוהה שתהיה בכך משום תרומה מוחשית למאמץ המלחמתי של צבא יוגוסלביה. הואיל והוועדה סברה כי הראיות שבידה מצביעות על כך שהמטרה העיקרית של התקיפה הייתה צבאית ולא פוליטית, היא סברה שאין מקום להמשיך בהליכים פליליים נגד המעורבים בהפצצה.

שאלה קשה אחרת קשורה למעמדו של הדרג הפוליטי, ובאופן ספציפי, להיותם של מנהיגים פוליטיים מטרה צבאית לגיטימית. על אף קיומו של נוהג שלפיו אין פוגעים בדרך כלל במנהיגי הצד האחר, אין סיבה של ממש שלא לבחון את מעמדם של המנהיגים הפוליטיים על פי מבחני סעיף 51 לפרוטוקול הראשון. מכאן שמנהיגים הנוטלים חלק פעיל במעשי האיבה – היינו, מהווים חלק משרשרת הפיקוד ותורמים תרומה של ממש למאמץ המלחמתי, ייחשבו בדרך כלל למטרה לגיטימית. לעומת זאת, בנוגע לפוליטיקאים אשר אינם נמצאים ביחסי מרות עם הכוחות הצבאיים, צריכה להיות חזקה הרואה בהם ככלל אזרחים מוגנים.

לבסוף, יש לזכור כי מבחן הצורך הצבאי הנו מבחן סף וכי, כפי שיוסבר להלן, פעולות אשר עלולות בקנה אחד עם הצורך הצבאי עלולות עדיין להיפסל מן הטעם כי הן מנוגדות לעקרונות או לכללים משפטיים אחרים. כך, למשל, טענותיהם של נאשמים נאצים במשפטים שלאחר מלחמת העולם השנייה כי פגיעה בשבויי מלחמה או בנטרפי אניות המשתייכים לצבאות בעלות הברית במהלך המלחמה הייתה מוצדקת מכוח שיקולים צבאיים בנסיבות הספציפיות ששררו באותה עת (צורך לפנות במהירות מחנה שבויים או העלמת עדויות למיקומה של צוללת גרמנית) נדחו מן הטעם כי כללים מסוימים מציבים איסורים מוחלטים על פגיעה באנשים מוגנים, וכי במקרים אלו לא ניתן להצדיק את הפגיעה בקיומו של צורך צבאי.

תוספת בהקשר זה: החיסולים

בהקשר הישראלי, שאלת בחירת מטרות לתקיפה התעוררה בשנים האחרונות במסגרת הדיון בדבר חוקיות מדיניות "הסיכולים הממוקדים", שנוקטת ישראל מאז שנת 2000 נגד אזרחים פלסטינים החשודים בחברות בארגון טרור. עמדתה של הממשלה הנה כי אזרחים המעורבים בפעילות טרור מהווים יעד לגיטימי לפגיעה כל עוד לא יצאו ממעגל הלחימה. לעומת זאת, ועדת חקירה של האו"ם שבחנה את מדיניות ישראל לשטחים הביעה דעה זהירה יותר, שלפיה ניתן לפגוע באזרחים המעורבים בפעולות איבה, אך ורק אם הפגיעה מתבצעת במהלכן של פעולות שהם משתתפים בהן, וזאת בהתבסס על פרשנות צרה של סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון הנ"ל הקובע כי: "אזרחים ייחשבו מן ההגנה המוענקת על פי סימן זה, אלא אם ולמשך אותו זמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה".

בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נגד ממשלת ישראל ניתנה פרשנות מרחיבה לסעיף זה ונקבע כי **פעילי ארגוני הטרור אינם לוחמים, שכן אין הם עונים להגדרת מושג זה במשפט**

הבינלאומי. כך למשל, אין הם מקיימים את דיני המלחמה. לפיכך, פעילי ארגוני הטרור הינם במעמד של אזרחים. אולם, **ההגנה הניתנת במשפט הבינלאומי לאזרחים אינה חלה אותה עת בה הם נוטלים חלק ישיר בפעולות איבה.**

כלומר, אזרח המבקש ליהנות מההגנות הניתנות לו במשפט הבינלאומי בעת סכסוך מזוין חייב להימנע מלהשתתף באופן ישיר במעשי האיבה. אזרח המפר דין זה והמבצע מעשי איבה אינו מאבד את הסטטוס שלו כאזרח, אך כל עוד הוא נוטל חלק ישיר במעשי איבה הוא אינו נהנה באותו זמן מההגנה הניתנת לאזרח. אזרח הנוטל נשק (בין בגלוי בין בסתר) והוא בדרכו אל המקום בו ישתמש בו כנגד הצבא, או שהוא יורה בו, או שהוא בדרכו חזרה ממקום הירי, נוטל חלק ישיר במעשי איבה. כך גם מי שמחליטים על ביצוע הפיגועים, מי שמתכננים אותם, ומי שמגייסים מפגעים ומסייעים בהכנתם ובשילוחם. מנגד, מי שהוא תומך באופן כללי במעשי איבה, או מספק מזון, תרופות, או סיוע לוגיסטי-כללי, לרבות תמיכה כספית, משתתף באופן עקיף במעשי איבה. מהו משך אותו הזמן בו אזרח נוטל חלק ישיר במעשי איבה? אזרח אשר נטל חלק ישיר במעשי איבה באופן חד פעמי או ספורדי, ולאחר מכן ניתק עצמו מפעילות זו, הוא אזרח שעם ניתוקו מהפעילות זכאי להגנה מתקיפה. אין לתקוף אותו בגין מעשי האיבה שביצע בעבר. מנגד, אזרח אשר הצטרף לארגון טרור והמבצע שרשרת של מעשי איבה, תוך הפסקות ביניהם, מאבד את חסינותו מפני התקפה לכל תקופת פעילותו. לגבי אזרח כזה המנוחה בין מעשי האיבה אינה אלא התכוננות למעשה האיבה הבא. דוגמאות אלה מצביעות על הדילמה אשר דרישת ה"ולמשך אותו הזמן" מעמידה בפניו. מחד גיסא אין לפגוע באזרח שבאופן חד פעמי או ספורדי נטל חלק ישיר במעשי איבה, אך אשר ניתק עצמו מהם (אם בכלל ואם לתקופה ארוכה). מאידך גיסא, יש להימנע מהתופעה של "הדלת המסתובבת" (ה-revolving door), על פיה יש לכל מחבל מעין "קרנות מזבח" או "ערי מקלט" אליהם הוא פונה למנוחה ולהתארגנות, תוך שהם מעניקים לו הגנה מפני תקיפה.

יש לבדוק:

1. נדרש מידע מבוסס היטב, חזק ומשכנע בטרם יסווג האזרח כנופל לאחד מהמצבים עליהם עמדנו. צריך להתקיים מידע בדוק ביותר באשר לזהותו ופועלו של האזרח אשר לפי הטענה נוטל חלק במעשי האיבה. הנטל המוטל, בעניין זה, על הצבא התוקף הוא כבד. במקרה של ספק, נדרשת בדיקה קפדנית בטרם תעשה תקיפה.
2. אין לתקוף אזרח הנוטל חלק ישיר, אותה עת, במעשי האיבה, אם ניתן לנקוט כלפיו אמצעי שפגיעתו פחותה. גם אזרח הנוטל חלק ישיר בפעולות איבה איננו מחוץ לחוק. אין לפגוע בו במידה העולה על הנדרש לנוכח הצרכים הביטחוניים. כך למשל, אין לפגוע בו אם ניתן לעצרו, לחקרו ולהעמידו לדין. עם זאת המעצר, החקירה והמשפט אינם אמצעים שניתן לנקוט בהם תמיד. לעתים אפשרות זו אינה קיימת כלל; לעתים היא כרוכה בסיכון כה גדול לחיי החיילים, עד שאין נדרש לנקוט בה.
3. לאחר ביצוע תקיפה על אזרח החשוד בכך שנטל חלק ישיר, אותו זמן, במעשי איבה, יש לערוך (בדיעבד) בדיקה יסודית באשר לדיוק הזהות של הנפגע ונסיבות הפגיעה בו. בדיקה זו צריכה להיות עצמאית. במקרים מתאימים יהא מקום לשקול תשלום פיצויים בגין הפגיעה באזרח תמים.
4. יש להימנע ככל שאפשר מפגיעה באזרחים תמימים אגב פעולה שנועדה לפגוע באזרח הנוטל חלק ישיר בפעולות איבה (פגיעה נלווית). פגיעה באזרחים תמימים תהיה חוקית רק אם היא עומדת

בדרישת המידתיות. דרישה זו פירושה שאין לפגוע במחבלים אם הנזק הצפוי לאזרחים תמימים שבקרבם אינו שקול כנגד התועלת הצבאית שבפגיעה בהם. כך למשל, ניתן לירות לעברו של מחבל היורה ממרפסת ביתו על חיילים או אזרחים אף אם כתוצאה מכך עלול להיפגע אזרח-תמים העובר בסמיכות. פגיעה מעין זו באזרח תמים תעמוד בדרישות המידתיות. לא כן אם הבית יופצץ מהאוויר ועשרות דייריו ועוברי אורח ייפגעו. בתוך בין שני המקרים יימצאו המקרים הקשים. הם ידרשו בחינה מדוקדקת של כל מקרה ומקרה.

3. הצגת הסוגיה: שימוש בפצצות מצרר

"לפי ממצאי האו"ם, מאז הפסקת האש נהרגו 24 אזרחים לבנונים מנפלים של פצצות מצרר שירתה ישראל. האו"ם אסף עד כה 58 אלף פצצות מצרר שלא התפוצצו בכל רחבי דרום לבנון, כולל בריכוזי אוכלוסייה. לפי ההערכה, ישראל ירתה במלחמה כ-20 אלף פגזי מצרר וכ-1,800 רקטות מיצרר, שהכילו בין 3 ל-4 מיליון פצצות קטנות בגודל של רימון יד, שטווח ההרג של כל אחת מהן מגיע לארבעה מטרים". מתוך: "עדות: צמרת המטכ"ל אישרה את כל היעדים לירי רקטות מצרר מצפון לליטני", מירון רפפורט, "הארץ", 21.11.06.

"לדברי המפקד, השימוש המסיבי ברקטות ה-MLRS נעשה למרות שידוע שהן מאוד לא מדויקות - טווח הסטייה של הרקטות מהמטרה מגיע ל-1,200 מטרים - ושחוזז ניכר מהפצצות לא מתפוצץ והופך למוקש... שיעור הנפלים ברקטות שירה צבא ארה"ב בעיראק הגיע ל-30 אחוז, ולטענת צוות מפקי המוקשים של האו"ם בלבנון, שיעור הנפלים ברקטות שירה צה"ל הוא כ-40 אחוז". (נפלים = פצצות שלא התפוצצו באוויר או בקרקע, והן נותרות בשטח כמן סוג של מוקשים) מתוך: "מפקד שיגור רקטות: ירינו יותר ממיליון פצצות מצרר בלבנון", מירון רפפורט, "הארץ", ספטמבר 2006

האם השימוש בפצצות מצרר עולה בקנה אחד עם כללי המשפט ההומניטרי?

ניתוח:

א. האם כלי-הנשק עצמו עומד בסטנדרטים של IHL? עקרון מניעת סבל מיותר

עיקרון נוסף ורביעי של הדין ההומניטרי הוא עקרון מניעת סבל מיותר (unnecessary suffering) ואפשר לראות בו יישום ספציפי של העיקרון הראשון בדבר ההכרח לעגן פעילות הפוגעת באינטרסים ההומניטריים בצרכים צבאיים.

מדובר באחד מן העקרונות הוותיקים ביותר של דיני הלוחמה, אשר בא לידי ביטוי כבר בהכרזת סנט פטרסבורג משנת 1868 בדבר אי-השימוש בזמן מלחמה בקליעים נפיצים במשקל של פחות מ-400 גרם, אשר כללה את הקביעות הבאות, בנוגע למטרות המלחמה:

"[Considering that] it is sufficient to disable the greatest possible number of men; That this object would be exceeded by the employment of arms which uselessly aggravate the sufferings of disabled men, or render their death inevitable; That the employment of such arms would, therefore, be contrary to the laws of humanity".

כמה הוראות נוספות של משפט בינלאומי ההומניטרי הנותנות ביטוי לעקרון מניעת הסבל המיותר.

כך, למשל, העיקרון מעוגן בצורה מפורשת בסעיף 23(ה) של תקנות האג 1907:

"נוסף על האיסורים, שנקבעו באמנות מיוחדות, אסור בעיקר... להשתמש בנשק, בטילים או בחומר המיועדים לגרום לסבל מיוחד"

בסעיף 35(2) של הפרוטוקול הראשון משנת 1977:

"אסור לעשות שימוש בכלי נשק, בקליעים ובחומרי ובשיטות לחימה שטבעם לגרום לפגיעה שאינה נחוצה או לסבל מיותר".

בסעיף 8(ב)(2)(20) לחוקת רומא:

"Employing weapons, projectiles and material and methods of warfare which are of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering or which are inherently indiscriminate in violation of the international law of armed conflict, provided that such weapons, projectiles and material and methods of warfare are the subject of a comprehensive prohibition and are included in an annex to this Statute, by an amendment in accordance with the relevant provisions set forth in articles 121 and 123"

מכאן שמטרת המלחמה הנה לנטרל את הכוחות הצבאיים של האויב. פגיעה אשר גורמת לסבל מיותר לאותם אנשים אשר הוצאו אל מחוץ למעגל הלוחמה אינה משרתת עוד צורך צבאי, ועל כן אינה חוקית. באופן דומה, ההכרזה מציינת כי גם פגיעה המובילה בהכרח למותם של חיילי אויב מנוטרלים אינה משרתת צורך צבאי. משמע, שפגיעה הגוררת דרגת פגיעה חמורה יותר מזו הנחוצה על מנת לנטרל חיילי אויב הנה פגיעה הגוררת נזק מיותר (superfluous injury) ויש להימנע ממנה, ככל שהדבר ניתן.

ביטוי מובהק לעיקרון קיים גם בכמה אמנות המגבילות שימוש בכלי נשק מסוימים מן הטעם כי השימוש בהם מוביל לסבל לא נחוץ. בצד האיסור על קליעים נפיצים המעוגן בהכרזת סנט פטרסבורג, קיימים גם איסורים על שימוש בכדורי דום-דום (Declaration concerning Expanding Bullets - אלו קליעים בעלי אפקט התרחבות בתוך גוף הקרבן המגבירים שלא לצורך את חומרת הפגיעה וגורם לסבל מיותר) ואיסורים נוספים כמו אלו הקבועים אמנת האו"ם לנשק קונבנציונאלי - האמנה בדבר איסור והגבלה על השימוש בכלי נשק קונבנציונאליים אשר השימוש בהם עשוי לגרום לנזק מופרז או שהשימוש בהם פוגע בעקרון ההבחנה (The United Nations Convention on Certain Conventional Weapons (CCW) - Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects and it is an annexe to the Geneva Conventions of the United Nations of August 12, 1949), שנחתמה ב-1980 ונכנסה לתוקף ב-1983. **כיום חברות בה 100 מדינות, בהן ארה"ב וגם ישראל** (לא חברות: אירן, עירק, מצריים, לבנון, סוריה, ר' רשימה). אמנה זו קובעת במפורש שעל מדינות נלחמות להגביל את השימוש בכלי נשק שגורמים לסבל מיותר (ציטוט מהמבוא):

"Basing themselves' on the principle of international law that the right of the parties to an armed conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited, and on the principle that prohibits the employment in armed conflicts of weapons, projectiles and material and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering"

האמנה מכילה סעיפים נוהלים בלבד, וההוראות המהותיות מצויות בחמישה פרוטוקולים נספחים לאמנה:

- פרוטוקול I – אוסר שימוש בתחמושת שאת רסיסה בגוף האדם לא ניתן לאתר באמצעות קרני רנטגן או כזו שהרסיסים מכילים חומרים רעילים, כדוגמת אורניום או אבץ.
- פרוטוקול II – אוסר שימוש בנשק בוגדני – מוקשים יבשתיים, מלכודות פתיים / מוסוות (Booby Traps) ומטעני צד למינהן מתוך כוונה להגן על המצויים מחוץ למעגל הלוחמה. מוקשים המשוגרים מרחוק או מוטלים ממטוסים מותרים רק אם הם מצוידים מנגוני נטרול או שוגרו לתוך שדות המסומנים כיאות.
- פרוטוקול III – אוסר שימוש בנשק מבעיר אשר גורם לסבל מיותר. זהו נשק המיועד להצית אש או לגרום לכוויות באמצעות אש או באמצעות תגובה כימית (למשל, פצצות נפלים - פצצות המוצתות ע"י דלק נפלים (מתערובת מלחים וחומצות)). השימוש אסור בכל פעם שיש חשש לפגיעה באזרחים, למעט "חריג הג'ונגל" המתיר לתקוף שטח מיוער אם הוא משמש מקום מסתור ומחסה ללוחמים מוסווים או יעדים צבאים אחרים.
- פרוטוקול IV – אוסר שימוש בנשק לייזר המעורר לצמיתות, וכן העברה של נשק כזה למדינות אחרות.
- פרוטוקול V – מסדיר ניקוי של שרידי חומרי נפץ העשויים להתפוצץ לאחר המלחמה, כמו פצצות מצרר. הפרוטוקול מציין את החובה על המדינות הנלחמות לסלק שאריות-נפץ (כגון רימונים, פצצות מצרר) הנותרות בשטח, והעלולות לסכן את התושבים, לאחר תום הסכסוך המזוין. כמו כן הפרוטוקול מציין את החשיבות של המדינות הנלחמות לסייע באיתור שאריות-נפץ אלה, כגון לשתף במידע היכן הוטלו פצצות הנותרות בשטח. הפרוטוקול נכנס לתוקף בנובמבר 2006, ומאז חתמו עליו 35 מדינות.

ישראל הפכה צד לאמנה ב-1995, תוך הצטרפות לפרוטוקול הראשון והשני. בשנת 2000 אשררה את הפרוטוקול הרביעי, בליווי הסתייגויות. ישראל יכולה לטעון שאין איסור על שימוש בפצצות מצרר ומכיוון שהיא אינה צד לפרוטוקול החמישי, היא יכולה לטעון שהיא גם אינה מחויבת לניקוי שרידי פצצות המצרר. אבל ניתן לטעון שאם כלי נשק זה גורם לסבל מיותר לאחר תום הסכסוך (אחוז גבוה של נפלים), השימוש בו אסור.

במאי 2008 נחתמה **האמנה על פצצות מצרר** (The Convention on Cluster Munitions – CCM), האוסרת שימוש וייצור, סחר ואחסון פצצות אלה. האמנה מתייחסת גם לשיקום פצועים, פינוי מוקשים וחינוך. האמנה נחתמה בדצמבר 2008, ע"י נציגי 94 מדינות, אך אושרה ע"י 5 מדינות בלבד. האמנה תכנס לתוקף שישה חודשים לאחר שתאושר ע"י המדינה ה-30 המצטרפת לאמנה.

1. Each State Party undertakes never under any circumstances to:
 - (a) Use cluster munitions;
 - (b) Develop, produce, otherwise acquire, stockpile, retain or transfer to anyone, directly or indirectly, cluster munitions;
 - (c) Assist, encourage or induce anyone to engage in any activity prohibited to a State Party under this Convention.

האמנה מחייבת מדינה חתומה שתמצא לנכון לייצר נשק מצרר בעתיד, תצטרך לעשות זאת עם סייגים, כגון: להוכיח שטווח הפגיעה קטן, להוכיח שטווח הפגיעה קטן, להוסיף לנשק מנגנון השמדה עצמית. הגם שישראל איננה צד לאמנה זו (והאגודה ובצלם פנו במכתב שישראל כן תשתתף בדיונים), במלחמה האחרונה בעזה לא היה שימוש בפצצות מצרר. עובדה זו יש לייחס גם לדו"ח וועדת וינוגרד, שביקר את הפרשנות של הפרקליט הצבאי שאישר את השימוש בפצצות.

לינקים:

אתר הצלב האדום

<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/cluster-munitions-questions-and-answers-130109?opendocument>

כתבה של מירון רפפורט בנושא

<http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=988653&contrassID=2&sbSubContrassID=0&subContrassID=16>

ב. יש לבדוק אם השימוש בכלי נשק זה לא פוגע בעקרון ההבחנה

ככתוב בכתבה, שימוש בנשק זה אינו מדויק, ולא פעם, גם אם הכוונה לפגוע במטרות צבאיות, אזרחים עלולים להיפגע.

סעיף 57 לפרוטוקול הראשון (1977), בעיקר תת-סעיף 2(א):

"אלה המתכננים או המחליטים על התקפה:

ינקטו את כל אמצעי הזהירות בני הביצוע בבחירת האמצעי ושיטות ההתקפה במטרה למנוע, ובכל מקרה

לצמצם, אובדן נלווה של חיי אזרחים, פגיעה נלווית לאזרחים ונזק נלווה לאובייקטים אזרחיים".

מסקנה: השימוש בכלי נשק זה אסור, ניתן היה לבחור נשק מדויק יותר, המצוי בידי הכוחות הלוחמים הישראליים.

4. הצגת הסוגיה: התנחלויות בשטחים הכבושים

"מאז 1967 ועד סוף 2007 הוקמו ברחבי הגדה המערבית 121 התנחלויות ישראליות בהן הכיר משרד הפנים כיישובים. זאת על אף שחלקן כוללות שטחים שאין ביניהם רצף בנוי. 12 התנחלויות נוספות הוקמו בשטחים שסופחו לישראל ב-1967 וצורפו לשטח השיפוט של עיריית ירושלים. כמו כן, פזורות ברחבי הגדה כמאה התנחלויות שהרשויות לא הכירו בהן באופן רשמי, והמכונות בתקשורת "מאחזים". 16 התנחלויות שהוקמו ברצועת עזה ושלוש התנחלויות בצפון הגדה המערבית פורקו בשנת 2005, במהלך יישום "תוכנית ההתנתקות". מתוך: אתר "בצלם", www.btselem.org/Hebrew/Settlements

מנתוני "בצלם": מספר התושבים הגרים בהתנחלויות בגדה המערבית, לא כולל מזרח ירושלים: כ- 285,800 (2008); מספר התושבים הגרים בהתנחלויות במזרח ירושלים: כ- 193,700 (2008).
האם ההתנחלויות בשטחים הכבושים עולים בקנה אחד עם כללי המשפט ההומניטרי?

ניתוח:

א. חובת הכוח הכובש לשמור על הסטטוס קוו הדמוגרפי בשטח הכבוש

סעיף 49 מאמנת ג'נבה הרביעית, 1949:

"העברת-כפיה של מוגנים, יחידים או המונים, וכן גירושם של מוגנים, משטח נכבש לשטחה של המעצמה הכובשת או לשטחה של כל ארץ אחרת, - בין שטח נכבש ובין שטח בלתי נכבש - אסורים, ויהי המניע מה שיהיה... המעצמה הכובשת לא תגרש ולא תעביר חלקים מאוכלוסייתה האזרחית שלה לשטח שנכבש על ידה".

סעיף 53 מהאמנה:

"אסור למעצמה הכובשת להחריב נכסי מקרקעים או להשמיד נכסי מטלטלים השייכים ליחיד או לרבים או למדינה או לרשויות ציבוריות אחרות, או לארגונים חברתיים או שיתופיים, אלא אם כן היו פעולות צבאיות מחייבות לחלוטין את ההחרבה וההשמדה האלה".

יש הטוענים כי גם אם אמנת ג'נבה חלה בשטחים, היא אינה אוסרת מעבר רצוני של תושבים משטח המדינה הכובשת אל השטח הכבוש. אבל יש לפרש את הסעיף באופן מרחיב יותר, ככולל גם איסור מדיניות ממשלתית המאפשרת או מעודדת, מעבר שכזה, וזאת לאור תכליתו האובייקטיבית של הסעיף שהנה שמירה על הסטטוס קוו הדמוגרפי בשטח הכבוש. עמדה זו נתמכת על ידי עמדתה של מרבית הקהילה הבינלאומית, העולה משורה ארוכה של החלטות והכרזות, שלפיהן ההתנחלויות הישראליות הן בלתי חוקיות ועל ידי סעיף 8(2)(ב)(8) לחוקת רומא המקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי, הקובע כי העברת אוכלוסייה לשטח כבוש, **במישרין או בעקיפין** מהווה פשע מלחמה אסור:

(viii) The transfer, directly or indirectly, by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies, or the deportation or transfer of all or parts of the population of the occupied territory within or outside this territory;

(אפשר לציין שזו הסיבה העיקרית שישראל לא אשררה את חוקת רומא, בסופו של דבר)

יש לציין כי בית המשפט בישראל טרם נתן דעתו לסוגיית חוקיות מדיניות ההתנחלויות (ההלכה שנקבעה היא כי תקיפה כללית של מדיניות ההתנחלויות הנה בלתי שפיטה, בג"ץ 4481/91 **ברגיל נ' ממשלת ישראל**), וזאת להבדיל מן השאלה אם ניתן להפקיע אדמה פרטית לשם הקמת התנחלויות (אפשר, אם זה משרת צורך צבאי, בג"צ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**). עם זאת, בית הדין הבינלאומי בהאג קבע בחו"ד המייעצת בעניין גדר הפרדה כי ההתנחלויות הן בלתי חוקיות לפי אמנת ג'נבה.

ב. מדינה כובשת יכולה לבצע שינוי בשטח הכבוש, אך ורק -

1) אם מתעורר צורך צבאי – סעיף 53 הנ"ל לאמנת ג'נבה וכן: סעיף 23(r) לאמנת האג, 1907:

"נוסף על האיסורים, שנקבעו באמנות מיוחדות, אסור בעיקר: ... להשמיד או להחרים את רכוש האויב, חוץ אם השמדה או החרמה כזו נדרשת במפגיע ע"י צרכי המלחמה"

סעיף 52 לאמנת האג:

"אין להפקיע דברים שבעין ואין לכפות על הרשויות המקומיות או על התושבים, מתן שירותים, אלא לצרכי צבא הכיבוש. עליהם לעמוד בפרופורציה למקורות הארץ ולא להטיל מבחינת אפיים על האוכלוסייה חיוב לקחת חלק בפעולות הצבאיות נגד מדינתם.

אין להפקיע ולכפות שירותים אלא בהרשאתו של מפקד המקום שנכבש.

בעד טובין שהופקעו יש לשלם, במידת האפשר, במזומנים; לא נעשה הדבר? תינתן קבלה ותשלום הסכום המגיע יבוצע בהקדם האפשרי."

2) ותוך התחשבות בצרכי האוכלוסייה הפלסטינית המקומית (פס"ד בית סוריק) או **אם עונים על צורך של האוכלוסייה המקומית** (פס"ד בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן, כביש 443: "הכלל הקבוע בסיפא של תקנה 43 לתקנות האג הוא, שאת החוקים הקיימים באזור יש לכבד, ואין לשנותם, אלא אם כן לשם הגשמת סמכויות הממשל הצבאי נחוץ שינוי בחקיקה. הרישא של תקנה 43 לתקנות האג מעניק לממשל הצבאי סמכות ומטיל עליו חובה להחזיר ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים. אין התקנה מגבילה עצמה להיבט מיוחד של הסדר והחיים הציבוריים. על-כן חלה הסמכות - בצד ענייני ביטחון וצבא גם על נסיבות "אזרחיות" רב-גוניות, כגון נסיבות כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם. היקף סמכותו של הממשל הצבאי - בצד השיקולים הביטחוניים והצבאיים - מתוחם על-ידי שני פאראמטרים עיקריים: האחד, ענייני חובתו של הממשל הצבאי לפעול כשלטון מתוקן הדואג לאוכלוסייה המקומית בכל שטחי החיים; האחר, ענייני מגבלותיו של הממשל הצבאי שאינו ממשל קבע אלא ממשל זמני, שאינו ריבון אלא שליט מכוח דיני המלחמה. בקביעת היקף סמכויותיו של הממשל הצבאי על-פי הנוסחה בדבר "הסדר והחיים הציבוריים" מן הראוי להתחשב בהבחנה בין ממשל צבאי קצר מועד לבין ממשל צבאי ארוך מועד. לעתים אין להבטיח צמיחה והתפתחות במסגרתו של ממשל צבאי ארוך מועד בלא להשקיע השקעות

יסוד, אשר יניבו פירות בעתיד. השקעות יסוד, שיש בהן להביא לשינוי של קבע, העשוי להימשך גם לאחר סיום הממשל הצבאי, מותרות הן, אם הן נחוצות באופן סביר לצורכי האוכלוסייה המקומית, ובלבד שאין בהן כדי להביא לשינוי מהותי במוסדות היסוד של האזור".

ג. מדיניות ההתנחלויות פוגעת בעקרון הזמניות.

הקהילה הבינ"ל חותרת לסדר עולמי, לפיו קיימות מדינות ריבוניות בלבד. הקהילה הבינ"ל רואה בכיבוש שטח, כחריג, ובעיקר אם מדובר על כיבוש מתמשך. ההתנחלויות והתשתיות המאפשרות אותן, ההרחבה המתמדת של ההתנחלויות, התבטאויות של מקבלי החלטות - כל אלה חותרים כנגד עקרון הזמניות ומעלים את החשש שמדובר בהסדר ארוך שנים או אף קבוע.

ד. מדיניות ההתנחלויות יוצרת מציאות של שתי מערכות חוק לא שוויוניות

אפליה בתשתיות - למשל, כביש 443 ואספקת מים, כפיפות לשתי מערכות חוק שונות: אזרחית לישראלים וצבאית לפלסטינים, גזילת קרקעות אסורה ועוד הפרות.

5. הצגת הסוגיה: פעולות תגמול ותחולת אמנת ג'נבה

בתגובה להמשך ירי הקאסמים על יישובים בישראל, החליטה ממשלת ישראל על נקיטת הצעדים הבאים: הואיל וירי הקאסמים מהווה הפרה חמורה של דיני המלחמה, הרי שישראל פטורה אף היא מלכבד את דיני המלחמה, ולכן הינה רשאית להודיע כי המשך ירי הקאסמים יוביל להפצצת ריכוזים אזרחיים פלשתיניים בתגובה. ישראל טוענת כי החלטה זו לא יכולה להיחשב כפשע מלחמה ראשית משום שאין יכולת להבחין בין לוחמים לאזרחים פלסטינים, וממילא רובם מהווים אזרחים הנוטלים חלק בפעולות האיבה, ושנית, משום שאמנת ג'נבה הרביעית לא חלה בשטחים.

כמו כן, מכיוון שירי הקאסמים מצביע על כשלון ההתנתקות, הרי שבכוונת ישראל לכבוש מחדש את רצועת עזה ולספחה לשטח מדינת ישראל. אקט הסיפוח יאפשר את הפסקת תחולת דיני הכיבוש והדינים ההומניטאריים על עזה ויאפשר את גירושם של בני משפחות המעורבים בפעולות טרור, לרבות ירי הקאסמים, וזאת חרף הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית.

א. מדוע ירי הקאסמים מהווה הפרת דיני המלחמה?

ב. האם הפעולות שבכוונת ישראל לנקוט עולות בקנה אחד עם הדינים ההומניטאריים?

ג. התייחסו בקצרה לטענת ישראל בדבר העדר תחולת אמנת ג'נבה הרביעית על שטחי עזה והגדה – הציגו את עמדת ישראל ואת עיקרי הביקורת שהושמעה כלפי עמדה זו.

ניתוח:

א. לנתח את ירי הקאסמים לפי: **עקרון הצורך הצבאי, עקרון ההבחנה (פגיעה ביעדים צבאיים בלבד), מידתיות, אי גרימת סבל מיותר.**

ב. איומי ישראל: **כלל העדר הדדיות בכל הקשור לכיבוד דיני מלחמה** – אי כיבוד דיני מלחמה על ידי מדינה אחת אינו מאפשר למדינה הנפגעת להסתמך על אותה הפרה ולא לנהוג על פי דיני המלחמה (ס' 60)5) לאמנת וינה בדבר דיני אמנות קובע כי אין להשעות את תחולת סעיפי אמנות בעלות אופי הומניטארי ובמיוחד סעיפים האסורים על פעולות תגמול נגד אנשים המוגנים על ידי אמנות אלה).
*הפצצת ריכוזי אוכלוסיה פלסטינים:

- העדר צורך צבאי

- העדר עקרון ההבחנה שבין אזרחים ללוחמים - אסורה פגיעה באזרחים ("מוגנים"), אלא אם נוטלים חלק פעיל בלחימה, הפגיעה בלוחמים מותרת

- העדר פרופורציונאליות

*כיבוש וסיפוח:

- כיבוש שטח, גם אם נעשה מכוח הגנה עצמית מוצדקת, אינו מזכה בריבונות על השטח הכבוש. על פי סעיף 2(4) למגילת האו"ם נאסר על מדינות לאיים על מדינה אחרת בשימוש בכוח או להשתמש בכוח כנגד שלמותה הטריטוריאלית או עצמאותה הפוליטית של מדינה אחרת. עם זאת, האיסור על האיום והשימוש בכוח אינו מוחלט.

החריג הראשון הקבוע במגילה לאיסור זה הוא שימוש בכוח במסגרת פעולת ביטחון קולקטיבי מכוח החלטה של מועצת הביטחון: המגילה הפקידה בידי מועצת הביטחון את האחריות

העיקרית לשמירה על השלום ועל הביטחון, והסמיכה אותה להתערב בכל סכסוך שהיא מוצאת כמסכן את השלום, לקבל החלטות מחייבות באשר לאמצעים שעל הצדדים לו לנקוט על מנת להביא לסופו, ולהטיל סנקציות, ובכללן שימוש בכוח, על מי מהצדדים לסכסוך שאינו מציינת להחלטותיה.

חריג נוסף לאיסור השימוש בכוח קבוע בסעיף 51 למגילת האו"ם, המכיר בזכות להגנה עצמית, קרי, בזכותה של מדינה באופן אינדיווידואלי, או של כמה מדינות באופן קולקטיבי, להשתמש בכוח כתגובה להתקפה חמושה.

מכל מקום, כיבוש שטח - גם כתוצאה של הגנה עצמית - אינו מקנה ריבונות! קיימות ארבע דרכים חוקיות לרכישת טריטוריה:

א. צמיחה - תהליך גיאוגרפי שבו קרקע חדשה נוצרת ומצטרפת לקרקע קיימת.

ב. העברה מרצון / בהסכם

ג. תפיסה של שטח שהוא *Terra Nullius*, שאינו שייך לאף מדינה

ד. התיישנות או רכישה מכוח ניהול לאורך זמן

תפיסת טריטוריה בכוח (כיבוש) אינה מקנה ריבונות בשטח גם אם השימוש בכוח היה חוקי (בהגנה-עצמית חוקית).

ג. עמדת ישראל בנוגע לשטחים שנכבשו על ידה במהלך מלחמת ששת הימים, לרבות הגדה המערבית ולרצועת עזה (וללא רמת הגולן ומזרח ים-עליהם הוחל הדין הישראלי) הינה, כי **שטחים אלה כפופים לדיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי** כאשר הכוונה הינה בעיקר לחלק ג' לקנות האג מ-1907, המהוות דין מנהגי. אשר לאמנת ג'נבה הרביעית, **עמדתה הרשמית של ישראל הינה כי האמנה לא חלה על שטחי יהודה, שומרון וחבל עזה, שכן לא מתקיים התנאי הקבוע בסעיף 2(2) לאמנה לפיו השטח הנכבש הינו "ארצו של אחד מבעלי האמנה"**. לדעת ישראל, מכיוון שירדן מעולם לא היתה ריבון חוקי ביהודה ושומרון ולאור העובדה שמצרים מעולם לא תבעה ריבונות על רצועת עזה, הרי שנתר מעין "ואקום" של ריבונות בשטחים אלו, כך שלמעשה הם מעולם לא נכבשו מ"אחד מבעלי האמנה" ולכן, ישראל רואה עצמה משוחררת מן החובה ליישם את אמנת ג'נבה הרביעית בגדה ובעזה. יחד עם זאת, ישראל הצהירה באופן חד צדדי כי היא מתחייבת ליישם את ההוראות ההומניטאריות של אמנת ג'נבה הרביעית בשטחים שבידה. עמדה זו נדחתה על ידי הקהילה המשפטית הבינלאומית ואף זכתה ללא מעט ביקורות גם מבית.

טענת ישראל לפיה המונח "ארצו של אחד מבעלי האמנה" מחייב בהכרח כי הריבונות תהיה חוקית אינה בהכרח מתיישבת עם התכלית ההומניטארית של האמנה, כאשר תכלית זו מקפלת בתוכה את הצורך בפרשנות תכליתית ורחבה יותר, שתאפשר את החלת האמנה בכל מקרה של שטח כבוש מבלי להידרש לצורך לבדוק או להכריע האם הריבון הקודם של אותו שטח היה חוקי או לא.

טענת הנגד הישראלית הינה כי לדיני הכיבוש תכלית כפולה – הגנה על אינטרסים הומניטאריים והגנה על אינטרסים של הריבון הקודם. לכן, התחייבותה של ישראל להחיל את ההוראות ההומניטאריות של

האמנה מאזנת בין אינטרסים אלו, עבוד שהחלה מלאה של האמנה הייתה מאלצת את ישראל לשמור על אינטרסים, הפגומים ממילא, של ירדן ומצרים באותם שטחים.

הביקורת על טיעון זה מורכבת משתי טענות עיקריות. הראשונה – התכלית העיקרית והדומיננטית של אמנת ג'נבה הינה התכלית ההומניטארית, ועמדת ישראל למעשה מכרסמת בתכלית זו.

השנייה - גם אם נאמץ את פרשנות ישראל בדבר הצורך בלשמר את האינטרסים של הריבון החוקי של השטח, הרי שבהתחשב בעובדה שמחד גיסא ישראל לא תבעה כל ריבונות בשטחים אלה, ומאידך גיסא אם יוצאים מתוך הנחה כי קיים ריבון חוקי פוטנציאלי (הפלשתינים), הרי שגם לשיטת ישראל יש צורך בהחלה מלאה של האמנה.

לאמור לעיל יש להוסיף את הבעייתיות שבהחלה סלקטיבית של האמנה, כאשר לצד קיום ההוראות ההומניטאריות של האמנה, תבחר ישראל שלא לפעול בהתאם להוראות הפרוצדוראליות של האמנה, הכוללות, בין היתר, גם את מנגנוני האכיפה של האמנה.

נק' אחרונה הינה כי בכל הכבוד לעמדת ישראל, ה – ICJ כבר קבע בעבר, תחילה בפרשת חוקיות השימוש בנשק גרעיני בשנת 1996, ובהמשך בחוות דעתו בעניין חוקיות הקמת גדר ההפרדה ב-2004, כי אמנת ג'נבה הינן מנהגיות, בייחוד אם לוקחים בחשבון ש – 194 מדינות כבר הצטרפו אליהן (וישראל אף הייתה בין הראשונות לעשות זאת, עוד בשנת 1951).

6. הצגת הסוגיה: עדות מ"שיח-לוחמים", מכינה קדם-צבאית ע"ש רבין, קריית טבעון, מרץ

2009.

מתוך "שיח-לוחמים" בעקבות המלחמה על עזה, כחודש לאחר תום המלחמה. גדעון: "יש אנשים שזו המשימה שלהם... פיזרו כרוזים מעל עזה, לפעמים היו יורים בעזרת מסוק טיל לאיזו פינה בבית רק כדי להרעיד טיפה את הבית ושכל מי ששם יברח החוצה, "הקש בגג". דיברו על זה הרבה בחדשות בלחימה והדברים האלה עבדו... המשפחות יצאו, ובאמת אנשים הגיעו לבתים די ריקים, לפחות מאזרחים תמימים, ברמה כזו או אחרת, ולא עונים, ומצאו שם ציורים של קסאמים, לפעמים קסאמים במרתף, מהבחינה הזו זה עובד".

האם הנוהג של "הקש בגג" הוא חוקי ע"פ המשפט הבין-לאומי?

האם הנוהג תואם את עקרונות ההבחנה והיחסיות?

ניתוח:

- "הקש בגג" - עקרון ההבחנה – אסור לכוון על מטרת אזרחית (בתים): למשל, סעיף 48 בפרוטוקול הראשון (כלל יסוד של עקרון ההבחנה) וסעיפים אחרים (51 – הגנת אזרחים) המוזכרים במקרים דומים לעיל.
בעקרון, שימוש בירי למטרה שאיננה צבאית, איננו מותר. במקרה זה, נהגו "להקיש בגג" על מנת להבריח את האוכלוסיה האזרחית, על מנת שלחיילי צה"ל יהיה קל יותר בכניסה לאזור המגורים, על מנת שלא יצטרכו להתמודד עם אזרחים ועוד. הברחת אוכלוסיה אזרחית איננה מטרה צבאית לגיטימית, אין במעשה זה להשפיע במישרין על ההישג הצבאי שמעוניינים להשיג. צה"ל בודאי טוען כי יש בכך להשיג מטרה צבאית בדרך עקיפה, אבל השאלה היא אם זה לגיטימי לירות על אזרחים/מטרת אזרחית כדי שיהיה יותר קל לצבא להשיג את מטרתו. **זו הרחבה רצינית של ההגדרה של יעד צבאי וטשטוש הגבולות בין יעד אזרחי וצבאי ולכן מאד בעייתי.**
- הטלת כרוזים אינה כמו ירי מתריע ("הקש בגג") ויש להבחין בין 2 השיטות. בקשר להפצת כרוזים (ושיחות טלפוניות): סעיף 57 (אמצעי זהירות בהתקפה), דן בניהול פעולות צבאיות ובזהירות הננקטת במטה לחוס על האוכלוסיה האזרחית. סעיף 57(2)(ג) מורה על: **"התראה יעילה מוקדמת תינתן בדבר התקפות העלולות להשפיע לרעה על האוכלוסיה האזרחית, אלא אם הנסיבות אינן מתירות זאת"**.
רוח ההנחיה היא שהכוחות התוקפים מזהירים את האוכלוסיה האזרחית ומאפשרים לה להתפנות למקום בטוח. **ברצועת עזה לא קיימים אזורים ממוגנים**, וגם אזורים בטוחים יחסית (כגון מוסדות האו"ם) התגלו כלא בטוחים. **עשייה של הצעד הפורמאלי ללא התייחסות לרוח החוק מייטרת את הצעד הפורמאלי.**