

העימות ברצועת עזה

תדריך בנושא
כללי המשפט
החלים, חקירות
ומתן דין וחשבון

AMNESTY
INTERNATIONAL



Amnesty International Publications

First published in January 2009 by
 Amnesty International Publications
 International Secretariat
 Peter Benenson House
 1 Easton Street
 London WC1X 0DW
 United Kingdom
 www.amnesty.org

©Copyright Amnesty International Publications 2009

Index: MDE 15/007/2009
 Original Language: English
 Printed by Amnesty International, International Secretariat, United Kingdom

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise without the prior permission of the publishers.

אמנסטי אינטרנשיונל הוא ארגון חובק עולם המונה 2.2 מיליון בני אדם בלמעלה מ-150 מדינות ושטחים, הפועלים למען כיבודן של זכויות האדם. חזוננו הוא כי כל אדם ייהנה מכל הזכויות המעוגנות בהצהרה לכלל באי עולם בדבר זכויות האדם ובאמנות אחרות של זכויות האדם. אנו חוקרים, מנהלים מערכות ציבוריות, מסנגרים ומגייסים תמיכה ציבורית למען הפסקת ההפרות של זכויות האדם. אמנסטי אינטרנשיונל אינו קשור בשום ממשלה, אידיאולוגיה פוליטית, אינטרס כלכלי או דת. עבודתנו ממומנת בעיקר על-ידי דמי החבר של חברי הארגון ותרומות.

**AMNESTY
 INTERNATIONAL**



תוכן העניינים

3.....	תוכן העניינים.....
5.....	מבוא.....
7.....	1. המשפט ההומניטארי הבינלאומי.....
7.....	1.1 סכסוך מזוין בינלאומי או סכסוך מזוין שאינו בינלאומי.....
8.....	1.2 דיני הכיבוש.....
10.....	1.2.1 אמצעי פיקוח וביטחון.....
10.....	1.2.2 הרס בתים ורכוש.....
11.....	1.2.3 מזון, אספקה רפואית וסיוע.....
11.....	1.2.4 ענישה קולקטיבית.....
12.....	1.2.5 מעצר.....
13.....	1.3 כללים החלים על ניהול מעשי איבה.....
13.....	1.3.1 אזרחים וחברים בארגונים חמושים.....
13.....	1.3.2 האיסור על התקפה ישירה על אזרחים ועל אובייקטים אזרחיים – עקרון ההבחנה... 14
16.....	1.3.3 האיסור על התקפות חסרות הבחנה או בלתי-מידתיות.....
18.....	1.3.4 אמצעי זהירות בהתקפה.....
20.....	1.3.5 אמצעי זהירות בהגנה ו"מגנים אנושיים".....
21.....	1.3.6 האיסור על מעשי תגמול.....

- [22.....1.3.7 הישרדות האוכלוסייה, התקפות על צוותי רפואה, וגישה הומניטארית.](#)
- [23.....1.3.8 כלי נשק.](#)
- [26.....2. משפט זכויות האדם הבינלאומי.](#)
- [27.....2.1 הזכות לדיור ופינוי כפוי.](#)
- [28.....3. המשפט הפלילי הבינלאומי.](#)
- [28.....3.1 פשעי מלחמה.](#)
- [28.....3.2 פשעים נגד האנושות.](#)
- [29.....3.3 אחריותם של ממונים ומפקדים.](#)
- [29.....3.4 הוראותיהם של ממונים.](#)
- [31.....4. חקירה בינלאומית.](#)
- [34.....5. מתן דין וחשבון.](#)
- [35.....5.1 עשיית צדק.](#)
- [36.....5.2 פיצויים.](#)
- [36.....5.3 ארגונים חמושים ופיצויים.](#)

מבוא

מספר ענפים במשפט הבינלאומי חלים על העימות ברצועת עזה.

המשפט ההומניטארי הבינלאומי, המוכר גם כדיני הסכסוך המזוין, כולל כללים המגנים על אזרחים ועל אנשים אחרים שיצאו ממעגל הלחימה, כמו-גם כללים המגבילים את אמצעי הלחימה ושיטותיה. כמו-כן, יש בענף משפטי זה גם כללים המטילים חובות על כוח הכובש שטח. המשפט ההומניטארי הבינלאומי מחייב את כל הצדדים לסכסוך מזוין, כולל ארגונים חמושים שאינם מדינות.

משפט זכויות האדם הבינלאומי, המעגן זכויות אזרחיות, תרבותיות, כלכליות, פוליטיות וחברתיות, חל הן בעתות שלום והן במהלך סכסוך מזוין, והוא מחייב משפטית מדינות, כוחות מזוינים של מדינות וגורמים נוספים. במשפט זה מעוגנת זכותם של קורבנות להפרות חמורות של זכויות האדם לתרופה, כולל צדק, אמת ופיצוי.

המשפט הפלילי הבינלאומי מטיל אחריות פלילית אישית על הפרות מסוימות של משפט זכויות האדם הבינלאומי ושל המשפט ההומניטארי הבינלאומי, ובכלל זה פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות ורצח עם, כמו-גם עינויים, הוצאות להורג ללא משפט והיעלמות כפויה.

במקרים מסוימים זיהה אמנסטי אינטרנשיונל הפרות של משפט זכויות האדם הבינלאומי ושל המשפט ההומניטארי הבינלאומי מצד הצדדים לעימות ברצועת עזה. תדריך זה כולל דוגמאות להתקפות שנראה כי הפרו את הכללים החלים על העימות. נוכח זאת, ארגון אמנסטי אינטרנשיונל קורא:

(1) לכך שניהול מעשי האיבה על-ידי כל הצדדים ייבחן במסגרת חקירה בינלאומית כמפורט בהמלצות בסופו של דו"ח זה. בהינתן ההאשמות בדבר פשעים על-פי המשפט הבינלאומי שביצעו חברים בכוחות הישראליים המזוינים וחברים בחמאס, יש צורך במשלחת עצמאית לבדיקת העובדות שתבצע חקירה מיידית, יסודית, נטולת-פניות ועצמאית.

(2) במקרים שבהם קיימות די ראיות קבילות, יש להעמיד לדין חשודים בביצוע פשעים
על-פי המשפט הבינלאומי, בהליכים העומדים בסטנדרטים הבינלאומיים של משפט
הוגן.

1. המשפט ההומניטארי הבינלאומי

המשפט ההומניטארי הבינלאומי הוא ענף משפטי המאגד כללים ועקרונות שמטרתם העיקרית לצמצם ככל שניתן את הסבל האנושי בעת סכסוך מזוין. ענף משפטי זה קובע סטנדרטים לדרכי פעולה הומאניות ומגביל את האמצעים והשיטות המותרים במהלך ניהול פעולות צבאיות. המשפט ההומניטארי הבינלאומי שואף להגן בעיקר על מי שאינו משתתף במעשי האיבה, במיוחד על אזרחים, אך גם על לוחמים שחלו, נפצעו או נפלו בשבי.

ארבע אמנות ג'נבה משנת 1949, ושני הפרוטוקולים הנוספים אליהן משנת 1977, הם הכלים העיקריים של המשפט ההומניטארי הבינלאומי. ישראל היא צד לאמנות ג'נבה משנת 1949, אך לא לפרוטוקול הנוסף לאמנות ג'נבה מיום 12 באוגוסט 1949 בדבר ההגנה על קורבנות סכסוכים מזוינים בינלאומיים (הפרוטוקול הנוסף הראשון), או לפרוטוקול הנוסף לאמנות ג'נבה מיום 12 באוגוסט 1949 בדבר ההגנה על קורבנות סכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים (הפרוטוקול הנוסף השני).

אף-על-פי-כן, חלים על ישראל אותם כללים בפרוטוקולים הנוספים הראשון והשני, המהווים חלק מן המשפט ההומניטארי הבינלאומי המנהגי ולפיכך מחייבים את כל הצדדים לסכסוך מזוין. חמאס אינו צד לאמנות הבינלאומיות, אולם הכללים המנהגיים של המשפט ההומניטארי הבינלאומי החלים על כל הצדדים לסכסוך מזוין מחייבים גם אותו. ההוראות הבסיסיות של הפרוטוקול הנוסף הראשון, ובכללן הכללים המצוטטים להלן, נחשבים לחלק מהמשפט ההומניטארי המנהגי, ולפיכך, הם מחייבים את כל הצדדים לסכסוך, בין אם מדובר בסכסוך בינלאומי ובין אם מדובר בסכסוך שאינו בינלאומי.

1.1 סכסוך מזוין בינלאומי או סכסוך מזוין שאינו

בינלאומי

הכיבוש ברצועת עזה הוא תוצאה של סכסוך מזוין בינלאומי וחלים בו כללי המשפט ההומניטארי הבינלאומי העוסקים בתפיסה לוחמתית (ר' סעיף 1.2 להלן), כמו כללי משפט זכויות האדם הבינלאומי (ר' סעיף 3 להלן).

בנסיבות רגילות, הכוח הכובש מחויב לפעול על-פי סטנדרטים לאכיפת החוק הנגזרים ממשפט זכויות האדם הבינלאומי בעת השמירה על הסדר בשטח הכבוש. כללים אלה, למשל, יחייבו את הכוח הכובש לשאוף לעצור, ולא להרוג, חברים בארגונים חמושים החשודים בביצוע התקפות, ולהשתמש במידה הפחותה ביותר של כוח הנחוצה לשם התמודדות עם כל איום ביטחוני.

עם זאת, החל בדרגה ועצימות מסוימות של לחימה בתוך השטח הכבוש מתחילים לחול כללי המשפט ההומניטארי הבינלאומי הנוגעים להתנהלות ההומאנית במהלך לוחמה, וזאת לצד הכללים הרלוונטיים של משפט זכויות האדם הבינלאומי. כאשר במהלך כיבוש ארוך טווח מתפתחת לחימה בין הכוח הכובש (מדינה) לבין ארגונים חמושים שאינם מדינות, הסכסוך מוגדר על-פי רוב כסכסוך מזוין שאינו בינלאומי, וככזה חלים עליו הכללים לגבי ניהול מעשי איבה (ר' סעיף 1.3 להלן). אך אפילו כאשר פורץ עימות, הסטנדרטים המשפטיים החלים עליו תלויים בנסיבות המצב הספציפי. למשל, במקרה של הפגנה המתרחשת במהלך הסכסוך, הכללים שיחולו על פעולות השיטור בהפגנה זו יהיו הסטנדרטים של אכיפת החוק והוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי.

הקביעה אם סכסוך מזוין הוא בינלאומי או שאינו כזה רלוונטית במיוחד בכל הנוגע להבחנה בין אזרחים ללוחמים (ר' להלן); אך הכללים החלים על ניהול מעשי האיבה זהים בעיקרם.

1.2 דיני הכיבוש

ישראל היא הכוח הכובש ברצועת עזה. בשנת 2005, במסגרת מה שכינתה "התנתקות", פינתה ישראל את ההתנחלויות ואת המתנחלים שלה מן הרצועה. אך על אף הפריסה מחדש של כוחותיו בשנת 2005 שמר הצבא הישראלי על שליטה אפקטיבית ברצועה. ישראל עדיין שולטת באורח בלעדי במרחב האווירי ובמים הטריטוריאליים של עזה ואינה מתירה תנועה של אנשים או של סחורות לתוך הרצועה או החוצה ממנה בדרך האוויר או הים. ישראל אף מוסיפה לשלוט במידה מסוימת על גבולה של הרצועה עם מצרים, וגורמים ישראליים רשמיים הבהירו פעמים רבות כי פתיחתו מחדש של גבול זה תתאפשר רק במסגרת הסכם משותף עם הרשות הפלסטינית ומצרים.¹ ישראל ממשיכה לשלוט גם באספקת החשמל והמים ובתקשורת

¹ על-פי משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטאריים (OCHA), המפקח על יישום הסכם המעברים (AMA), מעבר רפיח סגור מאז ה-7 ביוני 2007. ר' דוחות OCHA בנושא יישום הסכם המעברים (<http://www.ochaopt.org>). לנוסח המלא של הסכם המעברים (אנגלית), ר':

<http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Reference+Documents/Agreed+documents+on+movement+and+access+from+and+to+Gaza+15-Nov-2005.htm>

הטלפונית ברצועה. ישראל עורכת דרך קבע פשיטות ברצועה בשטח עזה, שבמהלכן היא עוצרת לעיתים מזומנות "מבוקשים"; ומבצעת מה שהיא מכנה "חיסולים ממוקדים", באמצעות תקיפות אוויריות שגבו מחיר כבד מאזרחים.

ככוח הכובש ברצועת עזה, חלות על ישראל חובות ספציפיות במסגרת המשפט ההומניטארי הבינלאומי. עליה לציית להוראות המשפט ההומניטארי הבינלאומי החלות על מצב של תפיסה לוחמתית, ובהן:

-הוראות ספציפיות של אמנת האג (הרביעית) בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה ושל התקנות הנספחות אליה בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה מה-18 באוקטובר 1907 (להלן: תקנות האג);

-אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה מה-12 באוגוסט 1949 (להלן אמנת ג'נבה הרביעית);²

-כללים מנהגיים של המשפט ההומניטארי הבינלאומי החלים על מצב של תפיסה לוחמתית, כולל הכלל המגן על אנשים המצויים בידי צד לסכסוך, המפורט בסעיף 75 של הפרוטוקול הנוסף לאמנות ג'נבה משנת 1977, בדבר הגנה על קורבנות סכסוך בינלאומי מזוין (הפרוטוקול הנוסף הראשון).

סעיף 42 לתקנות האג מגדיר כיבוש באופן הבא: "שטח נחשב לכבוש כשהוא נמצא למעשה תחת שלטון צבא האויב. הכיבוש משתרע רק על שטח שבו הוקם שלטון כזה ושבוא הוא ניתן להפעלה". במצבים כאלה ינקוט הכוח הכובש "בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנהוגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין" (תקנות האג, סעיף 43).

אמנת ג'נבה הרביעית מטילה על הכוח הכובש חובות בנוגע לתושבי השטח הכבוש, הזכאים להגנה מיוחדת וליחס הומאני. בין היתר אוסרים כללי האמנה אוסרים על הכוח הכובש לבצע הרג במזיד, התעללות או גירוש של מוגנים. הכוח הכובש אחראי לרווחת האוכלוסייה הנתונה לשליטתו. כלומר, עליו להבטיח שמירה על החוק והסדר ואת אספקת הצרכים הבסיסיים.

² ממשלת ישראל טוענת כי אמנת ג'נבה הרביעית אינה חלה על השטחים הפלסטיניים הכבושים, טענה שאין לה תומכים אחרים בקרב הקהילה הבינלאומית.

הנחת היסוד של הכללים הבינלאומיים החלים על תפיסה לוחמתית היא כי כיבוש הוא מצב ביניים שמשכו מוגבל. אחת המטרות המרכזיות של הכללים היא לאפשר לתושבי השטח הכבוש לחיות חיים "נורמליים" ככל האפשר.

המשפט הבינלאומי מחייב את ישראל ככוח הכובש להבטיח את ההגנה על זכויות האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים הפלסטיניים הכבושים, ולנהוג בה באורח הומאני בכל עת.

1.2.1 אמצעי פיקוח וביטחון

אמצעי פיקוח וביטחון חייבים להיות "דרושים כתוצאה מהמלחמה" (סעיף 27, אמנת ג'נבה הרביעית). עם זאת, "התקנות הקשורות לכיבוש מבוססות על הרעיון שחירותם האישית של אזרחים תיוותר ככלל ללא פגע... מה שחיוני הוא שאמצעי ההגבלה שהם מאמצים לא ישפיעו על זכויות היסוד של האנשים הנוגעים בדבר... זכויות אלה חובה לכבד אפילו כאשר אמצעי ההגבלה מוצדקים" (פרשנות ארגון הצלב האדום הבינלאומי לסעיף 27 של אמנת ג'נבה הרביעית).

1.2.2 הרס בתים ורכוש

ככוח הכובש, נאסר על ישראל להרוס את רכושם של פלסטינים בגדה המערבית וברצועת עזה, אלא אם כן הדבר נחוץ מבחינה צבאית. סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי:

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.

ההפצצות האוויריות, ההפגזות הארטילריות והתקיפות הקרקעיות של ישראל גרמו להרס נרחב של רכוש אזרחי ברצועת עזה. במקרים מסוימים, נהרסו מבנים ובתי מגורים אזרחיים במכוון. כעת עדיין מוקדם מדי להעריך את היקפו המלא של הנזק; אך מתצלומי לוויין עולה כי היקף החורבן נרחב ביותר – בייחוד באזורים כמו רפיח בדרום, וחלקים מצפון רצועת עזה ומזרחה, שתושביהם סבלו מהריסה המונית ובלתי-חוקית של בתים בידי הכוחות הישראליים עוד לפני ההתנתקות בשנת 2005.³

³ לניתוח של המדיניות הישראלית של הריסת בתים כענישה והריסת בתים בעילות ביטחוניות כפשע מלחמה, ר' אמנסטי אינטרנשיונל, "תחת עיי חורבות: הריסות בתים והשחתת אדמות ורכוש" (Index: MDE 15/033/2004).

על-פי סעיף 147 לאמנת ג'נבה הרביעית, "הריסתו והחרמתו של רכוש בקנה מידה רחב, שאין הכרח צבאי מצדיקן ואשר בוצעו שלא בהיתר ומתוך הפקרות" הן הפרות חמורות של האמנה ומהוות לפיכך פשעי מלחמה.

1.2.3 מזון, אספקה רפואית וסיוע

ככוח הכובש, מחויבת ישראל להבטיח לאוכלוסיית הרצועה גישה הולמת למזון, אספקה חיונית, תרופות וטיפול רפואי.

על-פי סעיף 55 לאמנת ג'נבה הרביעית, המדינה הכובשת חייבת "להבטיח במלוא מידת האמצעים שברשותה את אספקת המזון והרפואות לאוכלוסייה; במיוחד שומה עליה למלא את מחסוריו של השטח הכבוש במזון, ברפואות ובשאר דברים, אם אין מקורותיו של השטח הכבוש מספיקים".

בסעיף 56 נכתב: "שומה על המעצמה הכובשת להקים ולהבטיח במלוא מידת האמצעים שברשותה ותוך שיתוף פעולה עם הרשויות הלאומיות והמקומיות, את מוסדות הרפואה ושירותי בתי החולים, את הבריאות וההיגיינה הציבוריות בשטח הכבוש... העובדים הרפואיים על כל סוגיהם יורשו למלא את תפקידיהם".

סעיף 59 רלוונטי במיוחד למצב הנוכחי ברצועה. הסעיף קובע כי:

אם האוכלוסייה – כולה או מקצתה – של שטח כבוש אינה מקבלת אספקה בשיעור מספיק, תסכים המעצמה הכובשת לתכניות סיוע לטובת האוכלוסייה האמורה, ותקל על ביצוען בכל האמצעים העומדים לרשותה.

לא זו בלבד שישראל לא דאגה לאוכלוסייה ברצועה לאספקה הולמת, היא אף מנעה במכוון או סיכלה בדרך אחרת אספקה של סיוע חירום ועזרה הומניטארית. התקפות ישראליות פגעו בשיירות סיוע והרגו אנשי צוות של האו"ם והכוחות הישראליים מנעו מאנשי צוות רפואי לבצע את תפקידיהם.

1.2.4 ענישה קולקטיבית

המצור המתמשך על רצועת עזה, שישראל הטילה כ-18 חודשים לפני שהחלה הלחימה הנוכחית, עולה לכדי ענישה קולקטיבית של כל אוכלוסייתה.

אמנת ג'נבה הרביעית אוסרת במפורש על ענישה קולקטיבית. בסעיף 33 לאמנה נקבע: "שום מוגן לא ייענש על עבירה שלא עבר אותה בעצמו. עונשים קיבוציים וכן כל אמצעי הפחדה או השלטת טרור אסורים. הביזה אסורה. מעשי תגמול כלפי מוגנים ורכושם אסורים".

על-פי הפרשנות המוסמכת של הצלב האדום: "סעיף זה מטיל אם כן איסור על עונשים קולקטיביים... עונשים מכל סוג שהוא המוטלים על אנשים או על קבוצות שלמות של אנשים, בניגוד לעקרונות הבסיסיים ביותר של האנושות, בגין מעשים שאנשים אלה לא עשו".⁴

1.2.5 מעצר

עצורים החברים בארגונים חמושים שאינם מדינות בעימות ברצועת עזה אינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה. הכוח הכובש רשאי לנקוט פעולות חוקיות נגד ארגונים חמושים וחבריהם ולהשתמש לשם כך בכל האמצעים הלגיטימיים שמקנה לו החקיקה המקומית. ניתן להעמיד לדין חברי ארגונים חמושים שאינם מדינות ולשפוט אותם על השתתפות במעשי איבה מזוינים. עם זאת, יש לנהוג בהם באורח הומאני בכל עת, כפי שמפורט בסעיף 3 המשותף ובסעיף 75 לפרוטוקול הנוסף הראשון.

ישראל נוהגת לעצור פלסטינים במעצר מנהלי, מבלי להגיש נגדם כתב אישום או לשפוט אותם. לשיטתה, נוהג זה מבוסס על הוראות אמנת ג'נבה הרביעית הנוגעות למעצר מסיבות ביטחוניות (סעיף 78). ארגון אמנסטי אינטרנשיונל מתנגד לדפוס פעולה זה, שהרשויות הישראליות משתמשות בו דרך קבע באופן פסול כתחליף להעמדתם של חשודים לדין. נוסף על כך, ישראל מעמידה לדין פלסטינים רבים שנחשדו בביצוע התקפות על ישראלים במשפטים לא הוגנים בבתי משפט צבאיים, תוך הפרה של הוראות סעיף 75 בפרוטוקול הנוסף הראשון.

לפני התחלת הפעולה הצבאית הישראלית הנוכחית, כבר הוחזקו למעלה מ-900 פלסטינים מרצועת עזה בבתי כלא בתוך ישראל, המרצים עונשי מאסר על עבירות "ביטחוניות". מאז חודש מאי 2007 נשללו מהם ביקורי המשפחות. לפחות שלושה מתוכם, כולם בני משפחת עיאד, מוחזקים על-פי חוק ישראלי חדש כלוחמים בלתי-חוקיים. נראה כי השימוש בחוק זה לגבי תושבי עזה נובע מכך שממשלת ישראל אינה מכירה עוד בכך שהרצועה היא שטח כבוש

⁴ הצלב האדום הבינלאומי, פרשנות: אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, עמ' 225 (ג'נבה, 1958).

וכי אמנת ג'נבה חלה על פעולותיה בשטח זה. אם זהו אכן המצב, הרי שיש בכך משום הפרה של סעיף 47 האוסר על הכוח הכובש לשלול מאנשים מוגנים את ההנאות שאמנה זו מקנה.

לארגון אמנסטי אינטרנשיונל אין עדיין מידע מאומת לגבי מספר הפלסטינים שנעצרו מאז התחילה הפעולה הצבאית. נראה כי חלק מן העצורים מוחזקים בבסיס צבאי בתוך ישראל, וייתכן כי יוגדרו כלוחמים בלתי-חוקיים.

1.3. כללים החלים על ניהול מעשי איבה

1.3.1 אזרחים וחברים בארגונים חמושים

המשפט ההומניטארי הבינלאומי מגדיר אזרחים כאלה שאינם לוחמים. עם זאת, המשפט ההומניטארי הבינלאומי מספק הגדרה של לוחם רק בהקשר של סכסוך מזוין בינלאומי. אין בנמצא כללים לגבי מעמד הלוחם, או שבוי המלחמה, בכל הנוגע לסכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים.

בעימות הנוכחי ברצועת עזה אמנסטי אינטרנשיונל משתמש במונח אזרחים כדי לתאר אנשים שאינם משתתפים באורח ישיר במעשי האיבה.⁵ לפי הפרוטוקול הנוסף הראשון, "במקרה של ספק באשר להיותו של אדם אזרח, ייחשב אדם זה כאזרח" (סעיף 50(1)).

דובר מטעם הצבא הישראלי מסר לבי-בי-סי: "לפי ההגדרה שלנו, כל מי שמעורב בטרור במסגרת חמאס הוא מטרה תקפה. זה נכון החל במוסדות הצבאיים המובהקים, וכולל גם את המוסדות הפוליטיים המספקים מימון לוגיסטי ומשאבי אנוש לזרוע הטרוריסטית". פעולותיה של ישראל בעזה מוכיחות כי הכוחות הישראליים מחשיבים כל אדם פרטי או מוסד המקושר לחמאס למטרה לגיטימית. השלכותיה של החלת הגדרה רחבה מדי כמו זו, המרוקנת את עקרון ההבחנה מתוכן (ר' סעיף 1.3.2), ניכרות במניין ההרוגים והפצועים מקרב האזרחים בעזה, שגדל והולך. מנהיגים פוליטיים המעורבים באסטרטגיה צבאית ובתכנון עשויים לאבד את חסינותם מתקיפה למשך השתתפותם במעשי האיבה. עם זאת, חברי חמאס ותומכיו שאינם משתתפים באורח ישיר במעשי איבה הם אזרחים שאין לכוון נגדם התקפות.

⁵ במשפט הבינלאומי אין הגדרה ברורה להשתתפות ישירה במעשי איבה, אבל ישנה הסכמה כי פעולות מסוימות, דוגמת שימוש בנשק לביצוע מעשי אלימות נגד כוחות האויב, עולות לכדי השתתפות ישירה.

1.3.2 האיסור על התקפה ישירה על אזרחים ועל אובייקטים

אזרחיים - עקרון ההבחנה

סעיף 48 לפרוטוקול הנוסף הראשון מתווה את "כלל היסוד" לגבי ההגנה על אזרחים - עקרון ההבחנה. עיקרון זה הוא אבן פינה במשפט ההומניטארי הבינלאומי.

"על-מנת להבטיח את כיבודם של האוכלוסייה האזרחית ושל אובייקטים אזרחיים ואת ההגנה עליהם, הצדדים לסכסוך יבחינו בכל עת בין האוכלוסייה האזרחית לבין הלוחמים ובין אובייקטים אזרחיים לבין מטרות צבאיות, ובהתאם יכוונו את פעולותיהם רק נגד מטרות צבאיות".

לפי אמנת רומא, כיוון התקפות נגד האוכלוסייה האזרחית ככזאת או נגד אזרחים יחידים שאינם משתתפים באורח ישיר במעשי איבה הוא פשע מלחמה.⁶

לפי סעיף 51(3) לפרוטוקול הנוסף הראשון, אזרחים נותרים מוגנים "אלא אם ולמשך אותו הזמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה".

לפי סעיף 52(1) לפרוטוקול הנוסף הראשון, "אובייקטים אזרחיים הם כלל האובייקטים אשר אינם מטרות צבאיות". סעיף 52(2) מגדיר מטרות צבאיות כך: "אותם אובייקטים אשר מטבעם, מיקומם, 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". אין לפרש יתרון צבאי באופן נרחב עד כדי כך שכלל זה יהפוך לבלתי-אפקטיבי. היתלות בהוראה זו להצדקת התקפות שמטרתן לפגוע ברווחה הכלכלית של מדינה או לפגוע במורל של האוכלוסייה האזרחית כדי להחליש את היכולת להילחם תהווה עיוות של פשרו המשפטי של המונח יתרון צבאי, תרוקן מתוכן את עקרונות יסוד של המשפט ההומניטארי הבינלאומי, ותסכן אזרחים באורח חמור.

אובייקטים שאינם עונים על קריטריונים אלה הם אובייקטים אזרחיים. כאשר אין זה ברור אם אובייקט משמש לצרכי צבא, "חזקה שלא נעשה בו שימוש כזה" (סעיף 52(3)).⁷

⁶ סעיף 8(2)(i)(b).

⁷ לפי הפרשנות המוסמכת של הצלב האדום הבינלאומי לפרוטוקולים הנוספים לאמנות ג'נבה לגבי המונח "יתרון צבאי מובהק", "אין זה לגיטימי לשגר התקפה שהיתרונות הצבאיים שבה הם רק פוטנציאליים או לא ברורים".

אף מדינה אינה מודה בכך שהיא מכוונת התקפות על אזרחים, ומעטים גם הארגונים הפוליטיים החמושים המודים בכך שהם עושים זאת. לעיתים מזומנות מצדיקים התקפות ישירות על אזרחים באמצעות הכחשת היותם של הקורבנות אזרחים. חסינות האזרחים מרוקנת מתוכנה גם בשל פירושים שונים שהכוחות התוקפים מעניקים להגדרות של מטרות צבאיות ואובייקטים אזרחיים.

מובן שבפועל, ברוב העימותים מותקפים אזרחים. העימות הנוכחי ברצועת עזה הוא דוגמה לעימות שבו אזרחים הם באופן מובהק קורבנות למעשי איבה. מתוך כ-900 הרוגים ב-17 הימים הראשונים, יותר משליש היו אזרחים שלא השתתפו באורח ישיר במעשי איבה, כולל למעלה ממאתיים ילדים. דוברים ישראלים רשמיים הכחישו כי ישראל כיוונה התקפות נגד אזרחים, אך כוחותיה התקיפו אזרחים ואובייקטים אזרחיים, כולל תשתיות חיוניות, ללא הסבר משכנע לשאלה, מדוע האובייקטים שהותקפו יכולים לתרום תרומה אפקטיבית לפעולה הצבאית.

הכוחות הישראליים הפציצו בניינים שאין בהם כל שימוש צבאי, דוגמת משרדי ממשלה אזרחיים והפרלמנט. הם התקיפו שוטרים אזרחיים, והרגו למעלה מ-150 מהם.

ישראל התקיפה מבנים נוספים המוחזקים כאזרחיים, דוגמת מסגדים, בתי ספר, משרדים של כלי תקשורת ובתי פרטיים. ישראל הצדיקה התקפות ממין זה בטענה שמדובר באובייקטים אזרחיים כביכול, שלמעשה נעשה בהם שימוש צבאי: לשם אחסון תחמושת, רקטות או נשק אחר, או לשם ייצורם; כמרכזי פיקוד ושליטה; להלנת לוחמי חמאס; שמפקדי חמאס שהו במבנים או שהמבנים שמשו כדי לירות על הכוחות הישראליים או לתוך יישובים ישראלים. אך במקרים רבים לא סופקה כל ראיה התומכת בטענות אלה. כל חקירה שתתנהל בחשד להפרות קשות בעימות זה חייבת לכלול בחינה של הבסיס לקביעתם של הכוחות הישראליים כי מבנים אלה, שבדרך כלל השימוש בהם היה אזרחי, שימשו לצורכי צבא.

בתוך פחות מיומיים, ב-9 וב-10 בינואר 2009, תקפו כוחות ישראליים בתי מגורים של שלושה עיתונאים ומבנה ששימש בסיס לכמה כלי תקשורת. עיתונאי אחד, עלאא מורתג'א, נהרג ב-9 בינואר בעת ששידר את תכנית הרדיו שלו מביתו. באותו יום, עיתונאי נוסף, איהאב אל-וחידי, נהרג ביחד עם חותנתו בהתקפה על בית הוריה של אשתו. ב-10 בינואר נחלץ העיתונאי סמיר ח'ליפה ללא פגע מפגיעת פגז טנק בבית משפחתו. הכוחות הישראליים לא הסבירו מדוע הותקפו בתיים ובניינים אלה.

ישראל הפציצה תשתית אזרחית ציבורית באופן נרחב, מה שגרם, לצד המצור הממושך, לאסון הומניטארי מתמשך. עניין זה גם מעלה חשש כבד כי אפשר שישראל הפרה את האיסור על התקפת אובייקטים החיוניים להישרדות האוכלוסייה האזרחית (סעיף 54(2) לפרוטוקול הנוסף הראשון).

במקרים רבים לא סיפקה ישראל כל הסבר לתקיפתם של מבנים אזרחיים. ב-5 בינואר 2009, ב-1 לפנות בוקר, תקפו כוחות ישראליים את המרכז הרפואי א-רעאיה הסמוך לבית החולים א-שיפאא באזור מגורים בעיר עזה. הן המרכז הרפואי והן המרפאות הניידות שחננו בחניון שלו הופצצו מן האוויר. בקרבת מבנים אלה לא היה כל מתקן ממשלתי או צבאי. לפי עדותו של ראיד סבאח, יו"ר מועצת המנהלים של המרכז הרפואי (שנגבתה על-ידי ארגון זכויות האדם הישראלי "בצלם"): "המרכז מוכר, וכולם יודעים שיש שם רק שירותים רפואיים. המרכז מקבל כל יום יותר ממאה חולים. תלויים על הבניין דגלים שמבהירים שזה מרכז רפואי. לא קיבלנו שום התראה להפצצה".

ייתכן שבמקרים מסוימים ההתקפה כוונה על מטרה צבאית, אך במקרים כאלה על הכוחות הישראליים להבטיח כי ההתקפה תעמוד במבחן המידתיות (ר' סעיף 1.3.3), בנוסף לנקיטה בכל אמצעי הזהירות האחרים בתכנון ההתקפה ובביצועה (ר' סעיף 1.3.4).

חמאס וארגונים חמושים אחרים ירו ללא הבחנה מאות רקטות על יישובים ישראליים. מאז ה-27 בדצמבר 2008 נהרגו בהתקפות אלה שלושה אזרחים. כמה ממנהיגי חמאס הצהירו כי הם תוקפים ריכוזי אוכלוסייה. ארגונים חמושים אומרים גם שהם מתקיפים מתקני צבא בישראל, שחלקם ממוקמים באזורי מגורים אזרחיים.

כיוון התקפות על האוכלוסייה האזרחית ככזו או על אזרחים יחידים שאינם משתתפים באורח ישיר במעשי איבה הוא פשע מלחמה. כיוון התקפות נגד אובייקטים אזרחיים מהווה פשע מלחמה.

1.3.3 האיסור על התקפות חסרות הבחנה או בלתי-מידתיות

סעיף 51(4) לפרוטוקול הנוסף הראשון אוסר על התקפות חסרות הבחנה, המוגדרות כהתקפות "שמטבען [...] הוא לפגוע במטרות צבאיות ובאזרחים או באובייקטים אזרחיים ללא הבחנה".

ירי הארטילריה שישראל ביצעה לתוך אזורים המאוכלסים בצפיפות ברצועת עזה עשוי לעלות לכדי התקפות חסרות הבחנה. לפני הלחימה הנוכחית היו מקרים רבים שבהם נהרגו אזרחים

ברצועת עזה מהפגזות בלתי-מדויקות. נראה כי ישראל עצמה הכירה בכך שהשימוש שעשתה בארטילריה היה מסוכן באופן שלא ניתן לקבלו, כאשר הודיעה בחודש נובמבר 2006 כי היא משעה את השימוש בהפגזות ארטילריה לתוך הרצועה. החלטה זו התקבלה לאחר ש-18 בני משפחה בבית חנון, בצפון רצועת עזה, נהרגו מהפגזת ארטילריה, שהצבא הישראלי טען לאחר מכן כי בוצעה בטעות. הניסיון מלמד כי התקפות ארטילריה ומרגמות, כמו-גם הפגזות מטנקים ומכלי שיט, אינן מדויקות כדי זיהוי מדויק של מטרות בתוך אזורי מגורים מאוכלסים בצפיפות ברצועת עזה. לישראל יש מצבור גדול למדי של נשק מתקדם וחלה עליה חובה לבחור באמצעי תקיפה הממזערים את הסכנה לאזרחים (ר' סעיף 1.3.4, אמצעי זהירות בהתקפה).

חמאס וארגונים פלסטיניים חמושים אחרים יורים ללא הבחנה רקטות על ריכוזי אוכלוסייה ישראלים. מאז ה-27 בדצמבר 2008 נהרגו שלושה אזרחים ישראלים מהתקפות אלה, ונפצעו אחרים. אפילו היה בכוונת היורים לפגוע במתקנים צבאיים בישראל, השימוש בכלי נשק אלה, שלא ניתן לכוונם במדויק, מפר את האיסור על התקפות חסרות הבחנה.

התקפות בלתי-מידתיות, סוג של התקפות חסרות הבחנה, הן, בין השאר, התקפות "שניתן לצפות שיגרמו לאובדן נלווה של חיי אזרחים, פגיעה נלווית של אזרחים, נזק נלווה לאובייקטים אזרחיים, או שילוב של אלה, אשר יהיו מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי" (סעיף 51(5)(ב) לפרוטוקול הנוסף הראשון).

ישראל הפציצה בתי מגורים אזרחיים ברצועת עזה בטענה שהיא מתקיפה מנהיגים צבאיים של חמאס. בחלק מההתקפות על בתיהם של מנהיגים בחמאס נהרגו עשרות אזרחים, אף על פי שהכוחות הישראליים אמורים היו לדעת בבירור שאין זה סביר שהיעד להתקפה ימצא במקום וכי ישנם סיכויים גבוהים לכך שיהרגו אזרחים בהתקפה.

ביצוע התקפה בלתי-מידתית בכוונה תחילה הוא פשע מלחמה.⁸ ביצוע התקפה חסרת הבחנה שתוצאתה אובדן חיי אזרחים או פגיעת אזרחים או נזק לאובייקטים אזרחיים גם הוא פשע מלחמה.⁹ בנוסף, הריסתו והחרמתו של רכוש בקנה מידה רחב, שאין הכרח צבאי מצדיקן ואשר בוצעו שלא בהיתר ומתוך הפקרות, גם הן פשעי מלחמה.¹⁰

⁸ אמנת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי, סעיף 8(2)(iv)(b).

⁹ הצלב האדום הבינלאומי, המשפט ההומניטארי הבינלאומי המנהגי, כרך 1: כללים, כלל 156, ע' 589. אמנת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי, סעיף 8(2)(i)(b).

¹⁰ אמנת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי, סעיף 8(2)(iv)(a).

1.3.4 אמצעי זהירות בהתקפה

סעיף 57 לפרוטוקול הנוסף הראשון דורש מכל הצדדים לסכסוך לנקוט זהירות מתמדת במטרה "לחוס על האוכלוסייה האזרחית, על אזרחים ועל אובייקטים אזרחיים". בסעיף 57(2) מודגש כי:

"(א) אלה המתכננים או המחליטים על התקפה:

"(i) יעשו כל דבר בר ביצוע על-מנת לוודא כי המטרות העומדות להיות מותקפות אינן אזרחים או אובייקטים אזרחיים וכי אינן נתונות להגנה מיוחדת אלא הן מטרות צבאיות במשמעות פסקה 2 של סעיף 52, ושהוראות פרוטוקול זה לא אוסרות להתקיפן;

"(ii) 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;

"(iii) יימנעו מלהחליט לפתוח בכל 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 והישיר הצפוי;

"(ב) התקפה תבוטל או תושעה, אם מתברר כי המטרה איננה מטרה צבאית, או שהיא נתונה להגנה מיוחדת או 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 והישיר הצפוי;

"(ג) התראה יעילה מוקדמת תינתן בדבר התקפות העלולות להשפיע לרעה על האוכלוסייה האזרחית, אלא אם הנסיבות אינן מתירות זאת."

ישראל בחרה לפתוח את המתקפה בשעה שבה רחובות עזה היו עמוסים, בחירה שהצביעה מן הרגע הראשון על אי נקיטת אמצעי הזהירות הנחוצים, שגרמה למוות ולפגיעה של אזרחים ללא צורך. ב-27 בדצמבר 2008, בדקות הראשונות למתקפת ההפצצות, נהרגו שבעה תלמידים הלומדים בבית ספר המנוהל על-ידי האו"ם מחוץ לבית הספר, מיד לאחר סיום יום הלימודים ובזמן שניסו לשוב הביתה. ההתקפה בוצעה בשבת, בדיוק בעת שילדים מסיימים את יום הלימודים שלהם, לאחר חצות היום.

גם במקרים אחרים הוביל מועד ההתקפה שנבחר על-ידי כוחות ישראליים למה שנראה כהרג ופגיעה בלתי-חוקיים של אזרחים. ב-3 בינואר 2009 הותקף מסגד בבית לאהיה על-ידי כוחות ישראליים בזמן תפילות אחר הצהריים, תזמון שהגדיל למקסימום את מניין הנפגעים מקרב האזרחים, במקום למזער אותו. ככלל, מסגדים הם אובייקטים אזרחיים הזכאים להגנה מהתקפות, אך ישראל טענה כי תקפה את המסגד כיוון ששימש לאחסון כלי נשק. גם אם טענה זו נכונה, אין היא פוטרת את ישראל מחובותיה המשפטיות לנקוט אמצעי זהירות נחוצים, דוגמת אזהרת האזרחים במסגד, או בחירה במועד שבו סביר פחות כי יימצאו בו אזרחים.

ישראל התקיפה אתרים שלפי טענתה שימשו לירי רקטות לשטח ישראל. על-פי דיווחים, כתוצאה מתקיפות אלה נהרגו אזרחים רבים. גם אם ישראל וידאה שרקטות אכן נורו ממקום מסוים, היה עליה לנקוט את אמצעי הזהירות הנחוצים בטרם תבצע את ההתקפה. בין השאר עליה לקבוע אם האובייקט נותר צבאי (אם רקטה נורתה מגג של בית אזרחי ואז המשגר הורחק והלוחמים עזבו, שוב לא ניתן להתייחס אל בית זה כאל מטרה צבאית), לברר אם ישנם אזרחים בקרבת מקום, ולהבטיח כי אם תבוצע ההתקפה כמתוכנן היא לא תהייה בלתי-מידתית. היות שישראל מודעת היטב לכך שחמאס וחברים בארגונים חמושים אחרים מרחיקים במהירות משגרים מיד לאחר ירי הרקטות, ניתן להניח כי כוחות הצבא שלה לא יצפו ליתרון צבאי של ממש מיישום אסטרטגיית תקיפה זו, המסכנת אזרחים ואובייקטים אזרחיים שלא לצורך.

דווח אמנם כי כוחות ישראליים הזהירו אזרחים מבעוד מועד, אך לעיתים קרובות נראה כי אזהרות אלה לא היו אפקטיביות כאמצעי להגנה על האזרחים. זאת כיוון שחסרו בהן מרכיבי יסוד של אזהרה אפקטיבית, כולל: תזמון מוקדם, יידוע האזרחים על מקומות בטוחים שאליהם יוכלו לברוח, פתיחת מעבר בטוח ומתן פרק זמן סביר המאפשר בריחה לפני ההתקפה. דווח על אזהרות שניתנו זמן קצר מדי לפני התקפות קטלניות, כך שלא הועילו בהגנה על אזרחים. על-פי דיווחים, באחת התקריות הרחיק הצבא הישראלי למעלה ממאה אזרחים לתוך בית בשכונת א-זייתון שבעיר עזה, והורה להם להישאר בתוכו. למחרת הפציצו כוחות ישראליים את הבית, והרגו שלושים מהם.¹¹

¹¹ משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטאריים, דוח שבועי בנושא הגנה על אזרחים, 8-1 בינואר 2009: http://www.ochaopt.org/documents/ocha_opt_protection_of_civilians_weekly_2009_01_01_hebrew.pdf.

1.3.5 אמצעי זהירות בהגנה ו"מגנים אנושיים"

הצדדים הלוחמים חייבים לנקוט אמצעי זהירות כדי להגן על אזרחים ועל אובייקטים אזרחיים הנתונים לשליטתם מפני השפעותיהן של התקפות האויב. בפרוטוקול הנוסף הראשון נדרש כל אחד מהצדדים להימנע מלמקם מטרות צבאיות בתוך אזורים צפופי אוכלוסין או בסמוך להם, במידה המרבית שניתן לבצעה (סעיף 58(ב)). לפי הפרשנות המוסמכת של הצלב האדום הבינלאומי להוראה זו, השימוש במונח "שניתן לבצעה" עניינו "העובדה שאין לדרוש מאיש לבצע את הבלתי-אפשרי. ברור במקרה זה שאסור שאמצעי הזהירות יעברו את הנקודה שבה יהפכו חיי האוכלוסייה לקשים או אף לבלתי-אפשריים". לפי הפרשנות, "יתר על כן, אין לצפות מצד לסכסוך לסדר את כוחותיו המזוינים ואת מתקניו בדרך שתבליט אותם באופן שישרת את האויב".

בנוסף, המשפט ההומניטארי הבינלאומי אוסר מפורשות על השימוש בטקטיקות דוגמת השימוש ב"מגנים אנושיים" כדי למנוע התקפה על מטרות צבאיות. לפי סעיף 28 לאמנת ג'נבה הרביעית, "מציאותו של מוגן לא תשמש עילה לחיסון נקודות או שטחים מסוימים בפני פעולות צבאיות". ישראל אשררה אמנה זו, המוכרת גם כמשקפת את המשפט הבינלאומי המנהגי, ולכן היא מחייבת אותה, את חמאס וארגונים פלסטיניים חמושים אחרים. הצלב האדום הבינלאומי הגדיר את טווח תחולתה של הוראה זו: "נוסחה של ההוראה מוחלט והיא חלה הן על שטחם של הצדדים הלוחמים והן על שטח כבוש, הן על אתרים קטנים והן על אזורים רחבי ידיים". האיסור על השימוש במגנים אנושיים מובהר מעבר לכך בסעיף 51(7) לפרוטוקול הנוסף הראשון. לפי סעיף זה, "הצדדים לסכסוך לא יכוונו את תנועתה של האוכלוסייה האזרחית או של אזרחים יחידים במטרה לנסות ולמגן מטרות צבאיות מפני התקפות, או למגן פעולות צבאיות".

שימוש מכוון באזרחים כדי למגן מטרה צבאית הוא פשע מלחמה.¹²

עם זאת, הפרוטוקול מוסיף ומבהיר כי אף אם צד אחד ממגן את עצמו מאחורי אזרחים, הפרה כזו "...לא תשחרר את הצדדים לסכסוך מחובותיהם המשפטיות ביחס לאוכלוסייה האזרחית ולאזרחים".

יתר על כן, לפי סעיף 50(3), "נוכחותם בקרב האוכלוסייה האזרחית של יחידים אשר אינם באים בגדר הגדרת אזרחים אינה שוללת מהאוכלוסייה האזרחית את אופייה האזרחי".

¹² אמנת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי, סעיף 8(2)(xxiii)(b).

כפי שציין הצלב האדום הבינלאומי בפרשנותו, "בתנאים של עת מלחמה הרי זה בלתי-נמנע שיחידים המשתייכים לקטגוריית הלוחמים יתערבבו באוכלוסייה האזרחית, למשל חיילים בחופשה המבקרים את משפחותיהם. עם זאת, בהנחה שאין מדובר ביחידות סדירות במספרים גבוהים, בשום אופן אין בכך כדי לשנות את אופייה האזרחי של האוכלוסייה".

חיילים ישראלים נכנסו לכמה בתים פלסטיניים ברצועת עזה ותפסו בהם עמדות, תוך שהם כופים על המשפחות לשהות בחדר בקומת הקרקע בעת שהם משתמשים ביתר הבית כבסיס צבאי וכעמדת צליפה, ולמעשה השתמשו באזרחים כמגנים אנושיים. דפוס פעולה זה שכח בשמונה השנים האחרונות הן ברצועת עזה והן בגדה המערבית. בפלישה קודמת לרצועת עזה, בחודש מארס 2008, השתלטו חיילים ישראלים על שלושה בתים לפחות בצפון הרצועה, ובחודש פברואר 2008 השתלטו חיילים על בית נוסף בכפר בית אומר, ליד חברון, בגדה המערבית.

משפחות פלסטיניות שנקלעו ללחימה הנוכחית ברצועת עזה דיווחו כי בחלק מן המקרים חמושים פלסטינים הסכימו לפנות אזורים הסמוכים לבתי אזרחים מבלי לירות על הכוחות הישראליים, לאחר שהתושבים התנגדו לנוכחותם בהם. עם זאת, במקרים אחרים הם סרבו לבקשות התושבים ועזבו רק לאחר שירו. במקרים אחרים אמרו תושבים כי חששו לבקש מן החמושים לעזוב.

חמאס וארגונים חמושים אחרים ירו רקטות לשטח ישראל מתוך אזורי מגורים המאוכלסים בצפיפות, ובכך סיכנו אזרחים בעזה בניגוד לחוק.

1.3.6 האיסור על מעשי תגמול

המשפט ההומניטארי הבינלאומי אינו מבוסס על הדדיות. האפשרות שצד אחד הפר את דיני הסכסוך המזוין אינה יכולה להצדיק מעשים בלתי-חוקיים של הצד שכנגד, בין אם נועדו מעשים אלה לגרום לצד המפר לציית לחוק, ובין אם מדובר בפעולת נגד או בפעולת תגמול.

התקפות נגד האוכלוסייה האזרחית או אזרחים או נגד אובייקטים אזרחיים על דרך של מעשי תגמול אסורות במפורש במשפט ההומניטארי הבינלאומי (סעיפים 51(6) ו-52(1) לפרוטוקול הנוסף הראשון).

1.3.7 הישרדות האוכלוסייה, התקפות על צוותי רפואה, וגישה

הומניטארית

אסור לתקוף, להרוס, לסלק או להוציא מכלל שימוש אובייקטים החיוניים להישרדותה של האוכלוסייה האזרחית (הפרוטוקול הנוסף הראשון, סעיף 54(2)). הצדדים לסכסוך חייבים לאפשר מעבר מהיר ורציף של סיוע הומניטארי נטול פניות ולהקל עליו (הפרוטוקול הנוסף השני, סעיף 18). הם חייבים לכבד אנשי רפואה וכלי רכב המשמשים לרפואה ולהגן עליהם (הפרוטוקול הנוסף השני, סעיפים 15 ו-21). לדיון על החובות הספציפיות החלות על כוח כובש בהקשר זה ר' סעיף 1.2.3 לעיל.

אנשי צוותים רפואיים נפלו קורבן להתקפות מצד ישראל בעת שניסו לפנות אזרחים שנפצעו לבתי החולים. כמה אמבולנסים נפגעו מירי ישיר, ואנשי צוותים רפואיים נפצעו קשה ונהרגו. לפי עמותת רופאים לזכויות אדם - ישראל, שלושה אנשים, בהם רופא וחובש, נהרגו ב-31 בדצמבר 2008 מירי מתוך מסוק על צוות רפואה.

ב-8 בינואר 2009 הותקפה שיירת סיוע של האו"ם ליד ארז. לטענת האו"ם, נערך תיאום מוקדם עם גורמים ישראלים לגבי תנועת השיירה. בהתקפה זו נהרג עובד קבלן של האו"ם ושניים נוספים נפצעו. ההתקפה הייתה חלק מסדרת פעולות של תקיפת צוותי סיוע ורפואה, שהובילה את אונר"א ואת הצלב האדום הבינלאומי להחליט לצמצם מאד את פעילותן ברצועת עזה בשל דאגה לביטחון הצוותים.

במשך ארבעה ימים, בין ה-3 וה-7 בינואר 2009, נותרו פצועים ממשפחות א-סמוני וא-דאייה, ובהם מבוגרים וילדים, בתוך בתי מגורים שהתמוטטו בשכונת זייתון שבעיר עזה, כשהם מוקפים בגופותיהם של קרובי משפחה. זאת משום שהצבא הישראלי אסר על הצלב האדום הבינלאומי ועל ארגון הסהר האדום הפלסטיני לגשת לאזור. שלושים מתוך 110 האנשים שתפסו מחסה בבתיים אלה נהרגו. לפי הצלב האדום הבינלאומי, החיילים הישראליים שהיו מוצבים בקרבת מקום חייבים היו לדעת על הימצאם של האנשים בתוך בתי המגורים, אך הפצועים מתו בעת שחיכו לסיוע רפואי בשל איטיותו של המשא ומתן על גישת הצוותים.

התקפה בכוונה תחילה על צוותים, מתקנים, חומרים, יחידות או כלי רכב המשמשים לביצוע משימות סיוע הומניטארי בהתאם למגילת האו"ם היא פשע מלחמה. התקפה בכוונה תחילה על

יחידות רפואה וכלי רכב שהשימוש בהם רפואי, וכן על צוותים רפואיים, הנושאים אחד מסמלי ההבחנה של אמנות ג'נבה, היא פשע מלחמה. הרעבה מכוונת של אזרחים כשיטת לחימה המבוצעת על-ידי מניעת אספקה החיונית להשרדותם, כולל עיכוב מכוון של מצרכי הסיוע שהוגדרו באמנות ג'נבה, היא פשע מלחמה.¹³

1.3.8 כלי נשק

המשפט ההומניטארי הבינלאומי אוסר על השימוש בכלי נשק שמטבעם הם חסרי הבחנה, וכן על השימוש בכלי נשק שמטבעם גורמים לפגיעה מיותרת או לסבל בלתי-נחוץ. בפרשנותו לפרוטוקולים מביא הצלב האדום הבינלאומי כדוגמה לנשק חסר הבחנה "טילים לטווח ארוך שלא ניתן לכוונם במדויק אל המטרה".

רקטות

ארגונים פלסטיניים חמושים הקשורים לחמאס ולפלגים פלסטיניים אחרים (כולל גדודי חללי אל-אקצא, הדרוע הצבאית של מפלגת פתח שבראשה עומד הנשיא הפלסטיני מחמוד עבאס) יורים רקטות לתוך יישובים בדרום ישראל. כלי נשק אלה חסרי הבחנה מטבעם; לא ניתן לכוונם במדויק באופן שיאפשר להבחין כהלכה בין מטרות צבאיות לבין אובייקטים אזרחיים. אף על פי שמרביתן של רקטות אלה נופלות בשטחים פתוחים, כמה מהן הרגו ופצעו ישראלים, וכמעט כל ההרוגים והפצועים היו אזרחים ישראלים (בחלק מן המקרים הרקטות אינן מגיעות לישראל ונופלות בשטח רצועת עזה, וכך נהרגו אף כמה אזרחים פלסטינים). רקטות אלה כוללות רקטות "קטיושה" / גראד (שם גנרי רוסי), שהטווח שלהן עומד על כ-35 ק"מ, וכן רקטות בשם "קסאם" (שם גנרי נוסף) לטווח קצר מתוצרת בית.

זרחן לבן

ארגון Human Rights Watch וכמה כלי תקשורת דיווחו כי כוחות ישראלים משתמשים בזרחן לבן ברצועת עזה למטרות מיסוך. זרחן לבן משמש ברימונים ובפגזים כדי לסמן מטרות, כדי ליצור מסך עשן המסתיר תנועה של כוחות, כדי "להתחקות" אחר מסלולם של קליעים וכחומר תבערה.¹⁴ כאשר אנשים באים במגע עם זרחן לבן נגרמות להם כוויות חמורות, ויש בחומר זה כדי להצית אש בחפצים ובמבנים.

¹³ אמנת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי, סעיפים 8(2)(xxiv), (iii) (b) ו-(xxv).

¹⁴ להסבר על השימושים של זרחן לבן בכלי נשק ועל השפעותיו, ר' אגודת המדענים האמריקניים, "דף מידע על זרחן לבן" (אנגלית), בכתובת: <http://www.fas.org/biosecurity/resource/factsheets/whitephosphorus.htm>.

לדברי דובר של אונר"א ברצועה, ב-15 בינואר 2009 פגעו במתחם הסוכנות בעיר עזה פגזי זרחן לבן שירתה ישראל. כתוצאה מכך, לפחות בניין אחד עלה באש ושלושה אנשים נפצעו. בזמן ההתקפה נמצאו במתחם זה מאות אזרחים שמצאו בו מחסה.

אף על פי שהשימוש בזרחן לבן ליצירת מסך עשן אינו אסור על-פי המשפט ההומניטארי הבינלאומי, אופן השימוש בו, על-פי דיווחים, ברצועת עזה הצפופה, עשוי להוות הפרה של הדרישה לנקוט אמצעי זהירות נחוצים כדי להגן על אזרחים. לפי ארגון Human Rights Watch, ישראל פוצצה פגזי זרחן לבן מעל העיר עזה ומעל ג'באליא. לפי הארגון, "בפיצוץ אווירי של פגז זרחן לבן מתפזרים 116 פתיתים בוערים מעל אזור שקוטרו נע בין 125 ל-250 מטרים, תלוי בגובה שבו מתרחש הפיצוץ".¹⁵

ארגון אמנסטי אינטרנשיונל גורס כי השימוש בזרחן לבן באופן זה באזורים צפופי אוכלוסין ברצועת עזה מהווה הפרה של האיסור על התקפות חסרות הבחנה.

גורמים ישראלים השמיעו הצהרות סותרות באשר לשימוש בזרחן לבן. בתחילה, הוכחש השימוש בחומר זה. לאחר מכן, טענו גורמים כי כוחות ישראלים משתמשים בתחמושת המותרת על-פי החוק הבינלאומי, וכי ישראל אינה חושפת פרטים ספציפיים על התחמושת שלה ועל פעולותיה הצבאיות.

הפרוטוקול השלישי בדבר איסור או הגבלה של השימוש בנשק תבערה (פרוטוקול נוסף לאמנת האו"ם משנת 1980 בדבר איסור או הגבלה של השימוש בכלי נשק קונבנציונאליים מסוימים) אוסר על שימוש בנשק תבערה נגד אזרחים. זהו כלל של המשפט הבינלאומי המנהגי, ולכן הוא מחייב את ישראל אף שאינה צד לפרוטוקול זה. ישראל מכחישה כל שימוש בנשק לא חוקי. כמובן, באף כלי נשק אין להשתמש נגד אזרחים, אבל באיסור זה מגולמת הכרה בסכנות ובהשלכות המיוחדות לשימוש בתחמושת מתלקחת בקרבת אזרחים.

תחמושת מצרר

על-פי דיווח בעיתון "הארץ", הפצצות הארטילריה האינטנסיביות שקדמו לכניסת כוחות הקרקע של הצבא הישראלי לרצועת עזה כללו "מאות פגזים, חלקם פגזי מצרר ששוגרו לשטחים פתוחים".¹⁶

¹⁵ Human Rights Watch, ישראל: להפסיק את השימוש הבלתי-חוקי בזרחן ברצועת עזה, 10 בינואר 2009.

¹⁶ הארץ, "כוחות רגלים, שריון והנדסה פועלים ברצועה", עמוס הראל, אבי יששכרוף וברק רביד, 4 בינואר 2009.

פצצות מצרר או פגזי מצרר מפזרים עשרות "פצצונות" – כלומר פצצות-משנה קטנות או תחמושת-משנה – על פני אזור נרחב שהיקפו מקביל בדרך כלל לזה של מגרש כדורגל אחד או שניים. פצצות ממין זה מוטלות ממטוסים, או נורות באמצעות תותח או משגר רקטות. בין חמישה לעשרים אחוזים מפצצות המצרר הקטנות אינן מתפוצצות, בהתאם לסוג תחמושת המשנה. פצצות קטנות אלה נותרות מאחור כשיירי תחמושת מן המלחמה, ומסכנות אזרחים, בדומה למוקשים נגד אדם. השימוש בפצצות אלה באזורים שבהם ישנו ריכוז של אזרחים מפר את האיסור על התקפות חסרות הבחנה. זאת, בשל השטח הרחב המכוסה על-ידי מספר רב של פצצות קטנות שהשתחררו, ובשל הסכנה הנשקפת לכל הבאים במגע עם הפצצות הקטנות שלא התפוצצו, ובכללם אזרחים.

אם נכונים הדיווחים על השימוש בפצצות מצרר ברצועת עזה, הרי שהן מסכנות אזרחים באופן חמור ומתמשך. השימוש שעשתה ישראל בנשק זה בלבנון יצר בעיות ארוכות טווח, ולמעלה משנתיים לאחר העימות בין ישראל לחיזבאללה צוותי פירוק המוקשים טרם סיימו את עבודתם לפינוי תחמושת-משנה שלא התפוצצה. גם היום מוסיפים אזרחים לבנונים ואנשי פירוק מוקשים להיהרג ולהיפצע מתחמושת זו.¹⁷

בחודש מאי 2008 הוסכם בעיר דבלין על אמנה חדשה שתאסור את השימוש בנשק מצרר. ב-3 בדצמבר 2008 נפתח שלב החתימה על האמנה בידי מדינות העולם.¹⁸ לפי סעיף 1(1) לאמנה בדבר נשק מצרר, "כל מדינה שהיא צד לאמנה לוקחת על עצמה להימנע בכל נסיבות שהן: (א) משימוש בתחמושת מצרר; (ב) מפיתוח, ייצור, רכישה בדרך אחרת, אגירה, החזקה או העברה לגורם כלשהו, במישרין או בעקיפין, של תחמושת מצרר; (ג) מעזרה, עידוד או השפעה על גורם כלשהו לבצע פעילות שאמנה זו אוסרת על מדינות שהן צד לה לבצען".

בהתאם ללשונה של אמנה זו, אמנסטי אינטרנשיונל מתנגד לשימוש בתחמושת מצרר, להעברתה ולאגירתה, וקורא לכל מדינות העולם לאשרר את האמנה.

¹⁷ למידע עדכני על נפגעים מתחמושת-משנה שהתפזרה מתוך תחמושת מצרר בלבנון, ר' מרכז התיאום של האו"ם לפעולות מוקשים בדרום לבנון, בכתובת: <http://www.maccsl.org> (אנגלית).

¹⁸ האמנה תיכנס לתוקף שישה חודשים לאחר ששלושים מדינות יפקידו את מסמכי האשרור שלהן (acceptance, approval או accession).

2. משפט זכויות האדם הבינלאומי

משפט זכויות האדם ממשיך לחול גם בזמן עימות מזוין, כענף משלים למשפט ההומניטארי הבינלאומי. כך אושר על-ידי בית הדין הבינלאומי לצדק ועל-ידי ועדת זכויות האדם של האו"ם.¹⁹ פעולותיה של ישראל בשטחים הפלסטיניים הכבושים מוגבלות על-ידי חובותיה לפי אמנות זכויות האדם הבינלאומיות שהיא אשררה, כמו-גם על-ידי כללים מנהגיים של משפט זכויות האדם הבינלאומי. ישראל אשררה, בין השאר, את האמנות הבאות: האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (ICESCR); האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR); האמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית; אמנת האו"ם לביעור כל צורות האפליה נגד נשים; ואמנת האו"ם בדבר זכויות הילד.

כפי שהבהירה ועדת זכויות האדם של האו"ם, חובותיהן של מדינות בכל הנוגע לזכויות האדם, כפי שהן נגזרות מה-ICCPR, חלות גם מחוץ לשטחה של המדינה.²⁰ ה-ICESCR אינה מגבילה באופן מפורש את תחום התחולה הגיאוגרפית שלה. פירושו של דבר, שחובותיה של ישראל לפי משפט זכויות האדם הבינלאומי חלות גם בשטח הכבוש הנתון לשליטתה.

ה-ICESCR אינה מתירה גריעה, אף לא בעת חירום, וקובעת כי המדינה רשאית לסייג זכויות המעוגנות בה רק באותן הגבלות "כפי שנקבעו בחוק, ורק באותה מידה שהדבר עשוי להתיישב עם טבען של זכויות אלה, ואך ורק למטרת קידומה של הרווחה הכללית בחברה דמוקרטית". כפי שהבהירה הוועדה, על כל הגבלה להיות מידתית ו"כאשר ישנם כמה סוגים אפשריים של הגבלות, יש לאמץ את החלופה הפחות מגבילה".²¹

¹⁹ "בית הדין גורס כי ההגנה שמספקות אמנות זכויות האדם אינה חדלה בשעת סכסוך מזוין, אלא במקרים שבהם חלות ההוראות המאפשרות גריעה, כמו אלה שבסעיף 4 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות", *ההשלכות החוקיות של בניית חומה בשטח הפלסטיני הכבוש*, חוות דעת מייעצת, 9 ביולי 2004, דוחות בית הדין הבינלאומי לצדק 2004. ר' גם ועדת זכויות האדם, הערה כללית מס' 31, פסקה 11: "האמנה חלה גם במצבים של סכסוך מזוין שבו חלים כללי המשפט ההומניטארי הבינלאומי. אמנם, בנוגע לזכויות מסוימות המעוגנות באמנה, אפשר שכללים ספציפיים יותר של המשפט ההומניטארי הבינלאומי יהיו רלוונטיים באופן מיוחד לצורך מתן פרשנות לזכויות המעוגנות באמנה, אך שני ענפי המשפט הללו משלימים זה את זה, ואינם מוציאים זה את זה". הערה כללית מס' 31: אופייה של החובה המשפטית הכללית המוחלת על מדינות שהן צד לאמנה.

²⁰ ועדת זכויות האדם, הערה כללית מס' 31, פסקה 10.

²¹ הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, הערה כללית מס' 14: הזכות לרמת הבריאות הגבוהה ביותר שאפשר להשיגה (סעיף 12), פסקה 29. אומצה בישיבה ה-22 (2000).

היות שמשפט זכויות האדם הבינלאומי חל בעת עימות מזוין לצד המשפט ההומניטארי הבינלאומי, פעולה אחת יכולה להוות בו בזמן הפרה הן של משפט זכויות האדם הבינלאומי והן של המשפט ההומניטארי הבינלאומי.

החובות המעוגנות במשפט זכויות האדם ואשר הופרו במהלך העימות ברצועת עזה כללו את החובה לכבד את הזכויות הבאות, להגן עליהן ולקדם אותן: הזכות לחיים (ICCPR, סעיף 6);²² הזכות למזון ודיור נאותים (ICESCR, סעיף 11); הזכות ליהנות מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר שאפשר להשיגה (ICESCR, סעיף 12), הכוללת גם את הזכות למים; והזכות לחינוך (ICESCR, סעיף 13).²³ פעולות שמטרתן או תוצאתן הסבירה הייתה הרס או קלקול של תשתית החיונית להנאה מזכויות אלה, כולל בתי חולים ובתי ספר, הן הפרות שמדינות שהן צד לאמנות אלה עשויות לשאת באחריות להן.

2.1 הזכות לדיור ופינוי כפוי

בנוגע לזכות לדיור, פעולות מסוימות במלחמה – בפרט הרס נרחב של מאות בתים – עלולות לעלות לכדי פינוי כפוי בלתי-חוקי, שהוא הפרה של סעיף 11 של ICESCR.

ועדת האו"ם לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות מגדירה "פינוי כפוי" באופן הבא: "הרחקה זמנית או קבועה של יחידים, משפחות ו/או קהילות מבתיים ו/או מאדמה שהם מיישבים, וזאת בניגוד לרצונם, מבלי לספק להם אמצעי הגנה נאותים, משפטיים או אחרים, ומבלי לתת להם גישה לאמצעים כאלה".²⁴ הוועדה כללה בהגדרה זו מעשי פינוי שמקורם ב"סכסוכים מזוינים בינלאומיים, מאבקים פנימיים ואלימות קהילתית או אתנית".²⁵

²² במהלך הלחימה, הסטנדרט של מה שנחשב להפרה של הזכות לחיים מתבסס על המשפט ההומניטארי הבינלאומי, אשר חל בעת עימות מזוין.

²³ הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, הערה כללית מס' 15: הזכות למים, UN Doc. E/C.12/2002/11 (2002).

²⁴ הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, הערה כללית מס' 7: פינוי כפוי, והזכות לדיור נאות (השיבה ה-16, 1997), (UN Doc. E/1998/22, annex IV at 113 (1997), פסקה 4.

²⁵ שם, פסקה 7.

3. המשפט הפלילי הבינלאומי

יחידים, אזרחים או אנשי צבא, עשויים לשאת באחריות פלילית להפרות מסוימות של משפט זכויות האדם הבינלאומי ושל המשפט ההומניטארי הבינלאומי.

כל המדינות מחויבות לחקור, וכאשר נאספות ראיות קבילות ומספקות, להעמיד לדין בגין רצח עם, פשעים נגד האנושות ופשעי מלחמה, כמו-גם בגין פשעים אחרים על-פי המשפט הבינלאומי דוגמת עינויים, הוצאות להורג ללא משפט והיעלמויות כפויות.

3.1 פשעי מלחמה

הפרות חמורות של אמנות ג'נבה ושל הפרוטוקול הנוסף הראשון ורוב ההפרות החמורות האחרות של המשפט ההומניטארי הבינלאומי הן פשעי מלחמה. הגדרה של פשעים אלה נכללה באמנת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי (אמנת רומא). רשימת פשעי המלחמה המופיעה בסעיף 8 של אמנה זו שיקפה ביסודו של דבר את המשפט הבינלאומי המנהגי בעת שאומצה האמנה, אף שרשימה זו אינה מלאה וכמה פשעי מלחמה חשובים לא נכללו בה.

סעיף 186(1) לפרוטוקול הנוסף הראשון קובע כי:

הצדדים המתקשרים והצדדים לסכסוך ימגרו הפרות חמורות, וינקטו את הצעדים ההכרחיים למיגור כל הפרות אחרות של האמנות או של פרוטוקול זה הנובעות מאי-עשיית מעשה כאשר קיימת חובת עשה.

בעבר האשים ארגון אמנסטי אינטרנשיונל את ישראל בביצוע פשעי מלחמה בשטחים הפלסטיניים הכבושים, ובכלל זה: הרג מכוון, גירוש בלתי-חוקי, עינויים ויחס בלתי-אנושי והרס והפקעה נרחבים של רכוש שלא ניתן להצדיקם בצורך צבאי.

3.2 פשעים נגד האנושות

על-פי אמנת רומא, מעשים מסוימים, כאשר הם מכוונים נגד אוכלוסייה אזרחית כחלק מהתקפה נרחבת או שיטתית, וכחלק ממדיניות של מדינה או ארגון, עולים לכדי פשעים נגד האנושות. מעשים כאלה כוללים בין היתר רצח, הכחדה, שעבוד, גירוש או העברה בכפייה של

אוכלוסייה, מאסר או שלילה חמורה אחרת של חירות פיזית תוך הפרה של כללי היסוד של המשפט הבינלאומי, עיניים, אונס ופשעים מיניים אחרים והיעלמויות כפויות.

פשעים נגד האנושות יכולים להתבצע בעת שלום או במהלך סכסוך מזוין.

בעבר, מצא ארגון אמנסטי אינטרנשיונל ראיות לכך שהן חמאס והן ישראל היו אחראים לביצוע פשעים נגד האנושות. הארגון קבע כי גל פיגועי ההתאבדות והתקפות אחרות נגד אזרחים שביצעו חמאס וארגונים פלסטיניים חמושים אחרים עולה לכדי פשעים נגד האנושות. ארגון אמנסטי אינטרנשיונל קבע גם כי דפוסי פעולה מסוימים של הכוחות הישראליים בשטחים הפלסטיניים הכבושים, כגון גירוש, ענישה קולקטיבית והרג בלתי-חוקי של אזרחים עולים לכדי פשעים נגד האנושות.

3.3 אחריותם של ממונים ומפקדים

מפקדים צבאיים וממונים אזרחיים עשויים לשאת באחריות למעשיהם של הכפופים להם. סעיף 86(2) של הפרוטוקול הנוסף הראשון, הקובע קנה מידה אחיד למפקדים צבאיים ולממונים אזרחיים, משקף משפט בינלאומי מנהגי. בסעיף נכתב:

העובדה כי הפרה של האמנות או של פרוטוקול זה בוצעה על-ידי כפוף, אינה פוטרת את הממונים עליו מאחריות עונשית או משמעתית, בהתאם לנסיבות, אם הם ידעו, או שהיה ברשותם מידע שהיה בו כדי לאפשר להם להסיק בנסיבות שבאותה עת, כי הוא ביצע או עמד לבצע הפרה כזאת והם לא נקטו בכל האמצעים בני הביצוע שהיו בכוחם כדי למנוע את ההפרה או למגרה.

לפיכך, כאשר מנתחים את האירועים האחרונים, חשוב לבחון את שרשרת הפיקוד, הן בנוגע לחברים בכוחות מזוינים הכפופים לממשלה ולאזרחים הממונים עליהם, והן בנוגע לכל הדרגים בחמאס.

3.4 הוראותיהם של ממונים

לא ניתן להיתלות בהוראותיהם של ממונים כהגנה במקרים של הפרה של המשפט ההומניטארי הבינלאומי, אך הן עשויות להיות מובאות בחשבון במסגרת הקלות בעונש. עיקרון זה זוכה

להכרה מאז משפטי נירנברג שלאחר מלחמת העולם השנייה, ומהווה כיום חלק מהמשפט
הבינלאומי המנהגי.

4. חקירה בינלאומית

בהינתן ההאשמות בדבר הפרה של המשפט הבינלאומי בידי כל הצדדים לעימות, על רקע החשש שהטחת ההאשמות ההדדית לא תאפשר לכל אחד מהצדדים לקיים בעצמו חקירה נטולת פניות, ועל יסוד תפקודה הלקוי של ישראל בעבר בכל הנוגע לחקירת הפרות שביצעו כוחותיה, קורא ארגון אמנסטי אינטרנשיונל לכל הצדדים להסכים לשיגורה של משלחת מלאה לבדיקת העובדות, ולקהילה הבינלאומית לדאוג להרכבתה של משלחת זו. על המשלחת לבצע חקירה מיידית, יסודית, עצמאית ונטולת פניות של כל ההאשמות בדבר הפרות חמורות של משפט זכויות האדם ושל המשפט ההומניטארי שבוצעו במהלך העימות, וזאת בהתאם לסטנדרטים הבינלאומיים הקפדניים ביותר החלים על חקירות ממין זה, וכן לתת פומבי לממצאיה.

ארגון אמנסטי אינטרנשיונל סבור כי:

-יש לפרוס ברצועת עזה ובדרומה של ישראל צוות בינלאומי של מומחים לבדיקת העובדות, מוקדם ככל הניתן;

-על הצוות לבדיקת העובדות לבסס את חקירותיו ואת דיווחיו על ההוראות הרלוונטיות של המשפט ההומניטארי הבינלאומי ושל משפט זכויות האדם הבינלאומי;

-על הצוות לבדיקת העובדות להתבסס בחקירותיו ובדיווחיו על הסטנדרטים הבינלאומיים הקפדניים ביותר החלים על חקירות מסוג זה;

-על הדו"ח על ממצאי המשלחת לכלול המלצות שמטרתן לשים קץ להפרות של המשפט הבינלאומי, למנוע הפרות עתידיות ולהבטיח עשיית צדק, אמת ופיצוי מלא לקורבנות, כולל השבת המצב לקדמותו, שיפוי, שיקום, שילום, וערבויות לא-הישנות;

-יש להקצות למשלחת שתוקם משאבים מספיקים לביצוע כל משימותיה ביעילות ובמהירות;

-מן ההכרח כי לצוות המומחים לבדיקת העובדות יהיו סמכויות
 שיאפשרו לו לקבל גישה לכל המסמכים, הראיות האחרות
 והאנשים הרלוונטיים;

-כל אדם המספק מידע לחקירה חייב להיות מוגן באופן יעיל מפני
 מעשי תגמול.

-בהינתן הקשת הרחבה של הפרות של המשפט ההומניטארי
 הבינלאומי ופגיעות בזכויות האדם שבוצעו לכאורה ומורכבותן של
 הסוגיות העובדתיות והמשפטיות הנוגעות בדבר, יש לצייד את חברי
 הצוות לבדיקת העובדות באורח הולם, לתמוך בהם ולאפשר להם
 לבצע חקירה יסודית ומהימנה. בין היתר, חייב הצוות לכלול או
 להיתמך על-ידי מספר הולם של משפטנים המתמחים הן במשפט
 ההומניטארי הבינלאומי והן במשפט זכויות האדם הבינלאומי;
 חוקרים צבאיים וחוקרים פליליים; מומחים לנשק ולבליסטיקה;
 מומחים פורנזיים; ומומחים בתחום ההגנה על קורבנות ועדים, כולל
 נשים וילדים.

קיימות מספר אפשרויות לפתיחתה של חקירה כזו:

1) מועצת הביטחון של האו"ם יכולה להורות על פתיחת חקירה. במקרה כזה, הסמכות
 שתוקנה לחקירה תהייה הרבה ביותר. אם ימצא לנכון, החקירה אף תוכל להקל על
 העברת הנושא לטיפולו של בית הדין הפלילי הבינלאומי (כפי שאירע במקרה של
 דארפור).

2) לחלופין, מזכ"ל האו"ם יכול להורות על פתיחת חקירה. כפי שעשתה בהחלטה
 4105 (2002), מועצת הביטחון יכולה לקדם בברכה יוזמה כזו מצד המזכ"ל
 "לאסוף מידע מדויק... באמצעות צוות לבדיקת העובדות". המזכ"ל כבר קרא
 לחקירת ההתקפות על מתקני האו"ם ועל צוותו ברצועת עזה.

3) הנציב העליון של האו"ם לזכויות האדם יכול להקים ועדה שתערוך את החקירה.
 סביר כי ועדה שתורכב על-ידי הנציב תיתפס כנטולת פניות יותר מאשר כזו שתוקם

על-ידי מועצת זכויות האדם של האו"ם (ר' להלן), אך במקרה כזה, כדי שהחקירה תהייה אפקטיבית ככל הניתן, יידרש שיתוף פעולה מצדה של ישראל.

4) מועצת זכויות האדם של האו"ם הסמיכה בהחלטה S-9/1 את נשיאה למנות משלחת בינלאומית עצמאית לבדיקת העובדות שתשוגר בדחיפות "לחקור את כל ההפרות של משפט זכויות האדם הבינלאומי ושל המשפט ההומניטארי הבינלאומי שביצעה... ישראל נגד העם הפלסטיני ברחבי השטחים הפלסטיניים הכבושים, ובייחוד ברצועת עזה הכבושה, כתוצאה מהתוקפנות הנוכחית..." בנוסף, ביקשה מועצת זכויות האדם של האו"ם ממזכ"ל האו"ם "לחקור את המקרים האחרונים של כיוון התקפות נגד מתקני אונר"א בעזה... ולהגיש דו"ח לאסיפה הכללית..." ההערות שהעיר השגריר הישראלי קודם לאימוצה של החלטה S-9/1 אינן מותירות סיבה להאמין כי ישראל תשתף פעולה עם משלחת בינלאומית לבדיקת העובדות. אפילו תזכה המשלחת לבדיקת העובדות לשיתוף פעולה מסוים מצד ישראל בכך שתפרש את המנדט שלה כמסמיך אותה לבחון גם הפרות שביצע חמאס – כפי שפירשה ועדת החקירה רמת הדרג בנושא לבנון של מועצת האו"ם לזכויות האדם את המנדט שלה, שהתייחס רק לפעולותיה של ישראל, באופן שמסמיך אותה לבחון גם את התנהלותו של חיזבאללה – עדיין עולה מדחייתו הגורפת של דו"ח החקירה בנושא לבנון כי משלחת לבדיקת העובדות לכשעצמה תהיה חסרת השפעה.

5) הוועדה ההומניטארית הבינלאומית לבדיקת עובדות (IHFFC) יכולה לבצע את החקירה. ועדה זו היא גוף קבוע ועצמאי של מומחים שקם מכוח סעיף 90 של הפרוטוקול הנוסף הראשון והוסמך לחקור טענות בדבר הפרות חמורות של המשפט ההומניטארי הבינלאומי. עם זאת, לצורך כך יהיה על שני הצדדים לעימות להכיר בכשירותה של הוועדה ולבקש כי תחקור את ההפרות בעימות מסוים זה. בעימותים קודמים קרא ארגון אמנסטי אינטרנשיונל לישראל לעשות כן אך הדבר מעולם לא נעשה. (למעשה, ועדה זו מעולם לא קיימה חקירה). חקירותיה של הוועדה מתקיימות על-ידי גוף של חמישה מחברי הוועדה ושני אנשים חיצוניים הממונים על בסיס אד הוק (כל צד בעימות ממנה את אחד מהחברים הממונים על בסיס אד-הוק).

5. מתן דין וחשבון

לקורבנות של הפרות זכויות האדם שמורה הזכות לתרופה יעילה, והמדינות מחויבות לכבד זכות זו, להגן עליה ולממש אותה.²⁶ לחובה זו שלושה מרכיבים:

עשיית צדק: חקירה של הפרות שבוצעו בעבר, ואם נאספות ראיות קבילות ומספקות, העמדה לדין של החשודים בביצוען;

חקר האמת: בירור העובדות על אודות הפרות של זכויות האדם שבוצעו בעבר;

פיצוי: פיצוי מלא ויעיל של הקורבנות ושל בני משפחותיהם בחמשת האופנים הבאים: השבת המצב לקדמותו, שיפוי, שיקום, שילום, וערבויות לאי-הישנות;

לפי עיקרון 6 לעקרונות היסוד והקווים המנחים בדבר זכותם של קורבנות להפרות בוטות של משפט זכויות האדם הבינלאומי ושל הפרות חמורות של המשפט ההומניטארי הבינלאומי לתרופה ולפיצוי:

"התרופות להפרות בוטות של משפט זכויות האדם הבינלאומי ולהפרות חמורות של המשפט ההומניטארי הבינלאומי כוללות את זכותו של הקורבן לכל המפורט להלן כפי שנקבע במשפט הבינלאומי: (א) גישה שווה ויעילה לצדק; (ב) פיצוי הולם, יעיל ומהיר בגין הנזק שנגרם; ו(ג) גישה למידע רלוונטי בנוגע להפרות ולמנגנונים לפיצוי.²⁷

²⁶ הזכות לתרופה יעילה לקורבנות של הפרות של זכויות האדם מעוגנת בסעיף 2(ג) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR). כמו כן, מוכרת זכות זו בסעיף ח' להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, בסעיף 6 לאמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית, בסעיף 14 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, בסעיף 39 לאמנה בדבר זכויות הילד, בסעיף 3 לאמנת האג משנת 1907 בדבר דיני המלחמה ביבשה, בסעיף 91 לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה מה-12 באוגוסט 1949 בדבר ההגנה על קורבנות סכסוכים בינלאומיים מזוינים (הפרוטוקול הנוסף הראשון), בסעיף 75 של אמנת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי, ובסעיף 7 לאמנה האפריקאית לזכויות האדם והעמים.

²⁷ עקרונות היסוד והקווים המנחים בדבר הזכות לתרופה ולפיצויים לנפגעי הפרות בוטות של משפט זכויות האדם הבינלאומי והפרות חמורות של המשפט ההומניטארי הבינלאומי (עקרונות יסוד בדבר הזכות לתרופה ולפיצויים),

בכל הנוגע להפרות של זכויות האדם שבוצעו בעבר, חלה על מדינות החובה להבטיח כי האמת תיאמר, כי הצדק ייעשה וכי כל הקורבנות יפוצו.

5.1 עשיית צדק

קיימות מספר שיטות אפשרויות להעמדתם לדין של האחראים לפשעים על-פי המשפט הבינלאומי, במסגרת הליכים התואמים סטנדרטים בינלאומיים של משפט הוגן ואשר אינם מובילים לעונש מוות.

(1) בידי ישראל: לכל מדינה שהיא צד לעימות יש חובה לחקור את כל הפשעים על-פי המשפט הבינלאומי, ובכל מקרה שבו קיימות ראיות קבילות ומספקות, להעמיד לדין את האדם החשוד בביצוע פשעים אלה.

(2) בידי מדינות אחרות: על מדינות אחרות למלא את חובתן לנהל חקירה פלילית מיידית, יסודית, עצמאית ונטולת פניות של כל אדם הנחשד בביצוע פשעים על-פי המשפט הבינלאומי במהלך העימות. במקרה שבו קיימות ראיות קבילות ומספקות, על המדינות להעמיד לדין את החשוד או להסגיר אותו או אותה למדינה אחרת המוכנה ויכולה לעשות כן במסגרת הליכים הוגנים שאינם מובילים להטלתו של עונש מוות; או להסגיר אותו או אותה לידי בית דין בינלאומי שיש לו סמכות שיפוטית. בנוסף לחובה לממש את סמכות השיפוט האוניברסאלית בנוגע להפרות חמורות של אמנת ג'נבה ושל הפרוטוקול הנוסף הראשון, כמו-גם בנושא עינויים, מדינות רשאיות לממש סמכות זו בנוגע להפרות אחרות על-פי המשפט הבינלאומי. כאשר קיימות ראיות קבילות ומספקות נדרשות מדינות גם להעמיד לדין, להסגיר את החשודים למדינה אחרת המוכנה ויכולה לשפוט אותם או להסגירם לידי בין דין פלילי בינלאומי.

(3) בידי בין הדין הפלילי הבינלאומי: ישראל לא אישרה את אמנת רומא. עם זאת, ישראל יכולה להכיר בסמכותו השיפוטית של בין הדין הפלילי הבינלאומי בשטחים שבשליטתה בכך שתצהיר על-כך במסגרת סעיף 12(3) לאמנת רומא, או שניתן

אומצו והוכרו על-ידי העצרת הכללית של האו"ם בהחלטה 60/147 מה-16 בדצמבר 2005, UN Doc. A/RES/60/147.

להפנות באופן ספציפי את המצב בישראל ובשטחים הפלסטיניים הכבושים לטיפול בית הדין על-ידי מועצת הביטחון של האו"ם, בהתאם לסעיף 13(ב) של אמנת רומא.

5.2 פיצויים

למדינות החובה לכבד את זכותם של קורבנות ושל משפחותיהם לחתור לפיצויים מלאים ולקבלם, וכן להגן על זכות זו ולקדם אותה. זכותם של קורבנות יחידים לפיצוי מעוגנת היטב במשפט הבינלאומי לזכויות האדם ובסטנדרטים שלו כמרכיב יסודי בזכות לתרופה הכלולה באמנות בינלאומיות ואזוריות לזכויות האדם.²⁸

בכלל 150 במחקר שערך הצלב האדום הבינלאומי בנושא המשפט ההומניטארי הבינלאומי המנהגי נקבע כי: "מדינה האחראית להפרות של המשפט ההומניטארי הבינלאומי נדרשת להעניק פיצוי מלא על האובדן או הפגיעה שנגרמו".²⁹

בנוסף, חובתן של המדינות לספק לקורבנות תרופות יעילות, כולל פיצוי, מעוגנת בעקרונות היסוד והקווים המנחים בדבר זכותם של קורבנות להפרות בוטות של משפט זכויות האדם הבינלאומי ושל הפרות חמורות של המשפט ההומניטארי הבינלאומי לתרופה ולפיצויים, שאומצו על-ידי העצרת הכללית של האו"ם בשנת 2005 (החלטה 60/147 מה-16 בדצמבר 2005). כלי זה קובע את צורתם ההולמת של הפיצויים, כולל, בעקרונות 19-23, השבת המצב לקדמותו, שיפוי, שיקום, שילום וערבויות לאי-הישנות.

5.3 ארגונים חמושים ופיצויים

הצלב האדום הבינלאומי מציין כי ארגונים חמושים נדרשים בעצמם לכבד את המשפט ההומניטארי הבינלאומי. אף שטרם הוכרע אם על ארגונים חמושים מוטלת חובה לספק פיצויים

²⁸ ר' לדוגמה: האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, סעיף 2(ג), והאמנה הערבית בדבר זכויות האדם, סעיף 9.

²⁹ הצלב האדום, המשפט הבינלאומי המנהגי, כרך 1, כללים.

מלאים על הפרות של המשפט ההומניטארי הבינלאומי,³⁰ המנהג בפועל מלמד כי ארגונים
כאלה נדרשים לספק מידה מסוימת של פיצויים הולמים.³¹

³⁰ הצלב האדום הבינלאומי, המשפט הבינלאומי המנהגי, כרך 1, כללים; כלל 150.

³¹ הצלב האדום הבינלאומי, המשפט הבינלאומי המנהגי, כרך 1, כללים; כלל 139.

