

חיפה, 4 בינואר 2009

לכבוד	לכבוד	לכבוד
מר מני מזוז	מר אהוד אולמרט	מר אהוד ברק
היועץ המשפטי לממשלה	ראש הממשלה	שר הביטחון
באמצעות פקס מס' 02-6467011	באמצעות פקס מס' 02-5664838	באמצעות פקס מס' 03-6976218

ד ח ו ף !

ג.נ.

הנדון: מניעת פגיעה במוסדות שלטוניים ואזרחיים ברצועת עזה

בשם אלמיזאן, במקום, גישה, האגודה לזכויות האזרח, הועד הציבורי נגד עינויים, המוקד להגנת הפרט, עדאלה ורופאים לזכויות אדם, הריני לפנות אליכם בעניין שבנדון כדלקמן:

1. מהצהרות בכירים בממשלה ודוברים רשמיים אחרים בכלי התקשורת עולה כי ממשלת ישראל החליטה כעניין של מדיניות לתקוף משרדי ממשלה ומתקנים אזרחיים ציבוריים בעזה בנימוק כי כל המוסדות שבשליטתה ו/או בפיקוחה של תנועת חמאס הינם מטרה לגיטימית להתקפה צבאית. בעקבות כך הופצץ כבר ביום הראשון למלחמה, שבת ה- 27.12.08, בניין המשטרה הראשי, ביום רביעי בערב, 31.12.08, הופצצו בניין הפרלמנט, משרדי החינוך והתעבורה בעזה, בשבת הותקפה מכללה השייכת לחמאס.
2. עמדת ממשלת ישראל לפיה כל הקשור לחמאס, בין אם חברים ובין אם בניינים, הינו יעד לגיטימי לתקיפה נוגדת את המשפט הבינלאומי ההומניטארי המתבסס על שלושה עקרונות על שנועדו להגן על האוכלוסיה האזרחית; עקרון ההבחנה, עקרון המידתיות ועקרון הצורך הצבאי.
3. יוזכר כי החל מחודש יולי 2007 מאז השתלטה תנועת החמאס על רצועת עזה, התנועה "מושלת" ברצועה ומנהלת בה את החיים החברתיים והציבוריים כממשל חלופי לרשות הפלסטינית. במוסדות השלטוניים האזרחיים עובדים פקידים למילוי תפקידים אזרחיים-מנהליים. בהיות משרדים ובניינים אלו נועדו לשרת את הציבור שם אין לראות בהם כמטרות צבאיות ואין להחשיב את כל הנמצאים בהם לאזרחים-לוחמים רק בשל הימצאותם במקום. כך גם לעניין העובדים בהם.
4. מוסדות ובנייני הממשל בעזה פזורים בתוך הרצועה שהינה אחד המקומות הצפופים ביותר בעולם ובשל כך תקיפתם מעמידה בסכנת חיים אזרחים רבים ורכוש פרטי וציבורי החוסים כולם תחת הגנת המשפט הבינלאומי המנהגי.

5. בדו"ח הוועדה מטעם משרד התובע של הטריבונל הבינלאומי לפשעים של רפובליקת יוגוסלביה לשעבר, אשר בחן את הפצצות נאט"ו ביוגוסלביה ובין היתר את הפצצת תחנת הטלוויזיה בבלגרד, קבע כי ככל שהפצצה כוונה לחבל בתשתיות התקשורת הצבאית של יוגוסלביה היא עמדה במבחן הצורך הצבאי. הוועדה הוסיפה כי לו היה מתברר כי מטרת ההפצצה הייתה אך ורק לפגוע במורל האוכלוסייה היוגוסלבית ולהחליש את התמיכה במשטרו של מילוסביץ היא לא הייתה עומדת במבחן הצורך הצבאי:

“... Disrupting government propaganda may help to undermine the morale of the population and the armed forces, but justifying an attack on a civilian facility on such grounds alone may not meet the "effective contribution to military action" and "definite military advantage" criteria required by the Additional Protocols (see paras. 35-36, above). The ICRC Commentary on the Additional Protocols interprets the expression "definite military advantage anticipated" to exclude "an attack which only offers potential or indeterminate advantages" and interprets the expression "concrete and direct" as intended to show that the advantage concerned should be substantial and relatively close rather than hardly perceptible and likely to appear only in the long term (ICRC Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977, para. 2209). **While stopping such propaganda may serve to demoralize the Yugoslav population and undermine the government's political support, it is unlikely that either of these purposes would offer the "concrete and direct" military advantage necessary to make them a legitimate military objective. ...**”

(ההדגשה אינה במקור. פ.א.) פסקה 76 של הדו"ח.

6. אכן, המשפט הבינלאומי המנהגי התיר לפגוע באזרחים אך זאת רק אם הוכח כי אלו נטלו חלק **ישיר במעשי האיבה** ולמשך אותו זמן של השתתפות ישירה זו. כך גם לעניין תקיפת מטרות אזרחיות, אלו מאבדות את הגנתן רק אם נעשה בהן שימוש לצרכים צבאיים ורק במשך שימוש זה.

7. כדי שניתן יהיה לטעון כי אזרח הינו לוחם ובשל כך איבד את ההגנה המקנה לו המשפט הבינלאומי המנהגי הרי שצריכים להתקיים תנאי הסיפא שבסעיף 351(3) לפרוטוקול הראשון הנספח לאמנות ג'נבה והמשקף משפט בינלאומי מנהגי. דהיינו יש להוכיח כי האזרחים נטלו חלק בפעולות האיבה נגד ישראל, כי חלק זה הינו ישיר וכי מעורבותם הישירה בפעולות האיבה לא נפסקה.

8. לענין "ישירות" החלק שניטל בפעולות האיבה נאמר ע"י המלומד Gasser:

"However, the term should not be understood too broadly. Not every activity carried out within a state at war is a hostile act."

D. Fleck, **The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts**, 32 (1995), p. 232.

9. הטריבונול הבינלאומי לפשעים ביוגוסלביה לשעבר קבע בעניין **Prosecutor v. Halilovic** כי :

"The Trial Chamber finds that it is the specific situation of the victim at the moment the crime was committed that must be taken into account in determining his or her protection under Common Article 3. The Trial Chamber considers that relevant factors in this respect include the activity, whether or not the victim was carrying weapons, clothing, age and gender of the victims at the time of the crime. While membership of the armed forces can be a strong indication that the victim is directly participating in the hostilities, it is not an indicator which in and of itself is sufficient to establish this. Whether a person did or did not enjoy protection of Common Article 3 has to be determined on a case-by-case basis."

ICTY, Case No. IT-01-48-T, Judgment, Nov. 16, 2005, פסקה 34.

10. יצוין כי גם לפי גישתו המחמירה של בית המשפט העליון המרחיבה את גדר תחולתו של החרג השולל את ההגנה מאזרחים, לא כל חבר בארגון החמאס הוא יעד לגיטימי לתקיפה. בבג"צ 769/02, **הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם), ניתן ביום 14.12.06, נקבע כי :

"נדרש מידע מבוסס בטרם יסווג האזרח כנופל לאחד מהמצבים עליהם עמדנו (קיומם של תנאי הסיפא של סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון – פ.א.). אין לפגוע באזרחים תמימים (ראו קססה, עמ' 421). צריך להתקיים מידע בדוק ביותר באשר לזהותו ופועלו של האזרח אשר לפי הטענה נוטל חלק במעשי האיבה (ראו Ergi v. Turkey, 32 (2001) ECHR 388). בצדק ציין קססה כי :

"[I]f a belligerent were allowed to fire at enemy civilians simply suspected of somehow planning or conspiring to plan military attacks, or of having planned or directed hostile actions, the basic foundations of international humanitarian law would be seriously undermined. The basic distinction between civilians and combatants would be called into question and the whole body of law relating to armed conflict would eventually be eroded" (p. 421).

(ההדגשה אינה במקור. פ.א.). פסקה 40 לפסק הדין.

11. יודגש כי הנטל להוכיח כי אזרח איבד את ההגנה הקנויה לו והפך למטרה לגיטימית לתקיפה וליעד לחיסול הינו נטל כבד ואין הוא עניין של מה בכך.

"הנטל המוטל, בעניין זה, על הצבא התוקף הוא כבד (ראו קרצ'מר, עמ' 203; גרוס, עמ' 606). במקרה של ספק, נדרשת בדיקה קפדנית בטרם תעשה תקיפה. עמדו על כך Henckaerts and Doswald-Beck :

"[W]hen there is a situation of doubt, a careful assessment has to be made under the conditions and restraints governing a particular situation as to whether there are sufficient indications to warrant an attack. One cannot automatically attack anyone who might appear dubious" (p. 24)."

פסקה 40, שם.

12. למותר להזכיר עוד, כי בבג"צ החיסולים נקבע כי "אין לתקוף אזרח הנוטל חלק ישיר, אותה עת, במעשי האיבה, אם ניתן לנקוט כלפיו אמצעי שפגיעתו פחותה". (פסקה 40 לפסק הדין).

13. כך גם לעניין תקיפתם של מבני ממשל וציבור ברצועת עזה. מבנים אלו חוסים תחת הגנת המשפט הבינלאומי המנהגי בהיותן מטרות אזרחיות כהגדרתן בסעיף 52(2) לפרוטוקול הראשון.

14. בפרשנות הרשמית של הצלב האדום לפרוטוקולים הנוספים נאמר:

"A closer look at the various criteria used reveals that the first refers to objects which, by their ' nature, ' make an effective contribution to military action. This category comprises all objects directly used by the armed forces: weapons, equipment, transports, fortifications, depots, buildings occupied by armed forces, staff headquarters, communications centres etc."

בעמ' 636.

15. לכן, וכאמור, בין המטרות שהופצו היו מתקני ובניי ממשל אשר ספק רב אם טבעם, מטרתם או השימוש בהם תורמים תרומה אפקטיבית לפעולה צבאית ושהריסתם, באופן מוחלט או חלקי, מקנים יתרון צבאי מובהק. זהו ביטוי למבחן הצורך הצבאי לפיו מותר לכוחות הלוחמים לפגוע במטרות אזרחיות אך ורק אם הפגיעה משרתת צורך צבאי חיוני ומיידי, דהיינו החלשת האויב, הכנעתו או הבאת הקרבות לכלל סיום.

ראו אורנה בן נפתלי ויובל שני, **המשפט הבינלאומי - בין מלחמה לשלום** (רמות 2006), עמ' 147.

16. למותר לציין כי אף אם נעשה שימוש לא חוקי במטרות אזרחיות אין בכך כדי להתיר התעלמות מכללי המשפט ההומניטארי המנהגי והפרתו. ועוד, עצם הימצאותו של לוחם בין אוכלוסיה אזרחית אינו שולל את אופייה האזרחי של האוכלוסיה ולא את ההגנה לה היא זכאית. ראו בג"צ 2936/02 **עמותת "רופאים לזכויות אדם" נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד נו(3), 3.

17. כמובן שגם אם מדובר בתקיפת מטרה לגיטימית עדיין יש להימנע מפגיעה לא מידתית באזרחים וברכוש באזור התקיפה וכן יש לנקוט בכל אמצעי הזהירות כדי להזהיר את האזרחים ולהימנע מפגיעה בהם. מהדיווחים מהשטח ומהתקשורת עולה כי כתוצאה מההתקפות עד כה נהרגו כ-500 איש, אישה וטף ונפצעו קרוב ל-3000 אחרים. נוכח המצב השורר ברצועת עזה, לא ניתן לברר את היקף הנפגעים וזהותם לאשורם. אולם, לפי דיווח סוכנות האו"ם OCHA, ההערכות הן כי לפחות רבע מההרוגים הינם אזרחים שלא היו קשורים ללחימה.

18. יודגש כי ההכרה באפשרות הפגיעה באוכלוסייה האזרחית כחלק מנוק נלווה לפעולה מלחמית הוגבלה למקרים מסוימים בלבד. דהיינו כנוק נלווה להתקפה נגד מטרות לגיטימיות. הכרה מצומצמת זו לא נועדה להכשיר פגיעה מכוונת באוכלוסייה האזרחית והפרה של הכללים לעיל ובודאי שלא נועדה לסתור את מטרת העל במשפט הבינלאומי ההומניטארי - הקטנת הסבל הנגרם לאוכלוסייה אזרחית בעת סכסוכים מזוינים.

19. למותר לציין כי בית הדין לערעורים של הטריבונל הבינלאומי לפשעים ביוגוסלביה לשעבר הבהיר כי ניתן מעצם אי מידתיות הנזק שנגרם מההתקפה להסיק כי ההתקפה כוונה כלפי האוכלוסייה האזרחית כמו כן ניתן להסיק זאת מהנשק ששימש לביצוע ההתקפות:

The Appeals Chamber finds that the impugned finding does not conflate the two crimes but rather supports the view that a direct attack can be inferred from the indiscriminate character of the weapon used...

The Trial Chamber's finding that disproportionate attacks "may" give rise to the inference of direct attacks on civilians was therefore a justified pronouncement on the evidentiary effects of certain findings, not a conflation of different crimes...

Prosecutor v. Stanilav Galic (*Appeal Judgement*). IT-98-29-A. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 30 November 2006.

20. מכל הנימוקים האמורים לעיל, הנכם מתבקשים להורות על ביטול המדיניות המורה על הרחבת המטרות ועל פגיעה במשרדי ממשל וציבור ובחברי חמאס שאינם נוטלים חלק ישיר בלחימה.

21. בשל דחיפות העניין אודה לקבלת תשובתכם המיידית.

בכבוד רב,

פאטמה אלעג'ו, עו"ד

העתק: גב' אוסנת מנדל, מנהלת מחלקת בג"צים

באמצעות פקס מס' 02-6467011

תא"ל אביחי מנדלבלויט, הפצ"ר

באמצעות פקס מס' 03-5694526