

מחשבות על דוח גולדסטון והמשפט הבין-לאומי

מאת

רובי סיבל*

מבוא. א. הקמתה והרכבה של ועדת החקירה. ב. התנהלותה של ועדת החקירה. ג. סוגיות עקרוניות במשפט הבין-לאומי העולות מהדוח. 1. התקפה על מוסדות שלטון; 2. שימוש באזרחים כ"מגן חי"; 3. הדדיות ופעולת תגמול נגד מטרת אזרחיות; 4. מצור על עיר מבוצרת; 5. מתי שטח נחשב ככבוש?; 6. הזכות של עם "כבוש" להשתמש בכוח; 7. אזהרת אזרחים; 8. דיני זכויות האדם וכללים על דרכי לחימה; ד. הרהורים לעתיד לעניין המעמד של שבוי מלחמה. ה. דברי סיום.

מבוא

במשך שלושה שבועות, מסוף דצמבר 2008 עד 18 ינואר 2009, פעל צה"ל בחבל עזה במבצע שכונה "עופרת יצוקה". ישראל הסבירה את פעילותה כניסיון להפסיק את ירי הרקטות שנורו מחבל עזה לעבר העיר שדרות ויישובים ישראלים אחרים הסמוכים לחבל עזה. ירי הרקטות נמשך כשמונה שנים שבהן נורו אלפי רקטות מרצועת עזה אל היישובים הישראליים האזרחיים.

המבצע נערך באזור צפוף באוכלוסייה אזרחית. כתוצאה מפעולת צה"ל נהרגו אזרחים פלסטינים שלא השתתפו בלחימה. ההערכה של ארגון "בצלם" היא שמדובר בכ-760 אזרחים¹ ולפי הערכת צה"ל מדובר בכ-295 אזרחים.² בעקבות הדיווחים על הרג אזרחים הגדירה מועצת זכויות האדם של האו"ם את פעולת ישראל כמעשה "תוקפנות"³ ומינתה ועדת חקירה לבדיקה של "הפרות זכויות האדם והפרות דיני המלחמה על ידי ישראל". הרכבה של ועדת החקירה נקבע על ידי נשיא ועדת זכויות האדם, נציג ניגריה, ללא התייעצות עם ישראל. לראש ועדת החקירה מונה השופט (בדימוס) ריצ'רד גולדסטון. דוח הוועדה הוגש למועצת זכויות האדם (להלן: דוח

* ד"ר רובי סיבל הוא מרצה למשפט בין-לאומי באוניברסיטה העברית בדרגת פרופסור אורח.

1 www.btselem.org/English/Gaza_Strip/20091227_A_year_to_Castlead_Operation.asp

2 www.terrorism-info.org.il/malam_multimedia/English/eng_n/html/ipc_e021.htm

3 H.R. Res. S-9/1, U.N. Doc. A/HRC/S-9L.1 (Jan. 12, 2009)

האדם של האו"ם).

גולדסטון).⁴ הרוח מאשים את צה"ל בכיצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות. על פי הרוח, הרג האזרחים נעשה בכוונה תחילה והיה למעשה מטרת המבצע. מאמר זה אינו מבקש לדון בצד העובדתי של האישומים נגד צה"ל. חלקם כבר נדונו;⁵ לדעתי, על אף הפגמים המהותיים ברוח גולדסטון – שחלקם יפורטו להלן – יש מקום לבדיקה פנימית ישראלית בלתי-תלויה בשאלות נקודתיות שהרוח מעלה. מאמר זה נועד לבדוק את עצם מינויה של ועדת החקירה, הרכבה והתנהלותה, ולהתייחס לכמה יסודות של המשפט הבינ-לאומי שעליהם התבסס הרוח.

א. הקמתה והרכבה של ועדת החקירה

המשפט הבינ-לאומי מכיר במוסד של ועדת חקירה בין-לאומית לחקירת מצב עובדתי. מקובל כי ועדת חקירה מוקמת רק לבדיקת עובדות ואין זה מתפקדה להכריע בשאלות משפטיות.⁶ ועדה כזו מוקמת בדרך כלל על ידי שתי מדינות והיא כוללת חוקר מטעמה של כל מדינה וחוקר או חוקרים ניטרליים המתמנים במשותף על ידי הצדדים. הצדדים קובעים את מנדט הוועדה והחוקרים חייבים לפעול בהגינות ובאי-תלות.⁷ דוגמה ידועה לוועדת חקירה היא הוועדה שהקימו בריטניה ודנמרק בשנת 1961 בפרשת האנייה "רד קרוסדור", שם דובר בתקרית ימית בין אניות מלחמה דניות לסירת דיג בריטית.⁸ גם האו"ם וארגונים בין-לאומיים אחרים נוהגים למנות ועדות חקירה. ארגון התעופה הבינ-לאומי (ICAO) שלח בזמנו, בהסכמת ישראל, ועדת חקירה לברר את נסיבות הפלתו של המטוס הלובי מעל שמי סיני בשנת 1973. העצרת הכללית של האו"ם קבעה כללים מנחים לוועדות חקירה מטעם הארגון. מטרתן של ההנחיות לוודא פעילות הוגנת,

- 4 U.N. HUM. RTS. COUNCIL, *Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories – Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict*, U.N. Doc. A/HRC/12/48 (Sept. 25, 2009) (להלן: דוח גולדסטון). בגרסה מאוחרת של הרוח, באתר האינטרנט של המועצה לזכויות האדם, מספור הסעיפים שונה לעתים מהדוח המקורי. על כן בהערות השוליים בהמשך יצוינו מספרי הסעיפים בגרסה זו, הזמינה לציבור הרחב.
- 5 למחקרים המפרטים אי-דיוקים ועובדות לא נכונות בדוח ראו: www.camera.org/index.asp?x_context=2&x_outlet=118&x_article=1736; www.jcpa.org/JCPA/Templates/ShowPage.asp?DRIT=1&DBID=1&LNGID=1&TMID=111&FID=443&PID=0&IID=3086&TTL=Blocking_the_Truth_of_the_Gaza_War.
- 6 J.G. MERRILLS, *INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT* 45 (4th ed. 2005).
- 7 ראו "Impartial and Conscientious Investigation", Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, art. 9 (July 29, 1899).
- 8 *The Red Crusader: Commission of Inquiry (Denmark-United Kingdom)*, 35 INT'L L. REP. 485 (1967).

בלתי-תלויה ושקופה של הוועדות.⁹ מדינה אינה חייבת לקבל לשטחה ועדת חקירה מטעם האו"ם אלא אם מדובר בוועדה שהוקמה על פי החלטה של מועצת הביטחון במסגרת פרק 7 למגילת האו"ם. מקובל כי אם האו"ם שולח ועדת חקירה, ההרכב והמנדט של הוועדה נקבעים בתיאום עם המדינות הנוגעות בדבר.¹⁰ בשנת 2002 מינה מזכ"ל האו"ם ועדת חקירה לבדוק את אירועי הלחימה במחנה הפליטים בג'נין ומועצת הביטחון סמכה ידה על כך.¹¹ הרכב הוועדה נקבע בהתייעצות עם ישראל, אולם כאשר החליטה ישראל לאחר מכן שהיא בכל זאת מתנגדת להרכב הוועדה ולמנדט שלה, פירק המזכ"ל את הוועדה בציינו כי ועדת חקירה יכולה לפעול רק בתיאום עם המדינות הנוגעות בדבר.¹² כאשר שלח מזכ"ל האו"ם חוקר לחקור סכסוך בשאלת מעמדה של חבריין נעשה הדבר בתיאום מראש עם המדינות המעורבות וגם המנדט של החוקר נקבע על דעתן.¹³ כאשר החליט האיחוד האירופי לשלוח ועדת חקירה לעניין הסכסוך בגאורגיה בשנת 2008¹⁴ הוא לא ביקש הסכמה פורמלית של הצדדים אך הצעד נעשה בתיאום עם גאורגיה ורוסיה; המנדט של ועדת החקירה היה ניטרלי לחלוטין ולא כלל כל גינוי, להבדיל מהמנדט של ועדת גולדסטון.

החוקה של ועדת האו"ם לזכויות האדם מאפשרת לה לחקור נושאים של הפרת זכויות האדם. על כן, כעיקרון, ועדת זכויות האדם הייתה מוסמכת למנות ועדת חקירה.¹⁵

9 "Fact-finding missions have an obligation to act in strict conformity with their mandate and perform their task in an impartial way", Declaration on Fact-finding by the United Nations in the Field of the Maintenance of International Peace and Security, G.A. Res. 46/59, ¶ 25, A/RES/46/59 (Dec. 9, 1991).

10 לגבי משלוח ועדת חקירה מטעם ועדת זכויות האדם נקבע: "Mandate holders typically send a letter to the Government requesting to visit the country, and, if the Government agrees, an invitation to visit is extended" (ההדגשה הוספה). ראו www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/visits.htm.

11 S.C. Res. 1205, U.N. Doc. S/RES/1405 (Apr. 19, 2009).

12 The Secretary-General, *Report of the Secretary-General Prepared Pursuant to General Assembly Resolution ES-10/10*, ¶ 4, *Delivered to the General Assembly*, U.N. Doc. A/ES-10/186 (July 30, 2002).

13 The Secretary-General, *Letter Dated 6 April 1970 from the Secretary-General to the President of the Security Council*, at 2, *Delivered to the Security-Council*, U.N. Doc. S/9738 (Apr. 6, 1970).

14 Council Decision 2208/901/CFSP, Concerning an Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, 2008 O.J. (L323) 66.

15 העצרת הכללית של האו"ם קבעה את סמכויות הוועדה. ראו G.A. Res. 60/251, U.N. Doc. A/RES/60/251 (Apr. 3, 2006).

הוועדה הנ"ל מורכבת מנציגי מדינות ולדיוניה אופי פוליטי מובהק.¹⁶ הקמתה של ועדת גולדסטון נעשתה ללא כל תיאום או הידברות עם ישראל והמנדט שלה כלל מלכתחילה גינוי לפעולות ישראל. במושבה מיום 26 במרץ 2009 קיבלה הוועדה החלטה בנושא ההתקפה הישראלית וקבעה שישראל מכוונת את פעולתה כדי לפגוע באזרחים פלסטינים.¹⁷ המנדט של ועדת החקירה, בראשות השופט גולדסטון, נקבע במושב מיוחד של הוועדה שכונס ביוזמה של קובה, מצרים ופקיסטן, בו נקבע שהפעולה הישראלית גרמה "להפרות חמורות של זכויות האדם של האזרחים הפלסטינים". הוועדה דרשה מישראל להפסיק לכוון את ההתקפה נגד אזרחים וצוותים רפואיים.¹⁸ החלטתה של ועדת זכויות האדם להקים ועדת חקירה לא התייחסה להתקפות הרקטות של חמאס לפני מבצע עופרת יצוקה או לפעולות חמאס בעת הלחימה; ועדת החקירה נתבקשה לחקור רק את "כל ההפרות של דיני זכויות האדם הבין-לאומיים והמשפט ההומניטרי הבין-לאומי של ישראל, שהיא המדינה הכובשת, כנגד העם הפלסטיני בכל השטח הפלסטיני הכבוש, ובגלל התוקפנות הנוכחית, במיוחד ברצועת עזה הנמצאת תחת כיבוש". יו"ר הוועדה, השופט גולדסטון עצמו, כינה בדיעבד את ההחלטה "חד-צדדית ולא הוגנת".¹⁹ ראוי לציין כי בין המדינות שהצביעו בעד הקמתה של ועדת החקירה לא הייתה אף מדינה מערבית.²⁰ בפועל התייחס הדוח גם לפעולות חמאס, אך רוב-רובו עוסק רק במעשי ישראל, וכך גם החלטתה של ועדת זכויות האזרח של האו"ם, המאמצת את מסקנות הדוח המתייחסות רק לפעולות ישראל.²¹

הרכבה של ועדת החקירה היה בעייתי מבחינת ישראל. בוועדה היו ארבעה חברים, שניים מהם – היו"ר עצמו והקצין האירי – חתמו על מכתב פומבי הקורא להקמה של ועדה כזו כדי "לחקור את ההפרות החמורות של דיני המלחמה".²² נציג אחר הוא אזרח

MALCOLM N. SHAW, INTERNATIONAL LAW 306 (6th ed. 2008) 16

"Demands that the occupying Power, Israel, stop the targeting of civilians and the systematic destruction of the cultural heritage of the Palestinian people, in addition to the destruction of public and private properties, and the targeting of United Nations facilities", G.A. Res. 10/19, U.N. Doc. A/HRC/RES/10/19 (Mar. 26, 2009)

"Demands that the occupying Power, Israel, stop the targeting of civilian and medical facilities and staff and the systematic destruction of the cultural heritage of the Palestinian people, in addition to the destruction of public and private properties, as laid down in the Fourth Geneva Convention", החלטת מועצת זכויות האדם של האו"ם, לעיל ה"ש 3.

ראיון ב-CNN עם כריסטיאן אמאנפור (Christiane Amanpour) מה-30.9.2009 : transcripts.cnn.com/TRANSCRIPTS/0909/30/ampr.01.html

H.R. Res. S-9/2, U.N. Doc. A/HRC/S-9/2 (Jan. 27, 2009) 20

H.R. Res. S-12/1, U.N. Doc. A/HRC/RES/S-12/1 (Oct. 16, 2009) 21

"[...] we believe there is an important case to be made for an international investigation of gross violations of the laws of war", Open letter from Richard Goldstone and Colonel 22

פקיסטן, מדינה שאינה מכירה בישראל, והרביעית – פרופ' חניקין, פרופסור למשפט בין-לאומי מאוניברסיטת LSE – חתמה עוד בטרם נתמנתה לוועדה על מכתב פומבי שבו הוגדרו מעשי ישראל כפשע מלחמה ותוקפנות; פרופ' חניקין אף הוסיפה כי התקפות הרקטות של חמאס אינן נחשבות להתקפה מזוינת המצדיקה פעולות הגנה עצמית על ידי ישראל.²³ להבדיל מוועדת החקירה של האיחוד האירופי בנושא הסכסוך בגאורגיה, לא נכלל בוועדה מומחה צבאי עם ניסיון מעשי בלחימה.

אפשר לחלוק על התבונה הטקטית של החלטת ישראל לא לשתף פעולה עם ועדת גולדסטון, אך אין ספק שישראל לא הייתה מחויבת משפטית לשתף פעולה. לוועדת זכויות האדם שמינתה את ועדת החקירה אין סמכות לכפות על מדינה לשתף פעולה עם ועדה כזו.²⁴ אף על פי שישראל לא הייתה מחויבת לשתף פעולה עם הוועדה נוצר רושם שסירוב ישראל השפיע בצורה לא מידתית על תוצאות הדוח ושימש הצדקה לקבלה של טענות חמאס כלשונן, בלי לבדוק את אמיתותן. מחברי הדוח חזרו והדגישו בו פעמים רבות את היעדר שיתוף הפעולה של ישראל והשתמשו בו כהסבר להימנעות מחקירת הממצאים שהגיש החמאס ולהימנעות מחקירות ביוזמת הוועדה עצמה.²⁵ לדעתי, יש בכך הפרה של החובה הבסיסית של ועדת חקירה בין-לאומית לברר את האמת ולבסס מסקנות רק על סמך ממצאים שבדקה. לדוגמה, הדוח מציין את טענת ישראל כי חמאס השתמש בבית חולים אל-שיפה כבסיס צבאי ומוסיף כי הוועדה לא חקרה את הטענה – אך גם קובע כי "לא נמצאו ראיות התומכות בטענות ממשלת ישראל".²⁶

על אף המנדט שהתייחס רק לפעולות ישראל התייחס הדוח גם להתקפות הרקטות של חמאס. פעילות החמאס מתוארת כהתגוננות חמושה (armed resistance) – ביטוי המשאיר רושם ברור שאין מדובר בתוקפנות נגד ישראל אלא בפעולת הגנה נגד תוקפנות ישראלית; הדוח נמנע מלהזכיר כי ארגון החמאס על כל פלגיו הוגדר על ידי ארצות הברית,²⁷ קנדה והאיחוד האירופי כארגון טרור;²⁸ הדוח לא מזכיר את חוקת חמאס

Travers to Ban Ki-moon, United Nations Secretary-General, and the United Nations Security Council Ambassadors (Mar. 16, 2009).

Letter, *Israel's bombardment of Gaza is not self-defence – it's a war crime*, TIMES ONLINE, Jan. 11, 2009, available at: www.timesonline.co.uk/tol/comment/letters/article5488380.ece.?Submitted=true

24 לעיל ה"ש 10.

25 במאמר בעיתון Jerusalem Post ציין השופט גולדסטון: "If the Government of Israel failed to bring facts and analyses to our attention, we cannot fairly be blamed for the consequences", Richard Goldstone, *My Mission – And Motivation*, THE JERUSALEM POST, Oct. 18, 2009, available at: www.jpost.com/Home/Article.aspx?id=157887.

26 דוח גולדסטון, לעיל ה"ש 4, בס' 468-469.

27 מדבריו של נציג הבולשת הפדרלית של ארצות הברית: "The ideology of Hamas is codified in the Hamas covenant. This covenant establishes Hamas' primary goal as the creation of an

הקוראת להשמדת ישראל²⁹ ולא מצטט אף אחת מההצהרות המתלהמות של מנהיגי חמאס. לעומת זאת, נאומים של פוליטיקאים ישראלים מובאים כהוכחה לכך שישראל התכוונה לפגוע באזרחים. מגמת הדוח עולה בבירור מהתייחסות לסיבות למבצע עופרת יצוקה. לדברי הדוח "הפעולה משתלבת בהמשכיות (continuum) של מדיניות אשר כוונתה להגשים את מטרותיה של ישראל כלפי עזה והשטח הפלסטיני הכבוש בכלל".³⁰ במקום אחר הדוח מוסיף: "בו בזמן שממשלת ישראל בקשה להציג את פעולתה כתגובה להתקפות רקטות, במסגרת זכותה להגנה עצמית, ועדת החקירה בדעה שהתוכנית כוונה, לפחות בחלקה, כנגד מטרה אחרת, אוכלוסיית עזה ככלל".³¹ דהיינו: לדברי מחברי הדוח, התקפות הרקטות על ישראל שימשו רק אמתלה לישראל להשגת המטרה האמיתית – להתקיף את האוכלוסייה האזרחית ברצועה. פסקה בדוח המצביעה בצורה ברורה ביותר על השקפת עולמם של מחבריו קובעת כי "מדינת ישראל נכשלה גם בהגנה על האזרחים שלה בכך שהיא נמנעה מלהודות בחוסר התועלת של ההזדקקות לאמצעים אלימים וכוח צבאי".³²

ב. התנהלותה של ועדת החקירה

הדוח מרבה להסתמך על עדויות שמיעה ועדויות שלא נבדקו, התבססות המנוגדת לכללים הבסיסיים של ועדת חקירה בלתי תלויה. לדוגמה, הדוח קובע כעובדה ש"בשנת 2003 צלפים ישראלים ירו והרגו שתי אחיות שהיו בתפקיד בבית חולים אל-וופה".³³ בדיקת המקור מגלה שמדובר בהודעה של סוכנות ידיעות פלסטינית.³⁴ לא מובאת כל

Islamic State in all of Palestine through "Jihad" (Holy War). Through its acts of violence, Hamas has established itself as one of the primary Palestinian terrorist organizations continuing the 'armed struggle' against Israel. These terrorist attacks target not only military targets, but civilian ones as well", John S. Pistole, Assistant Director, Counterterrorism Division, FBI, Congressional Testimony before the House Committee on Financial Services, Subcommittee on Oversight and Investigations (Sept. 24, 2003),

available at: www.fbi.gov/congress/congress03/pistole092403.htm

החלטה של שרי החוץ של הקהילה האירופית מיום 7 בספטמבר 2003: eur-lex.europa.eu/

.LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:261:0026:01:EN:HTML

לעיל ה"ש 27.

דוח גולדסטון, לעיל ה"ש 4, בס' 1877.

שם, בס' 1883.

שם, בס' 1914.

שם, בס' 644.

שני התאריכים מופיעים בהודעה הפלסטינית.

אסמכתה אחרת, אבל למרות זאת קבעה הוועדה את ההרג כעובדה והכניסה אותו, משום מה, לדוח המתייחס לאירועים של שנת 2008.

הוועדה קבעה במפורש שישראל ביצעה פשעי מלחמה חמורים, אך אשר לירי הרקטות של חמאס לעבר ערים ישראליות הסתפקה הוועדה בקביעה שלפיה "These actions would constitute war crimes and may amount to crimes against humanity"³⁵ דהיינו: לא קביעה חד-משמעית. אולי יש כאן רמז לתיאוריה לפיה יש "להבין" את הצד החלש במאבק מזוין המשתמש באלימות נגד אזרחים כי זו הדרך היחידה שלו לפגוע בצד החזק.³⁶

המנהרות של חמאס מוזכרות כאמצעי להברחת סחורות בלי כל אזכור ששימשו גם להברחת אמצעי לחימה.³⁷ גם כאשר הדוח מתייחס להתקפות הרקטות על ישראל הוא דואג לכלול בהקשר זה "דאגה עמוקה" על כך שישראל לא סיפקה אמצעי התרעה נגד התקפות רקטות ליישובים "פלסטיניים ישראלים".³⁸ הדוח נמנע מלציין שיישובים ערביים כלל לא היו יעד להתקפות של רקטות.

הדוח מציין שיש "אינדיקציות שהכוחות החמושים הפלסטינים ירו רקטות ופצצות"; הדוח קובע כי "סביר שקבוצות חמושות פלסטיניות לא פעלו מספיק, בכל זמן ובצורה משביעת רצון להבחין את עצמן מהאוכלוסייה האזרחית", אך מחברי הדוח מוסיפים כי "לא נמצאה כל ראיה לכך שחברים בקבוצות פלסטיניות חמושות לחמו בלבוש אזרחי".³⁹ הדוח גם קובע כי "לא נמצאה כל ראיה התומכת בטענות שרשויות עזה או קבוצות פלסטיניות חמושות השתמשו במתקני בתי חולים להגן על פעילות צבאית או כי הן השתמשו באמבולנסים להוביל לוחמים או למטרות צבאיות אחרות",⁴⁰ אף על פי שיש ראיות שלפיהן הן אכן ניצלו מתקנים רפואיים.⁴¹ כל העדים הפלסטינים מוגדרים כ- credible and reliable witnesses – מלבד עד אחד, פתחי חמאד, חבר המועצה המחוקקת של חמאס, שהצהיר כי חמאס "יצר חומת מגן של נשים, ילדים וקננים ומוג'הדין כנגד

35 דוח גולדסטון, לעיל ה"ש 4, בס' 1950 (ההדגשות הוספו).

36 Paul Kahn, *The Paradoxes of Riskless Warfare*, 22(3) PHIL. & PUB. POL'Y Q. 2, 6 (2002), available at: www.puaf.umd.edu/IPPP/reports/vol22sum02/Summer%202002%20issue.pdf

37 דוח גולדסטון, לעיל ה"ש 4, בס' 253 ו-320.

38 שם, בס' 110 ו-1902.

39 שם, בס' 495.

40 שם, בס' 487.

41 "The men of Hamas took refuge mainly in the building that houses the administrative offices of al Quds. They used the ambulances and forced ambulance drivers and nurses to take off their uniforms with the paramedic symbols, so they could blend in better and elude Israeli snipers", Lorenzo Cremonesi, *Così i ragazzini di Hamas ci hanno utilizzato come bersagli*, CORRIERE DELLA SERA, Jan. 21, 2009, available at: www.corriere.it/esteri/09_gennaio_21/denuncia_hamas_cremonesi_ac41c6f4-e802-11dd-833f-00144f02aabc.shtml

מכונת ההפצצה הציונית". לגביו קבעה הוועדה כי "אף שהוועדה מוצאת ההצהרה מעוררת סלידה מבחינה מוסרית, אין זו ראייה לכך שחמאס אילץ אזרחים לשמש כמגן מפני התקפה על מטרות צבאיות".⁴² הדוח מאשר כי חמאס ירה רקטות ומרגמות משטחים עירוניים⁴³ אך קובע ש"באותם מקרים שקבוצות פלסטיניות חמושות אכן ירו רקטות ופצצות מרגמה משטחים עירוניים נשאת השאלה אם זה נעשה בכוונה מפורשת של מתן הגנה ללוחמים מפני התקפת נגד".⁴⁴ הדוח ממשיך וקובע כי "לא נמצאו ראיות לכך שלוחמים פלסטיניים התערבבו באוכלוסייה האזרחית על מנת להגן על עצמם מפני התקפה";⁴⁵ אך לגבי ישראל הדוח קובע כי "ועדת החקירה מצאה מקרים רבים של התקפות שנעשו במכוון נגד אזרחים ונגד מטרות אזרחיות [...] היו מקרים שנוסף על כך הגיעה ועדת החקירה למסקנה שהתקפה נעשתה בכוונה להטיל אימה על האוכלוסייה האזרחית".⁴⁶ הדוח ממשיך וקובע שישראל התכוונה במכוון לפגוע באזרחים וכי התנהגות ישראל הייתה גם פשע מלחמה וגם פשע נגד האנושות.⁴⁷

אמנת ז'נבה השלישית קובעת שהתנהגות לא אנושית כלפי שבוי מלחמה היא פשע מלחמה,⁴⁸ אך הדוח הסתפק בקריאה לרשויות עזה לאפשר לגלעד שליט מגעים חיצוניים בהתאם לאמנת ז'נבה השלישית – וכן הסתפק במילה "should". הדוח נמנע מלקבוע כי יש חובה לאפשר גישה כזו ונמנע מלקבוע שיש בהתנהגות חמאס משום עברה חמורה על דיני המלחמה או אפילו שיש בכך הפרה של כלל כלשהו.⁴⁹

הוועדה הוקמה כדי לבדוק את אירועי מבצע עופרת יצוקה אך מצאה לנכון לפרט כתב קטרוג כללי על ישראל, לרבות בנושא הבנייה של התנחלויות בגדה המערבית "בניגוד לאמנת ז'נבה הרביעית";⁵⁰ הדוח מתייחס – ללא אסמכתה – לכך ש"שליש מהקרקע של ההתיישבות בגדה המערבית נבנתה על קרקע פלסטינית פרטית";⁵¹ הדוח מתייחס להריסת בתים פלסטיניים במזרח ירושלים שגרמה ל"עקירת הרבה פלסטינים לרבות ילדים";⁵² הדוח מעיר שבתוך ישראל החוק מעניק לאנשים "מהגזע היהודי" זכויות יתר במיוחד בתחום שימוש במקרקעין, מגורים, פיתוח, עלייה וגישה לאוצרות

42 דוח גולדסטון, לעיל ה"ש 4, בס' 478.

43 שם, בס' 482.

44 שם, בס' 452.

45 שם, בס' 483.

46 שם, בס' 1921.

47 שם, בס' 1335.

48 ס' 130 לאמנת ז'נבה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, כ"א 1, 453 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנת ז'נבה השלישית). האמנה מגדירה Inhuman Treatment של שבוי כעברה חמורה על האמנה.

49 דוח גולדסטון, לעיל ה"ש 4, בס' 1343.

50 שם, בס' 198.

51 שם, בס' 199.

52 שם, בס' 200.

טבע",⁵³ וכי החוק הישראלי הנותן העדפה בתוך מדינת ישראל ללאום היהודי הוא הפרה של אמנות זכויות האדם.⁵⁴ בהקשר להפגנות נגד בישראל נגד מבצע "עופרת יצוקה" התייחס הדוח ל"אווירת הדיכוי" שיש בישראל (a climate of repression inside Israel).⁵⁵ נוצר אפוא רושם שמנסחי הדוח ביקשו להשחיר את שמה של ישראל גם בנושאים שכלל אינם קשורים למבצע עופרת יצוקה.

אף על פי שוועדת חקירה אמורה לחקור רק עובדות ולא להסיק מסקנות משפטיות⁵⁶ פרסמה הוועדה מסקנות משפטיות ואף המליצה על פתיחת הליכים משפטיים פליליים.⁵⁷ ראוי לציין שהוועדה שמינה האיחוד האירופי בנושא גאורגיה נמנעה מצעד כזה.⁵⁸ בהמלצות דוח גולדסטון כלולה גם דרישה מישראל לפצות את הפלסטינים על הנזק שגרמה להם כתוצאה מהפעולות הבלתי חוקיות שלה.⁵⁹ הדוח לא מעלה דרישה כזו כלפי הנזק שגרם לישראל ירי הרקטות הפלסטיני.

ג. סוגיות עקרוניות במשפט הבין-לאומי העולות מהדוח

1. התקפה על מוסדות שלטון

הדוח קובע כי לתנועת החמאס יש מרכיבים צבאיים ואזרחיים וכי במוסדות האזרחיים כלולים בית סוהר, בניין הפרלמנט ובניין משרד המשפטים ולכן הם אינם מטרות לגיטימיות.⁶⁰ ישראל טענה כי הבניינים שימשו כחלק מתשתית לוחמת הטרור של חמאס ושל מערכת השליטה של החמאס.⁶¹ הדוח התעלם מטענת ישראל שחמאס אינו מפריד בין פעילותו הצבאית לפעילותו האזרחית ומשתמש בכל המנגנונים שברשותו כסיוע לפעילות הטרור. הדוח ציין שההתקפה על המשטרה הייתה פשע מלחמה מאחר שמדובר בשוטרים אזרחיים. הדוח לא הביע תמיהה על כך ששוטרים אזרחיים היו מצוידים בנשק

53 שם, בס' 206.

54 שם, בס' 207-208.

55 שם, בס' 114.

56 JOHN COLLIER & VAUGHAM LOWE, THE SETTLEMENT OF DISPUTES IN INTERNATIONAL LAW, INSTITUTIONS AND PROCEDURES 24 (1999).

57 דוח גולדסטון, לעיל ה"ש 4, בס' 1970 ו-1975.

58 Council Decision 2208/901/CFSP, Concerning an Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, לעיל ה"ש 14.

59 דוח גולדסטון, לעיל ה"ש 4, בס' 1971.

60 שם, בס' 374 ו-383.

61 שם, בס' 374.

אוטומטי ובנשק נ"ט. מעבר לוויכוח העובדתי מתעוררת שאלה עקרונית אם בעת מלחמה מוסדות שלטון וממשל של האויב נהנים מחסינות. דוח גולדסטון יצא מההנחה שהתקפה על מוסדות השלטון של חמאס היא התקפה על מטרות אזרחיות ועל כן היא פשע מלחמה חמור. לדעתי גם בהנחה שישראל התקיפה במתכוון מוסדות שלטון של חמאס אין זה ברור מאליה כי מדובר בהתקפה אסורה. הריסת מוסדות ממשל כגון משרדי ראש הממשלה, נשיאות אקזקוטיבית או משרד אוצר עשויה להעניק יתרון צבאי ברור לצד התוקף. ברור כי אין מקום להתקיף מוסדות בעלי אופי אזרחי מובהק כמו מוסדות בריאות, רווחה או משפטים, אך אין זה כה ברור לגבי מוסדות השולטים במערך הלחימה. כך, למשל, כתבה דטר כי "ספק אם יש כלל משפטי ברור המעניק למשרדי ממשלה חסינות מהתקפת אויב".⁶²

בטיטה שהוגשה לוועידה הדיפלומטית שניסחה את הפרוטוקולים לאמנות ז'נבה משנת 1977, הציע הצלב האדום הגדרה של מטרות אזרחיות הכוללת מתקנים ואמצעי תחבורה שתוכננו עבור האוכלוסייה האזרחית, "אלא אם הם משמשים בעיקר לצורכי סיוע למאמץ הצבאי". ההגדרה של הצלב האדום לא התייחסה למוסדות ממשל.⁶³ טיוטת הצלב האדום לא התקבלה והנוסח שהתקבל קובע, בדרך השלילה, שמטרה אזרחית היא מטרה שאינה מטרה צבאית.⁶⁴ הפרוטוקול הראשון קובע: "במקרה של ספק אם באובייקט שבאופן רגיל מיועד למטרות אזרחיות, כגון מקום פולחן, בית או מגורים אחרים או בית ספר, נעשה שימוש התורם תרומה אפקטיבית לפעולה צבאית, חזקה שלא נעשה בו שימוש כזה".⁶⁵ גם הצלב האדום הבינ-לאומי, בפרשנותו לפרוטוקול הראשון, מכיר בכך שמפעל שמייצר עבור השוק האזרחי יכול לסייע למאמץ הצבאי ועל כן יש יתרון צבאי בהשמדתו.⁶⁶

62 INGRID DETTER, THE LAW OF WAR 294 (2nd ed. 2000)

63 "Consequently, objects designed for civilian use, such as houses, dwellings, installations and means of transport, and all objects which are not military objectives, shall not be made the object of attack, except if they are used mainly in support of the military effort.", ICRC, *Commentary: Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) – Part IV Sec. 1 Chap. 3*, June 8, 1977, available at: www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750067?OpenDocument (להלן: הערות הצלב האדום לפרוטוקול הראשון, חלק 1, פרק 3).

64 ICRC, *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, ¶ 52(1), June 8, 1977 (להלן: הפרוטוקול הראשון).

65 שם, בס' 52(3).

66 "Other establishments or buildings which are dedicated to the production of civilian goods may also be used for the benefit of the army. In this case the object has a dual function and is of value for the civilian population, but also for the military. In such situations the time

רשימת האובייקטים האזרחיים הנהנים מחזקת הסטטוס האזרחי אינה כוללת תחנות שידור, אמצעי תחבורה או מוסדות ממשלתיים. הגדרה עקיפה של מטרות מותרות מופיעה באמנת האג משנת 1954 בדבר הגנה על מקומות תרבות. על פי הגדרה זו, אין לאחסן אוצרות תרבות ליד "אזורי תעשייה, שדות תעופה, תחנות שידור, נמל, קווי תחבורה ומוסדות העוסקים בביטחון לאומי".⁶⁷ הגדרה זו יכולה להוביל למסקנה ההגיונית שמוסדות העוסקים בביטחון לאומי הם מטרה לגיטימית.

2. שימוש באזרחים כ"מגן חי"

דיני המלחמה אוסרים במפורש –

"שימוש בנוכחות של אוכלוסייה אזרחית או של אזרחים יחידים או בתנועותיהם כדי להעניק חסינות מפני פעולות צבאיות לנקודות או לאזורים מסוימים [...] הצדדים לסכסוך לא יכוונו את תנועתה של האוכלוסייה האזרחית או של אזרחים יחידים במטרה לנסות ולמגן מטרות צבאיות מפני התקפה".⁶⁸

אין ספק לגבי עצם היעדרה של לגיטימיות להשתמש באזרחים כמגן חי; שימוש זה נכלל ברשימת ההפרות החמורות של דיני המלחמה שבסמכותו של בית הדין הפלילי הבין-לאומי.⁶⁹ מאידך גיסא יש ספק לגבי החובות ששימוש לא חוקי זה באזרחים מטיל על הצד השני. בסוגיה זו יש המבחינים בין מצב שבו אזרחים התנדבו לשמש כמגן חי לבין מצב שהאויב כפה זאת עליהם. דינשטיין גורס כי אזרחים המתנדבים לשמש מגן חי

and place of the attack should be taken into consideration, together with, on the one hand, the military advantage anticipated, and on the other hand, the loss of human life which must be expected among the civilian population and the damage which would be caused to "civilian object" – הערות הצלב האדום לפרוטוקול הראשון, חלק 1 פרק 3, לעיל ה"ש 63, בס' 2023.

67 "are situated at an adequate distance from any large industrial centre or from any important military objective constituting a vulnerable point, such as, for example, an aerodrome, broadcasting station, establishment engaged upon work of national defence, a port or railway station of relative importance or a main line of communication", Hague Convention for the Protection of Cultural property, Art. 8, para. 1, May 14, 1954.

68 הפרוטוקול הראשון, לעיל ה"ש 64, בס' 51(7).

69 ראו מתוך חוקת בית הדין הפלילי הבין-לאומי: ICC, Rome Statute of the International Criminal Court, ¶ 8(2)(b)(xxiii), A/CONF.183/9, July 17, 1998.

נהפכים על ידי כך ללוחמים לא חוקיים ולמטרות לגיטימיות.⁷⁰ ייתכן שאפשר ללמוד על תמיכה בגישה זו מהחלטתו של בית הדין בעניין יוגוסלביה לשעבר, שקבעה כי "The protection civilians and civilian objects provided by modern international law may cease entirely or be reduced or suspended in three exceptional circumstances : (i) when civilians abuse their rights"⁷¹.

נציג מטעם הצלב האדום הבין-לאומי טען נגד פירוש זה בנימוק שלפיו אזרחים הפועלים כמגן חי אינם מנסים לפגוע באויב ועל כן אין לראותם כלוחמים.⁷² גישה אחרת, הראויה בעיניי, היא שיש לראות אזרחים המתנדבים לשמש כמגן חי באנלוגיה לאזרחים העובדים בתעשייה ביטחונית. אזרחים אלו אינם מטרה לגיטימית כשלעצמם, אך בעת עבודתם במפעל הביטחוני – ורק בעת עבודתם – אין צורך להתייחס אליהם כאזרחים; דהיינו: בעת עבודתם במפעל אין צורך להתחשב בגורם המידתיות כלפיהם. ייתכן שאפשר למצוא תמיכה לגישה זו בפרשנות הרשמית של הצלב האדום לטיוטה של הפרוטוקול הראשון משנת 1977, שלפיה "אזרחים הנמצאים בתוך מטרה צבאית או בקרבה מידית למטרה צבאית מסתכנים בפגיעה אגבית".⁷³ הפרשנות הרשמית של הצלב האדום הבין-לאומי כנראה אינה מבחינה בין מצב שבו אזרחים מתנדבים לשמש כמגן חי לבין מצב שבו נכפה עליהם הדבר; על פי פרשנות זו, גם אם האויב קיבץ אזרחים ליד מטרות צבאיות במתכוון, עדיין הצד השני מחויב לפעול להמעטת הפגיעות באזרחים ויש חשיבות רבה במתן התרעה לאזרחים.⁷⁴ יוצא מכך שאם צד מצליח לשכנע די

70 YORAM DINSTEIN, THE CONDUCT OF HOSTILITIES UNDER THE LAW OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICT 130 (2004); בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 36 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק (פורסם בנבו, 14.12.2006).

71 Prosecutor v. Kuprekić, Case No. IT-95-16-T, Judgment, ¶ 522 (Jan. 14, 2001) (להלן: פרשת קופרקי).

72 Stéphanie Bouchié de Belle, *Chained to Cannons or Wearing Targets on their T-shirts: Human Shields in International Humanitarian Law*, 90 INT'L REV. RED CROSS 883 (2008), available at: [www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-872-p883/\\$File/irrc-872-Bouchie-de-Belle.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-872-p883/$File/irrc-872-Bouchie-de-Belle.pdf).

73 ICRC 1973 Commentary to Draft Article 46 of Protocol I

74 "Thus, even if civilians were intentionally brought or kept in the vicinity of military objectives, the attacker should take the measures provided for in Article 57 ' (Precautions in attack), ' especially those set out in paragraph 2 (a)(ii) and (iii) and (c). It is clear that in such cases a warning to the population is particularly appropriate as civilians are themselves rarely capable of assessing the danger in which they are placed", ICRC, *Commentary: Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) – Part IV Sec. 1, Chap. 2*, ¶ 1990, June 8, 1977, available at: www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750065?OpenDocument (להלן: הערות הצלב האדום לפרוטוקול הראשון, חלק 1, פרק 2).

אזרחים לשמש מגן חי על מטרה צבאית, ייתכן שיוכל להעניק חסינות למטרה – תוצאה שנראית לא סבירה. גישה אחרת, של בוטה ופרשנים אחרים, היא שכאשר אזרחים נמצאים מרצונם באתר צבאי, כלל המידתיות מתקיים אך במידה מצומצמת:

על ידי הימצאותם של אזרחים בתוך או בקרבה מיידית למטרה צבאית הם לוקחים על עצמם את הסיכון של פגיעה אגבית שתבוא כתוצאה מהתקפה על המטרה הצבאית. כמו כן יש להטיל ספק אם יש מקום להחיל את כלל המידתיות לגבי פגיעה אגבית באזרחים המשרתים את כוחות הצבא, בתוך מטרה צבאית, באותה מידה שהכלל חל על אזרחים שאין להם קשר כל כך קרוב לפעילות צבאית.⁷⁵

זו גם גישתו של משרד הביטחון הבריטי:

Any violation by the enemy of this rule [using a human shield] would not relieve an attacker of his responsibility to take precautions to protect the civilians affected, but the enemy's unlawful activity may be taken into account in considering whether the incidental loss or damage was proportionate to the military advantage expected.⁷⁶

3. הדדיות ופעולת תגמול נגד מטרות אזרחיות

דוח גולדסטון לא ניסה להתמודד עם הבעייתיות של צבא סדיר המתמודד עם לוחמים שביודעין מתעלמים מהאיסור על תקיפת אזרחים. למשפט הבין-לאומי בכלל ולדיני המלחמה בפרט יש מעט מאוד אמצעי אכיפה. הרצון בהדדיות הוא אחד הגורמים המניעים מדינות לכבד את המשפט הבין-לאומי ככלל ואת דיני המלחמה בפרט. לדוגמה, אמנת ז'נבה השלישית מחייבת שחרור של כל שבויי המלחמה בתום הלחימה.⁷⁷ לשון האמנה אינה מאפשרת למדינות להתנות זאת בהדדיות, אך השכל הישר מחייב כי מדינה תשחרר שבויים רק באורח הדדי ואכן זו הפרקטיקה. אמנות ז'נבה משנת 1949 לא שללו אפשרות חוקית של פעולות תגמול נגד אזרחים בשטח האויב⁷⁸ אך דיני המלחמה

MICHAEL BOTHE, KARL JOSEF PARTSCH & WALDEMAR A. SOLF, NEW RULES FOR VICTIMS OF ARMED CONFLICT 295 (1982).

UK Ministry of Defence, The Manual of the Law of Armed Conflict § 5.22.1 (2004) (להלן: The Manual of the Law of Armed Conflict).

ס' 118 לאמנת ז'נבה השלישית, לעיל ה"ש 48.

MARK OSIEL, THE END OF RECIPROCITY – TERROR, TORTURE AND THE LAW OF WAR 36 (2009).

המודרניים שוללים ברוב המקרים את יסוד ההדריות. כדברי בית הדין לענייני יוגוסלביה לשעבר, "רוב הכללים [של דיני המלחמה] מטילים חובות אבסולוטיות, דהיינו: חובות שיש למלא בכל מצב וללא קשר להדריות".⁷⁹ ניתן לטעון שדיני המלחמה לוקים בחסר כשהם באים לדון במצב שבו צד שהוא צבא סדיר מקיים את דיני המלחמה וצד אחר שאינו צבא סדיר מפר אותם במכוון ומבסס את הטקטיקה הצבאית שלו על ניצול העובדה שהצבא ממולו מקיים את דיני המלחמה.⁸⁰

גם במלחמה בין צבאות סדירים שבדרך כלל מקיימים את דיני המלחמה מתעוררת השאלה אם הפרה של דיני המלחמה על ידי צד אחד מצדיקה פעולת תגמול, דהיינו: הפרה של הצד השני. נושא זה – חוקיותן של פעולות תגמול (belligerent reprisal) – מתעורר ביתר שאת כשמדובר בצד אחד המתעלם ביודעין ובעקביות מדיני המלחמה. הזכות לבצע פעולת תגמול (למעט כמה איסורים מוחלטים כגון רצח של שבויי מלחמה) הוכרה בעבר ללא עוררין והייתה הבסיס המשפטי להצדקת הפצצות מהאוויר של בעלות הברית על ערי גרמניה במלחמת העולם השנייה.⁸¹ עם זאת, הפרוטוקול הראשון לאמנות ז'נבה משנת 1977 קובע, כנראה לראשונה, ש"התקפות נגד האוכלוסייה האזרחית או אזרחים על דרך של מעשי תגמול – אסורות".⁸² הוראה זו הייתה חידוש ולא שיקפה את המשפט המנהגי באותה עת.⁸³ או את המשפט ההסכמי; הפרשנים בוטה ואחרים ציינו כי "המשפט ההסכמי הקיים אינו אוסר פעולות תגמול כנגד לוחמי האויב ואזרחי האויב הנמצאים בשטח הנתון בשליטת האויב".⁸⁴ ממשלת בריטניה אכן הסתייגה מחידוש זה כשהצטרפה לפרוטוקול הראשון משנת 1977. ההסתייגות הבריטית קובעת שבריטניה שומרת לעצמה את הזכות להתקיף אזרחים או מטרות אזרחיות של אויב כתגמול להתקפות כאלו נגדה, אך רק כדי לאלץ את האויב לחדול מהתקפות כאלו ולאחר שהזירה אותה, וכי החלטה על פעולת תגמול כזו צריכה להתקבל בדרג בכיר.⁸⁵

79 פרשת קופרקי, לעיל ה"ש 71, בפס' 517 לפסק הדין.

80 Jefferson D. Reynolds, *Collateral Damage on the 21st Century Battlefield: Enemy Exploitation of the Law of Armed Conflict, and the Struggle for a Moral High Ground*, 56 A.F. L. REV. 1, 79 (2005) ("A state's value and compliance with LOAC is essential to the effective execution of an adversary's strategy to exploit it").

81 הערות הצלב האדום לפרוטוקול הראשון, חלק 1, פרק 2, לעיל ה"ש 74.

82 הפרוטוקול הראשון, לעיל ה"ש 64, בס' 51(6).

83 Bothe, Partsch & Solf, לעיל ה"ש 75, בעמ' 299.

84 שם, בעמ' 312.

85 "If an adverse party makes serious and deliberate attacks, in violation of Article 51 or Article 52 against the civilian population or civilians or against civilian objects, or, in violation of Articles 53, 54 and 55, on objects or items protected by those Articles, the United Kingdom will regard itself as entitled to take measures otherwise prohibited by the Articles in question to the extent that it considers such measures necessary for the sole

הסתייגות זו משתקפת בהוראת המדריך הצבאי (manual) הבריטי, שלפיה [Reprisals] "may not be undertaken by UK armed forces without prior authorization at the highest level of government".⁸⁶ במילים אחרות, המדריך הבריטי אינו שולל את עצם חוקיותן של פעולות תגמול. גם גרמניה ואיטליה הוסיפו הצהרה (לא בנוסח הסתייגות) דומה להסתייגות הבריטית אך בנוסח מעורפל יותר, שלפיה הן שומרות לעצמן את הזכות להגיב להתקפות על אזרחים בכל האמצעים המותרים לפי המשפט הבין-לאומי.⁸⁷ על פני הדברים ההסתייגות הבריטית סותרת את נוסח הסעיף, אך אף מדינה לא שלחה לממשלת שווייץ התנגדות להסתייגות הבריטית. שתיקה זו משמעותית במיוחד מאחר שבזמן הוועידה הדיפלומטית שניסחה את הפרוטוקולים מספר רב של מדינות הביעו את דעתן כי הסעיף עצמו – בדבר הגנה על אזרחים – הוא חשוב עד כדי כך שאין לאפשר הסתייגויות ממנו. בעת ניסוח הסעיף בפרוטוקול הסתייגו כמה מדינות מהאיסור על פעולות תגמול נגד מטרות אזרחיות; נציג ארצות הברית העיר כי "By denying the possibility of a response and not offering any workable substitute, the Protocol is unrealistic and, in that respect, cannot be expected to withstand the test of future armed conflict".⁸⁸

purpose of compelling the adverse party to cease committing violations under those Articles", United Kingdom, *Reservation/Declaration text – Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, June 8, 1977, July 2, 2002, available at: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDocument

THE MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT, לעיל ה"ש 76, בפס' 5.18. 86

"The Federal Republic of Germany will react against serious and systematic violations of the obligations imposed by Additional Protocol I and in particular its Articles 51 and 52 with all means admissible under international law in order to prevent any further violation" Germany, *Reservation/Declaration text – Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, June 8, 1977, Feb 14, 1991, available at: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/3F4D8706B6B7EA40C1256402003FB3C7?OpenDocument; "Italy will react to serious and systematic violations by an enemy of the obligations imposed by Additional Protocol I and in particular its Articles 51 and 52 with all means admissible under international law in order to prevent any further violation" Italy, *Reservation/Declaration text – Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, June 8, 1977, Feb. 27, 1986, available at: www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/E2F248CE54CF09B5C1256402003FB443?OpenDocument

ICRC, *Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva 1974-1977, Summary Record* 88

בית הדין הפלילי ליוגוסלביה לשעבר בדק את החוקיות של פעולות התגמול נגד אזרחים ובסופו של דבר שלל אותה⁸⁹ – אך העיר:

The protection of civilians and civilian objects provided by modern international law may cease entirely or be reduced or suspended in three exceptional circumstances: [...] and (iii) at least according to some authorities, when civilians may legitimately be the object of reprisals.⁹⁰

[...]

It should also be pointed out that at any rate, even when considered lawful, reprisals are restricted.⁹¹

או אז פירט בית הדין את התנאים שבהם אפשר להתיר פעולות תגמול. ארצות הברית אמנם אינה צד לפרוטוקול הראשון, אך גם עמדתה היא שפעולות תגמול נגד מטרות אזרחיות מותרות בהתקיים התנאים לכך. לסיכום, אין איסור במשפט המנהגי על פעולות תגמול נגד אזרחים⁹² והאיסור נגד פעולות תגמול אינו נחשב ככלל של *jus cogens*.⁹³ יש לציין שבמבצע עופרת יצוקה צה"ל לא ביצע פעולות תגמול נגד אזרחים ולא טען שמותר לו לעשות זאת.

4. מצור על עיר מבוצרת

הדוח מגנה את המצור שהטילה ישראל על חבל עזה⁹⁴ אך לא ניסה להיכנס לעובי הקורה של האיסור בדיני המלחמה המודרניים על הטלת מצור על עיר. בעבר היה מצור חלק מקובל בלחימה; גם כיום, כשיישוב אזרחי הוא חלק ממערך ההגנה של האויב, הופך היישוב למטרה לגיטימית להתקפה.⁹⁵ אשר לשאלה אם מותר להטיל מצור על עיר כזו כשנוכחים בה אזרחים, הדעות חלוקות. דינשטיין בדעה שהפרוטוקול הראשון אוסר

of the Fifty-Eighth Plenary Meeting, ¶ 58, CDDH/SR.58, available at: www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/RC-records_Vol-7.pdf

89 פרשת קופרקי, לעיל ה"ש 71, בפס' 531 לפסק הדין.

90 שם, בפס' 522 לפסק הדין.

91 שם, בפס' 535 לפסק הדין.

Theodor Meron, *The Humanization of Humanitarian Law*, 94 AM. J. INT'L L. 239, 250 92 (2000); U.S. NAVY, THE COMMANDER'S HANDBOOK OF NAVAL OPERATIONS,

.NWP-1-14M, ¶ 6.2.3.3 (1995)

93 Osiel, לעיל ה"ש 78, בעמ' 56.

94 דוח גולדסטון, לעיל ה"ש 4, בס' 1309 ו-1331.

95 Bothe, Partsch & Solf, לעיל ה"ש 75, בעמ' 307.

זאת, אך לדעתו איסור כזה אינו סביר מאחר ש"התנהגות בפועל של מדינות לא תאשר איסור כולל של לחימת מצור העלולה להשפיע על אוכלוסייה אזרחית".⁹⁶ רוג'רס סבור כי "אין איסור חד-משמעי כזה וכי זה ישרת את האנושות יותר אם מפקד המתקיף עיר יטיל מצור במקום לנסות לכבוש את העיר באמצעות הרעשה והסתערות".⁹⁷ בעיה זו של חוקיות המצור משקפת דילמה. ייתכן שעל ידי איסור כללי על הטלת מצור יאלץ הפרוטוקול הראשון צבא לנהל קרבות בתוך עיר של אויב – פעולה שבסופו של דבר עלולה להביא ליותר קרבות בקרב האזרחים בהשוואה להטלת מצור. לדעתי, פרשנות סבירה היא שאין להטיל מצור אם הכוונה היא הרעבת האוכלוסייה האזרחית, אך אם המצור הוא חלק ממערך צבאי נגד האויב אזי פגיעה אגבית באוכלוסייה האזרחית צריכה להיות כפופה לכללי המידתיות.

5. מתי שטח נחשב ככבוש ?

הדוח קובע נחרצות שרצועת עזה היא שטח כבוש תחת שליטה אפקטיבית של ישראל⁹⁸ וכי למרות ההתנתקות, הקהילה הבין-לאומית ממשיכה לראות בישראל מדינה כובשת ברצועת עזה.⁹⁹ הדוח קובע שה-"ultimate authority" עדיין שייכת לישראל מאחר שלא כל הסמכויות הועברו לרשויות המקומיות. הדוח נמנע מלהתייחס כלל להגדרה הקלאסית שלפיה שטח נחשב כבוש כשהוא נמצא תחת סמכות (under the authority) של הצבא הכובש.¹⁰⁰ הדוח מתעלם מההתייחסות של הצלב האדום הבין-לאומי לביטוי "territory under the control of a Party" שבסעיף 70 לפרוטוקול הראשון. על פי הפרשנות הרשמית של הצלב האדום לביטוי זה, מדובר בשטח שלמרות שאינו שטח כבוש הוא נמצא

96 Dinstein, לעיל ה"ש 78 ("It stands to reason that the practice of States will not confirm the) (sweeping abolition of siege warfare affecting civilians"

97 "The interests of humanity are better served if the besieging commander proceeds as suggested rather than attempting to take the besieged town by bombardment and assault" A. P. V. ROGERS, LAW ON THE BATTLEFIELD 62 (1996)

98 דוח גולדסטון, לעיל ה"ש 4, בס' 276.

99 הדוח מצטט את החלטת מועצת הביטחון 1860 כאסמכתה לקביעה שישראל עדיין במעמד של מדינה כובשת (שם, בעמ' 74, ה"ש 162), אך ההתייחסות היחידה לנושא בהחלטת מועצת הביטחון היא: "Stressing that the Gaza Strip constitutes an integral part of the territory occupied in 1967 and will be a part of the Palestinian state" S.C. Res. 1860, U.N. Doc. S/RES/1860 (Jan. 8, 2009).

100 Regulations annexed to Hague Convention (No. IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, art. 42, Oct. 18, 1907

"ביכולת המדינה הנדונה לוודא הוצאה לפועל של החלטותיה בכל השטח"¹⁰¹. הדוח מתעלם מהעובדה שלצה"ל אין כל סמכויות כיום בהתייחס לרצועת עזה או לתושביה: אין שם ממשל צבאי ישראלי, אין מפקד צבאי ישראלי וממילא אין הוראות או צווים מטעם מפקד ישראלי. הממשל, המשטרה, בתי המשפט, בתי הסוהר, מערכת המיסוי – כל מערכות השלטון הן פלסטיניות.¹⁰² בפסק הדין בעניין קונגו נ' אוגנדה קבע בית הדין הבינ-לאומי בהאג שכדי לקבוע ששטח מסוים של קונגו היה תחת כיבוש צבאי של אוגנדה, היה צורך להביא די ראיות לכך שאוגנדה אכן הפעילה סמכויות שלטון באזור, וכי לא רק שכוחות של אוגנדה הוצבו באזורים הנדונים של הרפובליקה הדמוקרטית של קונגו אלא שהם הפעילו את סמכותם כתחליף לסמכויות של ממשלת קונגו.¹⁰³ על פי יובל שני:

Israel exerts *some* control over the Gaza strip, which falls short of the level of control typically associated with occupiers under the classic occupation paradigm.¹⁰⁴

בית משפט אנגלי קבע במפורש:

The State of Israel has withdrawn from Gaza so that it is not an occupied Palestinian Territory.¹⁰⁵

בפסק דין אלבסיוני דן בג"ץ במעמד של חבל עזה וקבע:

מאז חודש ספטמבר 2005, אין עוד לישראל שליטה אפקטיבית בנעשה בשטח רצועת עזה. הממשל הצבאי שהוחל בשטח זה בעבר בוטל בהחלטת הממשלה, וחיילים ישראליים אינם שוהים באזור זה באופן

- "This should be understood to refer in particular to the capacity of the Party concerned to ensure the execution of its decisions in the whole territory" ICRC, *Commentary: Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) – Part IV Section 2*, ¶ 2793 June 8, 1977, available at: www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750089?OpenDocument
- 101
- 102 ראו דיון ממצה בנושא Elizabeth Samson, *Is Gaza Occupied? Redefining the Legal Status of Gaza*, 83 MIDEAST SEC. & POL'Y STUD. 1 (2010).
- 103 Armed Activities in the Territory of the Democratic Republic of Congo (DRC v. Uganda), 2005 I.C.J. 168, ¶ 173 (Dec. 19).
- 104 Yuval Shany, *Binary Law Meets Complex Reality: The Occupation of Gaza Debate*, 41 ISR. L. REV. 68, 77 (2008).
- 105 R. (on the Application of the Islamic Human Rights Commission) v. Civil Aviation Authority [2006] EWHC 2465 (Admin) ¶ 15.

קבוע ואף אינם מנהלים את המתרחש בו. בנסיבות אלה, אין מוטלת על מדינת ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת תושבי הרצועה ולשמור על הסדר הציבורי בתחומי רצועת עזה, לפי מכלול דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי.¹⁰⁶

בפסק דין מאוחר יותר, בעניין רופאים לזכויות האדם, השאיר בית המשפט את השאלה אם בתקופה של מבצע עופרת יצוקה חזר חלק מחבל עזה להיות בשליטת צה"ל פתוחה; בפועל בחן בית המשפט את פעולות צה"ל לפי כללי דיני החימה ולא לפי דיני הכיבוש.¹⁰⁷

הדוח התעלם מהבעייתיות שבקביעה חד-משמעית שלפיה ישראל היא עדיין שלטון כובש בעזה. כתוצאה מקביעה זו גינה הדוח את העובדה שישראל הטילה מגבלות על מעבר הגבול בינה לבין עזה.¹⁰⁸ התוצאה היא שמצד אחד קבע הדוח שהייתה לחימה של ממש וישראל מחויבת לפעול על פי דיני החימה, ומצד שני קבע הדוח כי חובה על ישראל להשאיר את הגבול שלה עם הרצועה פתוח – קביעה שאינה סבירה במצב של לחימה.

6. הזכות של עם "כבוש" להשתמש בכוח

מגילת האו"ם אוסרת שימוש בכוח על ידי מדינות ביחסים בין-לאומיים שלא באישור מועצת הביטחון, אלא אם מדובר בהגנה עצמית.¹⁰⁹ המשפט הבין-לאומי כלל אינו מכיר בזכות של קבוצות שאינן מדינות להשתמש בכוח ביחסים בין-לאומיים.¹¹⁰ למרות זאת, הדוח – בעקיפין – נותן הכשר לירי הרקטות על ידי חמאס בהתבסס על זכות העם הפלסטיני להתנגד לכיבוש. לפי הדוח, לאוכלוסייה יש זכות להשתמש בכוח אם היא נאבקת נגד "שלילה כוחנית של זכותה להגדרה עצמית". הדוח מצטט את החלטת העצרת הכללית ואת ההחלטה של בית הדין הבינלאומי בהאג כאסמכתה לזכות זו להשתמש

106 בג"ץ 9132/07 גבר אלבסיוני אחמד נ' ראש הממשלה, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 30.1.2008).

107 בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, פס' 14-15 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 19.1.2009).

108 דוח גולדסטון, לעיל ה"ש 4, בס' 1302-1310.

109 U.N. Charter art. 2, para. 4. מקובל כי ההוראה משקפת כיום משפט מנהגי.

110 "International law has been structured with great care to avoid giving any recognition or legitimacy to any entity other than the state in which the armed conflict occurs" ראו ביקורת של George H. Aldrich על הספר NEW WARS, NEW LAWS? APPLYING THE LAWS OF WAR IN THE 21ST CENTURY CONFLICTS (David Wippman & Matthew Evangelista eds., 2005) in Richard B. Bilder, *Recent Books on International Law* 100 AM. J. INT'L L. 490, 497 (2006).

בכוח.¹¹¹ בדיקת האסמכתות מראה שאין בהן התייחסות לזכות להשתמש בכוח, אם כי יש כותבים הלומדים זאת בעקיפין מנוסח הדברים.¹¹² כדי להתגבר על הטענה שמאז ההתנתקות כבר זכו תושבי עזה להגדרה עצמית, הדוח מתייחס למצור הישראלי על עזה ולהמשך השליטה על (חלק) מהגדה המערבית כראיות לכך שישראל ממשיכה לשלול מתושבי עזה את הזכות להגדרה עצמית והם נחשבים לעם תחת כיבוש צבאי.¹¹³ אין ספק שהיה זה לגיטימי מטעם מנסחי הדוח להתייחס לטענות שלפיהן מדובר בשטח כבוש, אך לא היה זה הוגן או סביר להתעלם מהטענות הנגדיות.

7. אזהרת אזרחים

במסגרת המבצע שלח צה"ל מסרונים (הודעות SMS) ופיזור כרוזים כדי להזהיר את האזרחים מפני התקפה צפויה.¹¹⁴ כדי לנסות לשכנע אזרחים לפנות בתים שצה"ל מתכוון להפציץ הופעלה גם שיטת "נקישה על גגות":¹¹⁵ לפי שיטה זו נורה נשק לא קטלני על גג בית לפני התקפה אמיתית עליו במטרה לתת לאזרחים שבבית התרעה ושהות מספקת לפינוי הבית לפני ההתקפה האמיתית. הפרוטוקול הראשון קובע את החובה בדבר "התרעה יעילה מוקדמת תינתן בדבר התקפות העלולות להשפיע לרעה על האוכלוסייה האזרחית, אלא אם הנסיבות אינן מתירות זאת".¹¹⁶ לגבי הסייג של נסיבות שאינן מתירות

111 דוח גולדסטון, לעיל ה"ש 4, בס' 269, המתייחס ל- Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the UN (UNGA Resolution 2625 (XXV) of 24 October 1970.

112 Monique Chemillier-Gendreau, *Resistance, Right to, International Protection*, in MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF INTERNATIONAL LAW, available at: www.mpepil.com/subscriber_article?script=yes&id=/epil/entries/law-9780199231690-e870&recno=1&author=Chemillier-Gendreau Monique.

113 דוח גולדסטון, לעיל ה"ש 4, בס' 277-279, 1582, 1744.

114 שם, בס' 533.

115 "Warnings may also have a general character. A belligerent could, for example, give notice by radio that he will attack certain types of installations or factories. A warning could also contain a list of the objectives that will be attacked" ICRC, *Commentary: Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) – Part IV Sec. 1 Chap. 4, ¶ 2225*, June 8, 1977, available at: www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750073?OpenDocument (להלן: הערות הצלב האדום לפרוטוקול הראשון, חלק 1, פרק 4).

116 הפרוטוקול הראשון, לעיל ה"ש 64, בס' (c) 57(2).

זאת קבע הצלב האדום כדוגמה הפצצה אווירית או ירי ארטילרי כשיש חשיבות לאלמנט ההפתעה.¹¹⁷

הדוח אכן התייחס להפצת הכרוזים והמסרונים על ידי צה"ל בניסיון להזהיר אזרחים מפני התקפה, אך קבע שאמצעים אלה "lacked credibility and clarity";¹¹⁸ אף על פי שהפרשנות של הצלב האדום לפרוטוקול מתייחסת במפורש לאפשרות של מתן אזהרה ברדיו. לגבי האזהרה לפי שיטת "נקישה על הגג" שאין ספק שמדובר בהתרעה שהיא "בהירה ואמינה", אך הדוח קבע שהשימוש בה פסול מאחר שהיא "גרמה לבהלה".¹¹⁹

8. דיני זכויות האדם וכללים על דרכי לחימה

לוועדת זכויות האדם של האו"ם אין כל מומחיות בנושא דיני המלחמה ובוועדת גולדסטון לא שותף קצין עם ניסיון כלשהו בלחימה. הדוח התייחס לדיני המלחמה אך התבסס רק על סעיפי אמנות ועל פרשנות של הצלב האדום, בלי כל ניסיון לבדוק את הפרקטיקה המשפטית של צבאות אחרים. אין אזכור לפקודות מטכ"ל של צבא כלשהו, להוראות של פרקליטות צבאית זרה או להנחיות שצבאות זרים מקבלים לגבי לחימה בשטח בנוי. גם החלטות העצרת הכללית מצוטטות כאסמכתות משפטיות¹²⁰ על אף העובדה שאין מדינה בעולם הרואה בהן קביעה משפטית מחייבת.

בכמה מקרים גינה הדוח את התנהגות ישראל בעת הלחימה בהסתמך על דיני זכויות האדם ולא על דיני המלחמה.¹²¹ באחד מהם – המקרה של הריגת משפחת אלדאיה – הודה צה"ל שפגע בטעות בבניין אזרחי במקום בבניין שכן שבו אוחסנו אמצעי לחימה. על פי הדוח, מאחר שהירי מכוון – אף כי בטעות למטרה הלא נכונה – הפרה ישראל את התחייבויותיה לשמור על חיי אזרחים על פי האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות שישראל צד לה.¹²² עוד הוסיף הדוח: "No exception is made for acts during war".¹²³ מדובר למעשה בפרשנות הבאה להחליף את דיני המלחמה בדיני זכויות האדם. לפי פרשנות זו, כל פעולה אלימה נגד אויב בזמן מלחמה עלולה להיחשב כפעולה אסורה אלא אם נעשתה כהגנה עצמית. יש לפחות משפטן אחד הטוען שגם בזמן קרב אסור

¹¹⁷ "In the case of bombardment by long-distance projectiles or bombs dropped from aircraft, giving warning may be inconvenient when the element of surprise in the attack is a condition of its success. For this reason the rule allows for derogation" לפרוטוקול הראשון, חלק 1, פרק 4, לעיל ה"ש 115, בפס' 2223.

¹¹⁸ דוח גולדסטון, לעיל ה"ש 4, בס' 531.

¹¹⁹ שם.

¹²⁰ לאי-החוקיות של היישובים הישראליים בגדה המערבית עזה ומזרח ירושלים, ראו שם, בס' 198.

¹²¹ שם, בס' 1410.

¹²² אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966).

¹²³ דוח גולדסטון, לעיל ה"ש 4, בס' 865.

להשתמש בכוח נגד לוחמי האויב אם יש אלטרנטיבה;¹²⁴ יש גם הטוענים כי חובה להחיל את המשפט המקנה את מרב ההגנה ליחיד.¹²⁵ עמדות אלה הן אולי יעד נכסף לאנושות כולה, אבל ההגבלה מוטלת כנראה רק על לחימתה של ישראל. הנושא בעייתי גם מאחר שדיני המלחמה מטילים אחריות פלילית ישירה על יחידים ואילו דיני זכויות האדם מטילים חובות ישירות רק על מדינות.

יש ביסוס לטענה שלפיה יש להחיל את דיני זכויות האדם בנסיבות שבהן דיני המלחמה לא חלים או כשצד כלשהו טוען שאינם חלים;¹²⁶ מאידך גיסא אין מקום להחליף את דיני המלחמה בדיני זכויות האדם כשצד פועל לפי דיני המלחמה, כפי שהתחייב זה"ל לפעול במבצע עופרת יצוקה, על אף אי-הבהירות בשאלה אם מדובר בסכסוך בין-לאומי אם לאו. הנשיא ברק קבע בזמנו כי "משפט הומניטרי זה הוא 'הדין המיוחד' (ה-lex specialis) החל בעימות מזוין, וכי במקום שדין זה חסר אפשר להשלימו על ידי 'משפט זכויות האדם הבינלאומי' (ה-Human Rights Law)".¹²⁷ על פי בן-נפתלי ושני, "אנו בדעה כי הדין ההומניטרי מהווה דין ספציפי וכי במקרה של התנגשות נורמטיבית תינתן עדיפות להוראותיו על פני אלו של דיני זכויות האדם".¹²⁸ גישה זו נראית סבירה יותר מניסיונם של מחברי הדוח להחליף את דיני המלחמה בדיני זכויות האדם. יש להעיר גם שהדוח ייחס לשלטונות הפלסטיניים הפרות של זכויות האדם באשר לטיפול שלהם במתנגדי המשטר,¹²⁹ אך לא ניסה להחיל את דיני זכויות האדם לגבי פעולותיהם ביחס לאזרחים ישראלים או לחיילים ישראלים.

ד. הרהורים לעתיד לעניין המעמד של שבוי מלחמה

הדוח קבע כי לגלעד שליט מגיע מעמד של שבוי מלחמה¹³⁰ אך אין בו קביעה שלפיה מגיע מעמד כזה ללוחמי חמאס שבידי ישראל. ייתכן שדווקא בשאלה זו היה מקום

Francisco Forrest Martin, *Using International Human Rights Law for Establishing a Unified Use of Force Rule in the Law of Armed Conflict*, 64 SASK. L. REV. 347, 371 (2001)

Alexander Orakhelashvili, *The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?*, 19 EUR. J. INT'L L. 161 (2009)

Theodor Meron & Allan Rosas, *Declaration of Minimum Humanitarian Standards*, in ראו *Current Developments*, 85 AM. J. INT'L L. 358, 381 (1991)

127 פרשת הועד הציבורי נגד העינויים בישראל, לעיל ה"ש 70, בפס' 18 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק.

128 ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום (2006).

129 דוח גולדסטון, לעיל ה"ש 4, בס' 1955.

130 שם, בס' 1952.

שהרוח יתייחס למעמד של לוחמים לא סדירים, שאינם זכאים למעמד של שבוי מלחמה לפי אמנת ז'נבה השלישית או לפי הפרוטוקול הראשון. יכולה להישאל השאלה אם יש מקום להבחין בין לוחמים לא סדירים שנלחמו נגד חיילים לבין אותם לוחמים שבחרו לפגוע בכוונה באזרחים. ייתכן שיש לשאלה זו השלכה לגבי ההבחנה בין לוחמים לא סדירים שיש מקום להחליפם במסגרת חילופי שבויים לבין לוחמים לא סדירים שפגעו במכוון באזרחים ושיש לראותם כפושעים פליליים רגילים ולהתעקש כי ירצו את מלוא העונש שהטיל עליהם בית משפט בגין מעשיהם.

לפי המצב כיום בישראל ובמדינות אחרות אין הבדל, מבחינת החוק, בין לוחם חמאס או חיזבאללה לבוש מדים הנלחם נגד צה"ל לבין מחבל בלבוש אזרחי המטמין פצצה בבית קפה.¹³¹ מבחינת החוק הישראלי בשני המקרים מדובר בעבריין פלילי; אם יש צורך ביטחוני בכך אפשר להחזיק את האיש במעצר על סמך חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002. נראה שגם כשבאים לדון בחילופי שבויים אין הבחנה בין מי שפגע בחיילי צה"ל לבין מי שפגע במכוון באזרחים.

לדעתי יש לישראל עניין ליצור הבחנה כזו בעתיד. כדברי הנשיא ברק, "בין ישראל לבין ארגוני מחבלים שונים הפועלים מיהודה, שומרון וחבל עזה קיים מאז האינתיפאדה הראשונה מצב נמשך של עימות מזויין או סכסוך מזויין (armed conflict)".¹³² לפי אמנת ז'נבה השלישית, ואפילו לפי הפרוטוקול הראשון לאמנות ז'נבה,¹³³ מחבלים שנלחמים נגד צה"ל אינם זכאים למעמד של שבוי מלחמה גם אם הם נושאים נשק בגלוי ולובשים מדים.¹³⁴ לא מוצע שישראל תעניק ללוחמים אלו מעמד שהמשפט הבין-לאומי אינו מעניק; מאידך גיסא, אם בעתיד תעלה שוב שאלה בנוגע לחילופי "שבויים", ייתכן שיהיה טעם בעמדת ישראלית שלפיה מי שנלחם נגד צה"ל הוא אכן לוחם – אף כי לא חוקי – שאפשר לכלול במסגרת חילופי שבויים; אולם מחבל שפגע במכוון באזרחים דינו כדין פושע פלילי רגיל. כשם שחילופי שבויים אינו כוללים שודדים ואנסים כך אין לכלול בהם רוצחי אזרחים.

131 לא ידוע לי על חוק במדינה כלשהי העושה הבחנה כזו.

132 פרשת הועד הציבורי נגד העינויים בישראל, לעיל ה"ש 70, בפס' 16 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק.

133 ישראל אינה צד לפרוטוקול.

134 ראו בש"פ 8780/06 סרור נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.11.2006).

ה. דברי סיום

גם אם אכן יש מקום לישראל להתייחס לטענות נקודתיות בדוח גולדסטון, הדוח עצמו נשאר דוח לא הוגן. המנדט של הדוח כינה מראש את ישראל "תוקפנית" ו"מדינה המפרה את דיני המלחמה ודיני זכויות האדם". הדוח קבע מפורשות שמטרתו של צה"ל הייתה לפגוע במכוון באזרחים פלסטיניים וכי התקפות הרקטות של חמאס היו רק תירוץ לכך. הדוח הביא כל טענה אפשרית להשחיר את תדמיתה של ישראל, גם בנושאים שאין להם קשר למבצע עופרת יצוקה. הדוח נמנע מלדון בשאלות משפטיות העולות מעצם לחימה בשטח בנוי נגד לוחמים הנלחמים מתוך השטח הבנוי; הדוח התעלם מהשימוש הציני שעשה חמאס באוכלוסייה האזרחית; הדוח נמנע מלחקור את אמיתות תלונות חמאס אך התייחס בחשדנות לכל מידע מישראל.

ייתכן כי האלמנט הצורם ביותר הוא גישת הדוח שאין לסמוך על אי-התלות של מערכת המשפט הישראלית.¹³⁵ ספק רב אם יש מדינה אחרת בעולם אשר, בעת לחימה, פעלה תחת פיקוח כל כך צמוד של מערכת משפטית עצמאית.

135 דוח גולדסטון, לעיל ה"ש 4, בס' 1964 : "The Mission believes that, in the circumstances, there is little potential for accountability for serious violations of international humanitarian and human rights law through domestic institutions in Israel".