

מתחמי האו"ם כערי מקלט – שתיקת דיני המלחמה

דפנה שרגא

פגיעות צה"ל במתקני אונר"א במבצעים 'עופרת יצוקה' ו'צוק איתן' נבחנו על ידי שתי ועדות חקירה של האו"ם. בשתייהן נקבע – במפורש או במשתמע – שישראל אחראית לפגיעות בכך שהפרה את עקרון 'אי-הפגיעות' של מתקני האו"ם. המאמר בוחן את ההגנה המוענקת למתקני האו"ם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ואת הגנת 'אי-הפגיעות' במובנה על פי אמנת החסינויות של האו"ם. מסקנתו היא שההגנה הראשונה אינה מספקת והשנייה אינה רלוונטית. המאמר מציע להעניק למתקני האו"ם 'הגנה מיוחדת' – כזו המוענקת לבתי חולים, לבתי תפילה או לנכסי תרבות בעת סכסוך מזוין – ולעגן אותה ב'הסכם מיוחד' בין ישראל, האו"ם ו'הצד האילם' (קרי: חמאס), דוגמת מסמך הבנות 'ענבי זעם' בין ישראל ללבנון (ו'הצד האילם' – חזבאללה).

מילות מפתח: מתקני האו"ם, אונר"א, ועדת החקירה של האו"ם, אי-פגיעות, הגנה מיוחדת.

הקדמה

פגיעות צה"ל בבתי הספר של אונר"א בבית חנון, בעיר עזה, בדיר אל-בלח, בג'בליה וברפיח במהלך מבצע 'צוק איתן' הן רק האחרונות בשורה של פגיעות במתקני האו"ם בעשורים האחרונים. קדמו להן הפגזות בתי הספר בעיר עזה, בחאן יונס, בבית להייה ובמחנה הפליטים ג'בליה, במרכז הרפואי של אונר"א באל בוריג' ובמשרדי אונר"א בעיר עזה במהלך 'עופרת יצוקה'; הפצצת עמדת יוניפי"ל בחיאם שבדרום-לבנון במלחמת לבנון השנייה והפגזת מטה יוניפי"ל בכפר כנא בדרום-לבנון במהלך מבצע 'ענבי זעם'. בכל אותם מקרים ובנסיבות כמעט זהות, נורתה אש

ד"ר דפנה שרגא, לשעבר יועצת משפטית בכירה במחלקה המשפטית של האו"ם, וכיום מרצה אורחת באוניברסיטת תל-אביב ובאוניברסיטה העברית בירושלים.

לעבר כוחות צה"ל מעמדת שיגור של חזבאללה או חמאס בקרבת מתקן האו"ם (ובכמה מקרים אולי אף מתוכו). מתקני האו"ם שימשו בעת התקיפה לא רק את הארגון עצמו, אלא אלפים רבים של אזרחים שביקשו בהם מקלט מהקרבות. ברוב המקרים נעשה פינוי האזרחים למתקני האו"ם בהוראת רשויות צה"ל או בידיעתן, ובכמה מן המקרים הודתה ישראל בטעות, פתחה בחקירה² ואף שילמה, מבלי להודות באחריותה, פיצויים לאו"ם או למשפחות הנפגעים.

פגיעותם של מתקני האו"ם באזורי קרבות ובריחת אזרחים – לעתים אוכלוסיות שלמות – למתחמיו אינה מיוחדת דווקא לאזורי הקרבות בעזה ובדרום-לבנון. ברואנדה, בסרברניקה ובטימור המזרחית בשנות התשעים, ומאז שנות האלפיים בקונגו, בסודאן (דרפור), בדרום-סודאן וברפובליקה המרכז-אפריקאית – מבקשים בני מיעוטים לאומיים, אתניים ודתיים מקלט במתחמי האו"ם, למרות שברבים מאלה דווקא ריכוז האוכלוסייה שבתוכם הפך אותם למטרה נוחה לתקיפה. הפיכתם של מתקני האו"ם באזורי קרבות ל'ערי מקלט' בזעיר אנפין, וריבוי הפגיעות ומספר הנפגעים במתחמים אלה מחייבים הערכה מחודשת של היקף ההגנה המוענקת והנדרשת למתחמי האו"ם, ולריכוזי האזרחים מבקשי המקלט שבתוכם. הערכה מחודשת מתבקשת בעבור האו"ם שנאלץ להתמודד בפגיעותם של מתקני האו"ם במקומות רבים ושונים בעולם; היא מתבקשת לא פחות מכך בעבור ישראל, שנאלצת כבר שני עשורים להתמודד עם התוצאות ההומניטריות, הפוליטיות, המשפטיות והכספיות הכרוכות בשורת פגיעות במתקני האו"ם ובריכוזי האוכלוסייה שבתוכם.

הפיכתם של מתקני האו"ם באזורי קרבות ל'ערי מקלט' בזעיר אנפין, וריבוי הפגיעות ומספר הנפגעים במתחמים אלה מחייבים הערכה מחודשת של היקף ההגנה המוענקת והנדרשת למתחמי האו"ם

בחינת מעמדם של מתקני האו"ם – במובנם כמקום המושב או מרכז הפעילות של הארגון במדינה המארחת³ – וההגנה המשפטית המוענקת להם בעתות מלחמה היא במידה רבה שאלת המשפט החל, או שאלת היחס בין המשפט הבינלאומי ההומניטרי החל בעתות מלחמה לבין משפט האו"ם שחל בעתות מלחמה ושלום.

הגנת מתקני האו"ם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי

על פי כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ההגנה המוענקת למתקני האו"ם בעתות מלחמה אינה שונה מההגנה המוענקת למתקנים אזרחיים. הפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנות ג'נבה משנת 1977 מעניק לאזרחים (ובלבד שאינם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה) ולמתקנים אזרחיים (ובלבד שלא נעשה בהם שימוש צבאי) הגנה מפני התקפה, מעשי תגמול או "סכנות הנובעות מפעולות צבאיות". ההגנה הכללית מטבעה שאינה מוחלטת, ואם נעשה שימוש צבאי אסור במתקן

האזרחי (או בסביבתו הקרובה), הוא מאבד את ההגנה מפני תקיפה. הסרת ההגנה, עם זאת, אינה משחררת את הצדדים לסכסוך מחובותיהם לאוכלוסייה האזרחית, ואינה פוטרת אותם מהחובה לנקוט אמצעי זהירות שמטרתם למנוע או לצמצם ככל האפשר את הפגיעה האגבית באזרחים או באובייקטים אזרחיים, כמו: החובה לוודא את אופיו האזרחי או הצבאי של המתקן, ביטול או השעיית ההתקפה, אם ניתן לצפות כי הפגיעה בחיי אזרחים או הנזק האגבי לאובייקטים אזרחיים יהיו מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הממשי, הישיר והצפוי, ומתן התראה יעילה ומוקדמת לאוכלוסייה האזרחית (סעיפים 51, 52 ו-57 לפרוטוקול). במהלך השנים ייחד המשפט הבינלאומי הגנה מיוחדת לדגל ולסמל האו"ם, למדיו הצבאיים של הארגון⁴ ולכוחות השלום של האו"ם, וכן למתקנים ולכלי רכב של הכוח.⁵ עם זאת, ההגנה הכללית על מתקני האו"ם כמתקנים אזרחיים על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי נותרה כשהייתה.

הגנת המתקנים על פי משפט האו"ם – עקרון אי־הפגיעות (inviolability)

האמנה בדבר זכויות היתר והחסינויות של האו"ם משנת 1946 ("אמנת החסינויות") – שחלה על אונר"א כאורגן משנה של האו"ם⁶ – מעניקה למתקני האו"ם הגנת אי־פגיעות. הגנה זו – כפי שקבע דוח ועדת החקירה של מזכ"ל האו"ם בעניין הפגיעות במתקני אונר"א בעזה במהלך 'עופרת יצוקה' – היא מוחלטת, וככזו היא חלה בזמן שלום כמו בזמן מלחמה. מסקנת הדוח לגבי פגיעות צה"ל בבתי הספר של אונר"א ובמתחם מטה הארגון בעזה הייתה אחידה. לפיה, ההתקפה נגד מתקני אונר"א עולה כדי הפרה חמורה של עקרון אי־הפגיעות ואי־כיבוד החסינות של הארגון, רכושו ונכסיו מפני כל התערבות. הוועדה חזרה והדגישה כי עקרון אי־הפגיעות וחסינות הארגון הוא מוחלט גם בנסיבות של מעשי איבה, ואינו בטל אפילו לא מפני צורך צבאי.⁷ באמרת אגב, עם זאת, ציינה הוועדה כי אנשי האו"ם, מתקניו ואזרחים התופסים בהם מחסה ראויים להגנה בהתאם לעקרונות המשפט הבינלאומי ההומניטרי. אמרה ולא פירטה.

דוח ועדת החקירה של מזכ"ל האו"ם בעניין הפגיעות במתקני אונר"א בעזה במהלך 'צוק איתן'⁸ בחן את סדרת האירועים בשבעה בתי ספר של אונר"א שנפגעו מתקיפת צה"ל, ובשלושה מתקנים (נוספים) שלא ניזוקו ושבהם נמצאו כלי נשק ותחמושת. הוועדה התבקשה לקבוע את העובדות, הנסיבות והסיבות לנזקים או לפגיעות באנשים בכל אחד מהמקרים האמורים, ואת ייחוסן של אלה לאנשים או ליישויות. שלא כקודמתה, הוועדה התבקשה שלא לכלול כל ממצאים משפטיים או לקבוע אחריות משפטית; בפועל, עם זאת, הם נכללו בו במרומז. כך למשל, בחקירת חמישה מתוך שבעת המתקנים שנפגעו, קבעה הוועדה שלא מצאה כל עדות לכך

שקדם לירי הישראלי ירי מתוך מתחם האו"ם או מסביבתו הקרובה. במשתמע על כן, משלא הוכח שנעשה במתקנים שימוש אסור, הם ממשיכים ליהנות (כמתקנים אזרחיים) מהגנה מפני תקיפה, ומשהותקפו – מוטלת על הצד המתקיף (קרי: ישראל) אחריות בינלאומית. בהיעדר ניתוח משפטי, אין גם התייחסות מפורשת בדוח הוועדה לעקרון אי-הפגיעות. עם זאת, במכתבו אל מועצת הביטחון שצורף לדוח ציין המזכ"ל כי: "מתחמי האו"ם הם בלתי-פגיעים, ואמורים להיות מקום מבטחים, במיוחד בשעת מלחמה".

מהי, אם כן, אותה הגנה מוחלטת של אי-פגיעות מתקני האו"ם הגוברת, לגרסת הוועדה, על כל כלל אחר של המשפט הבינלאומי ההומניטרי או על צורך צבאי, ומה היקף תחולתה ותוצאות יישומה בהקשר נתון של סכסוך מזוין?

עקרון אי-הפגיעות נקבע בסעיף II (3) לאמנת החסינויות, ולפיו 'מתקני האו"ם הם בלתי-פגיעים, וכך גם רכושם ונכסיו של הארגון בכל מקום שבו הם נמצאים. כל אלה חסינים מפני חיפוש, תפיסה, החרמה, הפקעה או כל צורת התערבות אחרת על ידי כל רשות מנהלית, משפטית ושיפוטית של המדינה המארחת'. עקרון אי-הפגיעות פוֹרֵש בפרקטיקה של האו"ם – כפי שמצאה את ביטוייה בשורה ארוכה של הסכמי מטה בארצות שבהן פרוסים נציגויות האו"ם וכוחות השלום של הארגון⁹ – ככיבוד מעמדו של האו"ם וסמכותו הייחודית במתחמיו, וכפועל יוצא מכך, כאיסור על כניסה בלתי-מורשית למתחמי האו"ם או על עריכת חיפוש בכלי הרכב של הארגון לכל מטרה או צורך, על ידי כל רשות מרשויות המדינה המארחת. במובן זה נתפס עקרון אי-הפגיעות כאיסור מוחלט שאין להגביל אותו לעתות שלום בלבד, ואין לסייג אותו, כמו את אמנת החסינויות בכללותה, בצורך צבאי או בטעמי ביטחון. ולמרות זאת שגתה ועדת החקירה בהחילה את עקרון אי-הפגיעות – במובנו על פי אמנת החסינויות של האו"ם – על בחינת חוקיות של הפגזות מתקני אונר"א, וזאת משני טעמים:

ראשית – אין דין פגיעה במתקן האו"ם במהלך מלחמה כדין כניסה בלתי-מורשית של רשויות המדינה המארחת למתקן האו"ם לצורך ביצוע חיפוש או מעצר. הראשונה, אם נעשתה בכוונה לתקוף את המתקן על אנשיו, אסורה על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, אך אין היא בהכרח הפרה כאמור, אם נעשתה בתגובה לירי מתוך המתחם, ובלבד שעמדה ביתר כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי (כלל המידתיות, נקיטת אמצעי זהירות, וכיוצא בזה). השנייה אסורה על פי אמנת החסינויות בכל זמן ומכל סיבה. הקביעה, על כן, שעקרון חסינות האו"ם ומתחמיו הוא עיקרון מוחלט שחל בזמן שלום ומלחמה היא נכונה, כמובן, אך רק במובן שנתייחד לעיקרון זה על פי האמנה, כלומר, במובן של כניסה בלתי-מורשית של רשויות המדינה המארחת למתחמי האו"ם מכל סיבה ולכל צורך, ואפילו הצורך הוא 'צורך צבאי'. במובן זה בלבד, ההגנה היא מוחלטת.

שנית – המשמעות המעשית של הקביעה כי הפגזת מתחם האו"ם היא הפרת עקרון אי-הפגיעות, ומשום כך בלתי-חוקית, היא ששום שימוש לרעה במתקני האו"ם, לרבות ירי מתוכו או מסביבתו, לא יהיה בו כדי לגרוע מההגנה המוחלטת המוענקת לאותו מתקן ולא יצדיק ירי בתגובה, אפילו לא כזה שעומד בכללי המידתיות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי. להנחה זו אין בסיס באמנת החסינויות של האו"ם ולא בכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, שאינם מעניקים הגנה מוחלטת לא רק לאובייקטים אזרחיים שעמם נמנים מתקני האו"ם, אלא גם לאובייקטים הזכאים להגנה מיוחדת כמו בתי תפילה, בתי חולים, נכסי תרבות וכדומה.¹⁰

בהנחה, על כן, שההגנה המוענקת למתקני האו"ם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי אינה מספקת, והגנת אי-פגיעות המוענקת להם על פי אמנת החסינויות אינה רלוונטית, יש מקום לבחון הענקת הגנה מיוחדת למתקני האו"ם בעת מלחמה, דוגמת זו המוענקת לבתי חולים, לאתרים ארכיאולוגיים, היסטוריים, תרבותיים ודתיים, לאזורי ביטחון ולאזורים בלתי-מוגנים, ועל פי אותם תנאים. ייחודה של ההגנה המיוחדת אינו בעצם קביעת האיסור על תקיפת האובייקט המוגן – שהרי איסור כאמור קיים כבר ביחס לכלל האובייקטים האזרחיים – אלא ביצירת מנגנון של אמצעי הגנה וזהירות מיוחדים, שיפחיתו את הסיכון של פגיעה בלתי-מכוונת או נזקים אגביים לאובייקט המוגן וליושבים בתחומו. ההגנה המיוחדת, כמו הרגילה, אינה הגנה מוחלטת, אלא שלא כמו ההגנה הרגילה, משהוסרה חסינותו המיוחדת של האובייקט המוגן – התנאים, הסייגים ומגבלות התקיפה רבים ונוקשים יותר.

הגנה מיוחדת לאובייקטים אזרחיים נבחרים

מבלי לפגוע בהגנה הכללית המוענקת לאובייקטים אזרחיים מפני תקיפה, הכיר המשפט הבינלאומי ההומניטרי בצורך להעניק הגנה מיוחדת לאובייקטים נבחרים מכלל האובייקטים האזרחיים, בשל ערכם ההומניטרי או חשיבותם ההיסטורית, האמנותית, המדעית, הדתית או אחרת לצדדים לסכסוך, או לקהילה הבינלאומית בכללותה. הגנה מיוחדת יכולה להינתן בהסכם מיוחד בין הצדדים גם לאזורים מיוחדים, לאזורי ביטחון או לאזורים מוגנים או מפורזים, שנועדו להגנתם של אזרחים ושל אלה שמחוץ למעגל הלוחמה.

בהנחה, שההגנה המוענקת למתקני האו"ם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי אינה מספקת, והגנת אי-פגיעות המוענקת להם אינה רלוונטית, יש מקום לבחון הענקת הגנה מיוחדת למתקני האו"ם בעת מלחמה

לראשונה נקבע בתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ומנהגיה ביבשה 1907, ובסדרת אמנות בינלאומיות לאורך המאה ה-20,¹¹ כי מעמדם של יחידות ומוסדות רפואיים, אזורים בלתי-מוגנים או מפורזים, ושל נכסי תרבות בעלי

ערך ארכיאולוגי, היסטורי, אמנותי, דתי ואחר למורשת העמים כולה – יכולד ויוגן בכל עת מפני תקיפה, ובלבד שלא נעשה באובייקט המוגן או בסביבתו שימוש צבאי. תנאי להגנה המיוחדת הוא הכנה בזמן שלום על ידי הצד שבשטחו מצוי האובייקט נשוא ההגנה, ובכלל זה סימונם של בתי חולים או נכסי תרבות באחד מהסמלים המוכרים ובאופן ברור, מיקומם של האובייקטים המוגנים הרחק ככל האפשר ממטרות צבאיות באופן שהתקפה על אותן מטרות לא תסכן את ביטחונם, והודעה על מיקומם של מוסדות רפואיים ונכסי תרבות אלה לצד האחר לסכסוך. תנאי להגנתם של אזורי ביטחון ואזורים בלתי־מוגנים אחרים הוא הסכם מיוחד בין הצדדים המגדיר את גבולותיו של האזור, וסימונו בסימנים מוסכמים.

אובייקט בעל הגנה מיוחדת שנעשה בו שימוש צבאי אסור מאבד את אופיו הניטרלי או ההומניטרי, ובתוך כך גם את ההגנה והחסינות המוענקים לו מפני תקיפה. לגבי מספר מצומצם של נכסי תרבות, שבשל חשיבותם הרבה למורשת האנושות כולה הוענקה להם באמנת האג בדבר הגנת נכסי תרבות 1954 הגנה מיוחדת, הסרת חסינותם אפשרית במקרים של 'צורך צבאי בלתי־נמנע' בלבד, למשך אותו זמן שצורך זה קיים, ובהוראת קצין המפקד על דיוויזיה או יחידה המקבילה לה, או כל מפקד בדרג גבוה ממנו. סייגים אלה הוחמרו בפרוטוקול השני לאמנת האג משנת 1999, ששדרג את ההגנה הכללית המוענקת לנכסי תרבות, וקבע קטגוריה חדשה של נכסי תרבות בעלי חשיבות עליונה למורשת האנושות כולה הזכאים ל'הגנה מוגברת'. חסינותם של נכסי תרבות בעלי הגנה מוגברת תוסר רק אם בעקבות השימוש האסור הפך נכס התרבות למטרה צבאית, כאשר התקפה עליו היא הדרך המעשית היחידה להפסקת השימוש האסור או להשגת היתרון הצבאי המבוקש, לאחר שננקטו כל אמצעי הזהירות, לרבות אזהרה אפקטיבית, כדי למנוע או למזער ככל האפשר נזק לנכס או לאתר התרבות, ובהחלטה של הדרג הצבאי הגבוה ביותר.

את עקרון ההגנה המיוחדת (או המוגברת) שנקבע באמנות הבינלאומיות אמורים הצדדים ליישם בהסכם שביניהם ולהתאימו, בשינויים המחויבים, לנסיבותיו של כל אובייקט וסכסוך נתונים. בצד קביעת עקרון ההגנה המיוחדת, על כן, קראו אמנות ג'נבה הראשונה והרביעית, הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה ואמנת האג בדבר הגנת נכסי תרבות לצדדים לסכסוך להתקשר בהסכמים מיוחדים, שיבטיחו את ההגנה המיוחדת על פי האמנה לבתי חולים, לנכסי תרבות, לאזורי ביטחון ולאזורים בלתי־מוגנים אחרים המצויים בשטחיהם.¹² לגבי כמה מן האובייקטים, ההסכם המיוחד בין הצדדים הוא תנאי להענקת ההגנה המיוחדת. לגבי אחרים, אין בהסכם המיוחד אלא חזרה על עקרונות אמנת המסגרת שבה קשורים הצדדים לסכסוך כבר ממילא. אולם גם אז, ערכו של ההסכם המיוחד בכך שהוא מאלץ

את הצדדים לדון בהתחייבויותיהם על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, לחזור ולהתחייב בהן במפורש, ובכך גם לשמש תמריץ לקיומן.

הגנה מיוחדת למתקני אונר"א בהסכם בין ישראל, האו"ם ו'הצד האילים'

הגנה מיוחדת למתקני האו"ם באזורי סכסוך – ראוי היה שתוכר על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, לצד הגנות אחרות שהוענקו במהלך חצי המאה האחרונה לאובייקטים אזרחיים נבחרים. אולם בהיעדר תמריץ שיניע את גלגלי הדיפלומטיה הבינלאומית, הסיכוי לאימוצה של אמנה בינלאומית בעת הזאת הוא נמוך. מבחינתם של ישראל והאו"ם, על כן, הסכם מיוחד בין הצדדים נותר האופציה היחידה לפתרון הבעיה המיידית של הגנת מתקני אונר"א ברצועת עזה.

מבלי לפגוע במעמדם של כלל מתקני אונר"א הפזורים בשטח הרצועה, ניתן יהיה לשקול בהסכם בין ישראל לאו"ם מתן הגנה מיוחדת למספר מוגדר ומצומצם יותר של מתקנים, שבהם ישוכנו מבקשי המקלט. ישראל תתחייב לכבד את מעמדם המוגן של מתקני אונר"א, להימנע מפגיעה בהם או בסביבתם הקרובה ולנקוט את אמצעי הזהירות הנדרשים (שחלקם כבר קיימים בפרקטיקה של יחסי ישראל-אונר"א) כדי למנוע ולמזער כל נזק למתקן ולשוהים בו. במקרה של שימוש אסור ובהתאם לנסיבות, תתחייב ישראל להתריע על השימוש האסור ולהזהיר שהמשך השימוש כאמור יגרום להסרת חסינותו של המתקן מפני תקיפה. במקרה של הסרת החסינות, ובדומה למשטר ההגנה על נכסי תרבות בעלי חשיבות מרבית, תופקד ההחלטה על ירי לכיוון המתקן או לסביבתו בידי הדרג הצבאי הבכיר ביותר. האו"ם מצידו יתחייב לסמן את המבנים בסמל האו"ם, ולהודיע על מיקומם לישראל. כמו כן יתחייב הארגון שלא לעשות, להתיר לעשות, או לעשות הכל כדי למנוע שימוש לרעה במתקן ובסביבתו הקרובה, לרבות אחסון חומרי לחימה או לוחמים, לצורך

מיגונם מפני תקיפה. בהתחייבות ההסכמית שלא לעשות שימוש לרעה במתקני האו"ם יש גם משום הודאה מכלל לא רק בכך ששימוש כזה כבר נעשה (הודאה שנעשתה מפורשות) אלא בכך שהוא אפשרי, ובאתגר שאפשרות כזו מציבה בפני הארגון. במלחמה על התדמית הבינלאומית (של הארגון ושל ישראל) יש להודאה כזו חשיבות בעיקר בשל העובדה שטענותיה הקודמות של ישראל בדבר ירי מתוך מתחם האו"ם או אחסון כלי נשק בתוכו נתקבלו

בהיעדר תמריץ שיניע את גלגלי הדיפלומטיה הבינלאומית, הסיכוי לאימוצה של אמנה בינלאומית בעת הזאת הוא נמוך

על ידי ועדת המזכ"ל ב-2009 במידה לא קטנה של שאט נפש¹³. מתוך חרדה לנוק התדמיתי שיש בטענה כאמור לארגון האו"ם, המליצה אז הוועדה שישראל תחזור בה מטענתה ותתנצל בפני האו"ם¹⁴. בדיעבד, ומבלי לקבוע דבר בשאלה אם שימוש

אסור אכן נעשה במתקני האו"ם במהלך 'עופרת יצוקה', נדמה שהאפשרות שנעשה או שייעשה בהם שימוש כאמור כבר אינה כה מופרכת כפי שנראה היה לאותה וועדה. בהבדל, עם זאת, מהסכמים מיוחדים אחרים בין צדדים לסכסוך, הקושי העיקרי בהסכם בין ישראל לאו"ם, אם ייחתם, הוא בכך שהצדדים להסכם אינם הצדדים לסכסוך, שהצד האחר להסכם (האו"ם) אינו יכול (לבדו) למלא או אפילו להבטיח את מילוי כלל ההתחייבויות על פי ההסכם, ושהצד לסכסוך (חמאס) שאינו יכול, אינו רוצה או אינו מוזמן להתקשר בהסכם ישירות, מחזיק בידיו את המפתח לכיבודו של ההסכם או להפרתו. להסכמתו 'האילמת'¹⁵ תהיה, על כן, חשיבות מכרעת לכיבודו של ההסכם ולכיבוד ההגנה המיוחדת המוענקת על פיו למתקני האו"ם. עם קושי זה בדיוק התמודדה ישראל בתום מבצע 'ענבי זעם', כאשר התקבל לראשונה בכתב מסמך הבנות בין ישראל ללבנון, שהוציא את שטחי הגליל ואת כפרי דרום-לבנון ממעגל העימות בין ישראל לחזבאללה. הפיקוח על החלת ההבנות הופקד בידי קבוצת ניטור המורכבת מהצדדים להבנות, ארצות-הברית, צרפת וסוריה, ובסיוע קבוצת התייעצות המורכבת מנציגי ארצות-הברית, צרפת, האיחוד האירופי, רוסיה וצדדים מעוניינים אחרים. הצד לסכסוך, היחידי או העיקרי, לא היה צד להבנות, אולם רק 'הסכמתו האילמת' אפשרה, באופן זמני לפחות,

את כיבודו של המסמך.¹⁶

מלבד האנלוגיה הכמעט מושלמת שבין ה'צד האחר' לסכסוך בגזרת הלבנון לזה שבגזרת הרצועה, מאפייניו כיישות בלתי מדינתית ואופיה של הלחימה באיזורים של ריכוזי אוכלוסיה אזרחית, יש למסמך ההבנות ערך תקדימי בכמה מובנים: ראשית, הוא הוכחה לכך שהסכם מיוחד בין צדדים לסכסוך נתון הוא לעיתים הכרחי כדי להבטיח הוצאתם של איזורים אזרחיים ממעגל הלחימה, למרות שעקרון האבחנה בין אזרחים ללוחמים הוא עקרון יסוד של המשפט הבינלאומי ההומניטרי (ההסכמי והמנהגי) לו מחוייבים הם ממילא; ושנית, הוא ראיה לכך שהסכם כאמור אפשרי גם בין צדדים לסכסוך שאינם מכירים בלגיטימיות של האחר, כאשר לכל הצדדים המעורבים יש אינטרס במניעת הפגיעה באוכלוסיה האזרחית. ובכל

הסכם הבנות על הגנה מיוחדת למתקני אונר"א הוא אינטרס משותף לשני הצדדים. האו"ם יזכה בהתחייבות ישראלית להגנה מפני תקיפה על מתקניו וישראל תזכה בהתחייבות למניעת שימוש לרעה במתקני האו"ם ובסביבתם הקרובה, מצד האו"ם והשותף 'האילם'

זאת, ייחודו של הסכם מיוחד בין ישראל לאו"ם הוא באינטרס הכפול של האו"ם: למנוע פגיעה ישראלית במתקניו ובאוכלוסיה האזרחית שבתוכם, ולמנוע שימוש לרעה במתקנים אלה על ידי חמאס או ארגונים אחרים ברצועה שמלבד היותו הפרה של דיני המלחמה, יש בו גם הפרה בוטה של הנטרליות של האו"ם ועקרון אי הפגיעות של מתקניו במובנו על פי סעיף II (3) לאמנת החסינויות.

בהנחה שהנסיבות שהביאו למבצעים 'עופרת יצוקה' ו'צוק איתן' לא השתנו, שמתקני אונר"א ברצועה נותרו פגיעים כשהיו ושוועדת חקירה של האו"ם – שעמה מסכימה ישראל באופן חריג (אך קבוע) לשתף פעולה – מוקמת כעניין שבשגרה בתום כל מבצע ופגיעה במתקני האו"ם – הסכם הבנות על הגנה מיוחדת למתקני אונר"א הוא אינטרס משותף לשני הצדדים. האו"ם יזכה בהתחייבות ישראלית להגנה מפני תקיפה על מתקניו, שתהיה מעוגנת במשטר של הגנות ואמצעי זהירות, וישראל, לראשונה אולי, תזכה בהתחייבות למניעת שימוש לרעה במתקני האו"ם ובסביבתם הקרובה, מצד האו"ם והשותף 'האילם'. הסכם מיוחד שבו האו"ם אינו רק נשוא החסינות מפני תקיפה אלא גם צד להסכם בעל חבויות בינלאומיות משלימות יפתח, אולי, פתח לדו-שיח מקיף יותר בין ישראל לאו"ם על מכלול יחסי ישראל-אונר"א באזור. וחשוב מכל אלה – הענקת משטר של הגנה מיוחדת למתקני האו"ם היא עניינם הקיומי של אלפי עקורים שמבקשים בהם מקלט מפני פגיעה, ושבעבורם הדגל הכחול נותר ההבטחה – היחידה אולי – לחיים.

הערות

1 טענת ישראל שבמהלך 'עופרת יצוקה' בוצע ירי לעבר כוחות צה"ל מתוך מתחמי האו"ם נדחתה על ידי ועדת החקירה שהקים מזכ"ל האו"ם לבחינת הפגיעות במתקני אונר"א כלא נכונה, אם לא כבלתי אפשרית. בדו"ח ועדת החקירה שהקים המזכ"ל לבחינת הפגיעות במתקני אונר"א במהלך 'צוק איתן' קבעה הוועדה כי בשני מקרים (בתי הספר בג'בלייה ונוסיירת) האפשרות שאכן בוצע ירי מתוך מתחם האו"ם היא בעלת סבירות גבוהה.

Summary by the Secretary-General of the Report of the United Nations Headquarters Board of Inquiry into Certain Incidents in the Gaza Strip between 27 December 2008 and 19 January 2009, A/63/855-S/2009/250 of 15 May 2009, paras. 70, 82.

2 על החקירות הפליליות שנפתחו בכמה אירועים הקשורים לפגיעות במתקני אונר"א, ראו:

Decisions of the IDF Military Advocate General Regarding Exceptional Incidents into which, Following an Assessment by the FFAM, the MAG has ordered Criminal Investigation, update 2 (27/12/2014) (<http://www.mag.idf.il/261-6958-en/patzar.aspx>); and update 3 (22/3/2015) (<http://www.mag.idf.il/163-7183-en/patzar.aspx>).

3 בהיעדר הגדרה כוללת, באמנת זכויות היתר והחסינויות של האו"ם ('אמנת החסינויות') הוגדרו מתחמי האו"ם בפרקטיקה של הארגון בשני אופנים: גיאוגרפי – תוך ציון מיקומו המדויק של הבניין או המתחם; או פונקציונלי – על פי המבחן הכפול של שליטה וסמכות במתחם ועשיית שימוש בו למטרות הארגון ולביצוע הפונקציות שלו. על פי המבחן הפונקציונאלי, מתקני אונר"א ומתחמיו ברצועת עזה המצויים בשליטתה ותחת פיקוחה של הסוכנות ומשמשים אותה לבצוע מטרותיה ולמילוי הפונקציות שעליהן היא מופקדת – ובכלל זה בתי ספר, מרכזי הכשרה וקליניקות רפואיות – נחשבים כמתקני או"ם. תפישה זו מקובלת גם על ישראל. הדוח הישראלי על מבצע 'צוק איתן' כולל את ההבהרה הבאה על אופיים של מתקני האו"ם ברצועה:

- “UN facilities in the Gaza Strip include not only official headquarters, but also hundreds of other buildings, including schools and medical clinics that bear UN insignia”. The 2014 Gaza Conflict, 7 July – 26 August 2014, Factual and Legal Aspects, May 2015, p. 146, fn. 411.
- 4 סעיף 37 לפרוטוקול הנוסף לאמנות ג'נבה 1949 (הפרוטוקול הראשון) 1977 אסר על שימוש כוזב בסמל האו"ם. על פי חוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי 1998, שימוש לא נאות בדגל או בסמל ובמדים צבאיים של האומות המאוחדות, הגורם למוות או לפגיעה גופנית חמורה, הוא פשע מלחמה (סעיף 8(2)(ב) (vii)).
- 5 האמנה בדבר ביטחונם של אנשי האו"ם 1994 הפלילה את ההתקפה על אנשים, מתקנים וכלי רכב של כוחות השלום של האו"ם. סעיף 8(2)(ב) (iii) לחוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי 1998 קבע כי התקפה על אנשים, מתקנים, יחידות או כלי רכב המעורבים במשימות סיוע הומניטרי או שמירה על השלום היא פשע מלחמה. הפרוטוקול השני לאמנה בדבר איסורים והגבלות על השימוש בכלי נשק קונוונציונליים מסוימים 1980 העניק לאנשי הכוח הגנה מפני מוקשים באזורים שבהם הם פועלים (סעיף 8).
- 6 ארגון הסעד והתעסוקה של הפליטים הפלסטינים (אונר"א) הוקם בהחלטת העצרת הכללית (IV) 302 ב-8 בדצמבר 1949. מעמדו כאורגן משנה של העצרת נגזר מסעיף 22 למגילת האו"ם, המסמך את העצרת להקים אורגנים משניים לצורך מילוי משימותיה. מעמד הסוכנות באזורי הגדה המערבית ורצועת עזה הוסדר בתום מלחמת ששת הימים בחילופי אגרות בין הסוכנות לישראל, שנודעו בשם הסכם מיצ'למורקומי מיום 14 ביוני 1967, שלפיו הסכימה ישראל להמשיך פעילותה של הסוכנות בשטחים, ולתחולת אמנת החסינויות של האו"ם ביחסים שבין ישראל לסוכנות.
- 7 Summary by the Secretary-General of the Report of the United Nations Headquarters Board of Inquiry, 2009, note 1, paras. 16, 26, 91.
ראו גם: GA Resolution 64/89 (preamble) and GA Resolution 69/88 (preamble, paras 17 and 18).
- 8 Summary by the Secretary-General of the Report of the United Nations Headquarters Board of Inquiry into Certain Incidents that Occurred in the Gaza Strip between 8 July 2014 and 26 August 2014, S/2015/286 of 25 April 2015 (Annex).
- 9 אמנת החסינויות של האו"ם (סעיף II(3)), הסכם המטה בין האו"ם לארצות הברית 1947 (סעיף III(9)), הסכם סטנדרטי בדבר מעמדם של כוחות השלום של האו"ם בין ארגון האו"ם ו[המדינה המארחת], סעיף 16.
- 10 שלא כמו ועדות החקירה של המזכ"ל, ועדות החקירה שהוקמו על ידי המועצה לזכויות אדם של האו"ם בחנו את חוקיותן של פגיעות צה"ל בבתי הספר של אונר"א במבצעים 'עופרת יצוקה' ו'צוק איתן' על פי כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. ועדת החקירה למבצע 'צוק איתן', עם זאת, ציינה שפגיעה במתקני האו"ם עשויה אמנם לעורר שאלות הקשורות בהגנתם מפני התערבות על פי אמנת החסינויות של האו"ם, אך הדיון בהן על פי האמנה חורג מסמכותה. ראה:
- Report of the United Nations Fact-finding Mission on the Gaza Conflict, A/HRC/12/48 of 25 September 2009, paras. 586-595; Report of the detailed findings of the Independent Commission of Inquiry established pursuant to Human Rights Council Resolution S-21/1, HRC/29/CRP.4 of 23 June 2015, para. 449.
- 11 תקנה 27 לתקנות האג, 1907, אמנת ג'נבה הראשונה, 1949 (סעיפים 19-23), אמנת ג'נבה הרביעית 1949 (סעיפים 14, 18, 19), הפרוטוקול הראשון 1977, (סעיפים 12, 13,

- 53, 59 ו-60), אמנת האג בדבר הגנת נכסי תרבות בשעת סכסוך מזוין 1954 (סעיפים 4, 6, 11-8), והפרוטוקול השני לאמנת האג בדבר נכסי תרבות, 1999 (סעיפים 5, 6, 10-13).
- 12 ICRC Study in Customary IHL database. Rule 35. <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>
- 13 בדו"ח ועדת המזכ"ל מ-2009 נאמר בין היתר:
"The Board expressed the view that public allegations by a Member State of misuse of United Nations premises for military activity should only be made on the basis of certainty, because of the gravity of such allegations, their effect upon public perceptions of the Organization and their serious implications for the safety and security of its staff in the area of on-going military operations." (note 1, para.106).
- 14 המלצתה הראשונה של הוועדה היתה:
The Board recommended that the United Nations should seek formal acknowledgment by the Government of Israel that its public statements alleging that Palestinians had fired from within the UNRWA Jabalia school on 6 January and from within the UNRWA Field Office compound of 15 January were untrue and were regretted" (Recommendation 1).
- 15 ליאור אבני, "מיקוח אילם בין מדינה לארגון תת־מדינתי: ישראל וחזבאללה מהבנות "דין וחשבון" עד "ענבי זעם", 1993-1996", פוליטיקה, כתב עת למדע המדינה ויחסים בינלאומיים, גיליון 21 כללי, 2012, עמ' 4.
- 16 הבנות 'ענבי זעם' 1996 כללו בין היתר, את ההתחייבויות הבאות:
 - 1 קבוצות חמושות בלבנון לא תבצענה התקפות על ידי טילי קטיושה או נשק מכל סוג אחר אל ישראל.
 - 2 ישראל ואלה המשתפים עימה פעולה לא יירו מכל נשק שהוא אל אזרחים או מטרות אזרחיות בלבנון.
 - 3 מעבר לזה, שני הצדדים מחויבים להבטיח כי בשום נסיבות לא יהיו אזרחים יעד להתקפה, וכי ריכוזי אוכלוסייה אזרחית ומתקנים תעשייתיים וחשמליים לא ישמשו כנקודת מוצא להתקפות. <http://www.knesset.gov.il/process/docs/grapes.htm>